



MAGÍSTER EN DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

**CLÁUSULA DE NO COMPETENCIA POSTCONTRACTUAL LABORAL.
Aspectos dogmáticos, legales y jurisprudenciales
(Versión acotada)**

Tesis para optar al grado de Magíster en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Candidato: Sebastián Andrés Pizarro Contreras
Profesor guía: Claudio Andrés Palavecino Cáceres

Santiago, Chile

Mayo de 2017

INTRODUCCIÓN

Prácticamente no hay investigación o reflexión en Derecho del Trabajo que no haga alguna referencia a cuestiones de índole económica o social que incidan en él, ya sea en su entramado legal o en la forma en la que éstas influyen en la resolución de la problemática de turno. Talante absolutamente entendible desde cierto punto de vista, dado que la estructura positiva que conforma las normas jurídicas laborales también tiene fines de naturaleza económica insertos en su lógica, así como con el desarrollo socio-económico del país. La incardinación de las normas del trabajo en el plano de la realidad al resolver mediante su aplicación situaciones en particular, superando con ello las abstracciones propias de una mera formulación, es precisamente reflejo del carácter bifronte del Derecho del Trabajo en la actualidad: tutelar del trabajador, como así mismo de las condiciones que favorezcan entornos económicos que hagan sustentable el modelo económico.

La bifrontalidad reseñada no ha sido una cuestión que haya acompañado al Derecho Laboral de manera constante, considerando su nacimiento paradigmáticamente unidireccional de defensa al sujeto más débil de la relación de trabajo. Es en el trance de uni a la bidireccionalidad dentro del cual se ha dado el reconocimiento epistémico de una función socio-económica con incidencias políticas ciertas, tendiente a la sustentabilidad del modelo de producción capitalista y a la eficacia como valor determinante en su operatividad. El separatismo que caracterizaba al Derecho del Trabajo de las lógicas propias de otras ciencias como la economía, e incluso, de otras disciplinas jurídicas como el Derecho Civil o el Derecho Penal, se ve claramente matizado con la inclusión discursiva de aquellas. Esto se ve particularmente con la trastienda económica y sus problemáticas inmersas ciertamente en el Derecho Laboral: “la crisis económica es una noción que ha acompañado al Derecho del Trabajo (...) al menos de forma intermitente a lo largo de su

todavía corta andadura histórica”¹. Todo, por cierto, en un contexto que clamó en su minuto la crisis del Derecho del Trabajo en tanto expresión de las relaciones laborales, e incluso, su muerte sin más.

Criticar al Derecho del Trabajo meramente en cuanto tal, obviando sus puntos de contacto con estos otros centros de conocimiento, conlleva desentenderse tarde o temprano del punto de inicio y de llegada de cualquier decisión que tenga como centro algún aspecto socio-económico: el ser humano en dicho contexto complejo. Afrontar los percances y vicisitudes propias de un mundo complejo desde pretensiones que descarten una adaptabilidad consciente de la flexibilidad que precisa el subsistema Derecho Laboral, es derechamente condenarlo al fracaso. Cuestión que, ciertamente, le lleva a una permanente inquietud, y desde un punto de vista interrelacional sistémico, pleno en acoplamientos estructurales y operativos. “El mundo ha conocido profundas evoluciones gracias, también a la irracionalidad del Derecho del Trabajo, a sus inquietudes reivindicativas, a su impaciencia por romper los esquemas del conformismo renunciatorio. El comentario mejor a estas propensiones del Derecho del Trabajo lo ha escrito, sin saberlo, G. B. Shaw, según el cual “el hombre razonable se adapta al mundo; el hombre irrazonable tiende a adaptar el mundo a sí mismo; por eso, todo progreso depende de los hombres irrazonables”. En efecto, contrariamente a cuanto consideran aquellos que critican sólo, o ante todo, sus excesos de velocidad, el Derecho del Trabajo ha causado los peores males cuando ha caído en la pereza de la *routine* cotidiana”². Ciertamente, los argumentos de la rutina, la apatía a lecturas diversas en relación al núcleo laboral tutelar, y la necesidad de adaptación del Derecho del Trabajo, fueron suficientes para buscar rumbos y acomodos diversos. Empero, el teórico respeto a la persona humana fundido en una idea proclive a los impulsos neoliberales, sin mayor reflexión epistémica por parte de lo jurídico laboral ni consideración a las interrelaciones dables con otros epistemes, generó una reducción de las complejidades propias del entorno que terminó por traicionar tal noción. Y lo que

¹ PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos. “Un compañero de viaje histórico del Derecho del Trabajo: la crisis económica”, en: *Revista de Política Social*, N°143 (1984), p. 19.

² ROMAGNOLI, Umberto. “Weimar ¿y después?”, en: *Jueces para la democracia*, N° 14 (1991), p. 7.

resulta más preocupante, desde el punto de vista de la coherencia interna del ordenamiento jurídico del trabajo y sus principios, es que la merma es de relevancia en relación a la identidad misma del Derecho del Trabajo.

La cláusula de no competencia postcontractual cae dentro de aquellas instituciones que son el fruto de procesos de flexibilización adaptativa del Derecho del Trabajo. La descentralización en la toma de decisiones, la complejidad en las organizaciones, y el interés del comercial e industrial del empleador en tutelar sus intangibles forjadores de su posición de mercado conforman el núcleo justificativo de su necesidad. El acceso del trabajador a información confidencial y/o a secretos tecnológicos de su empleador y la posibilidad de revelar éstos a terceros; así como el riesgo que conllevaría para la empresa el que un trabajador emplee el bagaje de conocimientos adquiridos, ya sea en razón de capacitaciones y el trajín diario en el desempeño de sus funciones, para convertirse en su competidor o laborar para la competencia ya terminada la relación de trabajo, son parte básica de la necesidad de estos pactos desde la batería de intereses de la contraparte. Una primera aproximación a su justificación comparada, devela que la buena fe, trasvasijada en la noción de competencia desleal, sería aquello pretendido velar mediante estas cláusulas cuyos efectos vendrían a darse terminado el vínculo contractual laboral. A su vez, una expeditiva observación de su regulación fuera de nuestras fronteras, da cuenta que ésta es regulada positivamente en ocasiones, y que en otras, la jurisprudencia juega un rol determinante en su aceptación y consecuente legalidad. El corolario es la apertura a la limitación de la Libertad de Trabajo y el libre ejercicio de actividades de tipo económico por parte del ex trabajador, a esas alturas.

El recelo suele ser buen acompañante en la detección dogmática de incongruencias ante escenarios que, al menos, debieran despertarle suspicacia al propio sistema normativo. Los, a *prima facie*, curiosos acomodos estructurales destilados desde construcciones extranjeras, acreditan la existencia de un Derecho del Trabajo que afanado en sus pretensiones acomodaticias, lucha por no dar pie a críticas que le señalen como un

Derecho poco permeable a los requerimientos del entorno, y así, no ser calificado como una suerte de paria jurídico. El punto central desde un cariz crítico, estriba en el margen de tolerancia epistémica del Derecho del Trabajo y de su propia capacidad de reconocerle a éste como bisagra de consistencia de la estructura positiva y principal, la que resulta determinante en la purga de injertos impropios a la misma. La ausencia normativa en Chile de estos pactos ultraactivos de no competencia no avizora una posible cooperación desde lo positivo en vistas a su análisis, lo cual, empero, no ha sido obstáculo para que la jurisprudencia de igual forma se aventure en la resolución de los conflictos generados con su aplicación. El estudio de las variadas esquinas en las que culmina incidiendo este pacto permitirá, pues, discernir si es que efectivamente el prejuicio con el que se observaba la figura era real, o simplemente, un mero absurdo.

Sobre la base de lo expuesto, se trabajará con la siguiente hipótesis: la cláusula de no competencia laboral post contractual es una institución fruto de los procesos de flexibilización estructural y operacional del Derecho del Trabajo, que empero, se instituye sobre una base jurídica y discursiva que no reconoce sus bases epistémicas, y que se valida por la prosecución de las dinámicas de la libre competencia, sin análisis ni equilibrio suficiente de los bienes en juego. El método que se empleará en el desarrollo de esta tesis, será el de la investigación teórico-dogmática, en clave eminentemente crítica. La técnica de investigación utilizada será la documental bibliográfica.

Como objetivo general, se plantea el explorar, identificar y analizar las diferentes aristas, sean aquellas normativas, jurisprudenciales y dogmáticas, nacionales o comparadas, que alimenten la complejidad propia de la fenomenología, favoreciendo una visión lo más comprensiva de ésta. La meta final es validar las conclusiones a las que se puedan arribar, en vistas a generar un modelo estructural coherente con los desafíos de un Derecho del Trabajo que, bifronte, no olvida aquello que le da coherencia existencial.

Como objetivos específicos, se fijan los siguientes:

- a) Conceptualizar la ambivalencia funcional del Derecho del Trabajo, en torno a la tutela del trabajador y la salvaguardia del modelo capitalista.
- b) Definir la forma en la que la autonomía de la voluntad funciona como factor de apertura cognitiva del Derecho del Trabajo, y las consecuencias de aquello.
- c) Determinar, respecto de las cláusulas de no competencia post contractual laboral, su bien jurídico protegido y si acaso estos pactos son la única forma de tutelarlos.
- d) Examinar la finalidad del pacto, y sus vinculaciones con los conceptos de subordinación, dependencia y ajenidad.
- e) Puntualizar los contenidos esenciales de los Derechos Fundamentales de Libertad Económica y de Trabajo, a la luz del artículo 19 N° 26 de la Constitución.
- f) Examinar los aspectos atinentes de la teoría de los Derechos Fundamentales específicos desde un afán crítico, al amparo de la falsa idea de colisión de dichos derechos ante esta cláusula.
- g) Investigar los requisitos comparados para la validez de los pactos de no competencia post contractual.
- h) Determinar los requisitos nacionales para la validez de esta cláusula.
- i) Exponer los principales lineamientos jurisprudenciales administrativos y judiciales relativos a las cláusulas de no competencia post contractual laboral.

Los problemas que guiarán la presente investigación, se centrarán en torno a grandes temáticas con incidencia directa en su objeto. Así, en primer término, relacionado con la ambivalencia del Derecho del Trabajo y sus precisiones conceptuales, es posible preguntarse lo siguiente:

- 1) ¿Cuáles son las aristas ambivalentes del Derecho Laboral, su implicancia estructural en el aquel como sistema?
- 2) ¿Qué rol cumplen las coyunturas económicas en la conformidad de la identidad primaria del Derecho del Trabajo?
- 3) ¿Cuáles son los escenarios a disposición del Derecho Laboral, en vistas a sustentar el talante tutelar de esta rama?

- 4) ¿Cuán relevante es la noción de autonomía relativa y reflexividad del Derecho en el contexto de la teoría de sistemas?
- 5) ¿Es la flexibilidad laboral una determinable bajo la lógica del dispositivo foucaultiano?
- 6) ¿De qué trata la flexibilidad en clave operacional del Derecho del Trabajo?

CAPÍTULO I: EL DERECHO DEL TRABAJO COMO SISTEMA EN TORNO A LAS NOCIONES DE FLEXIBILIDAD LABORAL COMO DISPOSITIVO Y AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD.

1. Contextualización.

1.1. Sobre la ambivalencia funcional del Derecho del Trabajo: una cuestión de estructura.

El Derecho del Trabajo nació como una respuesta colectiva a las injusticias sociales. “El reclamo social inmediato, acuciante, por desplazar del mundo del trabajo industrial generalizado el viejo modelo de relaciones basadas en el modelo individualista del derecho civil, va acompañado de confrontaciones, movilizaciones, resistencia y, fundamentalmente, de la aceptación por parte de juristas, legisladores, gobernantes y empresarios, de que la pacificación de la turbulenta “cuestión social” implicaba algún tipo de concesión a los trabajadores y a sus organizaciones”³. Cuando esta rama jurídica comenzó a cimentar sus bases a raíz de estas impetraciones, encontró en instituciones que ya habían forjado sus propios mecanismos y lógicas en virtud de una ausencia de medios jurisdiccionales para poder defenderse, como la negociación colectiva y en la huelga de los trabajadores, una posibilidad real de pronunciarse y mediar ante los conflictos laborales⁴. Sin embargo, la incorporación de estas instituciones a la lógica jurídica

³ ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian. “Futuros posibles: el Derecho Laboral en la encrucijada”, en: *Revista de Derecho de la Universidad de Palermo*, año 2, N° 1 (1997), p. 149.

⁴ “Así, el Derecho del Trabajo se desarrolló como un gran sistema coordinador de reglas jurídicas con origen proveniente fundamentalmente de la ley, del convenio colectivo y del contrato individual de trabajo. La forma en que se distribuyeran los contenidos jurídicos entre estas diversas fuentes, así como los criterios que se emplearan para articular el predominio de cada una de ellas frente a cada situación concreta, constituirían dos índices inequívocos para mensurar el frado de adaptabilidad o rigidez del ordenamiento que se analizará”, BARBAGELATA, Héctor, ROSENBAUM, Jorge, y GARMENDIA, Mario. *El contenido*

significó una sujeción de la política al derecho, argumentando ello en el control de una política que sería tan sólo un reflejo descontrolado de intereses e ideologías, procurando el derecho lograr objetividad y neutralidad, siendo ésta la postura que ha primado en nuestro país, destacado por su idiosincrasia eminentemente legalista⁵.

La legalización del conflicto laboral respondió “histórica y sociológicamente, a la transcripción en términos jurídicos de aquellos conflictos que por su importancia, volumen y por las previsibles consecuencias políticas y económicas de su radicalización, suponían un mayor estado de alerta por parte de los empresarios y del Estado, es decir, de los conflictos desarrollados en el marco de la creciente expansión de la industria”⁶. La evolución derivada de esta concepción significó para el Derecho del Trabajo, en especial desde su faz colectiva, descartar su original configuración política y privilegiar el desarrollo industrial. La definición jurídica de las instituciones colectivas del trabajo, si bien vendría a limitar las contingencias individuales de resistencia, hizo predecibles los temas de discusión y negociación, y excluyó otros tales como la propiedad de los medios de producción o los grados de influencia en la toma de decisiones corporativas⁷. Por ejemplo, la preocupación del empresariado en orden a dificultar las hipótesis de huelga, a partir de sus consecuencias económicas, habría de obtener respuesta en la estructuración legalista de ella, una de las principales banderas de reivindicación trabajadora. En este sentido “la huelga, en tanto instrumento de autotutela colectiva de los trabajadores, sufre una transformación cualitativa: de ser un hecho de fuerza pasa a convertirse en un derecho

de los convenios colectivos. Montevideo, Uruguay: Fondo de Cultura Económica, 1998, p. 56. Tal es una de consecuencias más evidentes de la fuerza que tuvo el movimiento codificador en Occidente. Se ha señalado, muy tempranamente, a propósito de lo civil, que el “Código permanecía sistemáticamente indiferente ante las desigualdades de hecho, especialmente las desigualdades económicas”, BONNECASE, Julien. *Science du droit et romantisme. Le conflit des conceptions juridiques en France en 1880 à l’heure actuelle*. Paris, Francia: Recueil Sirey, 1928, p. 67

⁵ En relación al legalismo SHKLAR, Judith. *Legalism: Law, morals, and political trials*. Cambridge, Estados Unidos: Harvard University Press, 1986, p. 111.

⁶ ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian. “Futuros posibles...”, p. 162.

⁷ Cf. ROMAGNOLI, Umberto. “La desindustrialización de los conflictos de trabajo y la ética de la responsabilidad”, en: VALDÉS DAL-RE, Fernando (coord.). *Sindicalismo y cambios sociales*. Madrid, España: CES, 1994, p. 226.

con todas las consecuencias que acarrea ésta modificación de *status*”⁸. De ésta forma, desde el momento en que se pretendió antaño llevar a la lógica del derecho al conflicto laboral, se olvidó que el contenido presente en éste es uno esencialmente político. Cuando el propio ordenamiento jurídico estatal vino a imponer a los actores del mercado una aproximación en sus términos a los fenómenos laborales desprovista de este contenido, efectuó una juridificación de su natural lógica política, lo cual ocasionó que el desarrollo del conflicto se comprendiese de manera especialmente procedimental, con plazos, fechas, oportunidades, mediaciones, etc. Teóricamente objetiva, si se quiere.

Las nociones tras dicha forma de concebir instrumentos de pretensión trabajadora no han de resultar extrañas incluso en nuestros días, habiéndose incluso superado las fronteras del modelo fordista, dada la subsistencia, desde el punto de vista empresarial, de un entorno laboral-económico que todavía resulta complejo para la materialización de sus propios intereses. Trasladándonos analíticamente hacia lo individual, “el fenómeno del alto desempleo y pérdida de calidad de la situación laboral -recurrente y estructural en las sociedades industrializadas en los últimos veinte años- y sus efectos colaterales, como es la multiplicación de las situaciones contractuales ‘atípicas’ y la cristalización de la ahora una muy extensa franja débil del mercado del trabajo (sobre todo en torno a grupos especialmente fragilizados por el endurecimiento y desregulación de las condiciones de uso de la fuerza de trabajo), son expresiones no casuales de que todo un modelo social de valoración y codificación de la condición laboral -y de la conversión de ésta en un modelo de ciudadanía- se ha transformado (en parte desintegrándose) con, seguramente, muy buenos resultados para la formación bruta de capital de ciertos agentes económicos bien posicionados en los poderes mercantiles”⁹. Ante este escenario, no debiese resultar sorprendente que la ciencia jurídica acuse persistentemente recibo de las interpelaciones empresariales, determinando progresiva, pero muy maleablemente, las fronteras laborales

⁸ ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian. “Futuros posibles...”, p. 162.

⁹ ALONSO, Luis Enrique. “Institucionalización y desinstitucionalización de la ciudadanía laboral” [en línea], en: *Departamento de Estudios Institucionales UAMC*, (2007), [citado el 22 de Abril de 2014], http://laisumedu.org/DESIN_Ibarra/nuevoinst2007/borradores/Alonso.pdf, p. 3.

de acuerdo a los requerimientos de la misma empresa. Choca con dichas pretensiones, el primigenio carácter o finalidad tutelar del Derecho del Trabajo.

La última frase no debe llevar a equívocos. La percepción, comprensión y legalización de lo tutelar en sede laboral difiere a lo largo de su evolución, en razón del cariz sostenedor del *status quo* que también porta el Derecho del Trabajo, diverso por ende al de su génesis respecto hoy¹⁰. No es errado así decir, que nos encontramos frente a un sistema –el Derecho Laboral–, que ambivalentemente se contradice en sus principios: ser pro trabajador, pero a su vez y sin exclusión, ser también pro capital. Empero, “la matriz visiblemente comprometida del Derecho del Trabajo no autoriza a hablar de él como un Derecho del capital: en todo caso, exhorta a aclarar que es ambivalente, porque es emancipador y a la vez represivo. De hecho llamamos *del* Trabajo a un Derecho que es al mismo tiempo *sobre* el trabajo, porque concede el trabajo la palabra, pero de forma contemporánea le prohíbe levantar mucho la voz”¹¹. Comprensible resulta así la forma en que previamente se conceptualizaba la juridificación de su talante político a lo jurídico, constituyendo una gramática difusa.

¹⁰ Piénsese en las perspectivas analíticas gestadas a propósito de las primeras normas laborales de nuestro país, y la animosa insatisfacción actual: “En la República de Chile, la legislación social, comprendiéndose en ella, tanto la del trabajo, como la de la previsión social, ha alcanzado en los últimos 25 años un notable progreso, que la coloca en un lugar preponderante dentro del continente americano. En ciertas materias, como la protección de los empleados particulares, las leyes chilenas son tal vez las más completas en Latino América”, WALKER LINARES, Francisco. “Legislación Social de Chile”, en: *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Vol. 13 (1948), p. 33.+

¹¹ ROMAGNOLI, Umberto. “Divagaciones acerca de la relación entre la economía y el Derecho del Trabajo”, en: AA.VV. *Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución Española*. Madrid, España: Editorial La Ley, 2006, p. 54. En dicho sentido, “el Derecho del Trabajo ha cumplido una ambivalente función desde su creación: ha servido de soporte al modelo económico capitalista, mediante la regulación y pacificación del conflicto propio del reparto de la utilidad social agregada entre los titulares del capital y del trabajo y, al mismo tiempo, y de modo simultáneo, ha prestado importantes servicios al modelo político democrático, al aumentar de manera progresiva la participación y visibilidad política de sectores excluidos del proceso antes de su intervención normativa”, UGARTE CATALDO, José Luis. *Tutela de Derechos Fundamentales del Trabajador*. Santiago, Chile: Legal Publishing, 2009, p. 1.

No es extraño entonces, constatar que actualmente el propio Derecho Laboral contiene normas que explícitamente persiguen la mantención de la estructura del sistema, reservando dentro de determinados límites el poder de los trabajadores, y con ello, resguardando los intereses del empresariado. Así es como el tema nuclear en este derecho, es la consecución del justo equilibrio entre sus partes, sus derechos y obligaciones y que la tutela de los intereses de una u otra no deje desprotegidos los de la contraria, obviando la naturaleza intrínseca de lo laboral. Justificando una lectura como la expresada, se ha dicho que el Derecho del Trabajo vendría a cumplir desde los años 70 del siglo XX una función de justicia distributiva, de ponderación de intereses. “En ese equilibrio de intereses, si bien el Derecho del Trabajo legitimaba la posición predominante de la empresa en sus relaciones con los trabajadores, y la apropiación por la misma de lo producido por los trabajadores, también limitaba la posibilidad de que el empresario decidiese libremente respecto a la relación laboral, y creaba una serie de principios jurídicos, propios del Derecho del Trabajo, que contenían una técnica jurídica especial que beneficiaba en la interpretación y aplicación de este Derecho, a la parte que tenía una situación real menos favorable”¹². La contracara de esa óptica, sería la retraducción de la fenomenología jurídico laboral, a una netamente de costos y competitividad para la empresa, sobre todo en tiempos en que las sucesivas crisis económicas vienen en recordarle su inexorable compañía. Se cuestiona, en síntesis, la inevitable autosuficiencia de las normas laborales, exigiéndole resultados de talante económico (eficiencia), presuponiendo la culpabilidad de esta normativa en los trances financieros¹³. “Lo que

¹² SEPÚLVEDA GÓMEZ, María. “El Derecho del Trabajo y las relaciones laborales ante los cambios económicos y sociales” [en línea], en: *X Congreso Europeo de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, (2011), [citado el 22 de Abril de 2014], <http://historico.tsj.gov.ve/informacion/miscelaneas/congresoeuropeo/01%20Primera%20ponencia/124%20SEPULVEDA%20GOMEZ.pdf>, p. 9.

¹³ “Paradójicamente las regulaciones de seguridad del empleo y salario mínimo parecen ser perjudiciales para los mismos trabajadores que se supone deberían ayudar. Nuestros resultados sugieren que tanto los salarios mínimos como las regulaciones de seguridad del empleo reducen las oportunidades de empleo de los trabajadores jóvenes y no calificados –y particularmente de los jóvenes no calificados- mientras que favorecen las tasas de empleo de los trabajadores calificados y mayores. También hemos encontrado indicaciones de que las regulaciones de seguridad del empleo pueden forzar a algunos trabajadores, particularmente a las mujeres y a los no calificados, fuera del empleo asalariado y hacia el trabajo independiente”, PAGÉS, Carmen y MONTENEGRO, Claudio. “¿Quién se beneficia de las regulaciones al

todos estos planteamientos persiguen es, por consiguiente, un cambio en la lógica que ha estado presidiendo la construcción del Derecho del Trabajo, que lo acerque cada vez más a la dinámica del mercado, cuya corrección había venido siendo considerada hasta el momento como el elemento más característico de esta disciplina”¹⁴.

Como se observa, son las crisis económicas las que desafían la identidad primaria del Derecho Laboral, incentivando sobre la base gramatical de los derechos y el discurso de la libre competencia, la sustentabilidad del mercado en tanto sistema económico¹⁵. En efecto, desde tal arista se ha dicho que “la clara apuesta por la competencia en los mercados derivará en una prosperidad futura -se ha de evitar caer en el proteccionismo-, que permitirá el nacimiento de proyectos emprendedores que generen empleo, ya que la Economía mejorará y generará importantes beneficios si se incrementa la productividad - la productividad a su vez será baja si se crean sectores industriales y de servicios protegidos de la competencia, es decir, aislados-. Por tanto, en materia de política de la libre competencia hay que decir que el mantenimiento de mercados competitivos resulta igual de importante en tiempos de crisis económica que en tiempos de expansión y crecimiento”¹⁶. La apertura comercial, los procesos de ajuste macroeconómico y la liberalización de los mercados, han sido entendidos por los gobiernos como transformaciones inevitables, que pasan a configurar un nuevo sentido común asumido como propio, sin mayores cavilaciones, por las sociedades post-industriales. “La fuerza hegemónica del neoliberalismo descansa justamente en esta capacidad de presentar la

mercado de trabajo? Chile, 1960-1998”, en: HECKMAN, J.James y PAGÉS, Carmen (ed.). *Regulación y empleo. Lecciones de América Latina y el Caribe*. Santiago, Chile: Alfabeta Artes Gráficas, 2005, p. 472-473.

¹⁴ RODRÍGUEZ-PINERO, Miguel. “Diritto del lavoro e mercato”, en: *Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali*, N° 1 (1995), p. 44.

¹⁵ “Con la generalización de las leyes de defensa de la competencia, los empresarios no sólo tienen el Derecho, sino también la obligación de competir que les otorga dicho principio constitucional de libertad de empresa”, ROBLES MARTÍN-LABORDA, Antonio. *Libre competencia y competencia desleal*. Madrid, España: La Ley, 2001, p. 3.

¹⁶ PETITBÒ, Amadeo y MARTÍNEZ LAGE, Santiago. *El Derecho de la Competencia en tiempos de crisis*, Madrid, España: Editorial Marcial Pons, 2010, p. 11.

globalización de forma ahistórica, como un proceso universal al cual hay que plegarse”¹⁷. Lo anterior, explica la inmanencia de las políticas de flexibilización que se plantearon en un inicio como coyunturales y estacionales, repercutiendo en la manera en que la configuración institucional del Derecho Laboral se plantea en su estructura¹⁸.

Nos encontramos así ante un contexto laboral caracterizado por participantes polarizados, en el cual se inserta el Estado, determinando de antemano lo que es fundamental para todos, y sobre todo, en el cual el empresariado goza de una legitimidad tanto social como legal en sus requerimientos. Este doble sustento sobre el cual puede fundar sus lógicas, le permite imponer sus términos, restringir la conflictividad e imponer el raciocinio de la unidad sin consensos, pues previamente ha excluido a quienes en su concepto, no deben ni pueden acceder a la conformación de las políticas corporativas o al debate de sus propias condiciones laborales, aun cuando tengan participación en el proceso productivo. El derecho es empleado dentro de esta racionalidad como una regla técnica en orden a conseguir tales finalidades empresariales sustentadas por el ordenamiento público, legitimando tales esquemas, propiciando gratuitamente univocidades y las ya insinuadas exclusiones que decantan en la invisibilidad política de los trabajadores. Pretender que el derecho venga a juridificar a la política, sujetándola a límites que dirijan prejuiciosamente intereses corporativos sectoriales a la objetividad de los comunes, puede resultar contraproducente para un sector que debiese, al amparo del respeto de los derechos, perseguir eficiencia y eficacia en el uso de todos sus recursos¹⁹.

¹⁷ TADDEI, Emilio. “Prólogo”, en: DE LA GARZA, Enrique (coord.). *Reestructuración productiva, mercado de trabajo y sindicatos en América Latina*. Buenos Aires, Argentina: CLACSO, 2000, p. 8.

¹⁸ “...el fundamento del Derecho del Trabajo en el interés del Estado por evitar los problemas o tensiones que pusieran en cuestión el orden constituido, de modo que, a través de la imposición de ciertas limitaciones a los empleadores, coextensas con ciertos derechos a los trabajadores, se pudiera mantener el sistema de producción capitalista”, DE LA VILLA, Luis Enrique. “La función del Derecho del Trabajo en la situación económica y social contemporánea”, en: *Revista del Trabajo*, N° 76 (1984), p. 14.

¹⁹ A propósito de la vinculación entre derecho y política, ATRIA LEMAITRE, Fernando. “Ubi ius, ubi remedium, la relevancia jurídica de los derechos humanos”, en: *Revista de estudios de la Justicia*, N° 3 (2003), p. 37.

Primordial es en este contexto traer a colación la existencia de un abierto choque de derechos y libertades fundamentales de trabajadores y empleadores, y notar como ha sido resuelta esta confrontación, en definitiva: por una clara sujeción del derecho a las maleables fronteras del poder y la coyuntura económica. Se ha tomado e impuesto el criterio de la eficiencia económica como un fin en sí mismo que se superpone a otros y que permite evaluar la eficacia del derecho, aun cuando su costo conduzca a la restricción de los derechos políticos de la ciudadanía. En éste sentido, si el derecho implica que no se alcancen en circunstancias económicas definidas la eficiencia y la eficacia económica, dicha norma es ineficaz y por ende, no debe ser tenida en cuenta, o derechamente ser derogada, aun cuando en su esencia porte lo que el Estado ha determinado lo que es fundamental para todos²⁰. La eficiencia económica ha pasado a definir la subsistencia de los derechos laborales de las personas, su desarrollo y definición, más allá de cualquier otro plan empresarial de reestructuración posible, resolviendo irreductiblemente la contingencia a favor del empleador, damnificando el capital humano y considerando la normativa jurídica tan sólo cuando juega un rol instrumental para el logro de sus intereses²¹. Los conflictos, como ya es dable deducir, se encuentran dentro de las circunstancias que deben ser evitadas dentro de los márgenes productivos, pues impiden precisamente que la productividad empresarial marche correctamente, secuela supuestamente empírica de los argumentos de la empresa, que ciertamente, nunca ha demostrado su certeza constante²². Una de las consecuencias sociales más potentes de la

²⁰ “Una norma es efectiva si consigue el objetivo que pretende. Una norma es eficiente si consigue ese objetivo al menor costo posible. (...) No debe olvidarse que el diseño de una norma no supone una racionalidad paramétrica, sino estratégica. El legislador no sólo debe preocuparse de la justificación política y ética de las normas, esa es condición necesaria pero no suficiente de una buena ley. También debe prever cual va a ser la reacción del ciudadano y no puede suponer que el espíritu del derecho por sí mismo incentiva las conductas de los ciudadanos a la obediencia. Existen otros incentivos, a veces mucho más atractivos, para desviarse del derecho”, CALSAMIGLIA, Albert. “Justicia, eficiencia y óptimo de la legislación”, en: *Documentación Administrativa*, N° 327 (1989), p. 68.

²¹ “La positivación de expectativas implica tener en cuenta que la no coincidencia entre la expectativa institucionalizada y lo acontecido, evidencia una sobrecarga impuesta al sistema jurídico, y hace latente el riesgo de su incapacidad de satisfacer los reclamos sociales, y con ello, su carencia de eficacia”, MEJÍA, Óscar y GUZMÁN, Natalia. “La Corte Constitucional: entre la emancipación social y la eficacia sistémica”, en: *Pensamiento Jurídico*, N° 15 (2002), p. 39.

²² Cf. WELLER, Jürgen. “Los mercados laborales en América Latina: su evolución en largo plazo y sus tendencias recientes”, en: *Serie Reformas económicas*, N° 11 (1998), pp. 11-14, AGACINOROJAS, Rafael.

protección legal a todo evento de tan sólo algunas libertades y derechos por sobre cualquier otro, descartando la inmanente conflictividad, es que se consigue que “quienes ejercen esas libertades y derechos valorados prioritariamente logren someter, con el apoyo de la ley, a sus contrapartes sociales o contractuales sin compatibilización justa entre los intereses en juego”²³.

1.2. Flexibilización, coherencia existencial y sistémica del Derecho del Trabajo

1.2.1. Huir, sustituir y adaptar: Escenarios del Derecho del Trabajo.

Es este escenario el que se plantea frente la ciencia jurídica laboral, ante el cual la misma debiese preguntarse si es que ha sido capaz de generar las estructuras de adaptación para seguir siendo protectora de la parte más débil de la relación de trabajo. Y al mismo tiempo, para proseguir con sus funciones político-económicas, traducidas esencialmente en dar sustento y legitimidad social al esquema de libre mercado, en conjunto con políticas

“Todo lo flexible se desvanece, el caso chileno”, en: *Flexibilidad y Condiciones de Trabajo Precarias*, Santiago, Chile: Programa de Economía del Trabajo, 1995, pp. 34-50, y MELIS VALENCIA, Christian. “Derechos fundamentales y empresas: apuntes para una configuración dogmática jurídica”, en: *Derechos Fundamentales, Anuario de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, N° 3 (2004), p.105.

²³ LÓPEZ FERNÁNDEZ, Diego. *Los derechos de las personas: la fuerza de la democracia*. Santiago, Chile: Ediciones Universidad Alberto Hurtado, 2009, pp. 73-74. Prístinamente respecto estos conceptos, Von Hayek expresa que “el orden espontáneo del mercado, basado en la reciprocidad o beneficios mutuos, se describe comúnmente como un orden económico; y en el sentido vulgar del término "económico", la Gran Sociedad se sostiene, de hecho, íntegra y continuamente en lo que con frecuencia se denominan fuerzas económicas. Pero es sumamente equívoco, y se ha convertido en una de las principales fuentes de confusión y equivocación, denominar este orden una economía como lo hacemos cuando hablamos de una economía nacional, social o mundial. Esta es, cuando menos, una de las principales fuentes de las que nace el empeño socialista por convertir al orden espontáneo del mercado en una organización con dirección deliberada que sirva a un sistema consentido de fines comunes”, VON HAYEK, Friedrich. “Los principios de un orden social liberal”, en: *Estudios Públicos*, N° 6 (1982), p. 184.

pro empleo²⁴. Dicho de otro modo, “sin vender su alma al diablo, el Derecho del Trabajo puede y debe adaptarse a las diversas situaciones”²⁵.

Las opciones que la doctrina ha expresado ante esta disyuntiva pueden resumirse en 3 conceptos²⁶: huir, sustituir y adaptar. “Huir” apela a un escape del Derecho del Trabajo mediante la desregulación de la normativa laboral²⁷, “desapareciendo la concepción central del ordenamiento del trabajo: la concepción de que el mismo existe para defender a la parte más débil de la relación salarial. Si el Derecho Laboral no está para eso, sino para aumentar el volumen del empleo (sin importar su calidad) o las cuentas de resultados de las empresas, el conjunto de sus regulaciones esenciales ya no tienen sentido”²⁸. Se ha llegado a decir en esta línea que “la cuestión laboral en cuanto tal ya no

²⁴ “Esta sensación de que algo traumático está sucediendo está en la base de la desorientación que se advierte entrecruzando el pensamiento de muchos autores que, reflexionando sobre las transformaciones del propio Derecho del Trabajo, se sienten atravesados por un frío estremecedor; se advierten, de improviso, ya sin la red de protección del Derecho del Trabajo nacional y de sus conceptos garantistas, sienten haberse vuelto, sin ni siquiera haberlo podido elegir, transnacionales y globales; y esto porque ahí se da cuenta del hecho de que los materiales disponibles sobre los que reflexionar ya no están ligados a rasgos que salen de los sistemas de regulación y a las prácticas de los diversos actores sociales e instituciones nacionales, sino que pertenecen también a otras dimensiones”, CARUSO, Bruno. “Las consecuencias de la globalización: ¿desintegración o transformación del Derecho del Trabajo?”, *en*: AFDUDC, N° 11 (2007), p. 121.

²⁵ JAVILLIER, Jean Claude. *El futuro del Derecho del Trabajo*. Montevideo, Uruguay: Fondo de Cultura Económica, 1989, p. 39. “Gran parte de las incertidumbres y turbulencias institucionales que estamos experimentando en estos comienzos del siglo veintiuno se deben al descentramiento del lugar social del trabajo en las sociedades contemporáneas. Así, su importancia política se ha visto seriamente disminuida y tanto el peso de sus organizaciones históricas representativas en la formación de políticas de gobernabilidad social de las naciones, cómo la referencia al trabajo en la creación y mantenimiento de derechos universales, reconocidos desde todos los ámbitos de poder, se han ido minimizando y trivializando, hasta el punto de quedarse a la defensiva”, ALONSO, Luis Enrique. “Institucionalización y desinstitucionalización de la ciudadanía laboral” [en línea], *en*: *Departamento de Estudios Institucionales UAMC*, (2007), [citado el 22 de Abril de 2016], http://laisumedu.org/DESIN_Ibarra/nuevoinst2007/borradores/Alonso.pdf, p. 1.

²⁶ Sin perjuicio, por cierto, que también se han hecho propuestas diversas. “Se han abierto camino tres tipos de respuestas principales, dotadas eso sí de racionalidad diversa: 1) el regreso de las relaciones de trabajo asalariado al ámbito del Derecho común de bienes y contratos; 2) la configuración de un Derecho del mercado de trabajo; y 3) la configuración de un Derecho común del trabajo, que incorpore la regulación de las diversas formas y situaciones de prestación laboral con independencia del negocio jurídico que proporcione su articulación jurídica”, PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos. “La función y la refundación del Derecho del Trabajo”, *en*: *Relaciones Laborales*, N° 13 (2000), p. 159.

²⁷ También llamada tendencia contractiva o de fuga, por LÓPEZ GANDÍA, Juan. *Contrato de trabajo y figuras afines*. Valencia, España: Tirant lo Blanch, 1999, p. 11.

²⁸ CARRETERO MIRAMAR, José Luis. “La imparable crisis del derecho del Derecho del Trabajo”, *en*: *Nómadas, Revista crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas, publicación electrónica de la Universidad Complutense de Madrid*, N° 19 (2008), p. 3.

es central, ni tiene la fuerza sociológica y cultural para polarizar todas las demás cuestiones en torno a su eje”²⁹. Las finalidades proteccionistas quedan entregadas a las lógicas del libre mercado, con un alto riesgo que se disminuya el principio protector, precarizándose las relaciones laborales³⁰. En este contexto, “el mercado vuelve a tomar el mando, vuelve a cabalgar sin ataduras dejando a sus pies, muchas veces, los criterios de solidaridad y de ciudadanía que se habían pactado”³¹. Tal es la experiencia chilena de fines de los años setenta, reflejo de una desregulación calificada por algunos como salvaje, una que se dio mediante la “sustitución de la legislación laboral (...) por el plan laboral primero, y por el Código del Trabajo después, operada por el régimen militar que gobernó al país a partir de 1973. Otros consideran que por el extremismo de esta experiencia, la excluyen del concepto jurídico de flexibilidad y aún de desregulación”³². En síntesis, la huida del Derecho del Trabajo es, “en su perspectiva global, un conjunto de fenómenos a través de los cuales se permite, actuando dentro del marco de la ley, que una relación de empleo no se aplique total o parcialmente la disciplina jurídico-laboral”³³.

“Sustituir”, implica el reemplazo del Derecho del Trabajo por la tendencia representada por el “derecho del empleo”³⁴, que opera como una política de promoción de la ocupación a través de técnicas legislativas que introducen incentivos corporativos para la contratación de trabajadores, en virtud del subterfugio de reducir costos asociados al trabajo, facilitar el despido o amplificar las facultades empresariales para perturbar las condiciones de la prestación de servicios laboralmente contratada. En este contexto, se

²⁹ BELL, Daniel. *El advenimiento de la sociedad industrial*. Madrid, Alianza Editorial, 1976, p. 195.

³⁰ Sobre estas perspectiva, BAYLOS GRAU, Antonio. “La “huida” del Derecho del Trabajo: tendencias y límites de la deslaboralización”, en: ALARCÓN CARACUEL, Manuel Ramón y MIRÓN, María del Mar (coord.). *El trabajo ante el cambio de siglo: un tratamiento multidisciplinar*. Madrid, España: Editorial Marcial Pons, 2000.

³¹ ALONSO, Luis Enrique. *Trabajo y ciudadanía. Estudios sobre la crisis de la sociedad salarial*. Madrid, España: Editorial Trotta, 1999, p. 121.

³² ERMIDA URIARTE, Óscar. “La flexibilidad en algunas experiencias comparadas”, en: AA.VV.: *Experiencias de flexibilidad normativa*. Santiago, Chile: Ediciones Universidad Andrés Bello, 1992, p. 45.

³³ RODRIGUEZ PIÑERO, Miguel: *Flexibilidad, ¿un debate interesante o un debate interesado?* Madrid, España: Editorial La Ley, 1987, p. 88.

³⁴ Al respecto JEAMMAUD, Antoine. “Cambios y futuro del Derecho del Trabajo en Francia”, en: *Revista Crítica de Derecho Social*, N° 1 (1997), p. 248.

espera que las medidas sean útiles a las empresas mientras respondan efectivamente a los términos de utilización y organización de trabajo que ellas mismas se han prefijado³⁵, generándose empleo siempre y cuando obtengan facilidades legislativas que justamente coincidan con sus reclamaciones de uso de mano de obra, en función de sus propias necesidades organizativas y de gestión.

“Adaptar” por su parte, significaría mantener el sistema del Derecho del Trabajo, “reorganizando la manera en que se distribuyan sus contenidos entre sus distintas fuentes normativas y, en especial, en tres de ellas que configuran la estructura básica del sistema de fuentes: la ley, la autonomía colectiva y el contrato individual celebrado entre cada trabajador y su empleador”³⁶. La idea final, de acuerdo a esta línea, sería finalmente conciliar o equilibrar los principios básicos del Derecho Laboral con las pretensiones del apital, reformulando sus paradigmas y discursos. En tal sentido, se ha señalado que “la empresa, su estructura y su organización, -y el modo en que se integra la empresa con la sociedad y el gobierno- son también áreas que plantean importantes necesidades de innovación, y ofrecen oportunidades de innovar. Sin duda se necesitan en la esfera social y económica otro periodo de actividad innovadora similar al de la segunda mitad del siglo XIX”³⁷. Es una cuestión, dicho en términos simples, de flexibilización de las categorías centrales alrededor de las cuales se ha afrontado el núcleo conceptual del Derecho del Trabajo.

1.2.2. Adaptación y Derecho del Trabajo en clave crítica: la relevancia de la autonomía relativa del Derecho.

³⁵ En profundidad, BAYLOS GRAU, Antonio. “Derecho del Trabajo y política de empleo en España”, en: *Revista Pistas, Instituto del Mundo del Trabajo*, N° 1 (Noviembre del 2000).

³⁶ LÓPEZ ONETO, Marcos. *Flexibilidad laboral chilena y principio de protección de la fuente de empleo. Algunas hipótesis*. Tesis para optar al grado de Magíster en Derecho de la Universidad de Chile, Santiago, Chile, 1999, p. 18.

³⁷ DRUCKER, Peter. *La gerencia. Tareas, responsabilidades y prácticas*. Buenos Aires, Argentina: El Ateneo, 1985, pp. 530-531.

Las ambivalencias antes referidas dan ciertamente cuenta de tensiones en la configuración de sistema “Derecho del Trabajo”, cuya resolución no puede darse dirigiendo la mirada exclusivamente hacia lo jurídico o hacia lo económico en tanto ciencias, pues lisa y llanamente, con ello se dará solución a nada. La compartimentación analítica, la división al parecer irreductible entre capital y trabajo, constructora de variantes políticas y semánticas, lo único que ha hecho es desviar matrices analíticas que debieran complementarse y recíprocamente articularse. Muestra una vez más, de la tradicional rehuída al conflicto y contacto epistémico, renegando el que todo análisis institucional debiera partir por “tratar con la totalidad de los aspectos sociales, culturales y psicológicos de la comunidad, pues hasta tal punto están entrelazados que es imposible comprender uno de ellos sin tener en consideración todos los demás”³⁸.

Desde la arista laboral, el constituir como hegemónico el punto de vista del obrero industrial al cimentar el Derecho del Trabajo en desmedro de un reconocimiento cabal de la fragmentación social y moral que reina y aún se mantiene en la sociedad y el mercado laboral contemporáneo, ocasionó que toda construcción legislativa cayera en un error ontológico fundamental: la pretensión por la unidad, totalmente criticable al no desarrollar mecanismos que conjugan diversos intereses y visiones³⁹. Se desconoce que la articulación de los actores laborales dista mucho de tener como presupuesto la identidad esencial de sus intereses, incluso dentro de cada sector en particular. Debe por ende descartarse la pretensión epistémica de formular y argumentar discursos aglutinadores indiscutiblemente unívocos, pretendidamente auténticos, al estilo del Derecho del Trabajo chileno, el que ha revelado ser en los hechos, una mera herramienta técnica al servicio del poder del capital y de la tiranía de supuestas mayorías, tras el prisma de una estructura jurídica laboral pretendidamente pro-trabajador. El resultado final de las construcciones

³⁸ MALINOWSKI, Bronislaw. *Los argonautas del Pacífico Occidental*. Barcelona, España: Planeta-Agostini, 1986, p. 14.

³⁹ Considerar en la misma visión a LACLAU, Ernesto; MOUFFE, Chantal. *Hegemony and socialist strategy: towards a radical democratic politics*. Londres, Inglaterra: Editorial Verso, 2001.

juridificadas de lo fundamental en materia laboral no deja de ser desmotivante: el trabajador se aliena, en un proceso político que lo desconoce⁴⁰, en un sistema económico que le cosifica, así como en un derecho que, casi consecuentemente, le excluye.

El Derecho en cuanto ciencia, si bien goza de autoridad epistémica respecto las demás, no es menos cierto que representa una muy acotada mirada de la fenomenología social⁴¹, y es más, como bien lo caracteriza Kahn, bien puede tenerse como un mundo imaginado⁴². Por mucho que el Derecho permita motivarnos a actuar de una manera que pueda llegar a ser vista como la acción de una comunidad, en un escenario pluralista que justamente hace compleja tal circunstancia⁴³, no hay motivo ni argumento apriorístico por el cual se deba obediencia de antemano a la concepción de comunidad o ciudadanía fijada por el derecho, sobre todo si no se han consensuado sus particularidades, o no se nos permite incidir sobre ella.

⁴⁰ Se sigue el concepto de alienación elaborado por Atria, el que indica que ella “describe el proceso (y el estado al que lleva) mediante el cual lo que es propio se nos aparece como ajeno, se nos hace ajeno. La alienación política, es decir, el hecho de que la voluntad políticamente producida se nos aparezca como ajena, es el fracaso específico de las formas institucionales democráticas”, ATRIA LEMAITRE, Fernando. “Participación y alienación política: el problema constitucional” [en línea], en: *Boell-latinoamerica*, (2010) [citado el 29 de Julio de 2015], http://www.boell-latinoamerica.org/downloads/En_el_nombre_del_pueblo.pdf, p. 163.

⁴¹ “El derecho compite con otras consideraciones a las que todo hombre razonable debe honrar en su deliberación práctica y no es siempre verdad que el derecho soslaye a todas estas otras consideraciones como la razón determinante de lo que debemos hacer”, ROSENKRANTZ, Carlos. “La autoridad del derecho y la injusticia económica y social”, en: *Discusiones*, N° 6 (2006), pp. 54-55. La pérdida de contacto del derecho con la vida cotidiana, y la imposición de éste de sus prácticas para crear el mundo, implican en palabras de Bourdieu una “*efficacité quasi magique*”, BOURDIEU, Pierre. “La force du droit: elements pour una sociologie du champ juridique”, en: *Actes de la recherche en sciences sociales*, N° 64 (1986). O de Grzegorzczuk, una “*hermeneutique officielle du monde*”, GRZEGORCZYK, Christophe. “Système juridique et réalité: discussion de la théorie autopoietique du droit”, en: *Archive de philosophie du droit*, N° 33 (1989), p. 12. Por su parte, Teubner dirá complementando a Bourdieu, que “el discurso jurídico modifica cada vez más el significado de las construcciones cotidianas del mundo, y en caso de conflicto, las sustituye por constructos jurídicos”, TEUBNER, Gunther. “El derecho cómo sujeto epistémico: hacia una epistemología constructivista del derecho” [en línea], en: *Doxa*, (2002) [citado el 30 de Julio de 2015], http://www.luisvives.com/servlet/SirveObras/doxa/23584061091481851665679/doxa25_17.pdf, p. 554.

⁴² Cf. KAHN, Paul. *El análisis cultural del derecho. Una reconstrucción de los estudios jurídicos*. Barcelona, España: Editorial Gedisa, 2001, p. 10.

⁴³ Cf. ROSENKRANTZ, Carlos: “La autoridad del derecho...”, p. 49.

Se trata, en fin, de comenzar a elaborar un Derecho de las Relaciones Laborales receptivo, que cimente tanto su reflexividad o responsividad⁴⁴ como su autoridad, a través de la integración de otros constructos de la ciencia social⁴⁵. Un ejercicio como el presente, enmarcado en una *ratio* crítica del Derecho del Trabajo, habilita el uso de herramientas dogmáticas que permiten reconfigurarlo en un contexto social amplio y diverso, más allá del mero ordenamiento jurídico, pudiendo llegar a discutir condiciones que tradicionalmente se habían estimado como naturales del Derecho, como su autorreferencialidad⁴⁶. De la mano de ello, se abren las posibilidades desde la academia, de descubrir, criticar y reconstruir las relaciones de poder que exhiben como innatas las condiciones sociales de las personas, recorriendo de ésta forma su arbitrariedad. Significa esto comenzar a repensar y conectar el discurso jurídico del trabajo con el contexto político en que el primero guarda asiento, entendiendo consecuentemente al Derecho como un fenómeno cultural que precisa de los marcos teóricos ofrecidos por otros sistemas y por la política⁴⁷. Se trataría en consecuencia, de reivindicar y fortalecer la

⁴⁴ La responsividad del Derecho es la contracara de su autonomía. La responsividad consiste en “la creencia que el derecho encuentra sus fines y rasgos fundamentales en la sociedad concreta en que existe, a la cual sirve como un medio a un fin. Para este punto de vista, la sociedad es el término activo que estructura al derecho, el elemento pasivo”, mientras que la autonomía, a su vez, implica la creencia que el derecho contiene una racionalidad propia, inmanente, a la cual deben ser sometidos los hechos sociales que se le presentan. Para esta concepción el derecho, comportándose como un factor o elemento activo, estructura a la sociedad, el elemento que se comporta como un factor pasivo”, MUÑOZ LEÓN, Fernando. “Autonomía y responsividad: sobre la relación entre Derecho y sociedad”, en: *Anuario de Derecho Público 2011*. Santiago, Chile: Universidad Diego Portales, 2011, pp. 509-510.

⁴⁵ “Mucho depende de percibir que la autoridad del derecho no yace en su libertad frente a la influencia de causas e influencias externas sino en la forma en que las incorpora y responde a ellas”, NELKEN, David. “Criminal law and criminal justice: some notes on their irrelation”, en: DENNIS, Ian (ed.), *Criminal law and criminal justice*. Londres, Inglaterra: Sweet and Maxwell, 1987, p. 139.

⁴⁶ “*It is by nature an interdisciplinary and cooperative endeavor. Those who pursue it must be true generalists and willing to pursue insights from areas that initially seem far removed. Similarly, given the internationalization of business and the trans-border and multi-cultural nature of modern business organizations, any adequate reflection on employment and its ordering demands a comparative approach*” (Es por naturaleza un esfuerzo interdisciplinario y cooperativo. Aquellos que lo persigan deben ser verdad generalistas y estar dispuestos a alcanzar puntos de vista en zonas que en un principio parecen estar alejadas. Del mismo modo, dada la internacionalización de los negocios y la naturaleza transfronteriza y multi-cultural de las organizaciones empresariales modernas, cualquier reflexión adecuada sobre el empleo y su ordenamiento exige un enfoque comparado), KOHLER, Thomas C. “Disintegration of Labor Law: Some Notes for a Comparative Study of Legal Transformation”, en: *Notre Dame Law Review*, Vol.73, N° 5 (1999), p. 1330.

⁴⁷ Se superaría el paradigma referido a que “todos los valores que circulan en el discurso general de la sociedad son o posteriores a la diferenciación de un sistema jurídico, o jurídicamente irrelevantes, o valor

posición de las personas en el interior del Derecho del Trabajo⁴⁸, promoviendo su reconstrucción a partir de miradas inclusivas que tiendan a una mayor receptividad en sus instituciones más elementales. “En vez de separar claramente los ámbitos de la cognición jurídica de los de la cognición científica, se supone que el discurso jurídico incorpora cierto conocimiento social en sus construcciones del mundo, y que revisa permanentemente los modelos jurídicos de la realidad social de acuerdo a la acumulación de conocimiento en las Ciencias Sociales”⁴⁹.

En efecto, la introducción de estas Ciencias Sociales, da cuenta que todo campo⁵⁰, y no solo el Derecho, “está en relación con otros ámbitos sociales y con formas de poder externas: su autonomía relativa no supone ni aislamiento ni plena independencia respecto a poderes externos, sino retraducción de las determinaciones externas en función de la

propio del Derecho”, LUHMANN, Niklas. “Posivität als selbstbestimmtheit des rechts”, en: *Rechtstheorie*, N° 19 (1988), p. 27. Interesante reflexión es la que ofrece Kohler, “*the transformation of labor law literally reflects the transformation of our way of being. In the past, much of the scholarship on work and its ordering has been taken up with themes like dependence and domination. This preoccupation reflects the enormous influence of Hegel's dialectic of master and slave, the echoes of which reverberate through the writings of the three thinkers whom Paul Ricoeur called the "masters of suspicion": Marx, Nietzsche, and Freud. Although not without interest, concentration on these themes has distracted attention from more crucial inquiries into the way work and its ordering constitutes humans and their relations to others. The new situation requires the development of a new culture of work, which in turn requires a new appreciation of human character*” (la transformación de la legislación laboral refleja literalmente la transformación de nuestra manera de ser. En el pasado, gran parte de la dogmática laboral y su ordenación, se conformó con temas tales como la dependencia y la dominación. Esta preocupación refleja la enorme influencia de la dialéctica del amo y el esclavo de Hegel, cuyos ecos resuenan a través de los escritos de tres pensadores a quienes Paul Ricoeur denomina "maestros de la sospecha": Marx, Nietzsche y Freud. Aunque no carece de interés, la concentración en estos temas ha desviado la atención de las investigaciones más importantes sobre la forma de trabajo y su dimensión constitutiva del ser humano y sus relaciones con los demás. La nueva situación requiere el desarrollo de una nueva cultura del trabajo, que a su vez requiere una nueva apreciación del carácter humano), KOHLER, Thomas C.. “Disintegration of Labor Law...”, p. 1331.

⁴⁸ La posición ciudadana dentro del derecho se analiza, desde una perspectiva más general en MEZEY, Naomi. “Law as culture”, en: SARAT, Austin y SIMON, Jonathan (eds.). *Cultural analysis, cultural studies, and the law: moving beyond legal realism*. Durham, Duke University Press, 2001, pp. 37-72.

⁴⁹ TEUBNER, Gunther. “El derecho como sujeto epistémico...”, p. 562.

⁵⁰ Se entiende por campo “todo ámbito de la vida social en el cual se desarrolla constantemente una lucha en la cual intervienen variados y múltiples actores, con fuerzas desiguales, que, sin embargo, deben aceptar las reglas propias de éste espacio social que definen sus límites y posibilidades de acción dentro del mismo”, BOURDIEU, Pierre y TEUBNER, Gunther. *La fuerza del derecho*. Bogotá, Colombia: Ediciones Uniandes-Instituto Pensar-Siglo del Hombre Editores, 2002, p. 158.

propia dinámica y estructura de posiciones del campo”⁵¹. La interdependencia entre campos permite, a su vez, concebir la sociedad como un armazón vacilante en el que, aun cuando la estabilidad sea un carácter ausente⁵², es posible la convivencia entre la multiplicidad de campos existentes, y comprender al Derecho justamente como un producto cultural complejo, descartando pretensiones científicas teóricamente puras y empíricas⁵³. “El Derecho entonces, se debe limitar a instalar, corregir y redefinir mecanismos autorregulatorios de sistemas autónomos, sin buscar una armonía global de la diferenciación. Es una especie de garante de determinadas reglas del juego a las que cada sistema conecta las condiciones de reproducción de su propia autopoiesis; debe reconocer el lenguaje y las diferencias y distinciones relevantes del sistema que se busca regular”⁵⁴

Se abre la puerta, en resumen, para que el Derecho enfrente de manera satisfactoria, las necesidades y las contingencias sociales, sin obviar sus propios límites. “Esto significaría, en efecto, disminuir el poder del derecho en ciertos dominios y hacer abandono de sus pretensiones de una regulación comprensiva. En vez de ello, sólo produciría una regulación opcional que los interesados podrían usar o no, como ellos lo encuentren más adecuado. ¿Cuáles son las consecuencias de esta política legal flexible que puede ser adaptada a una variedad de situaciones? El Derecho sólo es usado cuando encuentra necesidades sociales, de otra manera no. Sin embargo, dejar de tomar las reglas jurídicas en serio como expectativas conductuales autoritarias tiene consecuencias para nuestra concepción del derecho. La validez de las reglas jurídicas está a discreción de

⁵¹ MARTÍN CRIADO, Enrique. “El concepto de campo como herramienta metodológica”, en: *Revista española de investigaciones sociológicas*, N° 123 (2008), p. 18.

⁵² Cuestión que en todo caso no sería sino reflejo que ya entre los propios hombres que viven en sociedad, es imposible pensar en una estabilidad permanente, siendo afirmativo calificar su estado en uno de guerra. Cf. KANT, Immanuel. *To perpetual peace: a philosophical sketch*. Indianapolis, Estados Unidos: Hacklett Publishing Company, 2003, pp. 1-10.

⁵³ “Las peculiaridades que se introducen en las técnicas compartidas inicialmente procedentes de otros sectores acaban incidiendo en la propia configuración de las técnicas utilizadas en cuestión”, MONEREO PÉREZ, José Luis. *Introducción al Nuevo Derecho del Trabajo: Una reflexión crítica sobre el Derecho flexible del Trabajo*. Valencia, España: Tirant lo Blanch, 1996, p. 63.

⁵⁴ MASCAREÑO, Aldo. “Ética de la contingencia por medio del derecho reflexivo”, en: STAMFORD DA SILVA, Artur. *Sociologia do Direito. Na prática da teoria*. Curitiba, Brasil: Ed. Jurúá, 2007, p. 211.

aquéllos que están sujetos al derecho”⁵⁵. En términos simples, se ofrece una reflexividad en el Derecho en el que se dan análisis empíricos y evaluaciones normativas, incrementando la efectividad del Derecho ofreciéndose aquel como opción, mas no obligando, integrando o dirigiendo conductas en un contexto cierto de diferenciación funcional de sistemas. Adicionalmente, desde un punto de vista cognitivo, “esto significaría, en efecto, disminuir el poder del derecho en ciertos dominios y hacer abandono de sus pretensiones de una regulación comprensiva. En vez de ello, sólo produciría una regulación opcional que los interesados podrían usar o no, como ellos lo encuentren más adecuado”⁵⁶

Colofones de estas reflexiones, serían en primer lugar, considerar la relatividad de la existencia de un derecho como sujeto epistémico puro por parte de la dogmática, y asumir sus diversas ligazones con otras ciencias, que con sus propias lógicas, ayudan a componerlo⁵⁷. El establecimiento de lo jurídico laboral no puede justificar, en tal dirección, todo tipo de normatividad, debiendo guiar de forma responsiva y reflexiva respecto otras ciencias, los valores que lo cimentan y brindan identidad, como exactamente sería la protección del sector trabajador, esta vez, sin pretensiones totalizadoras de unidad, al reconocer la diversidad de pareceres, requerimientos y opiniones dentro del mismo sector⁵⁸. Y en segundo lugar, que en la base de la realización

⁵⁵ TEUBNER, Gunther. *Law as an autopoietic system*. Oxford, Inglaterra: Blackwell, 1993, p. 94.

⁵⁶ *Ibíd.*

⁵⁷ “Por lo demás, la incomunicabilidad entre estudios jurídicos y sociológicos en materia de “ciudadanía” deja a los primeros sin las relevantes aportaciones que los segundos ofrecen para un análisis realista del grado de efectividad de los derechos y de las condiciones económicas, políticas y sociales de su garantía, pero genera en la literatura sociológica inoportunas simplificaciones y confusiones conceptuales que acaban acentuando todavía más la falta de interés en la doctrina jurídica respecto de sus aportaciones”, FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Madrid, España: Editorial Trotta, 1999, p. 98.

⁵⁸ “El lugar que los diferentes grupos laborales han tomado en la economía postfordista no ha sido, pues, casual o accidental, sino que ha sido producto de las lógicas de flexibilización de la relación salarial inscritas en el despliegue del nuevo modelo de organización del trabajo y auspiciadas por las políticas públicas de temporalización y desregulación social de la contractualización laboral”, ALONSO, Luis Enrique. “Institucionalización y desinstitucionalización...”, p. 31. Las reflexiones de Alonso no pueden entenderse disociadas del concepto que citan. La colocación diversa de los actores laborales y su sumisión a un escenario laboral que no reconoce sus individualidades, también debiese ser tenido como un argumento suficiente para acabar con las nociones tradicionalmente unívocas del Derecho del Trabajo nacional.

de estas propuestas se encuentra una noción de ciudadanía empoderada y alejada de los cánones jurídicos laborales influenciados por una cerrada lógica neoliberal que excluye las relaciones y conflictos laborales desde el espacio público, retornándolos a dicho sitio⁵⁹, sin descartar las potencialidades transaccionales y convencionales de lo privado.

1.2.3. El Derecho del Trabajo desde la Teoría de Sistemas.

Las anteriores disquisiciones revelan la crisis del Derecho del Trabajo, y los factores que determinan la opción de la adaptación del mismo, en tanto sistema. Buscando un análisis del Derecho del Trabajo desde una óptica sistémica, a fin de contextualizar y enriquecer varios conceptos ya empleados, se hace apropiada una primaria aproximación al trabajo teórico del sociólogo alemán Niklas Luhmann, alejándonos de nociones del derecho acotadas a una comprensión del mismo como un mero conjunto de normas vigentes⁶⁰. Además, se opta por este mecanismo analítico pues a diferencia del funcionalismo más clásico⁶¹, esta teoría no se agota en la búsqueda de la explicación de lo dado ni intenta dar por supuesto que lo observado se encuentra allí por algún tipo de necesidad lógica u ontológica. Uno de sus intereses más importantes se ubica

⁵⁹ “Los cambios de la estructura económico-productiva chilena no solo se traducen en una flexibilización del mercado del trabajo, sino también en un cuestionamiento de la condición misma de ciudadanos de los trabajadores al interior de sus espacios laborales. Da la impresión, frente a los discursos empresariales de mayor visibilidad, que la condición de ciudadanos de los trabajadores quedaría entre paréntesis durante el ejercicio de las labores productivas, subordinada a los desafíos de la competitividad. La ciudadanía parece así ser concebida como un asunto de ejercicio de derechos cívicos en el espacio público, que queda momentáneamente cancelado en el espacio privatizado de la empresa. Una pregunta de fondo es justamente acerca de los efectos negativos de dicha pretensión privatizadora de las relaciones de trabajo -como lo muestra la experiencia chilena-, lo que justifica volver a colocarlas como un asunto público”, MONTERO, Cecilia y MORRIS, Pablo. “La ciudadanía...”, pp. 78-79.

⁶⁰ Se recogen en especial los resultados expresados en LUHMANN, Niklas y DE GEORGI, Raffaele. *Teoría de la sociedad*. México D.F, México: Universidad de Guadalajara-Universidad Iberoamericana-Instituto Tecnológico de Estudios Superiores de Occidente, 1995, y LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociales, lineamientos para una teoría general*. México D.F, México: Editorial Patria, 1993.

⁶¹ Para una comprensión acabada de este funcionalismo, PARSONS, Talcott. *La estructura de la acción social*. Madrid, España: Editorial Guadarrama, 1968, y DURKHEIM, Emile. *De la división del trabajo social*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Shapiro, 1967. Por su importancia conceptual, se recomienda complementar con WEBER, Max. *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*. Bogotá, Colombia: Fondo de Cultura Económica, 1997.

precisamente en lo contingente, en la pregunta por las otras posibilidades en los equivalentes funcionales que podrían ofrecer soluciones comparables a un mismo problema. Por lo demás, uno de los temas antes citados, el conflicto, fue sumamente descuidado y olvidado por el funcionalismo de cuño tradicional. Para Luhmann, el conflicto pasa a ser un equivalente funcional para la construcción de un sistema. Incluso en la cooperación, el conflicto se encuentra subyacente como un mecanismo regulador que permite establecer condiciones sobre las cuales, la cooperación puede edificarse y mantenerse⁶².

Primordial resulta ser la distinción entre entorno y sistema. El entorno es “el conjunto de elementos que tiene influjo sobre los elementos del sistema o que son influidos por él, pero que nunca forman parte del mismo”⁶³. La relevancia de esta precisión descansa en que “reconstruye la distinción del todo y sus partes a través del uso de una teoría de la diferenciación sistémica”⁶⁴, existiendo, *ergo*, una relación evidente y necesaria entre aquellos. El sistema solo existirá en la medida que el entorno le provea de elementos sobre los cuales se constituya coherentemente. “En general, se puede hablar de sistema cuando se tiene ante los ojos características que, si se suprimieran, pondrían en cuestión el carácter de objeto de dicho sistema. (...) En el mismo sentido entonces: la afirmación “hay sistemas” sólo quiere decir que hay objetos de investigación con tales características que justifican el empleo del concepto de sistema”⁶⁵.

La multiplicidad de objetos de investigación es el corolario de la oposición entre sistema y entorno. “En sistemas diferenciados hay dos tipos de ambiente: el externo, común a todos los subsistemas, y el interno, especial para cada subsistema. El proceso continúa a nivel de subsistemas, repitiéndose el mismo mecanismo y llegando a

⁶² En este sentido ARRIAGA ÁLVAREZ, Emilio. “La teoría de Niklas Luhmann”, *en*: *Revista Convergencia*, N° 32 (2003), p. 276.

⁶³ CORSI, Giancarlo, ESPOSITO, Elena y BARALDI, Claudio. *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*. Barcelona, España: Anthropos, 1996, p. 31.

⁶⁴ LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociales, lineamientos...*, p. 92.

⁶⁵ *Ibíd.*, p. 27.

organizaciones de gran especificidad”⁶⁶. Es así como se observan múltiples sistemas, tales como Derecho, Religión, Medicina, Arquitectura, Matemáticas, etc., y subsistemas al interior de aquellos. El Derecho del Trabajo es uno al interior del Derecho, sistema social⁶⁷.

Cada uno de los variados sistemas, a pesar de sus innegables interrelaciones, opera de manera independiente respecto de los demás. Esto, pues las operaciones son el reflejo de la función que cumple cada sistema, conformándose unitaria y autónomamente el sistema. A eso se le llama autopoiesis, es decir, la “capacidad de producir y reproducir por sí mismo los elementos que lo constituyen”⁶⁸, individualizando una manera particular de operar, la cual se realiza sin intervención de factores externos, propios del entorno. Tal es, a su vez, la clausura operativa de un sistema que se relaciona (se abre) cognitivamente con el exterior a partir de los acoplamientos estructurales⁶⁹. “Todo sistema en este sentido se adapta a su entorno: si no fuera de esta manera, no podría existir. Dentro del espacio de posibilidades disponibles realiza sus operaciones en condiciones de absoluta autonomía: acoplamiento estructural y autodeterminación del sistema se encuentran en una relación ortogonal, en el sentido que aun presuponiéndose no pueden determinarse recíprocamente.

⁶⁶ RODRÍGUEZ, Darío y ARNOLD, Marcelo. *Sociedad y teoría de sistemas*. Santiago, Chile: Editorial Universitaria, 2007, p. 83.

⁶⁷ “El sistema “Derecho” pertenece al componente social del mundo de la vida; las acciones jurídicas constituyen el medio a través del cual se reproducen las instituciones y tradiciones jurídicas compartidas intersubjetivamente y las capacidades subjetivas de interpretación y observancia de las reglas jurídicas”, VIERA ÁLVAREZ, Christian. “Cuestiones relativas a la interna conexión entre filosofía y derecho”, en: *Revista de Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso*, N° 52 (2007), p. 616.

⁶⁸ CORSI, Giancarlo, ESPOSITO, Elena y BARALDI, Claudio. *Glosario sobre...*, p. 31.

⁶⁹ “Volviendo al pensamiento de Alberto Maturana, hablaremos de “acoplamiento estructural”. Este concepto presupone que todo sistema autopoietico opere como sistema determinado por la estructura, es decir, como un sistema que puede determinar las propias operaciones sólo a través de las propias estructuras. El acoplamiento estructural, entonces, excluye el que los datos existentes en el entorno puedan especificar, conforme a las propias estructuras, lo que sucede en el sistema. Maturana diría que el acoplamiento estructural se encuentra de modo ortogonal con respecto a la autodeterminación del sistema. No determina lo que sucede en el sistema, pero debe estar presupuesto, ya que de otra manera la autopoiesis se detendría y el sistema dejaría de existir. En este sentido, todos los sistemas están adaptados a su entorno (o no existirían), pero hacia el interior del radio de acción que así se les confiere, tienes todas las posibilidades de comportarse de un modo adaptado, y para ver muy claramente el resultado de estas posibilidades, basta considerar los problemas ecológicos de la sociedad moderna”, LUHMANN, Niklas y DE GEORGI, Raffaele. *Teoría de la...*, pp. 51-52.

El entorno puede afectar el sistema únicamente en cuanto produce irritaciones (o problemas o perturbaciones) que se reelaboran internamente; sin embargo, las irritaciones también son construcciones internas, que resultan de una confrontación de los eventos con las estructuras propias del sistema”⁷⁰.

El subsistema jurídico laboral se construyó sobre una vocación de tutela, retraducida aquella en el principio de protección al trabajador⁷¹, orientándole y definiéndole de forma autónoma y unitaria, “a pesar de mantenerse siempre vivos los nexos con el derecho privado común y eventualmente con el derecho público”⁷². Dicho principio rector encuentra manifestaciones en la regla *in dubio pro operario*; la regla de la norma más favorable; la regla de la condición más beneficiosa; la irrenunciabilidad de derechos; la continuidad o estabilidad laboral y la primacía de la realidad. Los principios enumerados juegan un rol esencial, no tan sólo a la hora de determinar los cotos del Derecho del Trabajo, sino también pues también cargan con el fundamento valórico de las manifestaciones del derecho positivo⁷³. En este sentido, sumamente ilustrativa es la conceptualización de los principios que efectúa Ronald Dworkin, advirtiendo que son “estándares que han de ser observados, no porque favorezcan ventajas económicas, políticas o sociales, sino porque son una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra

⁷⁰ CORSI, Giancarlo, ESPOSITO, Elena y BARALDI, Claudio. *Glosario sobre...*, p. 19.

⁷¹ “El fundamento del principio de protección, antes que la desigualdad de las partes se basa en la falta de libertad inicial y consecuente del trabajador. Esta carencia de libertad –por la necesidad de trabajar- es la causa inmediata de la desigualdad del laborador y explica la protección del Derecho del Trabajo”, ACKERMAN, Mario. *Tratado de Derecho del Trabajo*. Buenos Aires, Argentina: Rubinzal-Culzoni Editores, 2005, pp. 320-321.

⁷² BARASSI, Ludovico. *Tratado de Derecho del Trabajo. Tomo I*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Alfa, 1953, p. 235. Complementando, “regular el trabajo dependiente, teniendo en cuenta la importancia económica-social a que había llegado y apreciando debidamente el papel que los trabajadores dependientes desempeñaron en la evolución de la sociedad entera, no pudo y no puede significar otra cosa que crear para estos trabajadores un estatuto conforme a esas premisas”, KROTOSCHIN, Ernesto. *Tratado práctico de Derecho del Trabajo. Volumen I*. Buenos Aires, Argentina: Ediciones Depalma, 1968, p. 8.

⁷³ Sobre los principios del Derecho del Trabajo, PALOMO VÉLEZ, Rodrigo. “El rol de los principios en la aplicación del Derecho del Trabajo. Antecedentes conceptuales sobre el estado del arte en Chile”, *en: Revista Laboral Chilena*, N° 11 (2007), pp. 59 y ss.

dimensión de la moralidad”⁷⁴. El concepto de Dworkin aleja de la forma planteada los principios de una connotación meramente positivista, permitiendo en consecuencia, una interpretación de los mismos más acorde con los coyunturales requerimientos de quienes integran la relación de trabajo⁷⁵. En definitiva, el dominante es el principio de protección del trabajador, salvaguardado con el telón de dichos principios, configurando y otorgándole entidad al Derecho del Trabajo, brindándole su carácter tutelar de la figura más débil de la relación de trabajo, incluso en el marco de un escenario más complejo al comprender diversos ámbitos de la sociabilidad.

Ligado entonces con los principios es posible identificar el tipo de complejidad jurídica que el Derecho del Trabajo reduce. En otras palabras, reconocer la clase de expectativa de conducta hacia la cual está orientado, lo cual es elemental para poder delimitar su contenido y ámbito⁷⁶, la cual desde la vereda de sus actores evidentemente dista de ser similar. Por el lado de los empleadores, sus expectativas se traducen en posibilitar el desarrollo seguro de su giro, en el contexto de una estructura jurídica-laboral de reacción lenta (desde su perspectiva) frente la movilidad y el talante globalizado de los mercados. Desde los trabajadores, por otra parte, se busca que tanto los fracasos y los éxitos del sector empleador, como la necesidad de una política corporativa interna de gestión, no sean asumidos por ellos, al no contar con una protección laboral suficiente. El proceso de selección o reducción es relevante, pues de no llevarse de manera adecuada el sistema no podrá resolver los ataques que este reciba. En esta trama, la selección se reduce

⁷⁴ DWORKIN, Ronald. *Filosofía del derecho*. México D.F., México: Fondo de Cultura Económica, 1980, 86 p. También se observan visiones positivistas de los principios del derecho. Véase CARRIÓ, Genaro. *Notas sobre derecho y lenguaje*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Abeledo Perrot, 1994, pp. 210 y ss.

⁷⁵ Sobre la operatividad de los principios en el contexto de la aplicación de las normas laborales en circunstancias positivistas, ALONSO OLEA, Manuel y CASAS BAAMONDE, María Emilia. *Derecho del Trabajo*. Madrid, España: Ediciones Civitas, 1998, p. 906.

⁷⁶ “Complejidad en el sentido mencionado, significa coacción de la selección. Coacción de la selección significa contingencia, y contingencia significa riesgo. Cualquier estado complejo de cosas de basa en una selección de las relaciones entre los elementos, los cuales, a la vez, son utilizados para constituirse y conservarse. La selección sitúa y cualifica los elementos, aunque para estos fueran posibles otras formas de relación. (...) La contingencia advierte sobre la posibilidad de error aun en la mejor posibilidad relacional de los elementos”, LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociales: lineamientos...*, p. 48.

en la determinación de las posiciones estimables como legítimas en una contingencia siempre compleja, permeable a múltiples intereses⁷⁷.

Definidas las expectativas a reducir, debe esclarecerse el nivel de emergencia del sistema jurídico laboral. Este insinúa el establecimiento de niveles a partir de los cuales ya se cuenta con elementos de otro sistema. De esta manera, si se descompone un sistema más allá de un determinado nivel, y el sistema analizado comienza a perder sus características diferenciadoras, estaremos frente su nivel de emergencia⁷⁸. En el caso del Derecho Laboral, “el nivel de emergencia del sistema quedó cimentado teleológicamente a partir del principio protector del trabajador, predominando lo heteronómico sobre lo autónomo individual y de lo autónomo colectivo por sobre lo autónomo individual, sin perjuicio de la posibilidad que en virtud de la autonomía colectiva se negocie “*in peius*”, ya que ésta atendidas puntuales circunstancias también puede salvaguardar el fin protector”⁷⁹. Romper el esquema de emergencia jurídico laboral, implicaría aceptar positiva y semánticamente expectativas no concordantes con el principio protector. Un buen ejemplo es el ya criticado “derecho del empleo”, reductivo de los deseos de la parte más fuerte de la relación laboral sin consideración alguna a los fines y protecciones primordiales de los trabajadores, estén estos individual o colectivamente considerados.

Finalmente, la noción de equilibrio en la teoría de Luhmann se erige como fundamental considerando el dinamismo del Derecho del Trabajo. “La complejidad luhmanniana, se centra en tomar decisiones que surgen de las relaciones para tratar de mantener al sistema en equilibrio permanente (equilibrio en la relación que se da entre:

⁷⁷ Las dificultades aludidas no pueden, en lo absoluto, venir a descartar de antemano un ejercicio como la planteada. “La complejidad, no es vista como un obstáculo ni una dificultad para la construcción de un sistema, se constituye en la condición que hace posible al sistema. Un sistema surge en un proceso de reducción de complejidad”, ARRIAGA ÁLVAREZ, Emilio. “La teoría de Niklas Luhmann”, en: *Revista Convergencia*, N° 32, 2003, p. 278.

⁷⁸ Al respecto VON BERTALANFFY, Ludwig. *Teoría general de los sistemas*. México D.F., México: Editorial Fondo de Cultura Económica, 1976.

⁷⁹ LÓPEZ ONETO, Marcos. *Flexibilidad Laboral Chilena y Principio de Protección...* p. 17.

creación y destrucción de las relaciones que se dan en el sistema)”⁸⁰. En directa relación con este concepto, en la obra de Luhmann juegan determinados elementos cuyo maridaje permite definir un sistema, y consecuentemente, poder calificarlo como uno equilibrado o no. Estos elementos son estructura, organización y retroalimentación del sistema.

La estructura del sistema jurídico laboral se conforma por sus normas jurídicas e instituciones, las que ciertamente pueden variar en el tiempo⁸¹. En otras palabras, la estructura puede variar y distintas estructuras pueden realizar una misma clase de organización. De hecho el cambio estructural es algo permanente mientras los sistemas jurídicos se encuentran vigentes. Por otra parte, “la organización es el conjunto de relaciones que se deben dar entre los elementos del sistema para que se le reconozca, en tanto miembro de una clase específica. Ahora bien, la organización del sistema jurídico laboral es preeminentemente teleológica, en el sentido de que el conjunto de relaciones que se deben dar entre los elementos del sistema apunta hacia un fin bien concreto: regular la relación de trabajo subordinado protegiendo al trabajador. La organización es un factor invariable, puesto que si la organización cambia, el sistema se desintegraría y perdería su identidad de clase”⁸². En conclusión, en términos sencillos, el equilibrio queda definido como un estado de potencial cambio en la estructura sistémica, conservando su organización⁸³.

⁸⁰ CASTRO SÁEZ, Bernardo. “Aportes de Niklas Luhmann a la teoría de la complejidad”, en: *Revista Polis*, N° 29 (2011), p. 2.

⁸¹ Cambiar es uno de los postulados sobre los que yace la razón jurídica, ya sea mediante la labor interpretativa inserta en la modificación de las resoluciones judiciales, la gestación de nuevas teorías jurídicas o la creación normativa a nivel del poder legislativo. “La reforma es el derecho en proceso de materializar los significados que tomamos como existentes. El abogado o el juez que trabajan en busca de la reforma del derecho creen que nos están diciendo lo que el derecho es”, KAHN, Paul. *El análisis cultural...*, p. 77.

⁸² LÓPEZ ONETO, Marcos. *Flexibilidad laboral chilena y principio de protección...*, p. 22.

⁸³ “Se puede comprender que un sistema organizacional establece mecanismos de amplificación que hacen más probable (en comparación con las esperanzas casuales o en comparación con el entorno) que se decidirá y que se decidirá interdependientemente”, LUHMANN, Niklas. *Organización y Decisión. Autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo*. Barcelona, España: Editorial Anthropos, p. 44.

El equilibrio se lleva a efecto mediante un proceso de retroalimentación de las expectativas normativas, en vistas a “controlar un sistema, reintroduciéndole los resultados de su desempeño en el pasado”⁸⁴, no perdiendo en el camino su identidad de clase. En efecto, no porque el universo social tienda permanente y tendenciosamente hacia la complejidad, la desorganización y el desequilibrio, deba desatenderse el equilibrio sistemático. La contratendencia hacia el orden y la organización se consigue mediante la retroalimentación, es decir, mediante la propiedad de ciertos entes de ajustar la conducta futura sobre la base de ciertos parámetros de equilibrio inicial, corrigiendo dinámica y permanentemente la situación de ajuste inicial⁸⁵. Mal que mal, “todo sistema tiene la capacidad de hacer frente a la tensión ejercida sobre sus variables esenciales, aunque no siempre lo logra: puede desmoronarse, precisamente, por no adoptar las medidas apropiadas para manejar la tensión inminente. Pero lo primordial es su capacidad para responder a la tensión. La clase de respuesta realmente adoptada (si se produce alguna) serviría para evaluar la probabilidad de que el sistema sea capaz de alejar el peligro. (...) Este análisis es especialmente indicado para interpretar la conducta de los miembros de un sistema a la luz de la forma en que atenúa o intensifica la tensión ejercida sobre las variables esenciales”⁸⁶. En el sistema jurídico laboral, la acción correctiva parte desde la gestación y adecuación de su estructura normativa (principios, leyes generales y particulares, etc.), cuya función debiera ser la de sostener el nivel de emergencia y la identidad de clase del sistema. Un escenario diverso, llevará al sistema a su desdiferenciación, es decir, a su destrucción o disolución en uno diferente.

La destrucción del sistema jurídico laboral es una cuestión presente vívidamente en la estructura del mismo ante escenarios de crisis o inestabilidad económica, mediante legislaciones que traducen “la necesidad percibida de eliminar todos los obstáculos legales

⁸⁴ KEENEY, Bradford. *Estética del Cambio*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Paidós, 1987, p. 83

⁸⁵ Sobre la retroalimentación, RODRÍGUEZ MANCILLA, Darío y ARNOLD, Marcelo. *Sociedad y teoría de sistemas*. Santiago, Chile: Editorial Universitaria, 1991.

⁸⁶ EASTON, David. *Esquema para el análisis político*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Amorrortu, 1984, pp. 224-226.

al empleo de mano de obra mediante la extensión o recuperación de las prerrogativas de dirección de la empresa”⁸⁷. Cuestión que se colige de las opciones doctrinales ligadas a la huida y a la sustitución del Derecho del Trabajo, con procesos ligados ya sea a la desregulación⁸⁸ o a la flexibilización desatada de la normativa laboral. El punto radica en que mediante tales técnicas, las estructuras que continuamente va forjando el sistema lo llevan a una destrucción que amargamente corrompe su identidad de clase. Vistas así las cosas, pareciese ser que el núcleo de los problemas del Derecho del Trabajo y su resolución, va más allá de una cuestión meramente legalista, reafirmandose la búsqueda de un derecho panóptico, precisándose de contactos e interrelaciones con otros sistemas a los cuales una lógica tradicional reniega.

Si bien “la autopoiesis afecta sólo a la operación, y no a cualquier posibilidad de observar el entorno y acoger esta percepción como base de posteriores reelaboraciones internas de sentido”⁸⁹, será el mismo Luhmann el que abra la posibilidad que diversos sistemas sociales interactúen, conciliando la existencia de acoplamientos operativos y estructurales. Los segundos, celosamente respetan la autopoiesis de los sistemas, limitándose por ende las posibilidades de contacto y alterna influencia. Por el contrario, en el caso de los acoplamientos operativos dobles entre sistemas sociales, compartiendo estos por ende el modo operativo de clausura, es posible considerar entre ellos empalmes e intercambios de información de manera mucho más rápidos que en el caso de los estructurales⁹⁰.

⁸⁷ ALBIZU, Eneka. *Flexibilidad laboral y gestión de los recursos humanos*. Barcelona, España: Editorial Ariel, 1997, p. 18.

⁸⁸ Véase LOZANO, Wilfredo. “Desregulación laboral, Estado y mercado en América Latina: balance y retos sociopolíticos” [en línea], en: *Perfiles Latinoamericanos*, (1999) [citado el 25 de Enero de 2016], <http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=11501305>, y ERMIDA URIARTE, Óscar. *La flexibilidad*. Montevideo, Uruguay: Editorial Fondo de Cultura Universitaria, 2000, p. 36.

⁸⁹ PRIETO NAVARRO, Evaristo. “Teoría de sistemas, funciones del derecho y control social. Perspectivas e imposibilidades para la dogmática penal” [en línea], en: *Doxa*, (2000) [citado el 8 de Abril de 2016], http://www.lluisvives.com/servlet/SirveObras/doxa/12383873132368273109213/Doxa23_11.pdf, p. 270.

⁹⁰ Ya Luhmann dirá que los acoplamientos operativos “condensan y actualizan las irritaciones recíprocas y permiten una subsiguiente ganancia de información, de modo más rápido y mejor, en los sistemas participantes”, en LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. México D.F., México: Editorial Herder, 2007, p. 788.

La construcción sistémica del derecho de Niklas Luhmann, sumada a los potenciales reflexivos del Derecho relativamente autónomo planteados con antelación, permiten sentar las bases de una construcción más compleja del Derecho del Trabajo, abriendo las puertas a una conformación con carácter inclusivo, consciente de su principio protector, de sus relaciones con la política y la economía, y de su labor como instrumento de organización social. “Se promueve la interferencia directa (no codificada), particularista y bloqueante de los más diversos factores sociales en la reproducción del Derecho, sobre todo en la prescripción heteronomizante de los intereses económicos y políticos concretos”⁹¹. Se entra con esto, derechamente, al ámbito de la flexibilidad del Derecho Laboral al amparo de la batería conceptual entregada.

1.2.4. De la flexibilidad laboral en clave operativa y reflexiva: un análisis desde la noción de “dispositivo” hacia la libre competencia.

Una cuestión por completo elemental, es indicar que la flexibilidad laboral es llanamente, al margen de cualquier tipo de consideración, una idea. Y en cuanto idea o noción, sus cotos conceptuales no necesariamente deben radicarse como estancos al amparo de la apertura cognitiva que significa incrustarse dentro del sistema jurídico laboral. Debe así realizarse que esta flexibilidad “es, antes que todo, una idea que refleja y trasunta una determinada cultura e ideología dominante, que permite y alienta, precisamente, su explosión como una idea fundamental de las últimas décadas para el mundo del trabajo”⁹².

Empero, a más de ser una idea plena de consideraciones o intereses particulares, es una que arrastra una semántica genética que guarda su origen en la instalación del

⁹¹ NEVES, Marcelo. “De la autopoiesis a la alopoiesis del Derecho”, *en*: *Doxa*, N° 19 (1996), p. 417.

⁹² UGARTE CATALDO, José Luis. *El nuevo Derecho del Trabajo*. Santiago, Chile: Editorial Legal Publishing, 2011, p 198.

neoliberalismo, afincando a su vez una serie de nociones de diversa índole (económica, política y social), que transforman a la flexibilidad en un reducto señero y explícito del poder simbólico⁹³, desafiando la estructura significante e identitaria construida desde la génesis de lo laboral en clave jurídica. Tal talante, habilita a analizarla en tanto *dispositivo* en términos foucaultianos.

Un dispositivo, en palabras de Foucault, conlleva “un conjunto decididamente heterogéneo, que comprende discursos, instituciones, instalaciones arquitectónicas, decisiones reglamentarias, leyes, medidas administrativas, enunciados científicos, proposiciones filosóficas, morales, filantrópicas; en resumen: los elementos del dispositivo pertenecen tanto a lo dicho como a lo no dicho. El dispositivo es la red que puede establecerse entre estos elementos. En segundo lugar, lo que querría situar en el dispositivo es precisamente la naturaleza del vínculo que puede existir entre estos elementos heterogéneos. Así pues, ese discurso puede aparecer bien como programa de una institución, bien por el contrario como un elemento que permite justificar y ocultar una práctica, darle acceso a un campo nuevo de racionalidad. Resumiendo, entre esos elementos, discursivos o no, existe como un juego, de los cambios de posición, de las modificaciones de funciones que pueden, éstas también, ser muy diferentes. En tercer lugar, por dispositivo entiendo una especie —digamos— de formación que, en un momento histórico dado, tuvo como función mayor la de responder a una urgencia. El dispositivo tiene pues una posición estratégica dominante”⁹⁴.

⁹³ “El poder simbólico como poder de constituir lo dado por la enunciación, de hacer ver y de hacer creer, de confirmar o de transformar la visión del mundo, por lo tanto el mundo; poder casi mágico que permite obtener el equivalente de lo que es obtenido por la fuerza (física o económica), gracias al efecto específico de movilización, no se ejerce sino él es reconocido, es decir, desconocido como arbitrario. Esto significa que el poder simbólico no reside en los “sistemas simbólicos” bajo la firma de una “*illocutionary force*”, sino que se define en y por una relación determinada entre los que ejercen el poder y los que los sufren, es decir, en la estructura misma del campo donde se produce y se reproduce la creencia”, BOURDIEU, Pierre. “Sur le pouvoir symbolique”, en: *Annales. Économies, Sociétés, Civilisations*, N° 3 (1977), pp. 410-411.

⁹⁴ FOUCAULT, Michel. *Saber y verdad*. Madrid, España: Ediciones De la Piqueta, pp. 128-129.

La flexibilidad laboral cabe perfectamente dentro de las 3 comprensiones que Foucault hace de dispositivo. Concepto que revela una particular concepción, disgregada en elementos discursivos, semánticos, políticos, legales, etc., determinados socio-históricamente, sobre el trabajo y la optimización económica de la fuerza laboral. Del cuerpo, entendido como cerco político. Tal “va unido, en función de relaciones complejas y recíprocas, a la utilización económica del cuerpo; el cuerpo, en una buena parte, está imbuido de relaciones de poder y de dominación, como fuerza de producción, pero, en cambio, su constitución como fuerza de trabajo sólo es posible si se halla inmerso en un sistema de sujeción (en el que la necesidad es también un instrumento político cuidadosamente dispuesto, calculado y utilizado). El cuerpo sólo se convierte en fuerza útil cuando es a la vez cuerpo productivo y cuerpo sometido”⁹⁵. Tal articulación del cuerpo en clave de sumisión es manifestación, a su vez, del engarzamiento del concepto de capital en una clave estricta y excluyentemente económica, de maximización del beneficio, descartando toda faceta cognoscente dirigida a otros constructos, persiguiendo no obstante esto, su coherencia en particular⁹⁶. Dicha clausura afianzaría el afincamiento del capitalismo, el cual “no pudo afirmarse sino al precio de la inserción controlada de los cuerpos en el aparato de producción y mediante un ajuste de los fenómenos de población a los procesos económicos”⁹⁷. Es así, como el Plan Laboral chileno habría de hacer carne los postulados referidos en la legislación, a través de la “ampliación de los poderes del empleador y una disminución de los derechos del trabajador, acompañada de una minuciosa reglamentación restrictiva de las relaciones colectivas de trabajo y de un desmantelamiento del Derecho procesal laboral especial. No se trató de un accidente o

⁹⁵ FOUCAULT, Michel. *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*. México D.F., México: Siglo XXI, 2009, p. 35.

⁹⁶ “En otras palabras, la ciencia económica se ha convertido en una ciencia de relaciones de mercado, la cual, en la medida en que hace abstracción de los fundamentos de su propio ámbito u objeto de análisis -la propiedad privada, el beneficio, el trabajo asalariado, etc.-, no abarca siquiera la totalidad del campo (*Gesamtgebiet*) de la producción económica. A su vez, al constituirse y justificarse una ciencia económica tan estricta, se ha evitado el nacimiento de una ciencia general de la economía de las prácticas que trate el intercambio mercantil como un caso particular entre las diversas formas posibles de intercambio social”, BOURDIEU, Pierre. *Poder, Derecho y clases sociales*. Bilbao, España: Desclée de Brouwer, 2000, pp. 133-134.

⁹⁷ FOUCAULT, Michel. *Historia de la sexualidad I. La voluntad del saber*. Buenos Aires, Argentina: Siglo XXI, 2002, p. 169.

incidente histórico, sino de la concepción de toda una legislación inspirada en la desarticulación de la acción colectiva y en la mayor individualización posible de las relaciones individuales de trabajo”⁹⁸. El corolario es una normativa que bajo parámetros comparados, resulta ser lo suficientemente flexible.

El segundo aspecto al que hace referencia Foucault tiene que ver con el programa de una institución, justificar u ocultar una práctica, abriendo paso a una nueva forma de racionalidad. En este punto, resulta elemental la bisagra que diferencia el liberalismo del neoliberalismo: el rol del Estado respecto del mercado. La orientación del pensamiento ordoliberal, revela que “nada prueba que la economía de mercado tenga defectos, nada prueba que tenga un vicio intrínseco, porque todo lo que se le atribuye como falla y como producto de sus defectos debe imputarse al Estado”⁹⁹. Así es como el neoliberalismo descarta la existencia de un necesario Estado para generar un mercado, proponiendo a la libertad de mercado como regulador y organizador del Estado, obviando aquella ingenuidad naturalista del liberalismo a secas que consideraba al mercado como una cuestión espontánea, como un dato de la naturaleza¹⁰⁰.

Este cambio en el elemento definitorio del mercado, habría de hacer mella en la racionalidad económica, pasándose de un libre intercambio resguardado por el Estado, a la competencia pura. “La competencia como lógica económica esencial sólo aparecerá y producirá sus efectos de acuerdo con una cantidad de condiciones que habrán de ser cuidadosa y artificialmente establecidas. Es decir que la competencia pura no es un dato primitivo. No puede sino ser el resultado de un prolongado esfuerzo, y, en rigor, jamás podrá alcanzarse. La competencia pura debe y no puede ser más que un objetivo, un

⁹⁸ ERMIDA, Óscar. “La flexibilidad en...”, p. 36.

⁹⁹ FOUCAULT, Michel. *Nacimiento de la biopolítica*. Buenos Aires, Argentina: Fondo de Cultura Económica, 2010, p. 148.

¹⁰⁰ Se recoge al fin tal crítica, tempranamente insinuada. “Se creía seriamente que la economía de mercado regida por la competencia representaba un cosmos en equilibrio, un *ordre naturel* que sólo necesitaba ser defendido de los ataques exteriores para sostenerse sobre sus propios pies”, RÖPKE, Wilhelm. *La crisis social de nuestro tiempo*. Madrid, España: Editorial Revista de Occidente, 1956, p. 65.

objetivo que supone, por consiguiente, una política indefinidamente activa”¹⁰¹. Se tiene, en términos concretos, una racionalidad económica que descansa en un individuo con intereses propios, en el contexto de la prosecución por una competencia pura en tanto núcleo del mercado, lo que precisa de una particular forma de gobernar: “en el fondo –y es aquí que su intervención va a permitirle alcanzar su objetivo, a saber, la constitución de un regular de mercado general sobre la sociedad-, tiene que intervenir sobre esa sociedad para que lo mecanismos competitivos, a cada instante y en cada punto del espesor social, puedan cumplir el papel de reguladores”¹⁰². La idea es, en el fondo, tener lo suficientemente regulado al mercado para que este último, a su vez, sea capaz de someter a la sociedad según las dinámicas de la competencia entre agentes desiguales, mas no por decisionismos de carácter estatal¹⁰³. “La sociedad es gestionada en tanto que auxiliar del mercado. En lugar de que la economía se vea marcada por las relaciones sociales, son las relaciones sociales las que se ven encastilladas en el interior del sistema económico”¹⁰⁴.

La tercera acepción de dispositivo para estos fines arranca, por cierto, de la que le precede. La flexibilidad laboral es, qué duda cabe, una formación que, en un momento histórico dado, tuvo como función mayor la de responder a una urgencia, pero cuya permanencia, relevancia y resonancia conceptual¹⁰⁵ develan una fuerza estratégica importante.

¹⁰¹ FOUCAULT, Michel. *Nacimiento de la...*, p. 153.

¹⁰² *Ibíd.*, p. 179.

¹⁰³ “Para la perspectiva economicista, la democracia sólo es valiosa en tanto reproduzca las decisiones técnicamente adecuadas para mantener vigorosa la creación de riqueza. Pero los riesgos para la sustentabilidad de la democracia se están incrementando en la misma medida en que el crecimiento económico por sí solo no es suficiente para extender la prosperidad a la mayoría de la ciudadanía”, LÓPEZ FERNÁNDEZ, Diego. *Los derechos de las personas...*, p. 17. Así “gestionar sustituye a gobernar; los técnicos desalojan a los políticos; se trata de administrar y no de representar”, RIFKIN, Jeremy. *El fin del trabajo*. Barcelona, España: Ediciones Paidós, 1996, p. 76.

¹⁰⁴ POLANYI, Karl. *La gran transformación*. Madrid, España: Editorial La Piqueta, 1989, pp. 104-105.

¹⁰⁵ “El grado en el cual una definición tiene sentido, o es intuitivamente clara, depende de en qué medida se adecúa a o choca con su uso establecido, tanto dentro del lenguaje cotidiano como dentro de la región especializada del lenguaje en la cual el término sea empleado”, GERRING, John. *Social Science Methodology: A Criterial Framework*. Cambridge, Inglaterra: Cambridge University Press, 2001, p. 52.

Recuérdese como se inauguraba este punto al hacer referencia sobre la flexibilidad laboral: que es, ante todo, una idea polarizable en razón de los intereses defendidos. La asociatividad conceptual, algo así como una aproximación especulativa las bondades de una noción en su esperable enraizamiento estructural, da cuenta de la resonancia de la flexibilidad laboral, factor de éxito su posicionamiento estratégico como objetivo a pesar de no ser unívoco a nivel de los actores laborales. “En este marco, la polémica sobre flexibilidad se presenta muchas veces como una dicotomía: por un lado, aparecen quienes quieren ‘flexibilizar’, generalmente empresarios; y por otro, quienes buscan ‘rigidizar’ las relaciones laborales, generalmente trabajadores, sindicatos y algunos sectores del Estado. Los primeros quieren proyectar una imagen de impulsores del progreso económico y social, mientras tildan a los segundos de retrógrados nostálgicos y estancados en épocas pasadas. Como muestra el debate público en Chile sobre estos temas, el empresariado insiste una y otra vez en que la flexibilidad productiva y laboral requiere *sine qua non* sacrificar gran parte de los logros históricos de los trabajadores en cuanto al control sobre las condiciones de empleo, y eliminar muchas de las normas jurídicas referidas a la protección de la fuerza laboral. Se atribuye a estas normas la creación de rigideces que impiden que las empresas se adapten a situaciones cambiantes y, en este sentido, la desregulación es vista como la fórmula para el éxito económico”¹⁰⁶. No es menor es que durante poco menos de diez años se haya estado hablando en nuestro país de una “agenda pro crecimiento” como un ejercicio proclive al bienestar general, cuando en realidad esta consistió a lo largo de este periodo, en términos sencillos, en requerimientos constantes de flexibilidad laboral y escaso dialogo social en orden a dirigir de forma directa y sin escalas los requerimientos empresariales al gobierno de turno. Lo anterior se ha dado

¹⁰⁶ YÁÑEZ, Sonia. “La flexibilidad como eje de la producción y la reproducción”, en: TODARO, Rosalba y YÁÑEZ, Sonia. *El trabajo se transforma. Relaciones de producción y relaciones de género*. Santiago, Chile: Ediciones CEM, 2004, p. 36. “La flexibilidad se asume como una dimensión tanto descriptiva como reivindicativa del trabajo contemporáneo. Los empresarios aluden a ella como condición para asegurar la supervivencia de sus organizaciones y como forma de garantizar el empleo. Algunos trabajadores la asocian a una posibilidad de mayor realización a nivel profesional o personal. Otros asocian el concepto a las nuevas formas de precariedad laboral, caracterizadas por la incertidumbre a nivel de futuro y las malas condiciones de trabajo y de retribución”, SOTO, Álvaro. *Flexibilidad laboral y subjetividades. Hacia una comprensión psicosocial del empleo contemporáneo*. Santiago, Chile: LOM Ediciones, 2008, p. 12.

cuando contradictoriamente y de forma paralela, la experiencia comparada ha venido demostrando que justamente han sido los campos que han resultado ser proclives a su flexibilización o desregulación al modo nacional, los que desarrollados y no aplacados han posibilitado ese tan ansiado crecimiento y competitividad¹⁰⁷.

La pregunta que surge así entonces, resulta evidente: ¿cómo es posible que a pesar de la evidencia, se siga trayendo a colación un concepto como el de flexibilidad, asumiéndolo aquel como algo deseable y positivo para el colectivo? La bisagra explicativa se traduce, en este punto, en la particular e instrumental configuración subjetiva de sentido que se obtiene a partir de una sociedad de individuos regidos por el mercado¹⁰⁸, reflejando éste la magnitud de su poder simbólico: se desarticula al sujeto trabajador, específicamente colectivo¹⁰⁹, al restarle su potencialidad tanto fáctica como jurídica de resistencia al entorno, constituyéndose una estructura significativa pletórica de códigos y

¹⁰⁷ “Ninguna asociación robusta es evidente entre los indicadores de negociación salarial desarrollados en este capítulo y la tasa de crecimiento de los salarios agregados u otros resultados no salariales, incluyendo las tasas de desocupación. Esto es coherente con los resultados obtenidos usando la versión previa de los indicadores de la OCDE sobre la organización de la negociación colectiva... [Ello] puede ser una indicación de que mecanismos institucionales muy diferentes pueden, sin embargo, ser capaces de obtener niveles similares de desempeño macroeconómico... el impacto de la organización de negociación colectiva en el desempeño del mercado laboral parece depender de otros factores institucionales y de políticas, y es necesario clarificar esas interacciones para poder para poder ofrecer consejos de políticas confiables”, OECD. *Employment Outlook 2004*. Paris, Francia: OECD, p. 130. Complementando tal idea de la OECD, “hasta ahora no se ha demostrado que exista una directa y determinada correlación entre el nivel de la tasa de desempleo y la envergadura de la protección laboral. Es así como países con alto grado de protección laboral exhiben bajas tasas de desempleo y buen desempeño económico y a la inversa, países con poca protección laboral mantienen elevadas tasas de desempleo y un desempeño económico inferior, evidencia que ratifica que los sistemas normativos laborales obedecen a procesos sociales e históricos, por lo que diversos sistemas han dado diferentes resultados en países distintos. Tal vez podría hablarse de tendencias generales, relacionando en perspectiva legislaciones laborales y resultados económicos observables en el mediano o largo plazo, pero siempre y cuando se haga abstracción de una serie de factores propiamente económicos que se sabe inciden en forma clara sobre los niveles de empleo y aun así las conclusiones no serían definitivas”, LÓPEZ FERNÁNDEZ, Diego. “Flexibilidad laboral: bases para un acuerdo social posible”, en: *Serie en Foco*, N° 49 (2005), p. 6.

¹⁰⁸ La configuración subjetiva se puede definir como “el arreglo específico de códigos provenientes de los campos de la cognición, valorativos, sentimentales, expresados o no discursivamente y combinados en parte en forma pseudodiferencial a través de categorías del razonamiento cotidiano”, DE LA GARZA TOLEDO, Enrique. *La formación socioeconómica neoliberal. Debates teóricos acerca de la reestructuración de la producción y evidencia empírica para América Latina*. México D.F, México: Universidad Autónoma de México-Plaza y Valdés Editores, p. 101.

¹⁰⁹ “El recetario neoliberal en materia laboral es muy preciso: individualización de las relaciones laborales, hasta el límite de lo políticamente posible”, ERMIDA URIARTE, Óscar. *La flexibilidad...*, p. 21.

semántica de mercado y competencia, con nulo análisis o consideración por parte “del” y “hacia” el ciudadano. La construcción de sentido primaria, la caja de resonancia social que cimenta conceptos al establecer “el nivel mínimo de complejidad lingüística por encima del cual la ciencia social puede elevarse (mediante la creación de nuevos términos o la redefinición especializada de los que ya están establecidos), pero por debajo del cual no debería caer”¹¹⁰, determina la base sobre la cual los constructos habrán de elaborar sus respectivas estructuras. Aquella es, pues, la relevancia estratégica del concepto de flexibilización en tanto dispositivo en un contexto neoliberal: la instrumentalización de los constructos sociales, la reasimilación de nuevos códigos que ponen en riesgo niveles de emergencia y coherencias epistémicas, su consecencial difusa conceptualización, y a la base, la cimentación de una subjetividad vinculada a la natural idea de competencia permanente como objetivo, en términos neoliberales. Esto es, libre.

Tal instrumentalización también ha alcanzado al Derecho del Trabajo, cayendo aquel en su propia configuración subjetiva sobre la base de la noción de flexibilidad como dispositivo, estableciendo autopoiéticamente una alternativa de sentido centrada en lo neoliberal, que observa la sumisión de esta rama en términos existenciales, de coherencia, ideológicos, semánticos y políticos, a criterios todos que la alejan de su núcleo basal. Es por ello, que en orden a defender a lo jurídico laboral como un estanco que no puede permitirse obviar u olvidar aquello que le termina diferenciando de otros constructos, pero que también precisa de tales en un entramado cognitivo que habilite la retraducción de la fenomenología del trabajo en clave reflexiva, es que se estima del todo elemental la determinación de un concepto en clave operativa-reflexiva de flexibilidad jurídica laboral.

La operatividad debe reflejar el nivel de emergencia del sistema jurídico laboral, es decir, dar cuenta de su constitución en torno a la principio tutelar o de protección al trabajador, con énfasis en lo heteronómico por sobre lo autonómico, como previamente se anotaba. Empero, de acuerdo con todo lo expresado, se precisa de un permanente

¹¹⁰ GERRING, John. *Social Science Methodology...*, p. 67.

acomplamiento estructural con lo económico, que no venga en renegar la autodeterminación del Derecho del Trabajo, el que debe centrarse optando por soluciones coherentes con su sentido epistémico al resolver las irritaciones dables de tal interrelación y tensión. El desenlace con una resolución congruente solo puede, en primer término, venir en enriquecer la estructura sistémica del Derecho Laboral, haciéndola coyuntural con los requerimientos, y con ello conflictual, mas, equilibrada. Y en segundo lugar, habilitar las válvulas de escape de la enquistada gramática y *ethos* propias de una arquitectura laboral cuyo derrotero histórico devela su permeabilidad a resolver todo indicio conflictual en pro del mantenimiento del libre comercio, con consecuencias palmarias en la génesis positiva. Certeramente, se ha indicado que “el proceso de formación del Derecho del Trabajo se ha ralentizado por la viscosidad de una historia infinita. Sus protagonistas son demasiado pequeños y aislados como para poder mostrar propósitos menos humildes y menos conformistas que los que se expresan buscando soluciones compatibles con lo existente, percibido como un dato objetivo, inmodificable, que además los aplasta”¹¹¹.

La imbricación, fricción, posibilidades de congruencia y maleabilidad de las fronteras del Derecho Laboral y el mercantil de la libre competencia no son cuestiones nuevas en la doctrina comparada. Se ha indicado en tal ámbito, que la acción de las normas que disciplinan el mercado forma una ofensiva contra los institutos que, “realizando misiones de carácter social o teniendo un rol de protección de los intereses de los trabajadores, escapaban del derecho de la competencia”¹¹². El obrar conflictual que se observa, da cuenta de los esfuerzos de sumisión general de lo laboral a la disciplina de

¹¹¹ ROMAGNOLI, Umberto. *El Derecho del Trabajo y la historia*. Madrid, España: Consejo Económico y Social, 1997, pp. 21 y 22. Sobre la “historia infinita” aludida por Romagnoli en Chile, se recomienda ULLOA ZAMBRANO, Víctor. *El movimiento sindical chileno del siglo XX hasta nuestros días*. Santiago, Chile: O.I.T, 2003; GARCÉS, Mario y MILOS, Pedro. *F.O.CH, C.T.C.H, C.U.T: Las centrales unitarias en el sindicalismo chileno*. Santiago, Chile: ECO, 1988; COUSIÑO, Carlos. “Populismo y radicalismo en el gobierno de la Unidad Popular”, en: *Estudios Públicos*, N° 81 (2001), GREZ TOSO, Sergio en sus textos: *La cuestión social en Chile, ideas y debates precursores (1804-1902)*. Santiago, Chile: DIBAM-Centro de investigaciones Diego Barros Arana, 1997, y *Los anarquistas y el movimiento obrero. La alborada de la “Idea” en Chile, 1893-1915*. Santiago, Chile: Lom Ediciones, 2007, y SALAZAR, Gabriel. *Labradores, peones y proletarios. Formación de la sociedad popular chilena del siglo XIX*. Santiago, Chile: Lom Ediciones, 2000.

¹¹² RODIÉRE, Pierre. *Droit Social de L’Union Européene*. Paris, Francia: Ed. LGDJ, p. 347.

mercado; sin embargo, aquel se desentiende de un factor común y primordial a ambos, cual es que de su batería positiva se extraen condiciones que evitan que los agentes económicos en general, puedan falsear “las condiciones de competencia, bien estableciendo unos estándares laborales mínimos (actuación en positivo), bien impidiendo determinadas actuaciones de los actores económicos (actuación en negativo)”¹¹³. Socavar aquel factor común resulta contradictorio, amén de lo perseguido hoy por hoy por ambas disciplinas: el control de la actuación empresarial en beneficio de una libre y efectiva competencia en tanto catalizadora del mercado, incluyéndose por cierto en sus objetivos primordiales, el ataque a los actos de competencia desleal. Sin desentenderse en tal ejercicio ambas disciplinas, por lo demás, de sus núcleos primordiales.

El escenario ideológico presente y explicitado tras la legislación laboral chilena en relación a la competencia no debe mover a equívocos. José Piñera, bastión ideológico del Plan Laboral de la dictadura, indicaba: “la competencia a la cual convoca la economía libre es entre empresas y, en cada empresa, empleador y trabajador comparten el mismo desafío. La nueva legislación laboral obstaculiza las pretensiones del esquema marxista de la lucha de clases al abstenerse de dividir la estructura productiva del país entre los que están arriba y los que están abajo (...). En una economía social de mercado la empresa no debería ser teatro de la lucha de clases; la empresa es y debería ser una instancia de integración social. La “amistad productiva” dentro de la empresa es un valor que contribuye decisivamente la “amistad cívica” entre los ciudadanos, que requiere toda democracia”¹¹⁴. El autor señala una premisa que no puede sino compartirse, cual es la promoción y adscripción a la competencia libre, fundado aquello en argumentos latamente referidos con antelación. No obstante lo anterior, el común desafío no puede en lo absoluto venir en gestar siquiera una gramática deóntica basada en la amistad en pos de la integración social de los trabajadores, empleando el vehículo que significaría la empresa. Esto, pues lo que señala Piñera requiere una precisión de tal magnitud, que lacera su

¹¹³ GUAMÁN HERNÁNDEZ, Adoración. *Derecho del Trabajo y defensa de la competencia*. Tesis Doctoral en Derecho, Universidad de Valencia. Valencia, España: Ed. Universitat de Valencia, 2007, p. 21.

¹¹⁴ PIÑERA ECHENIQUE, José. *La revolución laboral en Chile*. Santiago, Chile: Zig-Zag, 1990, p. 66.

onírico planteamiento y devela sus intereses reales, materializados en institutos fundamentales de la actual estructura jurídica del trabajo.

La especificación tiene que ver con la inexistente eliminación del binomio “arriba-abajo”, el que expuesto al prisma de lo que revela la regulación de la negociación colectiva, o la conceptualización de la noción de empresa, v.gr., simplemente se afianzó, retraduciéndose como “adentro-afuera”, simplificable en la noción “exclusión”. La exclusión de ciertos trabajadores del derecho a negociar colectivamente, la imposibilidad de definir libremente las partes las materias posibles de negociar, la limitada viabilidad de la huelga, o la mantención de un concepto de empresa que posibilita restricciones a los derechos individuales y colectivos de los trabajadores, da cuenta que considerar a la empresa como instancia de integración social es derechamente una fantasía. El carácter que se diluye es que “hoy en día los trabajadores gravitan muy poco como reales colectivos sociales y políticos en nuestra sociedad, pues se encuentran en un proceso de disgregación. Esto es producto de los cambios en las formas de funcionamiento del capitalismo: fragmentación productiva, subcontratación y flexibilización del mercado de trabajo, precarización acelerada de las condiciones de trabajo, desaparición de franjas completas de trabajadores, proletarización creciente de nuevos sectores de asalariados, etc.”¹¹⁵. El factor de exclusión habría de trasvasijarse a la Constitución de 1980, en un plano que excede lo estrictamente laboral, cismándola hacia las univocidades decisionales, conceptuales e ideológicas¹¹⁶, deviniendo el pluralismo que trazuma la sociedad, en una mera entelequia a nivel de la norma fundamental¹¹⁷. No resulta en definitiva extraño que

¹¹⁵ ULLOA ZAMBRANO, Víctor. “El movimiento sindical chileno” [en línea], en: *Mi dulce patria*, (2003), [citado el 23 de Abril de 2016], www.midulcepatria.cl/web_antigua/web3/descargas/sindical.doc.

¹¹⁶ Cooperó en exceso que la Constitución de 1980 fuera largamente interpretada bajo cánones originalistas. Véase MUÑOZ LEÓN, Fernando. “La interpretación originalista de nuestra Constitución: ¿es posible y deseable?”, en: *Revista de Derecho Público*, Vol. 69 (2007), pp. 383-388.

¹¹⁷ Desde un cariz histórico-político, Valdivia Ortiz de Zárate ha efectuado un análisis de las diversas influencias que habría recibido la Constitución, y que finalmente fueron representadas ideológicamente por quienes participaron en la discusión generada en la Comisión de Estudios. Aun cuando las interpretaciones de los fenómenos eran diversas, señala que todas ellas develarían “un mismo propósito: la neutralización de la soberanía popular, de la ciudadanía, y la elitización de las decisiones. Todos los referentes ideológicos presentados por los distintos analistas eran antidemocráticos y todos apostaban por el autoritarismo y el control social. La Constitución de 1980 no tenía ninguna posibilidad de plasmar una institucionalidad

las definiciones interpretativas sobre el sentido de la libre competencia en el contexto contractual, habrán de beneficiar unilateralmente al participante afianzado en el mercado. Al que está “arriba” en el organigrama corporativo y “adentro del mercado”, en desmedro de quienes están “abajo” y “afuera” facilitándole el cumplimiento al empresario de su parte en el desafío aludido por Piñera, jamás conjunto, sin mayores ni mucho menos conmutativos réditos.

El planteamiento de un Derecho Flexible del Trabajo respetuoso de sus afanes tutelares esenciales y consciente de su función de un escenario de libre mercado y competencia, debe partir por superar la visión clásica de la función económica y política de la rama. En términos simples, a fin de sustentar el modelo capitalista, no debe meramente tolerarse la disminución sin más de las rigideces a fin de paliar los índices de desempleo, para dar pie a un Derecho Laboral “bidireccional que atienda al principio pro-operario y, a la vez, al principio pro-empresa”¹¹⁸. No se trata, como indica Ugarte Cataldo, de mirar al Derecho del Trabajo como uno transaccional sin mayores consideraciones¹¹⁹. De asumir como seguros los febles pisos estructurales y dogmáticos de este Derecho hoy por hoy en Chile fácilmente permeable por la coyuntura y por el talante mismo de los derroteros de la libre competencia, no resultaría extraño llegar a construcciones y tipificaciones que basadas en la autonomía de la voluntad, la verdad sea dicha, poca raigambre identitaria podrían encontrar al menos en esta sede. Y que, empero, igualmente terminan encasillándose y legitimándose en aquella sin mayor discusión, precisamente por

pluralista, no sólo por tratarse de una dictadura militar, sino porque quienes participaron en su redacción no creían en la democracia”, VALDIVIA ORTIZ DE ZÁRATE, Verónica. “Estabilidad y constitucionalismo: las sombras de la institucionalidad chilena” [en línea], en: *Boell-latinoamerica*, (2010), [citado el 24 de Julio de 2016], http://www.boell-latinoamerica.org/downloads/En_el_nombre_del_pueblo.pdf, pp. 153-154.

¹¹⁸ BORRAJO DACRUZ, Efrén. “Reforma laboral o nuevo Derecho del Trabajo”, en: *Actualidad Laboral*, N° 34 (2004), p. 544.

¹¹⁹ Véase UGARTE CATALDO, José Luis. *El nuevo derecho...*, pp. 19-20. Ugarte llama, con todo, a la calma, puesto que “la experiencia también demuestra que nadie está en condiciones de imponer en forma absoluta sus términos, por lo que, en construcción del contenido institucional Derecho del Trabajo, seguirá primando, como es ya casi un rasgo constitutivo de este sector del orden jurídico, su naturaleza transaccional, esto es, la negociación permanente de las reglas legales que regulan el trabajo por cuenta ajena bajo lógicas económicas distintas y, hasta en cierto sentido, como atestigua la última reforma laboral en Chile, son contrapuestas”.

el riesgo que la genuflexión transaccional produce en el sistema, específicamente en su nivel de emergencia, sin reflexión ni consideración por los rasgos identitarios, que definen lo jurídico laboral, volviendo prácticamente a los inicios de la rama¹²⁰. Natural resulta entonces en esta trama, que todo el potencial de dispositivo de la lógica flexibilizadora se encarne tanto en la generación misma del componente positivo de este Derecho, como en la reflexión doctrinal y resolución de sus conflictos, cualquiera sea su sede, sea administrativa como judicial.

El factor operacional del Derecho del Trabajo, al amparo de lo anterior, dista de ser una cuestión baladí, al incorporar en su *ratio* la conciencia de un entorno político-económico flexible. El potencial de vulneración al principio tutelar es una cuestión vívida, no tan solo a nivel normativo, sino que también a nivel del *ethos* y la gramática social, como bien tuvo oportunidad de analizarse. Teniendo presente lo expuesto, y la relevancia del concepto-idea de flexibilidad como catalizador normativo-doctrinario-resolutorio, es que se hace necesario formular uno sobre la base del equilibrio y el respeto al nivel de emergencia del Derecho del Trabajo. López Oneto precisa un concepto operacional de flexibilidad laboral en los siguientes términos, definiéndola como “la adaptación estructural del sistema jurídico laboral a los requerimientos de equilibrio macroeconómico del mercado de trabajo, mediante la producción de soluciones normativas dentro de su nivel de emergencia”¹²¹. Si bien se estima esta formulación como satisfactoria sobre la base de lo hasta el momento desarrollado, precaución es lo que debe tenerse ante las potencialidades transaccionales de lo privado, como en líneas previas se anunciaba.

En efecto: el Derecho del Trabajo bien puede moverse en una zona reformista, creacional e interpretativa de su estructura en la medida que su autopoiesis contemple una apertura cognitiva que sea capaz de discernir aquellas irritaciones del entorno que son

¹²⁰ Ya SIMITIS, Spiros. “Is there a still a future for employment law?”, en: AA.VV. *5th European Regional Congress for Labour Law and Social Security*, Leiden, Holanda, 1996, p. 17, reflexionaba: “in short, individualization bring us back to the begginings of employment law”.

¹²¹ LÓPEZ ONETO, Marcos. *Flexibilidad laboral chilena y principio de protección...*, p. 17.

capaces de afectar lo identitario del sistema, de las que no son idóneas para ello. En términos sencillos, esta rama debe velar por adaptarse a los requerimientos del medio sin obviar su tendencia tutelar al trabajador y al modelo de mercado pro libre competencia. Es la correcta elección de los acoplamientos estructurales en esta dinámica, los que habilitan la subsistencia del sistema jurídico laboral en un entorno como el que latamente se ha descrito. En esta línea, la autonomía de la voluntad en los mares del dirigismo contractual y la irrenunciabilidad de los derechos propios de lo laboral, *vis a vis* los componentes flexibles a retraducir en la estructura jurídica del trabajo, se torna en un maridaje de difícil conjunción y delimitación¹²². Ahí radica la relevancia del concepto operacional de flexibilidad, al matizar el potencial transaccional cimentado en una autonomía de la voluntad que, desbocada en razón de criterios exclusivamente flexibilizatorios y neoliberales, puede poner en riesgo la coherencia tutelar del Derecho del Trabajo sin equilibrio alguno.

2. Autonomía de la voluntad, Derecho del Trabajo y flexibilidad jurídica.

2.1. Alcances de la autonomía privada en el contexto del Derecho Laboral.

La autonomía privada resulta ser un concepto cuya importancia, desde la faz de los principios, no cabe ser discutido al desprenderse de tal todos los demás que inciden en sede contractual: el consensualismo, la libertad contractual, la fuerza obligatoria, el efecto

¹²² Un ejemplo claro se encuentra en la aceptación en mares laborales de la teoría de los actos propios. Caamaño Rojo señala que “pretender asignar validez jurídica a acuerdos que desconocen la realidad de una prestación de servicios bajo subordinación en base a argumentos extralaborales, como la prevalencia del acuerdo de voluntades, el principio de autonomía de la voluntad, la buena fe y la teoría de los actos propios resulta un sinsentido que desconoce la aplicación de los criterios, principios e instituciones del Derecho del Trabajo y que no podría obtener reconocimiento por alejarse incluso de los presupuestos y requisitos elementales de las doctrinas civiles que le servirían de fundamento”, CAAMAÑO ROJO, Eduardo. “Análisis crítico sobre la aplicación de la doctrina de los Actos Propios en materia laboral”, *en*: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 32 (2009), pp. 269-270.

relativo y la buena fe¹²³, todos los cuales a su vez se ramifican en una serie de reglas y aforismos¹²⁴.

Desde el punto de vista de sus componentes, la autonomía privada se compone, por “el poder atribuido a la voluntad respecto a la creación, modificación y extinción de las relaciones jurídicas, y el poder de esa voluntad referido al uso, goce y disposición de poderes, facultades y derechos subjetivos”¹²⁵, teniendo por ramales de manifestación los derechos subjetivos y la titularidad de los derechos reales. En términos sencillos, esta autonomía puede definirse como el “poder de dictarse uno a sí mismo la ley o el precepto, el poder de gobernarse uno mismo”¹²⁶.

Hija de su tiempo, la autonomía privada en tanto construcción resultó ser una racional respuesta al régimen absolutista que imperaba en el Antiguo Régimen, cuyo desarrollo e implementación en razón del proceso de codificación, iba a dar pie al proceso de industrialización¹²⁷. Así las cosas, “nada más lógico entonces que llevar el individualismo y el culto a la libertad al Derecho, y autorizar a los ciudadanos a que redacten sus propias leyes, sus contratos, ya que los que los negocian son dos personas capaces, mayores concedores de la ley, que tienen los medios para defender sus intereses, que saben lo que quieren y lo que pueden dar, y que como tales pueden discutir libremente las condiciones por las cuales van a regirse”¹²⁸. El propio proceso de industrialización y

¹²³ Al respecto, revítese LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge. *Los contratos. Parte General, Tomo I*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1998, pp. 233-236.

¹²⁴ Se recomienda DÍEZ PICAZO, Luis y GUILLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil, Volumen I*. Madrid, España: Editorial Tecnos, 1998, p. 374.

¹²⁵ DE CASTRO Y BRAVO, Federico. *El negocio jurídico*. Madrid, España: Editorial Civitas, 1991, p. 13.

¹²⁶ BAMBACH SALVATORE, María Victoria. “Las cláusulas abusivas”, en: BARROS BOURIE, Enrique (coord.): *Contratos*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1991, p. 49.

¹²⁷ DIAZ AMBRONA, María Dolores (dir.). *Derecho Civil Comunitario*. Madrid, España: Editorial Colex, 2001, p. 128, señala que: “el Derecho civil contenido en los Códigos decimonónicos, aunque se promulgan en una época en la que ya se había iniciado el desarrollo de la gran industria en ciertos países europeos responde a las exigencias de una sociedad agraria, rural y artesana. Por ello se ha dicho de ellos que no es el Derecho civil de la alta burguesía ni el capitalismo; es más bien el Derecho civil de los propietarios y de los poseedores, el de los amos y los criados”.

¹²⁸ ELGUETA NAVARRO, José Berardo. “Autonomía de la voluntad y derecho. Un enfoque”, en: *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, N° 8 (1984), pp. 248-249.

capitalismo en ciernes habría de introducir nuevas condicionantes y factores, que a su vez contribuyeron a gestar nuevas leyes especiales en relación al Derecho Civil, las que habrían de hacer evidente lo que la realidad clamaba: que las circunstancias genéticas de la autonomía privada variaron su configuración clásica. “Desde esta perspectiva no es de extrañar que el principio fundamental de la codificación, es decir, la autonomía de la voluntad o privada, se vea fuertemente sobrepasado”¹²⁹.

El nacimiento del Derecho Laboral obedeció al fin preciso de tutelar al proletariado del siglo XIX, empero, empleando en sus inicios el derecho común de los contratos basado en la autonomía privada de las partes para concretar tal protección. “El derecho decimonónico se fundamentaba en una concepción jurídica individualista surgida desde la Revolución Francesa y orientada hacia un hombre que se suponía era, en abstracto, igual a los demás, y cuyo exponente jurídico era el concepto de persona. Este individualismo se manifestaba en el Derecho Civil de la época, en el rigor con que se aplicaba el principio de negociación, donde se consagra el libre juego de las partes, situadas en un plano de igualdad”¹³⁰. En resumidas cuentas, las concepciones centrales en este entramado liberal son las de libertad de contratación, la de ser propietario, y la de igualdad jurídica, las que decantadas en el mundo del trabajo conllevaron que quién mandaba “sobre los medios de producción lo hacía también sobre las posibilidades de trabajo de la gran mayoría de las personas no propietarias, cuyo único capital era su fuerza de trabajo, que vendían por una determinada paga”¹³¹. Serán precisamente la concentración de la propiedad en manos de unos pocos, monopolios, oligopolios y las

¹²⁹ BARCIA LEHMANN, Rodrigo. “La autonomía privada como principio sustentador de la teoría del contrato y su aplicación en Chile”, en: AA.VV. *Cuadernos de Análisis Jurídicos, Colección Derecho Privado III*, Santiago, Chile: Ediciones Universidad Diego Portales, 2006, pp. 160-161.

¹³⁰ RADBRUCH, Gustav. *Introducción a la Filosofía del Derecho*. México D.F, México: Fondo de Cultura Económica, 1985, pp. 108-109. “En materia laboral nada debe hacerse, sino seguir el principio general de la libertad, de libertad de discusión de contratación y de acuerdo, ya que el dueño de la manufactura y el operario, un ex maestro, oficial, aprendiz o campesino inmigrado a la ciudad son ciudadanos que están en pie de igualdad y pueden por tanto discutir sus condiciones de trabajo y de remuneración en forma libre, aportando argumentos sólidos y válidos que serán capaces de convencer a la otra parte de la conveniencia de contratar bajo una u otra condición”, ELGUETA NAVARRO, José Berardo. “Autonomía de la voluntad...”, p. 249.

¹³¹ RADBRUCH, Gustav. *Introducción a la Filosofía...*, pp. 108-109.

precarias condiciones laborales, las que alzaron el velo del individualismo, abriendo la brecha al intervencionismo estatal¹³², y a la especificidad del Derecho del Trabajo desde la teoría general del Derecho.

La escisión de las lógicas puramente privatistas habría de encontrar en el propio trabajo un factor difícil de encasillar en sus categorías tradicionales. “El trabajo humano se halla siempre en el punto de encuentro del hombre y las cosas, y el jurista dudará siempre si lo sitúa en el derecho de las personas o en el derecho de los bienes, y no podrá eludir totalmente uno u otro de tales aspectos”¹³³. En vistas a alejarse de la categorización, es el concepto de subordinación, propio de la regulación civil de los sirvientes domésticos y sus amos en pleno siglo XIX¹³⁴, el que será tenido como componente diferenciador de la incipiente rama laboral en los marcos de la industrialización, mutando desde su significación inicial y desafiando, por lo demás, una comprensión absoluta de la autonomía de las partes. “La característica típica del contrato de trabajo en la fábrica no consistía ya en el tipo de remuneración por el que el trabajador acordaba intercambiar sus servicios (proporcionalmente a las horas trabajadas, si el trabajo era del tipo de los regidos por el tiempo, o proporcional a los resultados, si era un trabajo a destajo). El criterio esencial era la dependencia y el control [de los trabajadores], (...) ya que están sujetos a las órdenes, a las instrucciones y al control de su empleador”¹³⁵.

A pesar de lo antedicho, la noción de subordinación no logrará ni ayer ni hoy satisfacer las pretensiones tutelares de la rama jurídica del trabajo. Esto, pues sobre la base

¹³² “El Derecho del Trabajo aparece como una de las manifestaciones más relevantes de la nueva tendencia intervencionista y comenzará a erigirse como una de las manifestaciones más relevantes de la nueva tendencia intervencionista y comenzará a erigirse como una clara e irreversible ruptura de la hegemonía histórica del derecho civil liberal, caracterizado por la hipervaloración de lo patrimonial”, GARMENDIA ARIGÓN, Mario. *Orden público y Derecho del Trabajo*. Montevideo, Uruguay: Fondo de Cultura Económica, 2001, p. 68.

¹³³ SUPIOT, Alain. *Crítica del Derecho del Trabajo*. Madrid, España: Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales, 1996, p. 63.

¹³⁴ En tal sentido, VENEZIANI, Bruno. “La evolución del contrato de trabajo”, en: HEPPLER, Bob (comp.): *La formación del Derecho del Trabajo en Europa, análisis comparado de la evolución de nueve países hasta el año 1945*. Madrid, España: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1994, p. 89.

¹³⁵ *Ibíd.*, pp. 89-90.

del vínculo laboral, es decir, de un instrumento llamado “contrato de trabajo”, se encuentran tanto la dogmáticamente libre “cesión remunerada de los frutos que del mismo resultan”, así como la colocación también supuestamente libre por parte del trabajador, en una relación de subordinación que gesta al final del día, una jerarquía entre partes que distan de ser iguales. Cuestión que se da en con diversos matices en cualquier relación *inter privatos*, empero, acentuada en lo laboral. Gráficamente, se ha descrito lo anterior indicando que en los contratos civiles “la voluntad se compromete, en el contrato de trabajo se somete. El compromiso manifiesta la libertad, la sumisión la niega”¹³⁶, en un escenario en el que el trabajador perfecciona su contrato bajo la sombra de un poder de dirección continuo y en un estado de necesidad que aún se mantiene como regla general¹³⁷. La autonomía en esta trama, dista de descubrir una voluntad libre capaz de autorregular algún aspecto de la relación laboral, mas, si tal vez y muy débilmente, con quien el trabajador desea emplearse¹³⁸.

Lo anterior no debe mover a equívocos. No se trata de renegar la humanidad de un trabajador que, sin lugar a dudas, tiene voluntad y recibe esta tutela por parte del entramado jurídico del trabajo¹³⁹. Tampoco se trata de determinarlo como un agente con menor capacidad y con ello, invalidar inexorablemente los acuerdos en los que este

¹³⁶ SUPLOT, Alain. *Crítica del derecho...*, p. 147.

¹³⁷ Con la misma opinión, DE BUEN, Néstor. *La decadencia del contrato*. México DF, México: Editorial Porrúa, 1986, p. 271.

¹³⁸ Ya Suplot observa una “...contradicción entre la autonomía de la voluntad y la subordinación de la voluntad conduce a que el trabajador se analice en la empresa como sujeto y objeto del contrato. Entonces, no cabe esperar que se hallen intactos en el Derecho del Trabajo los principios jurídicos que implica la autonomía de la voluntad. Estos principios se desfiguran por el vínculo de subordinación, y por la alteración de la cualidad de sujeto de derecho que ésta implica”, SUPLOT, Alain. *Crítica del derecho...*, pp. 147-148.

¹³⁹ “El peligro comienza si la ‘libertad de contrato’ se configura como un hecho social en vez de como un mero símbolo verbal. En cuanto hecho social, lo que las leyes llaman ‘libertad de contrato’, en muchas esferas de la vida (no sólo en las relaciones laborales) puede que no sea otra cosa que la libertad de autolimitar la propia libertad o de renunciar a ella. A la inversa, restringir la libertad de contrato de una persona puede ser necesario para proteger su libertad, esto es, para proteger a dicha persona frente a la opresión que, de otro modo, podría verse compelida a imponerse a sí misma mediante un acto de su voluntad, que aunque para la ley es libre, socialmente no lo es. Confundir el aparato conceptual del Derecho con la imagen real de la Sociedad puede producir una visión distorsionada de la relación de trabajo”, KAHN FREUND, Otto. *Trabajo y Derecho*. Madrid, España: 1987, p. 61.

comprometa su voluntad¹⁴⁰. Desdeñar ello, sería desentenderse de un factor no menor, cual es que “los intereses de los particulares existen con independencia de la tutela jurídica y se mueven a través de continuas vicisitudes, éstos proveen a la satisfacción de las necesidades propias, según su libre apreciación, mediante relaciones diversas”¹⁴¹. Empero, la multiplicidad de vicisitudes, la “variedad de atipicidades”¹⁴² gestables en razón de los requerimientos empresariales por flexibilidad, no pueden ni deben alterar el contenido esencial del equilibrio estructural del Derecho del Trabajo; y mucho menos, forzar los límites de tal balanza en razón del feble temple autorregulatorio de esta rama desde la vereda del trabajador, dirigiéndolo artificiosamente hacia la igualdad formal propia del derecho común mercantil.

Resultado de los procesos de flexibilización, es la variedad de circunstancias dables en las relaciones laborales la que está en la base de la insuficiencia tutelar de la construcción de la subordinación, como concepto unívoco. Lo anterior, pues “no existe la subordinación; existen las subordinaciones; no existe un prototipo de contrato de trabajo subordinado, sino una tipología variable de figuras negociales intermedias, a las cuales no pueden seguir la aplicación, inconsciente hasta el límite de la ficción, del *standard* protector más elevado, sino la selección de la disciplina más congruente, es decir, más adherente a las peculiaridades del equilibrio de intereses decidido por las partes, ya sean colectivas o individuales”¹⁴³. Tras tal constatación, se encuentra una diversa nivelación, pero no por ello menos compleja definición, de los pisos aceptables de tutela jurídica,

¹⁴⁰ “La tradicional objeción que se formula en este contexto sobre la asimetría de fuerzas entre empleador y trabajador no es un fenómeno exclusivo del contrato de trabajo sino propio de todas las relaciones de intercambio en los más diversos ámbitos de la interacción humana. El intercambio surge y se hace necesario justamente entre individuos desiguales en fuerzas y recursos que comparecen al mercado para sacar provecho a sus ventajas y obtener compensación de sus desventajas”, PALAVECINO CÁCERES, Claudio. “La Libertad de Trabajo y su protección constitucional. Nueva lectura”, en: *Revista Laboral Chilena*, N° 219 (2013), p. 81.

¹⁴¹ LASTRA LASTRA, José Manuel. “Paradojas de la autonomía de la voluntad en las relaciones de trabajo”, en: *Revista de Derecho Privado*, N° 5 (2003), p. 125.

¹⁴² FUENTES PUELMA, Carlos. *Estudios sobre Derecho del Trabajo y relaciones laborales*. Valparaíso, Chile: EDEVAL, 1996, p. 94.

¹⁴³ ROMAGNOLI, Umberto. “La desregulación y las fuentes del Derecho del Trabajo”, en: *Cuaderno de Relaciones Laborales*, N° 1 (1992), p. 17.

atendidas las características del trabajador, su empleador o empleadores, coyunturas de mercado y sus particulares intereses sin por ello desatender el objetivo equilibrio estructural del Derecho Laboral, renunciando a su amparo¹⁴⁴. Como se verá en lo sucesivo, la autonomía de la voluntad en el contexto de las circunstancias propias de cada integrante de la relación laboral e incluso del negocio, retoma un interés de relevancia, al poder incidir según su posición en el desarrollo negocial en el contenido de su relación laboral, modalizándose en definitiva la noción de subordinación.

2.2. La flexibilidad laboral en torno a las cláusulas permitidas del contrato de trabajo y la irrenunciabilidad.

2.2.1. Dirigismo, autonomía privada e irrenunciabilidad en el contrato de trabajo.

El contrato de trabajo, desde las categorías contractuales, se define como uno dirigido, velando de esta forma el legislador se fije “el contenido contractual mínimo o máximo de la relación laboral con el objeto de superar la desigualdad entre las partes contratantes”¹⁴⁵. Tal injerencia en la autonomía privada puede en lo absoluto justificar una suerte de crisis de la institución contractual, dado que “la esencia del contrato (su efecto obligatorio) no ha variado. Lo que ha cambiado es el marco dentro del cual el contrato produce su efecto. Ya no es el marco ancho del siglo XIX, lleno de libertad y de confianza en la aptitud del hombre para crear relaciones necesariamente justas, sino el estrecho del siglo XX, que constató la desigualdad económica de los contratantes y la importancia

¹⁴⁴ “La formación jurídico-dogmática clásica hecha a base de conceptos cerrados y autosuficientes, ciertamente más comunes en la mente del jurista que en la realidad cotidiana, se ha compadecido siempre mal con una categoría como la de subordinación, ontológicamente más descriptiva de la realidad que conformadora de la misma. De ahí que se hayan sucedido los esfuerzos –sobre todo, por parte de la doctrina– de definir la noción de subordinación, fosilizando su originaria elasticidad”, PEREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco. “El trabajo subordinado como tipo contractual”, en: *Documentación Laboral*, N° 39 (1993), p. 37.

¹⁴⁵ LIZAMA PORTAL, Luis. *Derecho del Trabajo*. Santiago, Chile: Editorial Lexis Nexis, 2003, p. 20.

determinante de los principios socio-económicos”¹⁴⁶. En esta senda, evidente es que el contrato, llanamente, ha aumentado su incidencia en las relaciones humanas en un contexto de libre mercado, especificado ello, *v.gr.* en la relación laboral y su talante tutelar de la parte más débil. Mirada que debiera prevalecer ante un prisma analítico exclusivamente centrado en un intervencionismo estatal en la voluntad de las partes carente de sentido, teniendo presente las coyunturas económicas y los modelos político-económicos imperantes¹⁴⁷.

El dirigismo en sede laboral es así la concreción de la tutela contractual mínima por parte del Estado a los trabajadores, restringiendo operativamente a la autonomía de la voluntad mirando a la sociedad en su conjunto. Es el Estado quién deberá “regular los elementos básicos del contrato, en detrimento de la autonomía de la voluntad”¹⁴⁸. Ingresando a este respecto, el concepto de Orden Público Laboral, definible como “una limitación de la autonomía de la voluntad individual, dispuesta por la ley, con miras al interés general”¹⁴⁹. Destila así tanto la inderogabilidad de sus normas como el carácter residual de la autonomía de la voluntad como fuente reguladora de las obligaciones laborales,

¹⁴⁶ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato en general. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil. Primera Parte (art. 1351 a 1413). Tomo I.* Lima, Perú: Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1991, pp. 260-261. Quienes señalan la existencia de una crisis de una institución contractual, pasan por alto una distinción necesaria entre el concepto y la concepción. Para Dworkin, es una cuestión de niveles de abstracción, encontrándose en el primero el concepto, esto es, “el acuerdo se concentra alrededor de ideas discretas utilizadas indiscutiblemente en todas las interpretaciones; en el segundo, se identifica y asume la controversia latente en esta abstracción”, DWORKIN, Ronald. *El imperio de la justicia.* Barcelona, España: Gedisa Editorial, 2008, p. 61. Sin perjuicio de lo anterior, se ha hablado de la sustitución del contrato tradicional de trabajo por el contrato de actividad, centrado en ser un reflejo del relacionismo propio de la era de flexibilidad, en desmedro de la subordinación. En profundidad, HEPPLER, Bob. “Restructuring employment rights”, *en: Industrial Law Journal*, Vol. 15, N° 2 (1986), p. 74.

¹⁴⁷ “Si las exigencias sociales estimulan la intervención de los poderes públicos, también es cierto que los progresos de la técnica y de la imaginación inagotable del hombre estimulan el ingenio de los contratante. El resultado práctico de la confluencia de estos factores es que no hay propiamente, en los países de economía capitalista, no en los Estados de sistema intervencionista, una declinación del contrato, sino un aumento de su dimensión social”, ANTUNES VARELA, Joao de Matos. *Das Obrigações em geral, Vol. I.* Coimbra, Portugal: Almedina, 2000, p. 212.

¹⁴⁸ LANATA FUENZALIDA, Gabriela. *Contrato individual de trabajo.* Santiago, Chile: Editorial LegalPublishing, 2009, p. 93.

¹⁴⁹ RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge. *La negociación colectiva.* Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea, 1990, p. 25.

además de los eventuales vicios del consentimiento para el caso que el trabajador renuncie a sus derechos.

Añadidura directa del principio protector resulta ser, efectivamente, la irrenunciabilidad de la norma laboral, también como principio, tradicionalmente definido como “la imposibilidad jurídica de privarse voluntariamente de una o más ventajas concedidas por el Derecho Laboral en beneficio propio”¹⁵⁰, cerrando las puertas a cualquier disponibilidad, rigidizando la normativa en nombre de la hiperprotección al trabajador y su dignidad¹⁵¹. Con férrea consagración legal en el artículo 5 incisos 1° y 2° del Código del Trabajo tras la ley 19.759 de 2001¹⁵², aquello no resultó ser óbice para que el Derecho del Trabajo acusara recibo de los requerimientos argumentativos de flexibilidad, acuñándose las consecuencias ya referidas desde el nivel de protección por parte del Derecho del Trabajo en el nuevo escenario. Siendo la irrenunciabilidad y el principio tutelar cuestiones complementarias, la morigeración de la base epistémica del Derecho Laboral habría de golpear consecucionalmente en su rendimiento estructural a la imposibilidad de disposición de los derechos laborales, mesurando primarias lecturas inclinadas a la inflexibilidad.

¹⁵⁰ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Los principios del Derecho del Trabajo*. Buenos Aires, Argentina: Depalma, 1998, p. 118.

¹⁵¹ En tal sentido, ACKERMAN, Mario y TOSCA, Diego. *Tratado de Derecho del Trabajo. Teoría General del Derecho del Trabajo. Tomo I*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Rubinzal-Culzoni, 2005, p. 145. A mayor abundamiento en una perspectiva tradicional, “por siempre la irrenunciabilidad de los derechos laborales se ha circunscrito a todos los derechos de los trabajadores sin ninguna excepción, en el entendido de que las normas legales y dentro de las constitucionales, son solo un mínimo social indispensable para nuestra convivencia social, y pertenecen a las efímeras fuentes de origen estatal que, como se sabe, con suma facilidad son superadas por los contratos individuales de trabajo, convenios colectivos, usos y costumbres, etc; conformantes, estas últimas, de las ricas e inacabables fuentes sociales y profesionales que inspiran las contrataciones laborales”, GOMEZ VALDEZ, Francisco. *La Ley Procesal de Trabajo. Análisis secuencial, doctrinario, jurisprudencial y comparado*. Lima, Perú: Editorial San Marcos, 2006, p. 71.

¹⁵² El inciso primero de tal artículo indica: “El ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador, tiene como límite el respeto a las garantías constitucionales de los trabajadores, en especial cuando pudieran afectar la intimidad, la vida privada o la honra de éstos”. En tanto, el segundo señala: “Los derechos establecidos por las leyes laborales son irrenunciables, mientras subsista el contrato de trabajo”. Menester resulta destacar la doctrina administrativa de la Dirección del Trabajo, contenida en el Ord. N° 2856/162 de 2002, el cual sobre la base de la dignidad, la libertad y la igualdad, señala que “los derechos fundamentales se constituyen así, en verdaderos derechos subjetivos, en tanto amparan y tutelan los espacios de libertad de los ciudadanos, garantizando un verdadero "status jurídico" para los mismos, irrenunciable e irreductible”.

La actitud de la ciencia jurídica laboral no ha de extrañar. En el contexto social, la función que cumple este Derecho es la de servir como una “solución defensiva del Estado para, mediante la promulgación de normas protectoras de los trabajadores, atender a la integración e institucionalización del conflicto entre trabajo asalariado y el capital en términos compatibles con la estabilidad del sistema económico establecido”¹⁵³. Transaccionalmente si se quiere, mas no por ello consustancial a este Derecho, el cariz recién planteado habría de conllevar repercusiones en la comprensión de la imperatividad normativa laboral, colofón inmediato del dirigismo contractual en esta sede en dirección a la efectiva tutela de los trabajadores. En esta dirección es que se establecen dogmáticamente matices y cotos a planteamientos absolutos de la indisponibilidad, siendo la juridificación de los intereses de los participantes y de su poder de negociación, el canal por el cual transita la mutación de relaciones de fuerza a jurídico-económicas¹⁵⁴.

Uno relevante guarda vinculación con los derechos que pueden ser renunciados, con aquellos que no; matiz sobre el cual la doctrina especialmente española distingue tres niveles de fuerza imperativa y derivadamente, tres clases de normas:

a) Las de derecho necesario absoluto, categóricas o imperativas, las cuales “no pueden ser desconocidas o modificadas por las partes de la relación individual de trabajo ni tampoco por las de la negociación colectiva”¹⁵⁵. Regulan la base y los máximos de la institución laboral que norma, excluyendo por completo la presencia de la autonomía privada en beneficio de la heteronomía. Suponen la preeminencia de un valor ponderado

¹⁵³ PALOMEQUE, Manuel Carlos. *Derecho del Trabajo e ideología*. Madrid, España: Tecnos, 1995, p. 17.

¹⁵⁴ “Partiendo de posiciones contractualistas, en las que la forma contractual se distingue por permitir poder, un poder privado sobre hombres, de manera que el sometimiento al empresario tiene lugar en la ordenación efectiva en el círculo de poder del empresario, esta situación de desigualdad frente a la principal manifestación del poder social de la propiedad debe ser limitada a contrapesada mediante la acción del Estado”, BAYLOS GRAU, Antonio. *Derecho del Trabajo: Modelo para armar*. Madrid, España: Editorial Trotta S.A., 1991, pp. 32 y 33.

¹⁵⁵ BORRAJO DA CRUZ, Efrén. *Introducción al Derecho Español del Trabajo*. Madrid, España: Editorial Tecnos, 1978, p. 450.

en cierto modo por el Estado, e incorporado indefectiblemente a la relación laboral entre particulares, quienes no pueden incidir ni en su fijación ni su operatividad. “Al Estado le interesa el cumplimiento de la norma tal cual legislada”¹⁵⁶. Resultan ser minoritarias.

b) Las de derecho necesario relativo, limitadamente categóricas o de imperatividad relativa. Éstas, mayoritarias, “establecen un principio o criterio que las partes han de acatar pero del que podrán apartarse siempre y cuando con tal modificación o, mejor dicho, con tal variación se realce más plenamente el objetivo perseguido por la propia norma”¹⁵⁷. En tales normas, se admite la posibilidad que la autonomía negocial altere el piso tutelar mínimo conformado por la estructura, en la medida que las modificaciones definidas por las partes superen tal cota. Debe tenerse presente que la renuncia siempre deberá favorecer al trabajador¹⁵⁸.

c) Normas supletorias, dispositivas o discrecionales, son aquellas que “ofrecen a la autonomía de las partes diversos regímenes jurídicos alternativos para regular una materia concreta, o las que expresamente autorizan a las partes a configurar una relación contractual diferente”¹⁵⁹. En este caso, las partes en razón de su autonomía y tomando distancia del principio de irrenunciabilidad, pueden rebajar o sobrepasar el piso fijado por la ley, mejorando e incluso disminuyendo los derechos por ella establecidos.

En rigor, la anterior categorización arranca de una compartida por toda rama de Derecho, no descartando por ello ciertamente, que las singularidades de lo Laboral ameriten una lectura de sus aristas al amparo de sus principios basales. En consonancia con lo señalado, “en Derecho del Trabajo hay como en cualquier otro sector del ordenamiento, normas de *ius cogens* y normas de *ius dispositivum*, lo característico del

¹⁵⁶ PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. *Los principios de...*, p. 170.

¹⁵⁷ BORRAJO DA CRUZ, Efrén. *Introducción al Derecho...*, p. 451.

¹⁵⁸ En el mismo sentido, RUPRECHT, Alfredo. *Los principios normativos laborales y su proyección en la legislación*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Zavala, 1994, p. 50.

¹⁵⁹ CAMPS RUIZ, Luis Miguel. *Los principios de norma más favorable y de condición más beneficiosa en las fuentes del Derecho Español del Trabajo*. Madrid, España: Ministerio del Trabajo, 1976, p. 119.

Derecho del Trabajo es que las normas de *ius cogens* en sentido tradicional, es decir, las de derecho necesario absoluto, se reservan para la regulación de lo que se ha denominado el “Orden Público Laboral” (normas procesales, (...) normas disciplinadoras de la negociación colectiva, etc.) mientras que las condiciones de trabajo (salario y jornada, principalmente) se regulan mediante normas de derecho necesario relativo”¹⁶⁰.

El que una norma se entienda en la *ratio* del derecho necesario absoluto o relativo, es una cuestión propia del orden público en la que se da en razón de la heteronomía estatal, una estratificación de cánones inmanentes ante la autonomía de la voluntad y sus posibilidades de mutación. Los valores o criterios rectores tras la norma que se persigue caiga dentro de la imperatividad, pueden presentarse combinados entre sí, o individuales. A modo ejemplar, se observan el precedente histórico, la ideología de los gobernantes, los estándares sociales, etc., los que a su vez serían el eco de lo deseado por la ciudadanía, al margen de quién culmine beneficiado en virtud de su aplicación¹⁶¹. En esta dirección, es que se ha dicho que “la imperatividad de una norma laboral –absoluta o relativa- se establece por razones de orden público, esto es, en defensa de los intereses generales de la comunidad. Sólo que, en algunas ocasiones los intereses generales coinciden con los intereses empresariales –caso de las normas máximas- , en otras, con los intereses de los trabajadores –caso de las normas mínimas-, y en otras más con las de todos los ciudadanos –normas de derecho necesario absoluto-”¹⁶². La irrenunciabilidad de los derechos laborales dejará de ser un canto exclusivamente vinculado a la imposibilidad absoluta del ejercicio de la autonomía negocial, mutando o flexibilizándose a uno en que tal posibilidad

¹⁶⁰ ALARCON CARACUEL, Manuel Ramón. “La vigencia del principio pro operario”, en: AA.VV. *Estudios ofrecidos por los catedráticos españoles de Derecho del Trabajo al Profesor Manuel Alonso Olea*. Madrid, España: MTSS, 1990, p. 852.

¹⁶¹ Véase DE LA VILLA, Luis Enrique. “El papel de la ley en el sistema de relaciones laborales”, en: *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, N° 3 (1997), p. 81. Lo anterior, conecta necesariamente con la arista cultural laboral de cada país. D’Antona resume aquello en la siguiente idea: “restituir al trabajador una libertad de la que ha sido demasiado frecuentemente explotado por la heteronomía y la colectivización”, D’ANTONA, Massimo. “La autonomía individual y las fuentes del Derecho del Trabajo”, en: *Relaciones Laborales. Revista Crítica de Teoría y Práctica*, N° 2 (1991), p. 286.

¹⁶² SALA FRANCO, Tomás. “Dos cuestiones mal resueltas: la naturaleza imperativa de las normas legales laborales y la complementariedad convencional de las mismas”, en: *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, N° 3 (1997), p. 122.

viene dada por el talante necesario absoluto o relativo de la norma; o, si se quiere, por el que la regulación norme cuestiones de Orden Público del trabajo o no.

2.2.2. Tipos de cláusulas del contrato de trabajo, flexibilidad y término de la relación laboral.

Necesario puente es el que se forma con un factor de flexibilidad relevante relativo con los tipos de cláusulas integradas en el contrato de trabajo, en el contexto dirigido que distingue a tal vínculo. El inciso tercero del artículo 5 del Código del Trabajo dispone que los “*contratos individuales y colectivos de trabajo podrán ser modificados, por mutuo consentimiento, en aquellas materias en que las partes hayan podido convenir libremente*”. Debe tenerse presente ante lo prescrito, que en contratos dirigidos como el de trabajo, el carácter imperativo de su legislación implica que las partes no pueden “alterar, en el contrato particular que celebran, lo estatuido de manera general y anticipada por el legislador”¹⁶³. La determinación dentro de estos cotos del contenido del contrato, implica que “cada una de las partes podrá exigir a la otra su obligación correlativa en términos claros y precisos, sin lugar a ambigüedades, las que en todo caso deberán interpretarse a favor del trabajador”¹⁶⁴. No obstante lo anterior, doctrinalmente se distingue entre estipulaciones mínimas, cláusulas prohibidas, tácitas y permitidas.

El artículo 10 del Código del Trabajo efectúa una especificación de las cláusulas mínimas, cuestión que emana de lo referido por su texto, al indicar que “*el contrato de trabajo debe contener, a lo menos, las siguientes estipulaciones*”. Cabe destacar que “pese al carácter imperativo de la norma, la omisión de alguna de estas cláusulas mínimas no está sancionada con la nulidad del respectivo contrato de trabajo, sino con una multa administrativa. A su vez, el punto específico omitido será regulado por la legislación

¹⁶³ LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge. *Los contratos. Parte General...*, p. 163.

¹⁶⁴ MELIS VALENCIA, Christian y SÁEZ CARLIER, Felipe. *Derecho del Trabajo, Tomo I*. Santiago, Chile: Editorial LexisNexis, 2000, p. 211.

vigente para dicha materia. De ello deriva que las estipulaciones del artículo 10 del Código del Trabajo no sean consideradas como ‘esenciales’, ya que la omisión de un elemento de la esencia de un contrato deriva en la ineficacia del mismo, o el contrato degenera en otro diverso”¹⁶⁵. Se enfatiza en el hecho que estas cláusulas no son taxativas en su enumeración positiva, precisamente por su numeral 7, que da origen a las cláusulas permitidas, que serán objeto de estudio más adelante.

Las cláusulas prohibidas son aquellas que significan una implican una renuncia a los derechos otorgados por las leyes laborales, o bien que se oponen o niegan aquéllas. La idea en el fondo, es asegurar por partida doble, que el Derecho del Trabajo no sea derogado en razón de la autonomía de la voluntad, y las condiciones mínimas que esta rama tutelarmente brinda a la parte más débil de la relación sean efectivamente parte integrante del contrato¹⁶⁶. Encuentran su sustento en el ya varias veces referido artículo 5° inciso 2°.

Las estipulaciones tácitas son reflejo del principio de primacía de la realidad, dado que “en materia de contratos consensuales, siempre se ha entendido que la modificación que en la práctica va operando, en la forma de cumplimiento del contrato, revela una forma de expresión del consentimiento tácito de las partes para modificar el contenido del pacto primitivo”¹⁶⁷. Se les define como “aquellas no escritas en el documento respectivo, pero que emanan del acuerdo de voluntades de las partes contratantes, manifestado en forma libre y espontánea, consentimiento que es de la esencia del contrato y, por ende, requisito de existencia y validez del mismo”¹⁶⁸.

Finalmente, como ya se anticipaba, se encuentran las cláusulas permitidas, al amparo de lo indicado en el artículo 10 N° 7 del Código del Trabajo: “*El contrato de*

¹⁶⁵ ROMANIK FONCEA, Katy. “La voluntad de las partes en el contrato individual de trabajo: análisis de algunas cláusulas especiales”, en: *Aporte al Debate Laboral*, N° 29 (2014), p. 19.

¹⁶⁶ En este sentido, THAYER, William y NOVOA, Patricio. *Manual de Derecho del Trabajo. Derecho Individual de Trabajo. Tomo III*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2008, p. 22.

¹⁶⁷ GAMONAL, Sergio. *Introducción al Derecho...*, p. 176.

¹⁶⁸ LIZAMA PORTAL, Luis. *Derecho del...*, p. 33.

trabajo debe contener, a lo menos, las siguientes estipulaciones: 7. demás pactos que acordaren las partes". En tanto técnica del principio de protección y en ejercicio de su autonomía negocial, se brinda a las partes la posibilidad de convenir de manera lícita cláusulas que no impliquen renunciar a sus derechos laborales ni antes del inicio de la relación laboral ni mientras esté vigente, especialmente sus garantías fundamentales, al amparo de los incisos 1 y 2 del tantas veces citado artículo 5 del Código de la rama¹⁶⁹. "Estas estipulaciones pueden regular aspectos no contemplados por la normativa de orden público y también mejorar los pisos mínimos en beneficio del trabajador"¹⁷⁰, además de ser, en definitiva, el reflejo de un atisbo de flexibilidad en el entorno dirigista de la normativa reguladora y conformadora del contenido del contrato de trabajo.

No obstante una redacción que pudiera parecer clara del artículo 5 inciso 2° del Código del Trabajo ("*Los derechos establecidos por las leyes laborales son irrenunciables, mientras subsista el contrato de trabajo*")¹⁷¹, se habla de una cierta vaguedad, pues nada dice acerca de la posibilidad que el empleador pueda acordar (en el mejor de los casos) o que el trabajador pueda ser compelido a renunciar a derechos de tipo laboral terminada la relación de trabajo, en virtud de anexos suscritos durante la vigencia

¹⁶⁹ En tal sentido, GHEZZI, Giorgio y ROMAGNOLI, Umberto. *Il rapporto di lavoro*. Bologna, Italia: Ed. Zanichelli, 1987, pp. 332-333.

¹⁷⁰ GAMONAL CONTRERAS, Sergio y GUIDI MOGGIA, Caterina. *Manual de Contrato de Trabajo*, Santiago, Chile: Editorial LexisNexis, 2010, p. 78.

¹⁷¹ La doctrina administrativa de la Dirección del Trabajo, desde largo tiempo, ha ido colmando de contenido al principio de irrenunciabilidad. Así, por ejemplo, el dictamen N° 3278/195 de 7 de Octubre de 2002, expresa que "...las partes deberán adecuar la referida cláusula precisando la vigencia del convenio, dentro de los topes mínimo y máximo que establece la nueva normativa y, para el evento que se omita dicha adecuación, se entenderá que dicho convenio colectivo no podrá tener una duración superior a cuatro años contados a partir del primero de Diciembre de 2001, fecha de entrada en vigencia de la ley 19.759. Ello, porque las leyes laborales rigen *in actum*, es decir, son de aplicación inmediata, atendida la naturaleza de orden público que presenta el Derecho Laboral, circunstancia ésta que limita la autonomía de la voluntad de las partes, al establecer derechos mínimos elevados a la categoría de irrenunciables, irrenunciabilidad que nuestra legislación consagra en el inciso segundo del artículo 5° del Código del Trabajo. Igualmente concurre a ello el principio del efecto inmediato de la ley que se aplica a las leyes laborales, en cuya virtud la nueva normativa rige el porvenir desde su entrada en vigencia, sin permitir la subsistencia de la anterior, ni siquiera para las relaciones jurídicas nacidas en el tiempo que esta regía". Así mismo, la Dirección del Trabajo ha indicado que no procede jurídicamente pactar descuentos de las remuneraciones si se hace con infracción de las normas laborales vigentes, o contra valores del finiquito estando vigente el contrato de trabajo si ello implica renuncia anticipada de derechos. Esta doctrina se contiene en los dictámenes N° 3.902/147, de 22 de Septiembre de 2003 y N° 4.359/237, de 24 de Julio de 1997.

del contrato, finiquitos u documentos de diversa naturaleza. Lo anterior, se insiste, más allá de una visión arrimada al análisis del consentimiento del trabajador y sus vicios a la hora de suscribir tales instrumentos.

Una salida al problema, es la que encuentra sustento en el artículo 12 del Código Civil, el cual trata sobre la renuncia de los derechos de carácter patrimonial: *“Podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo miren al interés individual del renunciante, y que no esté prohibida su renuncia”*. Lo que sugiere la lógica de este artículo en sede laboral, es que deberá distinguirse para efectos de la renuncia por parte del trabajador de sus derechos laborales finalizada la relación de trabajo, entre los que se relacionan con su interés patrimonial individual y aquellos que se establecen en beneficio de la comunidad o de terceros. Desde ya, hasta intuitivamente podrá afirmarse que el artículo 12 del Código Civil impediría la renuncia de derechos establecidos en la Constitución, al estar establecidas sus garantías no tan solo en beneficio del trabajador, sino que de la comunidad toda de forma directa.

Sergio Gamonal recoge la intuición y precisa la tesis expuesta, indicando cuales serían los derechos o bienes de naturaleza estrictamente laboral instituidos en la Carta Fundamental en interés de la colectividad o de terceros que no serían renunciables incluso después del término del contrato de trabajo, lo cual, a su vez, tendrá implicancia hermenéutica y operativa en los derechos estatuidos en normas infraconstitucionales. Su infracción, esto es, la renuncia, implicaría transgredir la esencialidad del Derecho Fundamental afectado, al amparo del artículo 19 N° 26 de la Constitución. Gamonal los agrupa en 3 hatajos de la siguiente forma:

a) “Los relativos al derecho a la integridad física y psíquica de la persona, artículo 19 N° 1 inciso primero de la Constitución Política, cuya proyección trascienda el mero ámbito individual del sujeto. En este caso se encuentran las normas relativas a la capacidad y protección a los trabajadores, artículos 13 y ss. y 184 y ss. del C. del T.

b) Los referentes a la protección de la vida del que está por nacer, artículo 19 N° 1 inciso segundo de la Constitución, complementado por los artículos 194 y ss. del C. del T.

c) Aquellos relacionados con la Libertad de Trabajo y su protección, en el artículo 19 N° 16 de la Constitución, y cuyo fundamento diga relación con la protección de intereses de terceros o de la colectividad. En esta situación se encuentran las normas de protección que inciden en el tiempo libre del trabajador, en la cautela de su capacidad de trabajo y en la suficiencia de su remuneración, todas las cuales protegen además a la familia en cuanto núcleo básico de la sociedad, dependiente de los ingresos del trabajador y que requiere del tiempo libre de los adultos trabajadores para efectos afectivos, formativos, de convivencia y calidad de vida. Se trata de los preceptos laborales sobre jornada de trabajo, artículo 21 y ss. del C. del T., sobre ingreso mínimo en el artículo 44 inciso tercero del Código y leyes especiales, y sobre feriado, artículos 66 y ss. del mismo cuerpo legal”¹⁷².

En el fondo, lo que Gamonal realiza es una categorización desde preceptos constitucionales, de las normas infraconstitucionales que tendrían el talante de derecho necesario absoluto, las cuales, desde una perspectiva gramática-política, son aquellas que instrumentalizadas heteronormativamente ponen en marcha los cánones confirmativos del Orden Público Laboral en Chile. A pesar de muy aisladas excepciones¹⁷³, “debe

¹⁷² GAMONAL CONTRERAS, Sergio. *Introducción al Derecho del Trabajo*. Santiago, Chile: Editorial Conosur, 1998, pp. 156-157.

¹⁷³ “Que, a la luz del tenor literal del artículo 5° inciso segundo del Código del trabajo, pareciera, a primera vista, que la antedicha renuncia es legalmente admisible y que, en consecuencia, el finiquito, no objetado, tendría amplios efectos liberatorios, careciendo, por ende, el actor de legitimación activa para el ejercicio de la acción sublite, como lo alega la demandada. Sin embargo, los sentenciadores de mayoría son de criterio de sostener que aun terminada la relación laboral, la renuncia formulada por el trabajador es ineficaz en la medida que se vincula no con el puro interés patrimonial individual del actor, sino con un bien jurídico o interés colectivo, como es el derecho a la integridad física y psíquica establecido en el artículo 19 N° 1 inciso primero de la Constitución Política de la República, el que, dado su carácter de garantía constitucional, es indisponible entre las partes y, en consecuencia, no puede ser objeto de renuncia, pues como lo expresa el profesor Sergio Gamonal Contreras, en su obra “Introducción al Derecho”, capítulo V, pág. 156, “su proyección trasciende el mero ámbito individual del sujeto”, agregando que “en este caso se encuentran las

mencionarse que la mayoría de los fallos recientes de los Tribunales de Justicia no realizan la distinción entre los derechos que sólo miran al interés patrimonial individual del trabajador y aquellos que afectan el interés social, y, por el contrario, otorgan un amplio alcance a la salvedad que realiza el Código respecto a la aplicación del principio de irrenunciabilidad. De esta forma (...), muchas veces el trabajador se ve forzado a renunciar a derechos esenciales, tales como el derecho a descanso o la protección del fuero maternal”¹⁷⁴. De este modo es cómo los Tribunales de Justicia, desde una lectura que interpretativamente se sostiene meramente en virtud de una norma de rango legal como es la del artículo 5 en sus incisos 1° y 2° del Código del Trabajo, abren la puerta para que derechos necesarios absolutos de raigambre constitucional y legal puedan ser dispuestos por las partes tras el término de la relación laboral, sin siquiera observar potenciales vulneraciones al contenido esencial del Derecho Fundamental. Pernicioso se considera lo anterior, en vistas a la manutención del talante tutelar de esta rama, en un equilibrio que debiera tender hacia lo estructural tutelar y receptivo mediante acoplamientos estructurales coherentes. El interpretar, conformar el sentido y alcance, y colmar de contenido a los derechos fundamentales desde una norma legal al modo de la judicatura, más allá de ser un sinsentido desde la teoría de la jerarquía normativa positiva y el rango constitucional del principio protector, revela una aproximación reduccionista de la problemática y particularidades dables al finalizar el vínculo de trabajo en relación a la irrenunciabilidad. Aspectos todos que se ven reflejados en la admisibilidad exiguamente

normas relativas a la capacidad y protección a los trabajadores establecidas en los artículo 13 y siguientes y 184 y siguientes del Código del Trabajo. Así, entonces, el artículo 5° inciso segundo, en comento, necesariamente se ve subordinado a la norma de rango constitucional referida, debiendo primar ésta por sobre la certeza o seguridad jurídica, lo que produce como consecuencia la plena vigencia del ya citado artículo 184 del mismo Código para proceder, en sede judicial, al examen y resolución que corresponda respecto de la reparación de los daños experimentados por el dependiente con motivo de una eventual trasgresión de dicho deber de seguridad”, Sentencia de la Corte de Apelaciones de Punta Arenas, Rol N° 17-2007, de 24 de Agosto de 2007.

¹⁷⁴ TAPIA HENRÍQUEZ, Lesly y SALGADO VÁSQUEZ, Juan Luis. *El finiquito y los derechos del trabajador despedido*. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, 2010, p. 176. Estos autores señalan algunos fallos de la Corte Suprema en la línea que refieren: Rol N° 640-2008 de 22 de Abril de 2008, y N° 1276-2009 de 25 de Junio de 2009. Complementa los anteriores un fallo más reciente, el del Rol N° 14.656-2013 de 8 de Julio de 2014, también de la Corte Suprema.

analizada, de diversas estipulaciones especiales postcontractuales en cuya justificación se encuentra el núcleo de la razonabilidad del objeto del Derecho del Trabajo flexibilizado: la libre competencia.

2.2.3. Algunas estipulaciones laborales especiales postcontractuales: pacto de permanencia, cláusulas de confidencialidad y de dedicación exclusiva.

Las vicisitudes y riesgos del ejercicio de la actividad en un contexto de mercado podrían llegar a, fácilmente, encasillarse como la justificación genérica y reductible a la noción de flexibilidad de estas estipulaciones, a fin de precaver circunstancias corporativamente execrables. Simplificación no menor, si se tiene presente que las febles fronteras conceptuales de la flexibilidad como dispositivo permiten, como ya se tuvo oportunidad de explicitar, tolerar degradaciones por el propio Derecho del Trabajo de su núcleo estructural y explicar discursivamente su necesidad. Si bien aquello no deja de ser correcto, es a su vez el punto de partida directo y fundamento de la que es la verdadera justificación tras el establecimiento de las cláusulas que se examinarán. Y aquella no es sino la defensa de la libre competencia en pro únicamente de la empresa, tutelando ventajas competitivas estatuidas, con un presupuesto jurídico fuerte en la Constitución de 1980: “la propia libertad económica, en cuya virtud se crean las condiciones externas necesarias para el libre establecimiento de relaciones económicas y jurídicas en el tráfico mercantil”¹⁷⁵. Si bien sobre este punto se volverá más adelante, valga por el momento indicar que la coyunturalidad externa al sistema “derecho” es la que finalmente culmina generando una válvula de escape y gramática argumentativa no menor para que la autonomía de la voluntad, supuestamente acotada en lo laboral, campee con holgada libertad a fin de justificar toda clase de constructos, como ya se anticipaba.

¹⁷⁵ IRURETA URIARTE, Pedro. “El núcleo laboral del derecho constitucional a la libertad de empresa”, en: *Estudios Constitucionales*, Año 11, N° 2 (2013), p. 388.

Dicho lo anterior, cabe dar una somera revista a algunas estipulaciones permitidas al amparo del artículo 10 N° 7 del Código del Trabajo, diversas a aquella que ocupa el objeto central de la presente investigación, y que comparten como rasgo el que no están reguladas expresamente en texto positivo alguno a propósito de las relaciones *interprivatos*¹⁷⁶. Como rasgo común, todos estos pactos se sustentan en la factibilidad que “trabajador y empleador estipulen expresamente ciertos y determinados pactos destinados a limitar la Libertad de Trabajo y el libre ejercicio de actividades económicas por parte del trabajador”¹⁷⁷.

En primer término, se encuentran los convenios de permanencia, definidos como los acuerdos por los cuales el “trabajador se compromete a permanecer en la misma empresa durante un tiempo determinado”¹⁷⁸, teniendo aquel como presupuesto basal para su validez jurídica, la especialización profesional del trabajador, sirviéndose ambas partes del contrato de trabajo del perfeccionamiento¹⁷⁹. Complementando el concepto con su justificación, el artículo 21.4 del Estatuto de los Trabajadores español expresamente

¹⁷⁶ Se hace aquella prevención a propósito de los pactos de permanencia, dado que en sede pública, el artículo 31 de la ley 18.834 (Estatuto Administrativo) indica: “*Los funcionarios seleccionados para seguir cursos de capacitación tendrán la obligación de asistir a éstos, desde el momento en que hayan sido seleccionados, y los resultados obtenidos deberán considerarse en sus calificaciones.*”

Lo anterior, implicará la obligación del funcionario de continuar desempeñándose en la institución respectiva o en otra de la Administración del Estado a lo menos el doble del tiempo de extensión del curso de capacitación.

El funcionario que no diere cumplimiento a lo dispuesto en el inciso precedente deberá reembolsar a la institución que corresponda todo gasto en que ésta hubiere incurrido con motivo de la capacitación. Mientras no efectuare este reembolso, la persona quedará inhabilitada para volver a ingresar a la Administración del Estado, debiendo la autoridad que corresponda informar este hecho a la Contraloría General de la República.

A propósito del rasgo común reseñado, sobre la ausencia de normas específicas, se ha indicado que “*el Derecho ha tendido a desarrollarse en torno a derechos y deberes impuestos o pactados claramente, por la ley o la convención, dejando un tanto de lado aquellas obligaciones que derivan de grandes principios generales del derecho y cuyos contornos pueden ser más difusos, pero no por ello menos importantes*”, OGALDE MUÑOZ, Jorge. “La subsistencia de obligaciones del trabajador al término de la relación laboral”, en: UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO. *Colección de Tesis Magister en Derecho de la Empresa año académico 2001*. Concepción, Chile: Ediciones Universidad del Desarrollo, 2001, p. 20.

¹⁷⁷ IRURETA URIARTE, Pedro. “La prohibición de competencia y la buena fe contractual”, en: *Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Tomo I, Santiago, Chile: LegalPublishing, 2012, p. 70.

¹⁷⁸ *Ibíd.*, p. 72.

¹⁷⁹ En tal sentido, SIRVENT HERNÁNDEZ, Nancy. *El pacto de permanencia en la empresa*. Valencia, España: Ed. Tirant Lo Blanch, 2002, p. 38.

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”. No obstante lo anterior, para Sierra esta clase de pactos si bien afectan la Libertad de Trabajo, no lo harían “no de manera ilícita. Pues (...) la limitación al derecho fundamental no afecta su esencia o esencia irreductible, y además resulta justificada en interés del propio trabajador”¹⁸⁰. En un sentido similar, empero, agregando el componente relativo a la autonomía de la voluntad, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid ya en 1989 señalaba que “el trabajador puede vedar, durante determinado tiempo, y, por tanto, sin una vinculación definitiva, que le convertiría propiamente en un siervo de la gleba (que es a lo que responde la prohibición del artículo 1.583 CC), la posibilidad de cambio de profesión u oficio, pues, incluso, ello no deja de ser una manifestación de su libertad personal, como lo sería también el incumplimiento de lo pactado, sin perjuicio de las posibles consecuencias indemnizatorias que tal conducta incumplidora traería consigo”¹⁸¹.

Por su parte, y ya en segundo lugar, las cláusulas de confidencialidad (también llamadas “de reserva”) pueden conceptualizarse como un “acuerdo bilateral suscrito entre empleador y trabajador, cuyo objeto consiste en imponer a este último la obligación de que determinada información, de la cual tome conocimiento con ocasión de su labor en una empresa, sea mantenida oculta a terceros”¹⁸². Desde un punto de vista postcontractual el riesgo que se persigue desterrar, cual es que el trabajador pueda comprometer

¹⁸⁰ SIERRA HERRERO, Alfredo. “El pacto de permanencia en la relación laboral. Comentario a la sentencia de la Corte Suprema de 21 de Agosto de 2007, Rol 5581-2005, “Universidad de Concepción con Olmos Coelho””, en: *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Chile*, Vol. 4, N° 8 (2013), p. 163.

¹⁸¹ STSJ de Madrid (Sala de lo Social), N° 262/1990, de 12 de Diciembre de 1989. Véase DE VAL TENA, Ángel Luis y ALCAZAR ORTIZ, Sara. “Los pactos de dedicación exclusiva y permanencia en la empresa”, en: *Revista de Relaciones Laborales*, N° 3 (1995), p. 134

¹⁸² Dictamen de la Dirección del Trabajo, Ord N° 4731/081, de 3 de Noviembre de 2010.

determinada información secreta y valiosa comunicándola a terceros, se incrementa, considerando por lo demás que el compromiso y la buena fe no son cuestiones que en un cariz formal, puedan exigirse en razón de una relación laboral ya terminada, por un lado. Y por otro, desde el cariz de la duración, nada resta la posibilidad que según la naturaleza de la información y el mercado del que se trata, bien pueda estimarse que la cláusula pueda estipularse como indefinida¹⁸³. Tal es la arista que constriñe la libertad de expresión del trabajador.

A más de la anterior, la Dirección del Trabajo se coloca en una hipótesis en la que es el contenido del pacto el que pudiera entorpecer el ejercicio de la Libertad de Trabajo luego del término del contrato, más allá de la virtualidad atentatoria a la Libre Expresión. Se indica como ejemplo, el que se le restrinja al a estas alturas, ex trabajador, hacer uso de su experiencia y conocimientos adquiridos durante la vigencia de su contrato¹⁸⁴. Empleando el mecanismo de ponderación, y realizando un ejercicio interpretativo que racionaliza y hace admisible este pacto desde las libertades de Expresión y de Trabajo, este organismo indica que “la imposición de reserva al trabajador será proporcional si resulta, en el caso concreto en que se aplique, de mayor importancia cautelar el derecho del empleador materializado en la obligación de reserva, que los derechos constitucionales de los trabajadores que pudieren verse afectados. A este respecto, resultará relevante el que el empleador, reflejando el valor asignado a la reserva, disponga diversas medidas (distintas de la prohibición consignada en un contrato de trabajo) tendientes a cautelar tal reserva. Será fundamental también, al momento de ponderar este principio, que el empleador haya precisado claramente aquello que pretende limitar su divulgación. También tendrá relevancia la existencia (y monto de la misma) de la contraprestación que

¹⁸³ Tener presente lo que prescribe la ley 18.045 o incluso, el Código de Ética del Colegio de Abogados. Al respecto, SIERRA HERRERO, Alfredo. “Las cláusulas de confidencialidad en el contrato de trabajo”, en: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 41 (2013), pp. 165-166.

¹⁸⁴ Los conocimientos aludidos son aquellos que se “incorporan a su personalidad profesional y por ende puede hacer uso de ellos, no estándole vedada su manifestación a terceros”, VÁSQUEZ VIALARD, Antonio. *La responsabilidad en el Derecho del Trabajo*, Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea, 1988, p. 766

reciba el trabajador por la obligación de confidencialidad, particularmente cuando pudiere alcanzar un período posterior al término del contrato de trabajo (lo contrario, significaría avalar un acuerdo en que el único obligado sería el trabajador, sin contraprestación a cambio) y, por cierto sin agotar otros elementos de juicio pertinentes a este principio, será relevante en orden a favorecer la exigibilidad del cumplimiento de la obligación de reserva, que el tiempo por el cual rija, una vez terminado el vínculo laboral, sea prudente y proporcionado”¹⁸⁵.

Finalmente, el pacto de dedicación exclusiva laboral¹⁸⁶ es “aquel por virtud del cual un trabajador se obliga a prestar sus servicios a un solo empresario, contra su derecho a pluriemplearse, esto es, a trabajar simultánea, aunque distintamente, para diversos empresarios en virtud de varios contratos de trabajo”¹⁸⁷. La idea es que el trabajador, usualmente de una alta calificación profesional, únicamente se concentre en un solo empleador, a cambio de una cantidad económica en compensación señalada expresamente, rompiendo con la regla general, cual es que “el trabajador puede concertar, vigente un contrato de trabajo, uno o más negocios jurídicos de esta naturaleza con otro u otros empresarios”¹⁸⁸, en estricta correlación con la Libertad de Trabajo. Ahora bien, respecto a las implicancias de estos acuerdos con la concurrencia, “el pacto de dedicación exclusiva extiende el alcance de la competencia prohibida puesto que no se limita a prohibir la competencia sin más, sea desleal o no, sino que obliga al trabajador o no realizar actividad alguna para otro empleador”¹⁸⁹. Esta posibilidad, al igual que en las

¹⁸⁵ Dictamen de la Dirección del Trabajo, Ord N° 4731/081, de 3 de Noviembre de 2010.

¹⁸⁶ La Contraloría General de la República, en su dictamen N° 26953 de 9 de Octubre de 1984, ya señalaba la habitualidad de este pacto en otras áreas del Derecho.

¹⁸⁷ ALONSO OLEA, Manuel y CASAS BAAMONDE, María Emilia. *Derecho del...*, p. 304.

¹⁸⁸ NEVADO FERNÁNDEZ, María José. *Las restricciones a la competencia en el contrato de trabajo*, Madrid, España: Editorial Tecnos, 1998, p. 13.

¹⁸⁹ DE VAL TENA, Ángel Luis y ALCAZAR ORTIZ, Sara. “Los pactos de dedicación exclusiva...”, p. 128. Para la doctrina chilena, la cláusulas persigue dos cuestiones: “(i) Por una parte, se busca garantizar estrictamente el cumplimiento de la competencia prohibida al trabajador; y (ii) Por otra, lograr la absoluta dedicación de este último al servicio de su empleador, mediante la omisión de cualquier actividad paralela. De esta forma, el acreedor de trabajo puede utilizar exclusivamente los servicios del trabajador, sin temor a que las capacidades y conocimientos de éste puedan ser desviados hacia otro empresario”, IRURETA URIARTE, Pedro. “La prohibición de competencia...”, p. 70.

anteriores cláusulas, es posible de ser establecida en razón de un acuerdo entre las partes, ya sea por un tiempo determinado o indefinido. Francia, al igual que España, empleando un criterio homologable al empleado por la Dirección del Trabajo de Chile para determinar la admisibilidad y legalidad del pacto de reserva, abre tal posibilidad en la dedicación exclusiva en la medida que la cláusula y el pago de la compensación sean proporcionales al fin perseguido¹⁹⁰. Por ejemplo, la proporcionalidad en Francia impediría establecer tales cláusulas en contratos de trabajo a tiempo parcial, al precisamente atacar el núcleo de la libertad profesional¹⁹¹. Finalmente, cabe destacar un punto de interés, cual es que estos pactos no deben ser confundidos con la prohibición de concurrencia desleal vigente que este el contrato de trabajo precisando pacto en tal dirección, ni tampoco con los pactos de prohibición postcontractual de competencia. Ello, puesto que la cláusula en comento se ampara en la competencia que legítimamente puede el trabajador ejercer al amparo de su derecho esencial a la Libertad de Trabajo, limitando entonces estos pactos el pluriempleo¹⁹².

Señaladas algunas de las cuestiones más apreciables de los pactos indicados, bien vale destacar prácticamente a modo de constatación, todo aquello que el aparataje conceptual desarrollado hasta el momento anticipaba: que el proceso de flexibilización

¹⁹⁰ “*Cette conception est d’ailleurs à la source du régime de la clause d’exclusivité. La Cour de cassation considère en effet qu’une telle clause n’est licite que si elle est indispensable à la protection des intérêts légitimes de l’entreprise, justifiée par la nature de la tâche à accomplir et proportionnée au but recherché*” (ésta concepción se encuentra en la esencia del régimen de la cláusula de exclusividad. La Corte de Casación considera en efecto que una cláusula así no será ilícita si ella es indispensable para la protección de los intereses legítimos de la empresa, justificada por la naturaleza de la tarea a cumplir y proporcional al fin buscado), VITTOZ, Hubert. *Concurrence et droit du travail, Mémoire effectué en vue de l’obtention du Master Droit et Pratique des Relation de Travail*, Université Panthéon-Assas, Paris, Francia, Université Panthéon-Assas, pp. 42-43. En España se permite el pacto de dedicación exclusiva, al amparo de lo que prescribe el artículo 21.1 del Estatuto de los Trabajadores: “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 compensación económica expresa, en los términos que al efecto se convengan”. La Dirección del Trabajo, en su Ord. N° 5620/300 de 22 de Septiembre de 1997 rechaza la posibilidad de convenir cláusulas que impidan al trabajador emplearse en actividad remuneradas fuera de la empresa, esté vigente la relación laboral o tras su culminación. Idéntica lógica siguen los Tribunales Superiores de Justicia en Chile, v.gr., Corte Suprema en el Rol N° 6139-2009 en sentencia de 29 de Octubre de 2009.

¹⁹¹ Véase fallo de la Cour de Cassation de Francia, N° 06-42.278, de 29 de Octubre 2008.

¹⁹² Con la misma opinión, IRURETA URIARTE, Pedro. “La prohibición de competencia...”, p. 71.

laboral supone para el Derecho del Trabajo una inflexión para su *ratio*, al conllevar en su discursividad dispositiva la potencia simbólica de intereses inconfesos contra sistémicos. La rama laboral, al transar sobre aquello que siquiera ha reflexionado y que, por ende, no conoce a cabalidad para efectos de una incardinación coherente en su estructura, ha cedido finalmente en su propia congruencia epistémica, habilitando la disponibilidad por parte del trabajador del ejercicio de su Derecho Fundamental a la Libertad de Trabajo. Manifestación de ello, es la instrumentalización de la autonomía de la voluntad a cotos *extra* e incluso *in finem*, cuya admisibilidad sin mayores reproches en niveles tanto dogmáticos como jurisprudenciales, no puede sino entenderse como el resultado de la efectividad discursiva de factores exógenos que poco comparten con los fines del Derecho Laboral, dirigiéndose la comprensión del maridaje fundamental ‘libertad económica–de trabajo’ hacia un sentido marcadamente unilateral en beneficio de la parte empleadora¹⁹³. La autonomía de la voluntad pasa a jugar un rol cardinal como instrumento de flexibilización, que en razón de su construcción jurídica, resulta ser una válvula de apertura cognitiva del Derecho al resto de los sistemas, y en cómo lo jurídico se interrelaciona con aquellos. La resulta de aquel proceso, empero, culmina en una reducción de la complejidad que termina jibarizando la esencialidad tutelar del Derecho del Trabajo, con exiguas posibilidades de resistencia a las circunstancias de la coyunturalidad económica, naturalizándola al plasmarla en su estructura, al permeabilizarse los cotos identitarios de lo laboral jurídico.

Los aspectos indicados también inciden, con ciertas particularidades, en la configuración de la cláusula que se desarrollará en sus múltiples aristas en las próximas líneas: la cláusula de no competencia postcontractual en sede laboral.

¹⁹³ En tal sentido, Caamaño señala: “Producto de esta concepción, que se encuentra en armonía con el modelo económico de corte esencialmente neoliberal consolidado a partir de esa época, las relaciones laborales se rigen principalmente de acuerdo a lo pactado por las partes, pues hay una fuerte revalorización del principio de la autonomía de la voluntad a nivel del Derecho del Trabajo individual, ocupando un lugar bastante secundario el modo de desarrollarse en la práctica, al interior del establecimiento o de la empresa, la relación jurídica a que da lugar el trabajo subordinado”, CAAMAÑO ROJO, Eduardo. “El contrato de trabajo a tiempo parcial en la actual normativa laboral”, *en*: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 23 (2003), p. 162.

CAPITULO II: CLAUSULA DE NO COMPETENCIA POST CONTRACTUAL LABORAL. CUESTIONES DOGMÁTICAS Y POSITIVAS.

1. Contenido esencial y limitaciones a los Derechos Fundamentales. Su incidencia en la constitucionalidad de las cláusulas en estudio.

Tras la figura en estudio, existen 2 libertades fundamentales: la Libertad de Trabajo y la de Empresa. Ambas poseen un contenido esencial¹⁹⁴, lo que a su vez da por cierta la existencia de un núcleo en ellas que estructura su realidad objetiva, estableciendo sus fronteras, delimitándolas. Limitar, a su vez, en términos amplios, “significa restringir o comprimir el ejercicio normal de un derecho”¹⁹⁵. Esto, llevado a la temática de los Derechos Fundamentales, es posible conceptualarlo como “aquellas restricciones al ejercicio de un determinado derecho básico, de manera tal que toda pretensión de ejercicio del atributo respectivo que vulnere los límites impuestos por las mismas, es por esencia antijurídica y puede derivar para el titular infractor, en las responsabilidades que para tal efecto, prevea el ordenamiento jurídico positivo”¹⁹⁶.

¹⁹⁴ “La idea del contenido esencial (*Wesensgehalt*) de los derechos fundamentales se incluyó en el artículo 19.2 de la Ley Fundamental alemana –y en el 53.1 de la Constitución española- para evitar la excesiva restricción de esos derechos y que las limitaciones que les impongan vacíen (*aushöhlen*) su contenido normativo”, SÁNCHEZ GIL, Rubén. *El principio de proporcionalidad*. México D.F., México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2007, p. 111.

¹⁹⁵ FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Miguel Ángel. “Aspectos Constitucionales de la nueva ley de OPAS”, en: *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 29, N° 3 (2002), p. 695.

¹⁹⁶ TÓRTORA ARAVENA, Hugo. “Las limitaciones a los derechos fundamentales”, en: *Estudios Constitucionales*, N° 2 (2010), p. 169. Cea Egaña dirá respecto a la limitación de Derechos Fundamentales, señala que éstos se tratan “de atributos que jamás tienen alcance absoluto, pues si lo poseyeran se convertirían en prerrogativas típicas de un déspota que obra, con rasgos ilícitos o abusivos”, CEA EGAÑA, José Luis. *Derecho Constitucional Chileno, Tomo I*. Santiago, Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2002, p. 58.

Teóricamente, se han planteado 2 teorías sobre el contenido esencial de los Derechos Fundamentales, que de forma didáctica resulta conveniente plantearlas desde el prisma del ámbito normativo de estos derechos. La primera de ellas, de tipo absoluta, observa este contorno “como el área de dos círculos concéntricos, entiende la parte formada por el círculo interior como un núcleo fijo e inmutable de esos derechos y, la sección circunferencial exterior, como la parte accesorio o contingente de los mismos; dicho núcleo sería la parte intocable de éstos y cualquier afectación a su respecto sería ilícita, en cambio en la parte contingente se pueden establecer las restricciones y limitaciones que se consideren necesarias y justificadas”¹⁹⁷. Más allá de la dificultad evidente e implícita de establecer un núcleo básico e inmanente para todas las circunstancias posibles, la mayor complejidad se da a propósito de la ductilidad gestada en la relación entre Derechos Fundamentales, cuestión coligada con su interpretación. No pudiendo olvidarse su consecuente petrificación, tanto a nivel de contenido, como de extensión, vinculación y hermenéutica.

Por su parte, la teoría relativa “identifica contenido esencial con la exigencia de justificación de una limitación: contenido esencial sería aquella parte del derecho que todavía queda en pie una vez que ha operado una limitación justificada o legítima”¹⁹⁸. Así, el descubrimiento del contenido esencial de un Derecho Fundamental es una cuestión de

¹⁹⁷ SÁNCHEZ GIL, Rubén. *El principio de...*, pp. 111-112. Prieto Sanchís señala: “La tesis de la ilimitabilidad de los derechos pretende ofrecer una estrategia interpretativa simplificadora de los problemas que tradicionalmente ha planteado la limitación de los derechos y, en particular, también una fórmula para cercenar el margen de discrecionalidad judicial que permite la técnica de la ponderación de bienes. La idea central consiste en sustituir el debate sobre los límites por una definición precisa de los contenidos constitucionalmente protegidos: en lugar de decir, por ejemplo, que una ley limita la libertad religiosa en nombre del orden público o la de expresión en nombre del derecho al honor, se viene a sostener que tales interferencias en las conductas de los ciudadanos son en realidad ‘externas’ o ‘ajenas’ al contenido de la libertad tutelada; sencillamente porque ésta, en su tipificación constitucional, ya hizo del orden público o del honor un límite intrínseco, una frontera definitoria de su propio ser constitucional; de manera que allí donde la ley restrictiva aparece cabría decir que limita la ‘libertad natural’, pero no la ‘libertad jurídica’, cuyos contornos aparecen definidos por las conocidas cláusulas del orden público, del derecho al honor, etc.”, PRIETO SANCHÍS, Luis. “La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura de sistema de libertades”, *en: Derechos y libertades*, N° 8 (2000), p. 433.

¹⁹⁸ VIERA ÁLVAREZ, Christian. “El contenido esencial de los Derechos Fundamentales: La libre iniciativa económica en España y Chile”, *en: Revista de Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso*, N° 62 (2013), p. 179.

índole casuística, en “atención a las circunstancias del caso y luego de ponderarse los beneficios y perjuicios que se produzcan en él, tanto para el derecho intervenido como para el bien protegido a través de su limitación”¹⁹⁹. Es ésta, el rol del examen de proporcionalidad es elemental, reduciendo la garantía del contenido esencial al principio de proporcionalidad²⁰⁰. Como bien indica Viera, “a pesar de lo seductora que resulta la teoría relativa, no es menos cierto el peligro que encierra, puesto que después de aplicar el principio de proporcionalidad, puede ocurrir que tras ello no quede nada y pueda suponer el vaciamiento del derecho. Pero la absoluta también supone riesgos, ya que puede propiciar una disminución del nivel de garantías pues si se entendiera que, respetado el contenido esencial, la ley puede operar libremente en la esfera del derecho considerada como no esencial, resultaría que toda ley limitadora del ‘contenido adjetivo’ debería reputarse legítima, aun cuando fuese arbitraria o no justificada”²⁰¹.

En realidad, siguiendo a Nogueira, “el contenido esencial se identifica con el derecho mismo tal como este queda delimitado en la Carta Fundamental, el cual hay que inferirlo del sistema coordinado y armonizado del todo constitucional. No hay parámetro objetivo alguno que permita precisar que es esencial y que es periférico en un derecho fundamental. Lo coherente (...) es identificar el contenido esencial con la delimitación constitucional del derecho mismo”²⁰². Se suman a ello, lo que los tratados internacionales sobre la materia en específico traten, y lo que la regulación legal del Derecho Fundamental debidamente acotada a lo que éste le limite, prescriba. No se trata de pretender que a través del contenido esencial de los Derechos Fundamentales no se está constituyendo límite nuevo algo, sino que simplemente se están declarando los meramente existentes. Por lo mismo, no es cuestión sencilla esa de casarse, más allá de los afanes teóricos, con una

¹⁹⁹ SÁNCHEZ GIL, Rubén. *El principio de...*, p. 112.

²⁰⁰ En el mismo sentido, ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt, Alemania: Suhrkamp, 2001, p. 269.

²⁰¹ VIERA ÁLVAREZ, Christian. “El contenido esencial de los...”, p. 182.

²⁰² NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. “Aspectos de una Teoría de los Derechos Fundamentales: La Delimitación, Regulación, Garantías y Limitaciones de los Derechos Fundamentales”, en: *Revista Ius et Praxis*, Vol. N° 11, N° 2 (2005), p. 56.

teoría absoluta o relativa de manera total, pues sus planteamientos abstractos podrían terminar causando desajustes dentro del sistema de fuentes nacional a la hora de ser aplicados a circunstancias concretas. En lo particular, a propósito de la arista relativa, particular atención debe tenerse sobre ella y su mecanismo de ponderación ante, asumidos como si fueren reales, choques de Derechos Fundamentales, para con su resultado ir forjando sus umbrales. “El problema de los límites de los derechos no puede plantearse en términos de conflicto entre derechos o entre estos y bienes constitucionalmente protegidos, sino como una adecuada y armónica delimitación que traza la frontera de los derechos teniendo en consideración el conjunto de ellos y de bienes constitucionalmente protegidos. El contenido esencial del derecho es así equivalente a la delimitación constitucional de los respectivos derechos”²⁰³.

Lo anterior hace directo sentido si se aterriza a nuestra realidad. Chile a pesar de carecer de una cláusula que de modo general regule las limitaciones a los Derechos Fundamentales, en el artículo 19 N° 26 de la Constitución expresamente se prescribe que “*la seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio*”. Dicho precepto, además de encontrarse en plena coherencia con el sistema jurídico internacional de protección a los Derechos Humanos²⁰⁴, permite concluir que Chile al ceñirse al principio *interpretatio pro libertate*, únicamente la ley y en los específicos casos en que la Constitución lo autoriza, puede establecer limitaciones a los derechos y garantías constitucionales²⁰⁵.

²⁰³ *Ibíd.*, p. 57.

²⁰⁴ En profundidad PRECHT PIZARRO, Jorge. “Las limitaciones a los derechos fundamentales en Chile y una cláusula general regulatoria de tales limitaciones”, *en: Revista Chilena de Derecho*, Vol. 28, N° 2 (2001), pp. 277-279.

²⁰⁵ “Así, solo la Constitución y la ley pueden ser consideradas fuentes de limitación de los derechos fundamentales, ya que su carácter de derechos fundamentales deriva de su aseguramiento constitucional expreso o implícito, como asimismo, por el hecho de que su regulación está reservada exclusivamente al legislador (...). Ninguna norma constitucional habilita a ningún otro órgano o autoridad para introducir válidamente limitaciones-restricciones de los derechos fundamentales”, NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. “Aspectos de una Teoría de los...”, p. 23.

Una clasificación elemental de las limitaciones, es aquella que distingue entre las ordinarias y las extraordinarias. Las primeras son aquellas “que operan siempre, y que afectan el ejercicio de un derecho tanto bajo condiciones de normalidad constitucional, como bajo situaciones de excepción constitucional. Representan la regla general y se aplican en todo momento”²⁰⁶; mientras que las segundas son las que, *a contrario sensu*, se producen en circunstancias de anormalidad y excepción constitucional. Dentro de las primeras, dentro de la Libertad de Trabajo se encuentran todas las limitaciones que el propio artículo 19 N° 16 establece, ya revisadas (moral, a la seguridad o a la salubridad públicas, o que lo exija el interés nacional y una ley lo declare así). Las segundas, como ya se señaló en su minuto, encuentran abrigo en excepciones facultades presidenciales. Correlato de todo esto, es que a fin de limitar estos Derechos deben cumplirse determinadas condiciones o presupuestos de validez “que deben observar las autoridades llamadas a imponer, con carácter general, restricciones ordinarias o extraordinarias a esa categoría de derechos”²⁰⁷. Éstas pueden resumirse en requisitos de tipo competencial, internacional, material y lógico²⁰⁸, todos los cuales deberá respetar la autoridad facultada.

Lo competencial trata, brevemente, que el ente estatal únicamente podrá limitar estando previamente autorizado para ello por la Constitución, pues de lo contrario, tal limitación del Derecho Fundamental se tendrán por no válida. Además, “no es correcta la simple afirmación que “la limitación de los derechos fundamentales debe concretarse por ley”, como si el legislador estuviere siempre habilitado para ello, toda vez que no existe una autorización genérica en tal sentido, y (...) lo anterior no obsta a que un derecho esencial pueda ser comprimido o restringido a partir de criterios sociales o materiales”²⁰⁹. A mayor abundamiento, si bien es evidente que es la ley la que debe restringir los derechos

²⁰⁶ TÓRTORA ARAVENA, Hugo. “Las limitaciones a los...”, p.169.

²⁰⁷ TÓRTORA ARAVENA, Hugo. “Las limitaciones a los...”, p. 177.

²⁰⁸ Véase PRIETO SANCHÍS, Luis. *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Madrid, España: Editorial Trotta, 2003, pp. 232-241.

²⁰⁹ TÓRTORA ARAVENA, Hugo. “Las limitaciones a los...”, p. 180.

en cuestión, una completa mención al proceso debe suponer una “habilitación constitucional al legislador para hacerlo, sin afectar los derechos en esencia y a través de medidas necesarias, en una sociedad democrática, para conseguir un fin legítimo y además proporcionales en relación a ese fin legítimo”²¹⁰. El requisito internacional llama a considerar, además de la consagración de los Derechos Fundamentales en el ordenamiento nacional, la que se encuentra en los instrumentos internacionales, debiendo los Estados adecuar su normativa a lo que éstos dicten, respetando el bloque de constitucionalidad que se conforma del conjunto expuesto. La arista material por su parte, viene dada por el contenido esencial del Derecho y su acato como garantía frente al legislador. Finalmente, la lógica, que determina que las limitaciones a los Derechos Fundamentales deben ser justificadas en primer lugar, es decir, fundamentadas en criterios de razonabilidad por su carácter excepcional, y por ello, carentes de arbitrariedad. Y ya en segundo lugar, proporcionales, con trabas adecuadas y con deterioros mínimos en relación al ejercicio del derecho en cuestión²¹¹.

Teniendo presente los requisitos recién expuestos, ¿puede hablarse verdaderamente de una “limitación” cuando un juez del Trabajo, en el caso de una cláusula establecida en un contrato de trabajo que no está regulada en el ordenamiento jurídico laboral *v.gr*, y que constriñe el ejercicio de la Libertad de Trabajo tras el fin de la relación de trabajo, termina a través de una sentencia judicial limitando su ejercicio al validar constitutivamente el pacto? En principio, pareciera ser que no, pues si bien se está en presencia de una restricción al ejercicio de un Derecho Fundamental que no constituye una renuncia al mismo, no se está hablando estrictamente de una limitación que provenga

²¹⁰ PRECHT PIZARRO, Jorge. “Las limitaciones a los derechos fundamentales...”, p. 279. Tener presente lo señalado por el Tribunal Constitucional de Chile, en su sentencia Rol N° 226 de 30 de Octubre de 1995, considerando 47°: “es posible señalar que para limitar de forma constitucionalmente admisible un derecho sin impedir su libre ejercicio, tales limitaciones deben, primeramente, encontrarse señaladas de forma precisa por la Carta Fundamental; en seguida debe respetarse el principio de igualdad, esto es, deben imponerse de manera igual para todos los afectados; además, deben establecerse con indudable determinación, tanto en el momento en que nacen como en el que cesan y, finalmente, deben estar establecidas con parámetros incuestionables, esto es, razonable y justificado”.

²¹¹ Se ha seguido el esquema efectuado por TÓRTORA ARAVENA, Hugo. “Las limitaciones a los...”, pp. 178-187.

de la Constitución o incluso del ordenamiento jurídico, sino que más bien de los hechos. Hecho que finalmente termina validando en el ejemplo, alguien que si bien está llamado por su competencia procesal a resolver cuestiones de índole laboral, no está constitucionalmente habilitado para limitar un derecho de naturaleza fundamental. No obstante lo anterior, el fenómeno ha sido descrito como una “limitación fáctica”. Tórtora, recogiendo lo señalado, las define como “todas aquellas restricciones a los derechos fundamentales de las personas que, si bien no cumplen con las condiciones que deben revestir para su validez, igualmente son establecidas o aceptadas como formalmente legítimas por los órganos de un Estado”²¹². Este autor mantiene el apelativo “limitación”²¹³, caracterizando esta categoría por la circunstancia que ésta “ha de ser impuesta, aceptada o promovida por el Estado, a través de sus órganos. De no existir esta actitud positiva, simplemente existirá una infracción al ordenamiento jurídico, que si es rechazada por la organización estatal, se restablece el imperio del derecho. Esta aceptación es especialmente notoria y compleja cuando proviene del órgano jurisdiccional, al tratarse de la institución encargada de interpretar y aplicar el Derecho a los casos concretos sometidos a su decisión, y con fuerza de cosa juzgada”²¹⁴. Concluye este autor indicando que “el establecimiento, aceptación y validación de limitaciones diferentes a las aceptadas por la Carta Fundamental o que, por cualquier motivo, no cumplan con las condiciones de validez ya expuestas, es por sí sola una conducta extraña al ordenamiento jurídico, atenta contra el derecho internacional de los derechos humanos, y por cierto es, evidentemente, inconstitucional”²¹⁵. No obsta a esa calificación el límite que representa el respeto a los Derechos Fundamentales de los demás, dado que siempre su ejercicio debe darse dentro del radio de ejercicio racional y legítimo para ser tutelado. De lo contrario, fácil es concluir que ese actuar ajeno a la normatividad deberá ser conceptualizado como uno ajeno a la legalidad imperante.

²¹² *Ibíd.*, p. 188.

²¹³ En TÓRTORA ARAVENA, Hugo. “El Derecho a la Vida en la Jurisprudencia Constitucional: aproximación al análisis de su delimitación, limitación y configuración”, *en: Revista de Estudios Constitucionales*, Año 3, N° 2 (2005), pp. 199-247.

²¹⁴ TÓRTORA ARAVENA, Hugo. “Las limitaciones a los derechos...”, p. 190.

²¹⁵ *Ibíd.*, p. 193.

Huelga entonces preguntarse si es que acaso es legítimo, desde un punto de vista estrictamente jurídico, admitir instituciones en cuya raíz descansan limitaciones a los Derechos Fundamentales que distan de cumplir con los requisitos de validez para restringirlos. Con todo, y cualquiera sea la muy personal respuesta, lo realmente preocupante es que sean agentes estatales los que normalicen y legitimen actuares privados que horadan los límites y contenidos esenciales de los Derechos Fundamentales, inscritos éstos en aquellas instituciones. La protección a los intereses de la empresa, centrados en la productividad y la libre competencia, si bien pueden entenderse como el reflejo válido del ejercicio de los derechos y garantías relacionadas con la Libertad de Empresa, jamás debieran encontrar eco en los órganos del Estado a partir de las sombras de la legislación, limitando de hecho o fácticamente Derechos Fundamentales. El contingente, pero cada vez más permanente y asentado éxito de la discursividad corporativa interesada, desviada de las restricciones amparadas por el ordenamiento, y la feble resistencia del sistema jurídico laboral ante embates de este tipo, son muestra de su transitar dispositivo carente de coherencia epistémica desde el Derecho Laboral.

2. Luces dogmáticas desde la causal de caducidad del artículo 160 N° 2 del Código del Trabajo.

Contratar trabajadores es un riesgo de doble faz inherente al desarrollo de la actividad empresarial. Lo anterior supone, en una primera *ratio*, una serie de obligaciones de talante legal por parte de la empleadora en diversos ángulos, desde lo ligado otorgar efectivamente el trabajo, pasando por las relativas a la salud, lo remuneracional, previsional, propiedad intelectual e incluso, de capacitación, cuyo incumplimiento abre diversos flancos a resguardar. Dicho en términos sencillos, el ejercicio del comercio trae aparejadas determinadas responsabilidades y obligaciones para el empresario, cuya variopinta diversidad y complejidad implican, en sí mismas, un riesgo.

Adicional a esta primera batería, existen una serie de riesgos de naturaleza genéticamente competitiva para la empresa, sin perjuicio de sus evidentes componentes legales, y que tienen por origen la celebración misma del contrato de trabajo²¹⁶. Desde un punto de vista de la vigencia, estos pueden distinguirse entre aquellos que significan que la relación laboral esté vigente y los que no. Los primeros se traducen en la posibilidad que el trabajador ejecute las negociaciones propias del giro del negocio del empleador, estando establecido el impedimento en el contrato, mientras que los segundos, en que los intereses competitivos del empleador “(clientela, proveedores, informaciones confidenciales, etc.) puedan resultar arrebatados por su trabajador una vez concluida su relación laboral”²¹⁷.

El factor que aglutina a ambas perspectivas es la inclusión y consecencial relevancia operativa del trabajador a las dinámicas estratégicas de la empresa en un contexto de una alta competencia mercantil. Las inversiones en nuevas tecnologías procurando rentabilizar a la brevedad posible, con aparejados cambios en los costos de producción, han significado alteraciones en la forma en que la fuerza de trabajo es estructurada al interior de las empresas. “A medida que el negocio crece, la empresa va adquiriendo más experiencia y va formando una red de información referida al mercado en el cual se desarrolla. Esta dinámica se configura necesariamente a través de sus trabajadores, quienes conocen los aspectos técnicos y comerciales de la empresa, y pasan muchas veces a importar el principal activo de la misma, en cuanto al conocimiento que poseen y las relaciones comerciales que general”²¹⁸. Información y conocimiento forman

²¹⁶ “En la propia celebración del contrato de trabajo reside el riesgo empresarial de que aquellos intereses competitivos (clientela, proveedores, informaciones, etc.) que, voluntaria y necesariamente, han sido facilitados al trabajador para el correcto desempeño de sus funciones, le sean arrebatados por éste”, NOGUEIRA GUASTAVINO, Magdalena. *La prohibición de Competencia Desleal en el Contrato de Trabajo*. Madrid, España: Editorial Aranzadi, 1997, p. 85.

²¹⁷ SIERRA HERRERO, Alfredo: “La cláusula de no competencia post-contractual en el contrato de trabajo”, en: *Revista Ius et Praxis*, Año 20, N° 2 (2014), p. 110.

²¹⁸ CAJAS ULLOA, Alejandra. *El pluriempleo y sus restricciones. Análisis particular de la obligación de no competencia en el contrato de trabajo*. Tesis para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, Santiago, Chile, 2015, p. 180.

en este entramado un *tándem* estratégico en la planificación corporativa, la que delinea estrategias de descentralización decisional, otorgando a los trabajadores con una no necesariamente de mayor calificación²¹⁹, mayores dosis de independencia al brindarles precisamente acceso a esos factores en beneficio de la empleadora²²⁰.

En lo atingente, como ya se anticipaba, es preciso indicar que tales cuestiones representan para la empresa una contingencia latente desde el momento que al estar los intereses competitivos incardinados en la información que los trabajadores manejan, cabe la posibilidad que estos la empleen para fines y resultados ajenos a los que ella persigue. Dentro de tales, que el trabajador desarrolle las actividades ejercidas por su empleador y mute en competidor. Así desde una arista corporativa, lo buscado será “impedir que el trabajador desarrolle otros trabajos dirigidos a la misma clientela del empleador, o que se aproveche de los conocimientos adquiridos en la empresa o que use información a la que tiene acceso por trabajar al interior de la misma”²²¹. Es la estabilidad empresarial lo tutelado²²², acometiéndose en su caso, los actos de competencia desleal por parte del trabajador, sustentándose lo anterior en la vulneración al principio de buena fe que significaría su actuar. Emergen de esta manera, las obligaciones de no competencia, las que consisten en “la asunción por parte del trabajador de un compromiso de no competir con las actividades desarrolladas por el empresario así como de no realizar actividades que, de manera objetiva, sean susceptibles de ocasionar un perjuicio a los intereses competitivos del empleador”²²³.

²¹⁹ Originalmente, la causal que hoy se contempla en el artículo 160 N° 2 del Código del Trabajo, era únicamente aplicable al empleado, esto es, toda persona en cuyo trabajo sea predominante el esfuerzo intelectual respecto del físico, excluyendo al obrero. Hoy, tal diferenciación carece de sustento.

²²⁰ Al respecto, véase NOGUEIRA GUASTAVINO, Magdalena. *La prohibición de Competencia...*, pp. 27 y 28.

²²¹ GAMONAL CONTRERAS, Sergio y GUIDI MOGGIA, Caterina. *Manual del Contrato de Trabajo*. Santiago, Chile. Editorial Legal Publishing, p. 279.

²²² En dicha dirección, IRURETA URIARTE, Pedro: “La prohibición de competencia...”, p. 58.

²²³ NOGUEIRA GUASTAVINO, Magdalena. *La prohibición de competencia desleal en el contrato de trabajo. Una singular manifestación del deber de buena fe contractual*. Madrid, España. Editorial Aranzadi, 1997, p. 79.

Precisamente, y basándose en la autonomía de la voluntad de las partes y el deber de buena fe, es que se ha admitido la inclusión de pactos que signifiquen constreñir la libertad del trabajo del sujeto débil de la relación. Surgen así las llamadas cláusulas de no competencia laboral, definidas por la Corte Suprema chilena como “una disposición contractual que limita la libertad de ejercer determinadas actividades al empleado durante la relación laboral con el empleador o cuando el contrato actual termina. En ella se recogen obligaciones de lealtad, de exclusividad y de confidencialidad. Constituyen, en sí, por regla general, una obligación de no hacer”²²⁴. Se extrae de forma simple, aquella distinción ya anticipada a propósito del ámbito dentro del cual cabe aplicar este tipo de cláusulas que contienen obligaciones de no competencia: durante o al término del contrato de trabajo. Desde ya cabe anotar que Chile únicamente tiene regulación expresa para la primera posibilidad bajo la fórmula de una causal de caducidad del contrato de trabajo en el artículo 160 N° 2 del Código de la rama. El pacto de no competencia post contractual carece de una regulación expresa.

Sucintamente, la causal de caducidad del artículo 160 N° 2 también denominada “de las negociaciones incompatibles”, debe tener por base hechos que sean imputables a la persona o conducta del trabajador, teniendo que invocar aquellos el empleador de manera fundada de acuerdo a las formalidades establecidas en el Código del Trabajo. Y aquellos hechos imputables han de tener necesaria conexión con la tipificación de la causal de caducidad: negociaciones que ejecute el trabajador dentro del giro del negocio y que hubieren sido prohibidas por escrito en el respectivo contrato por el empleador. Si bien de una lectura eminentemente exegética no existirían mayores problemas de interpretación, revisar este artículo desde un cariz práctico explicita diversos inconvenientes.

En primer lugar, no queda lo suficientemente claro que entender por negociaciones en el contexto anotado. Por un lado, si bien la redacción en plural daría claridad a que no bastaría para configurar la causal una única negociación por parte del trabajador, en la

²²⁴ Rol N° 5152-2009 de 27 de Enero de 2011, Corte Suprema.

práctica jurisprudencial se ha dado mayor realce a la gravedad que a la habitualidad²²⁵. Por otro lado, y sin perjuicio de lo anterior, la terminología empleada no se basta por sí misma a la hora de definir con llaneza los límites de la expresión “negociación”. Si bien doctrinalmente se ha dicho que por “negociación” debe entenderse toda actividad propia del giro del empleador derivada de una labor lícita, con independencia de su origen contractual²²⁶, los Tribunales han dado lecturas discordantes, que pueden resumirse en comprensiones restringidas y amplias del concepto. Las restringidas se apegan a la noción doctrinal antedicha, esto es, que lo efectuado por el trabajador debe pertenecer “al mismo ámbito de comercio e industria que la de su empresa, esto es, se dirija al mismo círculo potencial de clientes”²²⁷, ejecutando permanentemente las actividades vedadas existiendo vínculo con un competidor²²⁸, y ocasionando perjuicio a los intereses corporativos de competencia de su empleador. Por su parte, en las amplias se incorpora un elemento a nivel de la subjetividad de la conducta y una puntualización en lo tocante al detrimento resultante, pudiendo en definitiva la actividad ser ejercida por el trabajador directamente o a través de terceros²²⁹, debiendo acreditarse la participación del trabajador en el modelo de negocio desarrollado, deviniendo en irrelevante si es que se causa menoscabo o no. Corolario de asumir una u otra posición, además de lo ya explicitado, sería desde la perspectiva del perjuicio determinar la conducta del trabajador como una de resultado (visión restringida) o de peligro (amplia)²³⁰. También, si se está en presencia de un actuar

²²⁵ En tal sentido, IRURETA URIARTE, Pedro. “La prohibición de competencia...”, p. 66.

²²⁶ Por todos, *Ibíd.*, p. 65.

²²⁷ NEVADO FERNÁNDEZ, María José. *Las restricciones a la competencia...*, p. 33.

²²⁸ Véase el considerando 6° de la sentencia recaída en Rol N° 3010-2002 de 25 de Mayo de 2004 del 6° Juzgado del Trabajo de Santiago (el destacado es propio): “Que la falta que se le imputa requiere de una actividad ejercitada con cierta permanencia de parte del trabajador y **que en alguna forma sea remunerada y convenida con una empresa de la competencia**, lo que no ha sucedido en la especie, toda vez que los testigos declaran únicamente sobre la ocurrencia del hecho singular antes referido”. La Corte de Apelaciones de Santiago en Rol N° 4096-2004 de 28 de Marzo de 2005, confirmaría la sentencia de grado. A mayor abundamiento, revítese el Rol N° 4152-2006 de 24 de Julio de 2007 de la Corte de Apelaciones de Santiago, y finalmente el RIT N° O-602-2011 de 30 de Julio de 2011 del Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago.

²²⁹ Se sigue a GAMONAL CONTRERAS, Sergio y GUIDI MOGGIA, Caterina. *Manual del Contrato...*, p. 279, y ESCUDERO, José Francisco, FRIGOLA, Joaquín, y CORBELLÀ, Teresa. *El principio de buena fe en el contrato de trabajo*. Barcelona, España: Editorial Bosch, 1996, pp. 86 y 87.

²³⁰ Para Irureta “la concurrencia del perjuicio debe ser, al menos, eventual; es decir, aquí no se trata de que la actitud del trabajador provoque un daño material específico o consumado sino que bastará con que se

que configura un ataque a la competencia desleal o a la concurrencia, entendiendo esta última como el ejercicio de una “actividad paralela en el mercado”²³¹, más allá si esta se dirige al mismo nicho de clientes de su empleadora. Cabe de esta manera indicar que resulta preclara la influencia de la hermenéutica jurisprudencial casuística en la lectura del artículo 160 N° 2. Se supera la estricta letra de un contenido afincado en la mera competencia desleal a partir de la autonomía de la voluntad, desconociendo incluso la irrenunciabilidad de los derechos laborales, abriendo una hendidura para considerar como vulneración a dicha competencia a hechos que, por mero concepto de las partes, configuran esa causal mas en rigor, no lo hacen. Sin perjuicio, por cierto, de revelar aquello una particular concepción de las libertades que confluyen en esta trama, las de trabajo y empresa.

En segundo término, se precisa que la prohibición se enmarque dentro de las actividades que conforman el giro del negocio del empleador. Tanto doctrinal como jurisprudencialmente, se ha entendido por “giro del negocio”, aquel “al que se dedica la empresa, el declarado para efectos tributarios”²³², estimándose incluso como nula toda disposición contractual en la que se prohíba por el empleador una negociación fuera del giro del negocio²³³.

Ya en tercer lugar, la norma en comento resulta ser explícita en torno a la exigencia de escrituración de la prohibición en el respectivo contrato de trabajo, no cupiendo aceptar como válidas las de naturaleza meramente oral²³⁴. Empero, tanto la doctrina como la

manifieste potencialmente idóneo para producirlo. Por lo tanto, se trata por lo general de una infracción de peligro y no de resultado”, IRURETA URIARTE, Pedro: “La prohibición de competencia...”, p. 66.

²³¹ NEVADO FERNÁNDEZ, María José. *Las restricciones a la competencia...*, p. 33.

²³² LANATA FUENZALIDA, Gabriela. *El Contrato Individual de Trabajo*. Santiago, Chile: Legal Publishing, 2009, p. 405

²³³ Sentencia recaída en RIT N° T-11-2010 de 14 de Mayo de 2010, del 2° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago.

²³⁴ En tal sentido, NADAL SERRI, Daniel. *El Despido en el Código del Trabajo*. Santiago, Chile: Editorial Lexis Nexis, 2003, p. 369. Jurisprudencialmente, entre otros fallos, RIT N° O-731-2009 de 6 de Mayo de 2010 del Juzgado de Letras del Trabajo de Valparaíso, y RIT N° O-1643-2010 de 29 de Septiembre de 2010 del Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago.

jurisprudencia se han abierto a analizar circunstancias en un sentido diverso, esto es, examinar si es que acaso es el empleador quién ha autorizado explícitamente al trabajador la realización de actividades propias de su giro, obviando el requerimiento que habilita la prohibición de competencia desleal al amparo del 160 N° 2. Se hace, en síntesis, un ejercicio en el que incluso no se precisaría se explicita contractualmente la prohibición en el contrato de trabajo de no poder desarrollar el giro del empleador, dado que la proscripción de competencia desleal se encontraría incardinada en el contenido ético-jurídico de la relación laboral²³⁵, contraviniendo la literalidad estricta de la causal analizada.

La sola existencia en sede laboral del artículo 160 N° 2 del Código del Trabajo, al conjeturar la existencia de una cláusula de no competencia contractual (escriturada o no, como se tuvo oportunidad de analizar), supone la admisibilidad de las mismas dentro de los cotos de la vigencia de la relación de trabajo, tutelando en este puntual contexto el obrar de las partes o agentes del mercado laboral hacia la libre competencia. La tolerancia epistémica al hecho que las partes puedan acordar (se insiste, en el mejor de los casos como es habitual en esta rama) que el trabajador restrinja su Libertad de Trabajo al no poder desarrollar negociaciones propias del giro del negocio de su empleador, debiera llamar la atención al amparo de los bienes que se entrecruzan. Piénsese que, se insiste, es la libertad del trabajador en orden a desplegar su acción hacia las negociaciones propias del giro de su empleador la coartada, en función de una cláusula que, podría admitirse jurisprudencialmente, no precise incluso de escrituración. El trabajador se da por entendido se obliga en virtud de una manifestación de la buena fe que no precisa de expresión de voluntad de su parte²³⁶, equivalente a la fidelidad, y que escasa contrapartida obligacional existe en el empleador, quién a su vez se ve habilitado por disposición legal

²³⁵ El criterio es seguido por la Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia en Rol N° 113-2001 de 2 de Noviembre de 2001.

²³⁶ Cuestión que doctrinalmente se ha justificado por el carácter específico de la buena fe en sede laboral, basado en el carácter personalísimo de la relación de trabajo. Por todos, FERNÁNDEZ MARCOS, Leodegario. *Derecho Individual del Trabajo*, Madrid, España, Ed. Universidad Nacional de Educación a Distancia, 1993, p. 250.

expresa para despedirlo, por atacar la competencia leal²³⁷. Todo, a pesar que existe normativa de orden público que concreta normativa fundamental sobre la libertad de empresa, que impide que la autonomía de la voluntad genere actos que obstaculicen la libre y leal competencia²³⁸. En el fondo, todo circunda en torno a una lógica en la que, no obstante existir una Libertad de Trabajo y una de empresa que impiden actos del tenor señalado, el Derecho del Trabajo los admite en beneficio de la manutención de la libre competencia, debiendo mediar según texto expreso, acuerdo de las partes, aunque en los hechos ello no se precise siempre.

Hasta el momento se ha sostenido intencionalmente una deuda conceptual relevante, a fin de dar cuenta y contrastar los elementos propios del fenómeno con la esencialidad laboral. La competencia desleal en esta disciplina, que es lo que se encuentra tras el artículo 160 N° 2 del Código del Trabajo, implica una configuración de la misma desde la terminación del contrato, con precisión, desde una causal de caducidad. Esto es, una conducta imputable al trabajador, que se ha definido como la “dedicación del trabajador a actividades de la misma o similar naturaleza o rama de la producción de los que se están ejecutando, en virtud del contrato de trabajo, sin autorización del empresario, siempre la misma perjudique de algún modo a éste”²³⁹. La dispositividad de esta causal, se manifiesta en una comprensión del cuerpo humano en la que se persigue la mantención de su sumisión y cosificación, velando supuestamente por la mantención de una competencia honrada a cambio de la posibilidad de elección de un trabajo. ¿Qué hace que un Derecho de raigambre tutelar, ponga en riesgo la propia estabilidad de quién abjura

²³⁷ Con todo, nada resta la posibilidad de poder reconducir el actuar del trabajador a una causal de caducidad del contrato de trabajo, diversa a la del artículo 160 N° 2 del Código del Trabajo, como la del N° 1. Siguiendo tal idea, ROJAS MIÑO, Irene. *Manual de Derecho del Trabajo. Derecho Individual*. Santiago, Chile: Ed. LexisNexis, 2004, p. 251.

²³⁸ En sentido diverso, se ha señalado que “... no existe ninguna contradicción entre una disposición legal o contractual que tienda a impedir la competencia desleal y las normas que pretenden defender la libre competencia. Precisamente la libre competencia no puede admitir una competencia desleal, por lo tanto no podría pretenderse que, en nombre de la libre competencia, no pueda impedirse aquella competencia que no respeta el principio básico y esencial de toda sana competencia: la lealtad o, dicho de otra forma, el competir de buena fe”, OGALDE MUÑOZ, Jorge: “La subsistencia de obligaciones del trabajador...”, p. 22.

²³⁹ FERNÁNDEZ MARCOS, Leodegario. *Derecho Individual...*, p. 251.

proteger, en razón del ejercicio de la limitación de su propia Libertad de Trabajo? ¿Qué tan desleal *per se* puede llegar a ser la conducta del trabajador que pone en ejecución un negocio basado en el trasvase de conocimiento e información propio del desarrollo del giro del empleador, cuestiones que implícitamente se incardinan en el riesgo del desarrollo de la actividad? ¿Qué tan honrada o leal puede llegar a ser una cláusula que inhabilita a un trabajador a desempeñarse en aquello cuyas habilidades ejecutan el giro, licenciando al empleador a mantener una posición en el mercado ganada en no menor medida por el desarrollo de los procesos ejecutados y optimizados por los empleados, enajenándolos²⁴⁰? ¿Es la mencionada causal de caducidad meramente una cuestión de equilibrio en las funciones propias del Derecho del Trabajo a la hora de positivizar la institución del despido, o es una que en definitiva, maquilla riesgos, *status quo* y posiciones de mercado, impidiendo que el conocimiento adquirido por el desempeño en el trabajo, se concrete en la posibilidad de ingresar en el mercado? Valga por el momento, simplemente plantear estas interrogantes.

No obstante ello, los caracteres expresados dan a entender una estructura jurídica-laboral que, debiendo estar sustentada en el acuerdo de voluntades, el amparo a la parte más débil y la búsqueda de la competencia leal en el mercado propio del giro del empleador vigente la relación de trabajo, es interpretada de forma tal que el sesgo tutelar propio de esta rama y la certeza propia de la positivación normativa, decaen con notables consecuencias a nivel tanto de la estabilidad laboral como de la coherencia hermenéutica del sistema que es el Derecho del Trabajo. Merman, pues en virtud de un concepto jurídico abierto (buena fe contractual) que instituye un conglomerado de obligaciones las más de las veces dirigidas exclusivamente al trabajador deudor de trabajo (contenido ético-

²⁴⁰ “La enajenación (o “extrañamiento”) significa entonces para Marx que el hombre no se experimenta a sí mismo como el factor activo en su captación del mundo, sino que el mundo (la naturaleza, los demás y él mismo) permanece ajeno a él”, FROMM, Erich. *Marx y su concepto del hombre*. México D.F., México: Editorial Fondo de Cultura Económica, 1966, p. 55. En términos diversos, la enajenación económica, que es la generada por un escenario como el descrito en el cuerpo del texto, está indefectiblemente liada con lo corporal, con la relación del sujeto trabajador y su cuerpo como valores, no como mercancías que pueden mermar las posiciones dentro del mercado.

jurídico del trabajo)²⁴¹, se abre la puerta para que en una conjunción argumentativa basada en la autonomía de la voluntad, se pueda incluso morigerar el contenido esencial tanto del sistema “Derecho del Trabajo” como de los Derechos Fundamentales en juego²⁴². La resulta de aquello, es una pre-ponderación de la libertad económica en un rango privilegiado respecto de lo laboral, haciendo de la cohabitación de lo laboral propio de la libertad del artículo 19 N° 21 con su esencialidad, una mera quimera operativa en un ámbito sensible como el de la estabilidad laboral o la posibilidad de pluriemplearse. Es de esta forma como desde el entramado inferior del sistema se gesta una comprensión positiva, dogmática y jurisprudencial de la operatividad de los núcleos basales de la Libertad de Trabajo y de Empresa, mediante institutos que se comportan dispositivamente hacia el asentamiento de un particular y poco reflexivo maridaje de estos derechos proclive a la libre competencia y la lealtad subordinada absoluta, más allá de algún equilibrio entre los bienes fundamentales propios de la relación de trabajo.

Lo anterior, si bien tiene específicos fundamentos a propósito del artículo 160 N° 2 del Código del Trabajo, lo sublimado por las particularidades señaladas guarda fuerte coincidencia y congruencia a propósito de la constitución de las obligaciones de no competencia laborales post contractuales, a pesar de la diferencia evidente que presentan en nuestro ordenamiento tales obligaciones desde el punto de vista de la regulación positiva de una y otra. Tampoco obsta que el talante supuestamente defensor de la libre

²⁴¹ “Se trata de la conclusión de un contrato dentro de la relación jurídica-personal del señor y el servidor. Este contrato le otorga al señor el poder de ordenar y castigar, y a su vez la obligación de proteger y representar. El servidor queda sometido a una limitación de su libertad, por lo que está obligado a la obediencia y a la prestación de servicios. Todos los derechos particulares recíprocos, así como los deberes, emanan de la relación jurídica personal creada por el contrato. Tal circunstancia se pone de manifiesto, ante todo, en el hecho de que ellos confluyen en un concepto central unitario que los abarca y penetra. Se trata de la fidelidad. También el deber de fidelidad es recíproco. Aquello que el servidor debe hacer u omitir frente al señor le está prescrito por la lealtad”, GIERKE, Otto. *Las raíces del contrato de servicios*, Madrid, España: Ed. Civitas, 1982, p. 16. La mención al “deudor de trabajo”, se encuentra presente en THAYER ARTEAGA, William y NOVOA FUENZALIDA, Patricio. *Manual de Derecho del Trabajo...*, p. 53.

²⁴² Resulta preclara la diferencia conceptual y de fondo entre la concepción de “buena fe” o “fidelidad” dable en una relación de trabajo y una netamente comercial, como es la que se da en la trama de una sociedad anónima y sus directores, la cual se extraería del artículo 42 N° 7 de la Ley de Sociedades Anónimas. No se explicita deber alguno de no competir los directores de una sociedad con ésta, pero, se deduce de la norma antedicha en congruencia con su número 6.

competencia vigente esté arrimado a una causal disciplinaria de terminación del contrato, al trasvasiarse su *ratio* a la hora de configurarla finalizado aquel. Temáticas tales como el efectivo bien tutelado con la figura, la comprensión de los Derechos Fundamentales en el contexto de una relación jurídica entre privados ya finalizada, la influencia de los principios y el rol de los Tribunales de Justicia en la conformación regulatoria de estas cláusulas y la determinación de su validez por éstos, son centrales para comprender la institución en plena complejidad y con énfasis en lo crítico.

Vale la pena entonces cuestionarse si acaso para procurar que el empresariado defienda una determinada posición de mercado, salvaguarde los secretos empresariales y/o procure que las técnicas y aprendizajes aprendidos por el ex trabajador no sean empleadas por aquel, ¿es preciso acudir a un mecanismo en el cual tienen incidencia los Derechos Fundamentales de quienes fueron sus trabajadores, reprimiéndoles competir en el mercado de su giro? En palabras simples, ¿es la única forma de amparar tales bienes una institución que carece de regulación, en la que de alguna forma se entrecruzan Derechos Constitucionales, y cuya evolución al modo chileno no garantiza una cierta coherencia epistémica con el sistema “Derecho del Trabajo”? ¿Debe, necesariamente, impedírsele competir?

3. Congruencia, dispositividad, y bien jurídico tutelado.

Como ya se descubría, la cláusula de no competencia post-contractual laboral no se encuentra regulada en nuestro país. Es tal característica la que, sin dejar a dudas, ha habilitado a que, sin mayor reflexión, la *praxis* contenga la gestación de una interpretación jurídica compleja de este instituto. Mal que mal, si bien su uso es indiscutible en el tráfico jurídico²⁴³, empero, tal utilización en lo absoluto garantiza un apego siquiera estricto a la

²⁴³ “Actualmente, el pacto de no competencia post-contractual es un tema que suscita gran interés. A este respecto, cabe tener en cuenta que el número de sentencias de nuestros tribunales que se ha pronunciado sobre esta clase de pactos ha ido en aumento, advirtiéndose el tránsito desde una situación en que la

estructura del sistema en el que se emplaza, o bien, acomete emplazarse. Parafraseando a Dworkin, el talante maquinal sin desarrollos cavilados refleja que la rama no asume `derechamente en serio` la necesidad de su propia coherencia epistémica, en vistas a resultas congruentes con los fines buscados y los bienes que confluyen en un escenario flexible. En este sentido, la carencia de normativa positiva coopera a que una institución como la presente, sufra evoluciones en su tratamiento jurisprudencial y dogmático, sin tener mucha percepción de las implicancias tanto fácticas como jurídicas que van entrecruzándose y dándose en ésta. Corolariamente, la ausencia de una estructura positiva tributaria de la variedad de aristas propias de una cláusula en la que confluyen cuestiones de índole constitucional, corporativa, concurrencial, indemnizatoria, entre otras, da pie para generar un entramado en el que sus máximas potencialmente no son capaces de ser comprendidas cabal y congruentemente por la reducción de complejidad que significa definir y positivizar.

Bien se recordará que una de las características de un dispositivo, radica en presentarse como un discurso funcional a la justificación y ocultamiento de una práctica. En relación específica a la flexibilidad laboral y su influencia en la estructuración de las cláusulas de no competencia post-contractual, menester resulta anticipar que el itinerario de su construcción se encuentra pleno de toma de opciones entre una u otra concepción, lógica o principio. Aun cuando aquello pudiera resultar normal en un contexto de diversidad de alternativas ideológicas y/o técnicas propias de un Derecho como es el laboral, de naturaleza bifronte y ambivalente, la flexibilidad como dispositivo opera en aquel como una inferencia que desnaturaliza su tradicional arenga a límenes y construcciones que, *prima facie*, pueden resultarle ciertamente ajenas a su naturaleza tutelar. La aceptación de aquellas, esto es, de irritaciones al sistema que a pesar de ser difícilmente retraducibles son, sin embargo, aceptadas sin más dentro de éste en razón de su práctica sin soporte positivo, resulta ser el reflejo de un Derecho Laboral que, en su

institución permanecía en desuso a otra, en la que se problemática adquiere, día a día, más actualidad y recibe mayor aplicación por las empresas”, SIERRA HERRERO, Alfredo. “La cláusula de no competencia...”, p. 110.

afán de hacer acoplamientos estructurales con otros constructos sociales, termina por derruir su propia esencia y razonabilidad interna. Particular notoriedad adquiere al respecto una precisión de Irureta, quién señala que “a pesar de que este tipo de pactos constituye un límite a la Libertad de Trabajo y al derecho de toda persona para iniciar actividades económicas lícitas, nuestra legislación carece de normas expresas que regulen esta clase de acuerdos entre el empleador y su antiguo trabajador. Lo anterior resulta aún más cuestionable si se considera que este tipo de pactos existen y se aplican en la actual realidad laboral chilena”²⁴⁴.

El desarrollo analítico de las cláusulas de no competencia post-contractual, previo al de cualquier *standard* de validez generable a partir del establecimiento de requisitos (lo cual presupondría su admisibilidad), debe partir por delimitar la influencia regulatoria propio de lo contractual en la fase ulterior a su vigencia. A este respecto, valga traer a colación algunas de las disquisiciones señaladas en el punto 2.2.3 del capítulo I, sobre otras estipulaciones laborales especiales post contractuales, mas, totalmente atingentes en relación al pacto en estudio. En primer lugar, básicamente, el artículo 5 inciso 2° del Código del Trabajo positiviza el principio de irrenunciabilidad de los Derechos Laborales, estableciendo una bisagra clara: que los derechos laborales no son disponibles mientras esté vigente el contrato de trabajo, siéndolo a *contrario sensu* a su fin. Emerge tras el prisma de tal norma, una temática relevante al momento de configurar los contornos de validez de estas cláusulas: si acaso tras las cláusulas de no competencia post contractuales laborales, se encuentra una afectación a la Libertad de Trabajo, ¿es posible entender aquella como válida, en atención al tenor del artículo 5 inciso 2° del Código del Trabajo y el artículo 12 del Código Civil? ¿Puede comprenderse a los Derechos Fundamentales como disponibles tras el fin de la relación laboral? ¿La disponibilidad, de ser admisible, implicaría un vicio de nulidad absoluta, por objeto ilícito, al amparo de la normativa civil general?²⁴⁵. La respuesta a estas interrogantes, cualquiera sea, dará a entender el cariz

²⁴⁴ IRURETA URIARTE, Pedro: “La prohibición de competencia...”, p. 70.

²⁴⁵ “Atendido que las garantías constitucionales, como la intimidad o la libertad de expresión, son ahora derechos directa e inmediatamente oponibles por el trabajador en el ámbito de la relación laboral: ¿cómo

tutelar de la rama jurídica laboral ante requerimientos que complejizan su retroalimentación, cuan permeable es aquella a interpretaciones que epistémicamente abran a la disciplina en una dinámica flexible en la que incluso puede ponerse en juego la eficacia de los Derechos Fundamentales²⁴⁶. La que se pretenderá formular en estas líneas, precisa de un análisis de los Derechos desplegados en el contexto de estos pactos, el contenido esencial de los Derechos y su talante absoluto o relativo. Valga, por el momento, la prevención acerca de la relevancia de la validez epistemológica de las cláusulas, teniendo presente dichos temas.

Otro tema, ya en segundo término, es el del bien jurídico tutelado mediante estos pactos. Forzoso resulta recordar que la legislación chilena laboral a propósito de las cláusulas de no competencia contractuales, tutela la competencia leal como expresión de la libertad. Sin perjuicio de las críticas formuladas en su minuto, la sola regulación de una causal de caducidad basada en obligaciones que no encuentran sustento en cuerpo legal alguno, da a entender la comprensión dentro de la positividad laboral de nociones tales como el deber de fidelidad y alienación del trabajador, al punto de proscribir de la posibilidad de competir con el empleador en materias de su giro. Ahora bien, cuando se trata de explorar el bien jurídico que se persigue cautelar mediante las cláusulas de competencia para después de extinguido el contrato de trabajo, se debe ser en extremo riguroso con los términos empleados, sobre todo cuando no existen normas explícitas que sirvan como fundamento de texto a la respuesta, y cuando no se atisban siquiera luces de un afán sistemático en el ordenamiento jurídico nacional en torno al bien salvaguardado.

debe considerarse, por ejemplo, la crítica pública que un trabajador hace de las políticas comerciales o de seguridad de la empresa?, ¿es eso ejercicio de la libertad de expresión consagradas en la Constitución o es una falta al deber ético-jurídico de fidelidad que autorice la represalia empresarial?, en caso de un despido ¿es un despido justificado por incumplimiento del trabajador o es un despido nulo por lesión de derechos fundamentales en razón del propio texto constitucional y del nuevo artículo 5° del Código del Trabajo”, UGARTE CATALDO, José Luis. *El nuevo derecho...*, p. 129.

²⁴⁶ El propio Tribunal Constitucional Español llama la atención al respecto, expresado que el contrato de trabajo no tiene por qué asumir “la existencia de un deber genérico de lealtad con su significado omnicomprendivo de sujeción del trabajador al interés empresarial, pues ello no es acorde al sistema constitucional de relaciones laborales y aparece contradicho por la propia existencia del conflicto cuya legitimidad ampara el texto constitucional”, Sentencia del Tribunal Constitucional de España, STC 120/1983, de 15 de Diciembre de 1983.

Tal escenario es particularmente proclive al apareamiento de acomodados hermenéuticos que no necesariamente se apegan a los postulados del área en particular a la cual se arriman, a fin de su validación.

Lo primero a considerar en este punto, conlleva acoplar los riesgos a suprimir con el bien jurídico a cautelar, aliándose en esa articulación la finalidad del pacto. Comparadamente, se ha expresado que esta cláusula “tiene por finalidad evitar que los conocimientos e información adquiridos por el trabajador, por razón del cargo que ocupaba en la empresa, de la organización y técnicas productivas, le coloque en una situación de ventaja en el momento de competir con su anterior en una empresa que produce o comercializa idénticos o similares productos y se dirige a un mismo círculo de clientes”²⁴⁷. Dicho de otro modo, se busca que el trabajador que efectivamente tenga acceso en razón de su cargo a determinada información (procedimientos o secretos industriales, información reservada en general, etc.), no emplee el bagaje que le genera tal posición de privilegio, dado que su explotación le generaría una ventaja que distorsiona la recta competencia, perjudicando a su ex empleador. Impedir la competencia diferencial en términos simples, esto es, evitar que un trabajador por su particular posición obtenga ventajas competitivas derivadas de su sapiencia y manejo en los procesos de producción, gestión y comerciales de la empresa²⁴⁸. En términos competitivos, el trabajador es alejado del mercado en el cual su ex empleador lidia, socavando el ejercicio y desarrollo profesional del ahora también ex dependiente, por la virtualidad lesiva que significaría el ingreso de este trabajador para la empresa²⁴⁹.

²⁴⁷ STSJ de Cataluña N° 2250/2003, de 8 de Abril de 2003.

²⁴⁸ En tal dirección, PEDRAJAS MORENO, Abdón. “El pacto de no concurrencia post contractual: aspectos prácticos para su instrumentación, desde la óptica jurisprudencial”, en: *Aranzadi Social*, N° 5 (2002), y NEVADO FERNANDEZ, María José. *Las restricciones a la competencia...*, p. 75.

²⁴⁹ “La licitud del pacto se justifica por la defensa efectiva al empleador de la competencia diferencial del trabajador con conocimiento sobre la gestión, fabricación y comercialización de los productos y servicios ofrecidos por la empresa y con acceso a la clientela”, RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, Miguel. “Límites a la competencia y contrato de trabajo”, en: *Revista de Política Social*, N° 116 (1977), p. 29.

Surge, natural, una pregunta: si el trabajador, competidor diferencial, en el escenario expuesto rompe el pacto, ¿en razón de qué bien jurídico se estatuiría una sanción en su contra? La respuesta debe partir entonces por identificar la fuente del pacto. Si bien la ley, se insiste, no lo regula, son las partes las que de acuerdo a la posibilidad indicada en el artículo 10 N° 7 del Código del Trabajo pueden establecer esta obligación. Es, teóricamente, la voluntad de las partes la que define su puesta en marcha tras la finalización del vínculo de trabajo, por lo que malamente podrían identificarse a estas cláusulas y sus obligaciones como unas que le son propias al contrato de trabajo²⁵⁰. Tal es la razón por la cual no cabe hablar en este caso, por un lado, de un ultraactivo contenido ético jurídico, de una fidelidad post contractual, de una deslealtad por parte del trabajador que rompe con el citado compromiso. Y por otro, como consecuencia directa de lo anterior, no cabe la posibilidad que sea la competencia leal lo venido en preservar, sino más bien precisamente la competencia diferencial basada en una infracción de una obligación extracontractual; concepto que se aleja de consideraciones incardinables en deberes contractuales como el de fidelidad, valor preceptivo abstracto pletórico en abstracciones feudales, comunitaristas y anti democráticas²⁵¹. Esto hace, en definitiva que los casos de vulneración al pacto, sean unos de competencia prohibida²⁵², siendo la competencial diferencial lo salvaguardado caracterizable como una especificación de la libre competencia, a más de la estabilidad e intereses económicos del empresario.

²⁵⁰ “La prohibición de no competencia post contractual no es un deber inherente al contrato de trabajo; por tanto, su origen inmediato no es el contrato de trabajo, aunque si lo es de forma mediata. Desde luego, no puede existir pacto de no competencia post contractual sino ha existido una relación laboral; pero, a su vez, no puede existir obligación de no competencia post contractual sin un acuerdo de voluntades autónomo respecto a esa obligación específica, siendo entonces resultado de un concierto de voluntades, prohibición que no puede configurarse sin una relación laboral previa. El nacimiento contractual de la prohibición viene condicionado pues por la existencia de una relación laboral”, DIAZ PLATA, Diana. *Prohibiciones a la competencia del trabajador*. Memoria para optar al Grado de Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Madrid, España, 2015, pp. 267-268.

²⁵¹ En relación al contenido feudal de significancia de la noción de fidelidad en el Derecho del Trabajo, WOLFF, Hans Julius. *Verwaltungsrecht*. Múnich, Alemania: Ed. Beck, 1967, pág. 430.

²⁵² Con la misma opinión, IRURETA URIARTE, Pedro: “La prohibición de competencia...”, p. 73.

4. Finalidad del pacto de no competencia post-contractual laboral. Algunas luces desde la teoría de la causa y la división entre Derecho Público y Derecho Privado.

¿Cuán lícita puede llegar a ser desde la teoría de la causa, una cláusula de no competencia post contractual laboral, en específico desde el requisito de su licitud, pensando en las posibilidades de control de los negocios jurídicos²⁵³? La respuesta debe partir por considerar en conjunción, lo prescrito por una serie de normas, todas del Código Civil (los destacados son propios). Primeramente, el artículo 1445 inciso 1° del Código Civil: ***Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario: 1° que sea legalmente capaz; 2° que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio; 3° que recaiga sobre un objeto lícito; 4° que tenga una causa lícita.***

Por su parte, el artículo 1467 del Código Civil chileno en su inciso 1° prescribe: *“No puede haber obligación sin una causa real y lícita; (...)”*. Para terminar, los incisos 2° y 3° del mismo artículo entienden la licitud de la siguiente manera:

“(...) y por causa ilícita la prohibida por ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público.

Así la promesa de dar algo en pago de una deuda que no existe, carece de causa; y la promesa de dar algo en recompensa de un crimen o de un hecho inmoral, tiene una causa ilícita”.

²⁵³ “Resulta comprensible que el pensamiento jurídico iusprivatista común, junto con admitir universalmente, es incluso reforzar los principios de libertad contractual y de respeto al contenido de los contratos, considera y propicia la existencia de mecanismos que permiten corregir excepcionalmente los efectos de un acuerdo contractual que de forma manifiesta hiere los principios más elementales de la buena fe, la justicia y la reciprocidad de las contraprestaciones”, CORRAL TALCIANI, Hernán. “La reducción de la cláusula penal excesiva en el derecho civil de los países del Cono Sur”, en: *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 27 (N° 3), p. 470.

Más allá de los conceptos indeterminados sobre los que el Código ejemplifica a la causa ilícita, bien vale superar una mirada dirigida al solo control de los actos basándose en tales conceptos, y dar cuenta de lo que el establecimiento de la causa operativamente persigue por alguna o ambas partes de la relación.

Sin perjuicio de lo anterior, la maleabilidad conceptual insinuada igualmente toma un rol integrador importante para la causa como requisito de validez, desde la arista de la moralidad: “la ilicitud moral de la causa no ha de apreciarse según los principios teóricos de una ética particular, religiosa o filosófica, sino conforme a las exigencias éticas de la que al tiempo del negocio es la conciencia social colectiva, la opinión pública de la sociedad. Tales exigencias constituyen propiamente el “ethos” o las “buenas costumbres” (*boni mores*), son decisivas para determinar el valor social de los intereses que a través del acto buscan satisfacción”²⁵⁴. En resumidas cuentas, “la causa aparece como aquella institución (...) cuya principal finalidad es velar porque los negocios jurídicos respeten principios fundamentales del Derecho Civil (por ejemplo la buena fe, el enriquecimiento sin causa), denotando con ello, un substrato moral que no solo los justifique, sino que precisamente, constituya la *razón o fundamento* de la atribución patrimonial que de ese negocio se origine”²⁵⁵.

Las dudas surgen de manera inteligible: ¿qué persiguen las partes con el establecimiento de una cláusula de esta naturaleza, que no se encuentra regulada en sede laboral, en sus actos o contratos? Resuelto lo anterior, fluye directa la disyuntiva con la que se inauguraba este apartado: la licitud o no de la causa, o del motivo o finalidad de las partes dicho de otro modo, penderá de la determinación sobre si acaso lo perseguido por las partes se encuentra o no prohibido por ley, y/o es conforme o contrario a las buenas costumbres o al orden público. Y finalmente, atendidas las conclusiones a las que se pueda

²⁵⁴ BETTI, Emilio. *Teoría general del negocio jurídico*. Granada, España: Editorial Comares, 2000, p. 323.

²⁵⁵ RIVERA RESTREPO, José. “Una mirada a la doctrina de la causa...”, p. 325.

arribar, ¿puede seguirse sin más aquel brocardo en esta materia, según el cual “en Derecho privado es posible hacer todo salvo lo expresamente prohibido”?

En torno al primero de los cuestionamientos, debe necesariamente distinguirse entre los intereses y motivaciones de una y otra parte, del empleador (o ex, en su caso) y del trabajador. Respecto del primero o principal, sus intereses comportan la mantención de la cartera de clientes y de su posición en el mercado, así como evitar la competencia de su antiguo trabajador. Es el interés económico es el que se asimila con el perjuicio que podría llegar a sufrir el empleador para el caso que el pacto de no competencia ultraactiva no se celebrara²⁵⁶; secuela inmediata de lo que en líneas previas se trataba: la expansión de la lógica corporativa del contrato de trabajo que amplifica el contenido de la buena fe exigible al trabajador²⁵⁷. “El “servicio fiel” supone que el trabajador debe velar por los intereses de la empresa, incluso sacrificando sus legítimos intereses propios, entre ellos el del ejercicio de su propia actividad profesional, y ello incluso luego de extinguida la relación de trabajo, ya que sus efectos, y en particular los del deber de fidelidad, se estiman prorrogados más allá de la duración del propio contrato de trabajo”²⁵⁸. Tan potente es la expansión descrita que a nivel jurisprudencial comparado, específicamente español, se ha llegado a indicar que en esta ampliación del círculo de actividades externas prohibidas al trabajador a lo ultraactivo, implícitamente encuentran refugio también los intereses del trabajador, lo cuales se reducirían en asegurarle por parte de su ex empleador “una estabilidad económica después de finalizada la relación laboral, a través de la compensación por abstenerse de buscar nuevas expectativas laborales”²⁵⁹. En términos

²⁵⁶ En idéntica dirección, PEDRAJAS MORENO, Abdón. “El pacto de no concurrencia post contractual...”, p. 211.

²⁵⁷ Como ya se veía a propósito de la influencia de la prohibición de competencia contractual del artículo 160 N° 2 del Código del Trabajo, las motivaciones del empresariado en sede post contractual se vinculan con su interés comercial o industrial. Véase GÓMEZ ABELLEIRA, Francisco Javier. “Pactos de no concurrencia y de permanencia [art. 5.d) y 21]”, en: *Revista Española de Derecho del Trabajo*, N° 100 (2000), pp. 282-283.

²⁵⁸ RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, Miguel. “Límites a la competencia...”, p. 22.

²⁵⁹ STSJ de Madrid (Sala de lo Social) N° 61/2012 de 30 de Enero de 2012.

sencillos, los intereses del ex trabajador se extraen desde la construcción de unos ajenos, esto es, de su ex empleador.

Si bien se puede hacer una variedad de inmediatas aprensiones en torno a la justeza jurídica de los intereses del empleador, valga por el momento reflexionar sobre los intereses del trabajador al momento de celebrar una cláusula de no competencia post contractual. Trayendo nuevamente a colación el medio jurisprudencial español, se ha indicado al respecto que “el pacto de no competencia genera por el trabajador no solo la expectativa de una indemnización, sino la necesidad de prepararse para una futura o futurible actividad nueva con nuevas expectativas”²⁶⁰. Se extrae, en buena medida, una cuestión de tipo patrimonial en el entramado, en la cual colisionan intereses contrapuestos, consintiéndose por el ordenamiento español expresamente que tanto la Libertad de Trabajo como el interés profesional del trabajador se vean constreñidos y sacrificados, especialmente el segundo, a cambio de una indemnización que difícilmente pueda ver la objetividad de la suficiencia o de una cierta conmutatividad. Se asume desde ya, que el interés del trabajador a compensar estriba en el aseguramiento de cierta “estabilidad económica una vez extinguido el contrato, evitando la necesidad urgente de conseguir un nuevo puesto de trabajo”²⁶¹. Sin embargo nada de lo anterior ni, correlativamente, la validez misma del pacto al amparo del formalismo del acuerdo de voluntades, aseguran que el trabajador altamente especializado o que solamente se ha dedicado a una particular función o laboral dentro de la empresa, pueda efectivamente desplegar su libertad al pleno ejercicio de su profesión o actividad, más allá de las imposiciones de no competencia de este pacto post contractual. Algo no menor, si se piensa que la compensación a pesar de formalmente perseguir un hipotético equilibrio de intereses, termina gestando una afectación a la Libertad de Trabajo del ex trabajador.

²⁶⁰ STS (Sala de lo Social), Nº 3805/2002 de 2 de Julio de 2003.

²⁶¹ MORENO DE TORO, Carmen. “El pacto de abstención post contractual de la actividad competitiva”, en: *Revista Española de Derecho del Trabajo*, Nº 68 (1994), p. 901.

De esta manera, la funcionalidad del pacto se termina asentando en un reduccionismo interpretativo que, sustentado a su vez en conceptos amplios y generalistas, constriñe finalmente las posibilidades del ejercicio de la Libertad de Trabajo. Tal componenda da pie para la potente resonancia del concepto de fidelidad en ámbitos post contractuales no regulados en Chile; afirmación que, con todo, no precisa siquiera todavía de un ingreso analítico a sus pilares conceptuales para descubrir su fuerza simbólica. Basta tener presente la carencia de regulación específica del sustento dogmático de la fidelidad, es decir, el contenido ético-jurídico del contrato de trabajo, y constatar la influencia de aquel en estas cláusulas. A mayor abundamiento la jurisprudencia, tanto nacional como comparada, da pie a falsas asociatividades conceptuales, como la que resultaría de un trabajador que se desempeña para la competencia de su ex empleador, interpretándose aquello como un ataque a la libre competencia sin más, y a lo supuestamente pactado de forma libre en una cláusula de no competencia post contractual²⁶². Dicha lectura, concretamente en lo nacional, no es sino un resabio de la positividad corporativista del artículo 160 N° 2 del Código del Trabajo y de su contenido en una sede ultraactiva en que malamente, como se decía, lo resguardado puede ser la buena fe contractual. Se estructura una cláusula que impide actividades competitivas del antiguo trabajador tutelando el interés comercial e industrial de su ex empleador en los márgenes de la competencia diferencial, sin legitimar una persecución de competencia *tout court*²⁶³.

²⁶² “En cuanto a que la restricción sea razonable entre las partes, a pesar de que los tribunales ingleses son requeridos de examinar el asunto meticulosamente muchas veces se decretan las medidas precautorias solicitadas por la demandante. En general las cortes han dado validez a las cláusulas que impiden al empleado ofrecer servicios a clientes del empleador y tener tratos con ellos, y han sido más reacias a dar efecto a cláusulas que prohíben establecer o trabajar en un negocio en competencia con el empleador”, LARRAÍN HURTADO, José Antonio. *Protección constitucional...*, pp. 39-40. A mayor abundamiento, ya para el caso español, “tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, se llega a una conclusiones que suponen vedar al trabajador no sólo la competencia directa, sino también el trabajar con un competidor, aplicándose esto indiscriminadamente a cualquier prestación de trabajo. Lo que en la práctica para muchas especialidades laborales significa impedir el ejercicio de la propia especialidad profesional, o sea, consagrar de forma indirecta un deber de exclusiva, lo que contradice (...) el espíritu de la propia Ley de Contrato de Trabajo”, RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, Miguel. “Límites a la competencia...”, p. 14.

²⁶³ Esto es, sin sustentar una persecución de toda clase de competencia, prohibiendo ya sea la competencia leal como la desleal, siendo irrelevante si tal se encuadra en un mercado de importancia o no. En profundidad, CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, Jaime. *Prohibición de competencia y contrato de trabajo*. Madrid, España: Ed. Ministerio del Trabajo, 1977, p. 130.

El examen de los intereses planteados a través del prisma de la causa lícita, posibilita arrimarse a las consecuencias que se extraen de la forma en que la gramática y el sentido de la conformación de las motivaciones del ex empleador, culminan por absorber a las del ex dependiente. En efecto, la exteriorización de esta resonancia y del poder simbólico reflejado permite así mismo, en esta línea, poner en marcha el componente de supervigilancia de la causa, y redireccionar los límites operativos de los intereses empresariales hacia una contención epistémica en la que no les sea posible a éstos llegar a incidir en los de quién dejó de estar bajo su subordinación y dependencia sin habilitación legal para ello. El carácter revisor de la causa en una clave final mas unitaria, habilita el desenmascaro de motivaciones que difícilmente serían admisibles desde un estudio meramente formalista, como bien se anunciaba. En esta dirección es que asertivamente se ha señalado que “la noción de causa ilícita permite sancionar aquellos contratos en que, no obstante ser lícitos en sí y aisladamente considerados los objetos de las obligaciones que se crean por su intermedio, son utilizados por las partes para obtener fines ilícitos o inmorales. A través de esta noción se logra, en efecto, un control extrínseco de la conformidad del contrato con los fines generales del ordenamiento jurídico”²⁶⁴. Postura que arranca de teoricismos que apuntan a la dualidad de la causa y a una lógica exclusivamente jurídica de las instituciones contractuales, se revitaliza con ella a la causa, se engarzan sus requisitos de realidad y licitud desde los intereses económicos involucrados en la celebración del acto o contrato²⁶⁵, volviéndose a la lógica del motivo contractual. Lo unitario de la causa sirve tanto para la determinación de su existencia, a

²⁶⁴ MELICH ORSINI, José. “La causa en la teoría del contrato y sus diversas funciones”, en: *Anuario de Derecho Civil*, Tomo XXXVII, N° 1 (1984), p. 47.

²⁶⁵ Desde la arista de la teoría de las obligaciones, la causa “abandona la necesidad de su dualidad teórica y retoma su esencia subjetiva. Más acorde con una visión del contrato entendido como operación económica y global, la causa deviene unitaria y dinámica”, MORALES HUERTAS, Margarita. “La renovación del concepto de causa en el Derecho francés”, en: *Revista de Derecho Privado*, N° 16 (2009), p. 185. Evolutivamente, la tesis descrita supera la mirada italiana dualista de mediados del siglo XX, en la que la causa es la función económico-social de todo negocio jurídico que, con todo, no debe confundirse con los motivos de las partes al celebrarlo. En tal sentido, TRABUCCHI, Alberto. *Instituciones de Derecho Civil. Tomo I*. Madrid, España: Editorial Revista de Derecho Privado, 1967, p. 178; STOLFI, Giuseppe. *Teoría del Negocio Jurídico*. Madrid, España: Editorial Revista de Derecho Privado, 1959, p. 41.

través de la justificación de la obligación, entendiendo a la causa como el interés económico de las partes; como el fundamento del contrato mismo, definiéndola en este ámbito como los motivos particulares o personales que llevan a los contratantes a la celebración, terciando estos en la licitud de la causa²⁶⁶. “Por ello, es a través de la revisión de la licitud de la causa, el momento propicio para que el tribunal analice los motivos que tuvieron las partes para contratar, a la luz de conceptos como el orden público o las buenas costumbres”²⁶⁷.

El núcleo ilícito de las motivaciones propias de estas cláusulas develable desde la teoría de la causa estriba, efectivamente, en la conformación unilateral de su legalidad. La superación de lo anterior, siendo éste el aporte de la institución de la causa a su estructuración, pasa por restarle a las cláusulas de no competencia post contractuales laborales la posibilidad de gestar desde la mera formalidad y acomodo de los requisitos de validez del contrato, una licitud legitimada en un consentimiento que no es capaz, empero, de delatar la ilicitud de los fines perseguidos y su incongruencia *vis a vis* las bases constitucionales inherentes. Todo, por cierto, sin olvidar y reivindicar decididamente, que los procesos de gestación normativa laboral debieran considerar los equilibrios estructurales y las irritaciones dables en procesos con características como las descritas, sin descartar la congruencia epistémica del Derecho del Trabajo. Esto llama a forjar una delimitación de la operatividad de la cláusula que, sin significar una supresión de la Libertad de Trabajo, habilite una demarcación que respete sus rasgos fundamentales. Coherente con aquello, “el deber que grava sobre el trabajador a consecuencia del pacto de no competencia debe ser delimitado no sólo en relación con la actividad desarrollada por la empresa, sino también, y sobre todo, en relación con la actividad que el trabajador desarrollaba en el extinguido contrato de trabajo”²⁶⁸.

²⁶⁶ En profundidad, LARROUMET, Christian. *Teoría general del contrato. Volumen I*. Bogotá, Colombia: Editorial Temis, 1999.

²⁶⁷ RIVERA RESTREPO, José. “Una mirada a la doctrina de la causa...”, p. 329.

²⁶⁸ FABRIS, Piera. *Il patto di non concorrenza nel rapporto di lavoro*. Milan, Italia: Ed. Giuffrè, 1976, p. 102. Los tribunales italianos, en efecto, expresamente se han pronunciado acerca de la posibilidad que el trabajador tiene para poder desarrollar las actividades que no están comprendidas en su contrato de trabajo

Elemental en vistas a la consecución de estos fines es, como bien era anunciado, derrotar una pre-comprensión eminentemente positivista-formal de licitud de la causa, que al mismo tiempo permita complejizar la ruta hacia las respuestas sobre la licitud de la causa de la cláusula estudiada desde el centro identificado: sobre si aquellas se encuentran o no prohibidas por ley, si son conformes o contrarias al orden público. A las buenas costumbres desde ya se les entiende al margen de un análisis como el propuesto, al significar en su conjunto una pauta moral imperante en un momento determinado y asociable a los comportamientos comunes de la sociedad²⁶⁹, no a los de un determinado sector de la economía, y particularmente en rigor, a los de un particular empleador y su posición. No se trata, ciertamente, de rectificar *ex post* las autoadjudicadas buenas costumbres mercantiles, y transmitir su rehecha tendencia hacia los patrones morales generales que arreglan el orden público en un momento determinado.

Desde la prohibición legal, en reiteradas ocasiones ya se ha dicho que el pacto o cláusula de no competencia post contractual laboral en Chile no se encuentra regulado. Por ende, la respuesta relativa a la licitud de la causa en razón que ella no está vedada positivamente se encontraría tentativamente resuelta: no estando regulado y no estando proscrito, *ergo*, es lícito; con lo que las finalidades o motivaciones de las partes se encontrarían plenamente legitimadas desde este canto. Ello debiera distar de ser considerado así de manera *perenne*, al caerse con dicha lógica en un error cuyas bases se encuentran en un reduccionismo entusiastamente seguido por la tradición continental del Derecho²⁷⁰, incluso resumido en un axioma que tempranamente es enseñado en las

original. Véase SCONAMIGLIO, Renato. *Diritto del Lavoro*. Napoli, Italia: Ed. Eugenio Jovene, 1994, p. 428.

²⁶⁹ En sentido similar, se ha indicado que “en general, llámense buenas costumbres los comportamientos habituales y comunes de los miembros de una sociedad que se ajustan a la moral imperante en ésta. La pauta de la moral de una determinada sociedad en una época también determinada no la dan los ascetas, sino el término medio de los componentes de la agrupación social”, ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel y VODANOVIC HAKLICKA, Antonio. *Tratado de Derecho Civil: Partes Preliminar y General. Tomo I*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1998, p. 65.

²⁷⁰ En profundidad OLIVER, Dawn. “Pourquoi n’y a-t-il pas vraiment de distinction entre droit public et droit prive en Angleterre?”, *en*: *Revue Internationale de Droit Comparé*, N° 2 (2001), pp. 327- 338.

Escuelas de Derecho. Aquel es el que dice que todo aquello que no se encuentre prohibido por ley, es permitido en Derecho Privado; a diferencia de lo señalable del Derecho Público, en cuyos marcos únicamente puede hacerse cuanto esté positiva y expresamente autorizado. “Tales axiomas en realidad no es posible encontrarlos formulados en ninguna fuente, en esos términos; en verdad, tales arcaísmos son unas fórmulas doctrinarias a través de las cuales debemos entender que se intentó tradicionalmente, con un lenguaje que produce confusiones, describir lo que hoy describimos”²⁷¹.

La clave radica en que, a propósito de dicho proceso descriptivo, se dan una serie de expresiones en las que ambas ramas comparten características propias de todo fenómeno jurídico. Aun cuando el Derecho Público trate, en resumidas de cuentas, de la estricta tipificación legal de las actuaciones del Estado y sus agentes; y el Privado, de la viabilidad que los particulares puedan crear sus propios derechos y obligaciones en la medida que la posibilidad no se encuentre proscrita, en el fondo igualmente en ambas grandes parcelas se terminan mandatando, prohibiendo y permitiendo conductas. Rasgo del que, a su vez, arranca una dificultad adicional cuando no está del todo clara la pertenencia absoluta de tal o cual disciplina al ámbito público o privado. Hoy, es perfectamente posible afirmar que el Derecho del Trabajo no pertenece ni exclusivamente al Derecho Público ni al Privado, “sino que ambos concurren en el mismo”²⁷². En dicho proceso de concurrencia, es en el que se da una lucha por la legitimidad de las gramáticas y racionalidades inmersas en las dinámicas cotidianas de las necesidades e intereses de los agentes; el cual redundará al mismo tiempo en un proceso de flexibilización de las estructuras jurídicas del trabajo en clave jurídica, sin que por ello se venga a admitir la ruptura del núcleo dogmático de la disciplina. El resultado final de dicho proceso es el que

²⁷¹ VERGARA BLANCO, Alejandro. “La *summa divisio iuris* público/privado de las disciplinas jurídicas”, en: *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, N° 1 (2010), p. 125.

²⁷² GONZÁLEZ REBOLLAR, Hipólito. “Nuevas orientaciones del Derecho; cuestiones y leyes sociales contemporáneas, con especial aplicación a España”, en: *Revista general de Legislación y Jurisprudencia*, Tomo 103 (1903), p. 326. Lo anterior, sin perjuicio que se habla de una tercera gran rama, denominada social. En CAZZETTA, Giovanni. “Trabajo y empresa”, en: FIORAVANTI, Maurizio (ed.). *El Estado moderno: instituciones y derecho*. Madrid, España: Editorial Trotta, 2003, p. 145.

permite, en definitiva, determinar si acaso ante una irritación el sistema ha reaccionado de manera coherente o no, aun cuando se venga a desafiar con la contingencia planteada, el arraigado carácter público o privado asignado por la dogmática, las jurisprudencia y/o la generalidad de sus actores.

El Derecho del Trabajo, como ya se decía, es uno que a pesar de no ser ni público ni privado de forma absoluta, da cuenta de un modelo de solución propuesto por el sistema para las cláusulas de no competencia post contractual, que dista de arrimarse a uno calificable como fiel a sus institutos jurídicos centrales. La naturalizada plausibilidad de estas cláusulas dentro de los márgenes sistémicos definidos como tolerables por el Derecho del Trabajo chileno, evidencia que a éste le resultan irrelevantes las consecuencias que para su coherencia se sucedan cuando se tienen por lícitos pactos por el solo hecho de no resultar prohibidos por el ordenamiento jurídico. Es la centralidad de la autonomía de la voluntad, rectora del Derecho Privado, la que engeñe la capacidad analítica de institutos propios, como la causa, destinados a evitar por un lado, el surgimiento de actos mediante los cuales se validen subrepticamente negocios tras el cumplimiento de formalidades estándar. Y por otro, constriñe las posibilidades de incardinación de los Derechos Fundamentales y su gramática, pensando en su instalación como coto a los aludidos actos, poniendo en riesgo la operatividad de la noción de orden público dentro de las relaciones entre particulares²⁷³. ¿Puede, en resumidas cuentas, estimarse como una institución meramente reductible a las lógicas del Derecho Privado, las cláusulas de no competencia post contractual laboral? Claro que no. Es más, la tolerancia epistémica del Derecho del Trabajo a escenarios en los que se permite hacer todo cuanto no esté prohibido, imbuida por la dispositividad una vez más de un discurso

²⁷³ “La existencia del orden jurídico supone, asimismo, la vigencia de normas que rijan la organización, atribuciones, actividad del Estado y de los demás órganos a través de los cuales se cumplen las funciones públicas (...). Por consiguiente, el *derecho público* es el elemento gravitante y fundamental en la determinación de los casos y las situaciones de naturaleza de orden público, pues inciden en la estructura misma del Estado, del poder, de la autoridad y de los derechos de los particulares, que constituyen la base de la convivencia social”, JIMÉNEZ LARRAÍN, Fernando. “La noción de Orden Público en la Constitución Política”, en: *Revista de Derecho Público*, Vol. 63 (2001), p. 107.

ajeno a su *ratio*, permite comprender la forma casi mecánica en la que la dogmática tradicionalmente ha respondido los siguientes cuestionamientos: ¿es tolerable un acto que ampare la posibilidad de constreñir derechos fundamentales del trabajador, no existiendo la habilitación legal para ello? ¿Es moralmente válido extenderle al trabajador deberes tras el fin de la relación del trabajo de manera instrumental a la consumación de los intereses de su ex empleador, de la mantención de su posición de mercado? ¿Es válido un acto que termine legitimando únicamente el ejercicio de las libertades de la parte empleadora, e inhiba la de un ex trabajador que potencialmente, en atención a su experiencia y conocimiento quiera participar y competir en el giro y mercado de su antiguo patrón? Como se verá en lo sucesivo, la respuesta dada por la jurisprudencia nacional para cada uno de estos cuestionamientos es, con mayor o menores matices, afirmativa; sin embargo, la crítica y tamizada proposición que se efectúa en estas líneas desde las motivaciones perseguidas con estas cláusulas por las partes debiera tender, al menos dogmáticamente a una dirección diversa. Esto, sobre todo pensando en la necesidad de una causa lícita para que una persona se obligue válidamente a otra por un acto o declaración de voluntad, y los límites que se realinearían corolariamente de lo anterior, entre lo público y lo privado desde la fenomenología laboral en la que se insertan²⁷⁴.

5. Cuestiones desde las nociones de subordinación y dependencia: de límites y alienación.

Uno de los aspectos sobre los que más se ha hecho hincapié hasta el momento a lo largo de esta investigación, es el de la trascendencia de la fidelidad del trabajador *ex post* el fin de la relación contractual de trabajo. Se culminaba incluso el punto anterior,

²⁷⁴ “El contrato de trabajo genera, como todo contrato, una situación de oposición de intereses; pero en un contrato civil, v. gr., en el de compra-venta, la oposición entre el vendedor, quien pide un precio más alto, y la del comprador, quien se obstina por rebajarlo, es una oposición impersonal y abstracta, reducida a una cuantificación; mientras en el contrato de trabajo tal oposición de intereses está enraizada con la cuestión social y apunta a toda la problemática laboral”, THAYER ARTEAGA, William y NOVOA FUENZALIDA, Patricio. *Manual de Derecho del Trabajo...*, p. 31.

criticando la asimilada aceptación de la institución de las cláusulas en estudio desde la teoría de la causa y la distinción entre lo jurídico público y privado. Ya desde la tutela de los intereses en juego por parte del Derecho, es posible notar esta vinculación dispositivizada que asienta y naturaliza sentidos; corroborándose aquello tanto desde la jurisprudencia como desde la dogmática nacional. Resulta válido cuestionarse, al amparo de lo anterior, cuanto de las posiciones de la literatura judicial y autoral especializada guardan en su esencia una muy particular visión acerca de la subordinación y dependencia que, como se verá, refleja al mismo tiempo diversos episodios evolutivos de tales nociones. Desde ya, se advierte la distinción conceptual entre subordinación y dependencia; a diferencia del modo en que normalmente la doctrina chilena trata al binomio²⁷⁵. Se persigue con ello descubrir la lógica economicista unida a la de dependencia que trasunta la finalización del contrato laboral cuando se establece una cláusula de no competencia post contractual en esta sede, oculta tras la habituada sinonimia y juridicidad de la idea de subordinación.

Prevenido lo anterior, dista de ser irrelevante un somero recordatorio conceptual de cuestiones que por básicas, al parecer son tenidas por intrascendentes en sí. En primer lugar, a pesar de ser el elemento tipificante de la relación laboral y decisivo en la autonomía de la disciplina²⁷⁶, la subordinación demuestra no ser capaz de cautivar siquiera de forma parcial en su racionalidad, las vicisitudes y complejidades propias de instituciones atípicas como las cláusulas en estudio²⁷⁷. Carácter ya referido con las

²⁷⁵ Por todos, THAYER OJEDA, William. *Texto y comentario del Código del Trabajo*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2002, p. 55. Agréguese IRURETA URIARTE, Pedro. “La noción jurídica de empleador ante el Derecho del Trabajo”, en: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 42 (2014).

²⁷⁶ Este concepto tiene un “valor decisivo sobre el plano científico: la subordinación es el fundamento de la autonomía del Derecho del Trabajo”, D’ ANTONA, Massimo. “La subordinazione e oltre, una teoría giurídica pero il lavoro que cambia”, en: AA.VV. *Lavoro subordinato e dintorni*. Bolonia, Italia: Ed. Il Mulino, 1989, p. 44.

²⁷⁷ “Evanesce en muchos casos la dependencia jurídico funcional (no necesariamente, en cambio, la unilateralidad contractual en la fijación de las condiciones de trabajo y de empleo ni la consiguiente necesidad de tutela) y, en cualquier caso, estalla el tipo dominante en un espectro de creciente heterogeneidad cuya inclusión en la categoría de la dependencia jurídica, por esto mismo y por aquello, deja

tensiones observadas en lo tocante a la causa de las cláusulas de no competencia post contractual en lo laboral, y su constitución al prisma difuso de lo público y lo privado, abreviables en el choque que se da entre la subordinación y la autonomía privada. Pareciera ser que la subordinación no reconoce que la relación de trabajo es, a no olvidar, una temática de poder, de equilibrios y ordenación, en resumidas cuentas. Una, en la que arraigadamente se le ha descrito como una en la que “uno puede mandar y otro ha de obedecer”²⁷⁸, matizándose, con todo, tal perspectiva desde la habilitación expresa de ámbitos tolerables del ejercicio de la libertad contractual, en una dinámica que se mantiene igualmente modalizada por la resonancia de la flexibilidad laboral²⁷⁹. “Y es que este poder subvierte los grandes principios sobre los que reposa el derecho de obligaciones y contratos: principios de igualdad de las partes, y principio de libertad contractual. Allí donde el derecho de obligaciones postula la autonomía de la voluntad individual, el Derecho del Trabajo organiza la sumisión de la voluntad”²⁸⁰.

En segundo término se anota como fruto de lo recién expuesto, la reafirmación de la necesidad de la distinción entre la subordinación y la dependencia en circunstancias como las planteadas, a propósito de las cláusulas de no competencia post contractuales laborales²⁸¹. En ellas, dista de ser un desvarío observar que la juridicidad de los

de ser simple, evidente y casi intuitiva”, GOLDIN, Adrián. “Las fronteras de la dependencia”, *en*: *Relaciones laborales: Revista Crítica de Teoría y Práctica*, N° 2 (2001), p. 321.

²⁷⁸ SUPIOT, Alain. *Crítica del derecho...*, p. 133.

²⁷⁹ A juicio de D’Antona, la visión antigua de un trabajador sometido absolutamente a las dinámicas del empleador (componente negativo de la subordinación) es descartable en razón de los episodios de interacción de poderes (institucionalizados o no) desde una esfera tanto individual como colectiva. Este aspecto positivo es el que debe considerarse en una dinámica de interacción con el negativo, superándose lecturas clásicas. Véase D’ANTONA, Massimo. “Il mutamenti del diritto del lavoro e il problema della subordinazione”, *en*: CARUSO, Bruno y SCIARRA, Silvana. *Massimo D’Antona, Opere*, Vol. 3, Tomo III, 2000, pp. 1217-1218. “El Derecho del Trabajo se ha alimentado de esta tensión entre la idea de contrato, que postula la autonomía de las partes, y la idea de subordinación, que excluye esta autonomía. Esta tensión ha llevado a construir sobre el terreno colectivo la autonomía que no podía edificarse en el terreno individual, y a hacer así jurídicamente compatibles la subordinación y la libertad”, SUPIOT, Alain. *Crítica del derecho...*, p. 134.

²⁸⁰ SUPIOT, Alain. *Crítica del derecho...*, p. 133.

²⁸¹ Precisamente, el punto de la distinción entre subordinación y dependencia resulta ser elemental para conformar los nuevos contornos de una disciplina que va precisando continuamente de revisiones en torno a sus conceptos elementales. Reflejo de una realidad dogmática que persigue cambios, pero que se ensimisma en la búsqueda, es la siguiente reflexión: “...Pero no nos cabe duda de que cualquier hipotética

tradicionales conceptos *ius* laborales es vencida por una realidad dispositivizada en la norma, que deslegitima la morigeración de las posibilidades de tutela a ámbitos que superan la temporalidad de la vigencia del contrato de trabajo. Pareciera ser que, como el contrato de trabajo ha finalizado, ese hito por si solo significa la imposibilidad epistémica absoluta de tutelar al ex trabajador —que ha dejado de ser subordinado— en una coyuntura plena en circunstancias laborales, desprovista del halo de la irrenunciabilidad al amparo del artículo 5 del Código del Trabajo. La idea a partir de dicho escenario es, en el fondo, redefinir y eclipsar la racionalidad pragmática gestable que provee por si sola la subordinación al calificar como tal a una relación laboral²⁸², en pro de un sistema más eficaz de la mano de la noción de dependencia económica.

Una de las más fuertes basas de la subordinación es, en efecto, su maleabilidad y constante adaptabilidad histórica ante los vericuetos económicos, cumpliendo satisfactoriamente su misión caracterizadora de las relaciones laborales²⁸³. El punto esencial reside en que, sin perjuicio de la vitalidad a niveles dogmáticos de la subordinación, en instituciones como las cláusulas en estudio que retan la enclaustrada temporalidad de la tutela proveniente del Derecho del Trabajo surge la imposibilidad dogmática de procurar salvaguardar más allá del fin del contrato de trabajo al ahora ex trabajador desde esta área²⁸⁴. La aceptación de esta rémora habilita desafiar

alteración de límites no puede perder de vista que siempre deberán quedar dentro del marco protector de las normas laborales quienes presten servicios a otro (sea una empresa, un grupo o una red) bajo su poder de dirección, por liviano que éste sea. En este sentido, quizá la clave del Derecho del Trabajo del futuro siga, como en el pasado, anclada en la continua reelaboración de los conceptos de subordinación o dependencia”, GALIANA MORENO, Jesús. “Crisis del contrato de trabajo”, en: *Revista de Derecho Social*, N° 2 (1998), p. p. 65.

²⁸² Se sigue el planteamiento efectuado por UGARTE CATALDO, José Luis. *El nuevo derecho...*, p. 35.

²⁸³ SANGUINETTI RAYMOND, Wilfredo. “La dependencia y las nuevas realidades económicas y sociales: ¿un criterio en crisis”, en: *Temas Laborales*, N° 40 (1996), p. 53

²⁸⁴ “La subordinación podría bastar para delimitar la causa del contrato de trabajo, pues integra la línea divisoria con los contratos civiles y mercantiles cuyo objeto es también el trabajo personal, y bien puede decirse por ello que forma parte de la causa típica de aquel. Sin embargo no explica plenamente el origen de este contrato ni la configuración del Derecho del Trabajo ni, en fin, las líneas de futuro de nuestra materia. No porque haya errado la dirección, pues repito que se encuentra en el núcleo del tipo contractual, sino porque adolece de una insuficiente perspectiva para explicar plenamente el fenómeno, como si para describir un elefante —en el conocido símil empleado por Lord Wedderburn— lo hiciéramos desde la grupa y no

sistémicamente la estructura anquilosante de lo jurídico laboral, que le estanca científicamente²⁸⁵, y que le encierra en paradigmas que contradictoriamente le restan en su capacidad intrínseca basada en la retroalimentación, de poder definir sus propias fronteras de clase. No se trata de reemplazar a la subordinación jurídica por la dependencia económica como criterio central e identitario del Derecho Laboral, sino de legitimar como factor expansivo de los cotos nucleares del sistema a otros²⁸⁶ que, además de hacer más eficaz al sistema, son capaces de ampliar consecuentemente su estrato subjetivo de protección²⁸⁷. En efecto, el constituir como hegemónico el punto de vista del obrero industrial al cimentar el Derecho del Trabajo, en desmedro de un reconocimiento cabal de la fragmentación social y moral que reina y aún se mantiene en la sociedad y el mercado laboral contemporáneo, ocasionó que toda construcción legislativa laboral cayera en un error ontológico fundamental: la pretensión por la unidad, totalmente criticable al no desarrollar mecanismos que conjugan diversos intereses y visiones²⁸⁸. Se desconoce que la articulación de los actores laborales dista mucho de tener como presupuesto la identidad esencial de sus intereses, incluso dentro de cada sector en particular. Debe por ende descartarse la pretensión epistémica de formular y argumentar discursos aglutinadores indiscutiblemente unívocos, pretendidamente auténticos, al estilo del Derecho del Trabajo chileno, el que ha revelado ser en los hechos, una herramienta técnica al servicio del poder del capital y de la tiranía de supuestas mayorías, tras el prisma de una estructura jurídica

desde la testa”, OJEDA AVILÉS, Antonio. “Ajenidad, dependencia o control: la causa del contrato”, en: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Perú*, N° 60 (2007), p. 392.

²⁸⁵ En el mismo sentido, BAYÓN CHACÓN, Gaspar. “El concepto de dependencia en el Derecho del Trabajo”, en: *Revista de Derecho Privado*, T. XLV (1961), P. 30.

²⁸⁶ Por ejemplo, la ajenidad. Revítese ALONSO OLEA, Manuel. “Trabajo libre y trabajo dependiente”, en: AA.VV. *Estudios sobre Derecho del Trabajo en homenaje al Profesor Mario Deveali*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Heliasta, 1979. O también, la parasubordinación, con aceptación en Italia y Alemania. Véase 2000, MÜCKLENBURGER, Ulrich. “Ridifinire la nozione si subordinazione? Il dibattito in Germania”, en: *Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali*, N° 86 (2000), p. 330.

²⁸⁷ “El debate de las fronteras del Derecho del Trabajo está relacionado con la elección del colectivo protegido, cuestión relacionada con la decisión política acerca del ámbito subjetivo de aplicación del Derecho del Trabajo (la decisión acerca de a quienes se va a proteger socialmente), y que hasta el momento sigue teniendo, en Chile y en buena parte del mundo, como único actor relevante a la subordinación jurídica”, UGARTE CATALDO, José Luis. *El nuevo derecho...*, p. 31.

²⁸⁸ Considerar en la misma visión a LACLAU, Ernesto y MOUFFE, Chantal. *Hegemony and socialist strategy: towards a radical democratic politics*. Londres, Inglaterra: Editorial Verso, 2001.

laboral pretendidamente pro-trabajador, que paradójicamente se va auto constituyendo sin trabajadores. De esta forma, se rompe así mismo el reduccionismo histórico del Derecho del Trabajo de asociarlo a uno de clase, generado a partir de un tipo social particular, exclusivamente proletario y de lucha social, habilitando su extensión a categorías que se alejan abiertamente de dicha caracterización²⁸⁹, rompiendo con la aquella constante univocidad discursiva primero²⁹⁰, luego positiva²⁹¹.

La dependencia económica en tanto criterio definidor de la aplicación del Derecho del Trabajo en los mares ultraactivos de la no competencia, ingresa conceptualmente en este bosquejo de forma diferente a la comprensión acostumbrada²⁹². Aquella, corrientemente procura la protección de quienes estén en “situación de necesidad o debilidad económica, con prescindencia de si los servicios se prestan bajo un régimen de subordinación o de autonomía jurídica formal. De este modo, el Derecho Laboral protegerá exactamente a quienes lo necesitan: los que trabajan en situación de debilidad económica y social”²⁹³. Pues bien, el problema de esta perspectiva, pensando en su utilidad

²⁸⁹ En dicha traza, “el fenómeno de la extensión no coincide con el de la proletarización. Al contrario, las nuevas capas asalariadas pertenecen a menudo a un nivel elevado. Si el dominio del Derecho del Trabajo se extiende, es precisamente porque se aplica a nuevas categorías (cuadros y técnicos) y a capas sociales muy alejadas del proletariado en el siglo XIX, que tienen sus propias preocupaciones y reivindicaciones”, JAVILLIER, Jean Claude. *Derecho del Trabajo*. España, Madrid: Instituto de Estudios Laborales, 1982, p. 18.

²⁹⁰ La subordinación “será separada de su matriz sociológica (expresada en las nociones de proletario, contratante débil, etc.) y objetivizada por el análisis jurídico formal en un dato técnico-funcional, en un modo de ser de la actividad convenida en el contrato, con indiferencia de la condición social del que la presta”, MENGONI, Luigi. “La questione della subordinazione in due trattazioni recenti”, en: *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, N° 1 (1986), p. 8.

²⁹¹ “En efecto, el constituir como hegemónico el punto de vista del obrero industrial al cimentar el Derecho del Trabajo, en desmedro de un reconocimiento cabal de la fragmentación social y moral que reina y aún se mantiene en la sociedad y el mercado laboral contemporáneo, ocasionó que toda construcción legislativa laboral cayera en un error ontológico fundamental: la pretensión por la unidad, totalmente criticable al no desarrollar mecanismos que conjugan diversos intereses y visiones”, MARCOS ABARZÚA, Sebastián y PIZARRO CONTRERAS, Sebastián. “La superación de la actual fundamentalidad Laboral: el rol de la desobediencia como fuente normativa”, en: TÓRTORA ARAVENA, Hugo (coord.). *Las fuentes formales del Derecho Público*. Santiago, Chile: Editorial Metropolitana, 2012, pp. 552-553.

²⁹² Desdeñada en beneficio de la subordinación jurídica. En dicha línea, se ha expresado que “es inadmisibles que la naturaleza de un contrato se haga depender de un elemento extraño a la convención, como es la posición económica de uno de los sujetos”, ALBURQUERQUE DE CASTRO, Rafael. *Derecho del Trabajo. Tomo I*. Santo Domingo, República Dominicana: Editora Lozano, 1995, p. 170.

²⁹³ UGARTE CATALDO, José Luis. *El nuevo derecho...*, p. 33.

para la protección del ex trabajador sujeto a una cláusula de no competencia post contractual, radica en la necesidad de la existencia de una prestación de servicios a la que le resulta irrelevante su marco subordinado o autónomo: lo importante se encuentra en el individuo mermado socio-económicamente que desempeña en una cierta relación de servicio; factor que define su inclusión dentro del radio de protección de este Derecho. Esto es lo que sencillamente hace inviable la comprensión ordinaria de la dependencia económica: no resulta provechoso seguir concentrando el factor de aplicación del Derecho del Trabajo en la existencia de una relación laborativa, al perpetuar tanto sus confines como al colectivo amparado por su estructura y principios. En ese orden de ideas, principalmente sistémicas, las cláusulas de no competencia post contractuales en lo laboral presentan un rasgo ligado con la dependencia en su cariz económico que, en efecto, se distancia de esa visión tradicional apegada nuclearmente a un vínculo vigente (subordinado o no), y a un individuo irreparablemente desfavorecido económica y socialmente²⁹⁴. Estos pactos tienen por carácter elemental el que sus efectos sobrevinientes se suceden una vez terminada la relación de trabajo, con una incidencia que dista de ser menor pensando en las consecuencias laborales ajenas a lo jurídico que se desencadenan, tolerándose tales positiva y epistemológicamente sin mayor retroalimentación y coherencia sistémica, como inferencia final.

Agregado a estas ilaciones, se encuentra lo que se persigue desterrar mediante la inclusión de la *ratio* tutelar del Derecho del Trabajo: el que el trabajador sujeto a una cláusula de no competencia post contractual, a pesar de verse aún sujeto a su ex empleador mediante la dependencia económica, no se encuentre desprovisto de un arrimo cimentado en aquella racionalidad esencial. La consistencia científica del Derecho del Trabajo, doblegada por el talante actual de las relaciones de trabajo y la resonancia de los requerimientos de mercado, precisa sincerarse con la efectiva eficacia de sus institutos más tradicionales. Esta rama, consecencialmente, debe girar epistémicamente a la

²⁹⁴ Tempranamente se observa en la literatura nacional un tratamiento en esta línea. V.gr. GAETE BERRÍOS, Alfredo. *Tratado de Derecho del Trabajo chileno*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1960, pp. 20-26.

inclusión de la dependencia económica como factor identificador de la laboralidad, adicional mas no por ello contradictorio al de la subordinación. Esta dependencia, alejada de su cómodo y poco crítica sinonimia con la subordinación jurídica, permite plantear un cariz diverso a la batería conceptual presente en medios post contractuales, imbuida por una subordinación jurídica que forja terrenos yermos *ius* laboralmente hablando para los sujetos expuestos a ellos. Esta ampliación a nuevos acreedores no asalariados de los resguardos laborales en clave jurídica, permite comenzar la revitalización estructural de la eficacia del Derecho del Trabajo, obviando un análisis asumido normalmente como necesario de los costos implícitos en la redefinición del colectivo tutelado, arrimándolo a las particularidades materiales de los sujetos más que a las formales determinables en razón de indicios de subordinación²⁹⁵.

La última observación es absolutamente engarzable con la singular situación del trabajador sujeto a un pacto de no competencia post contractual, finalizada que sea la relación de trabajo. Si fuera posible de caracterizar aquella desde la dependencia económica, lo que se tiene en ciernes es a un ex dependiente (nótese la revitalizada fuerza simbólica de esa palabra) que, teóricamente a la luz de los requisitos legales y jurisprudenciales comparados seguidos mayoritariamente en lo nacional como se verá, continúa supeditado económicamente a su antiguo empleador. Agréguese, al amparo así mismo de lo ya examinado, que tras esa extendida adhesión, se encuentra una igualmente dilatada fidelidad gestada desde una aquiescencia cuya comprensión dota de una legitimidad a todas luces contra sistémica a estas cláusulas.

En esta línea, debe destacarse que las exigencias comparadas relacionadas con la validez de estos pactos tienen que ver, por una parte, con una compensación económica

²⁹⁵ “...la dependencia económica implica una noción de signos muy difusas, de contornos muy imprecisos, que se traduce en un sistema de indicios complejo, que requiere de mucha más actividad por los tribunales para su determinación, que la subordinación. Esta última, en cambio, es una noción abstracta (diseñada genéricamente), y formal (que no atiende a la situación material de las partes sino a su posición jurídica), que se expresa, en su versión dominante, (...) en un sistema de indicios que en la inmensa mayoría de los casos es simple”, UGARTE CATALDO, José Luis. *El nuevo derecho...*, p. 38.

adecuada y proporcional para el trabajador, dada la restricción a la Libertad de Trabajo que éste sufre. “Por consiguiente, con tal resarcimiento se entiende subsanar el “sacrificio” impuesto al trabajador por la abstención de competencia y la limitación a la libertad mencionada”²⁹⁶. Esto, por otra, debe necesariamente acoplarse con los requerimientos de objeto, tiempo y espacio, los que se traducen en la prohibición del ejercicio de una actividad que sea concurrente con la de la empresa empleadora, el tiempo y el territorio dentro del cual será válida aquella. Habiéndose satisfecho lo anterior, se culmina visando por el Derecho del Trabajo finalmente que el ex trabajador se tenga que someter post contractualmente (bajo la fórmula de la autonomía de la voluntad), eso sí, ya no en una racionalidad de subordinación, sino que en una económica respecto de su ex empleador. La idea de esta recensión aun somera de las exigencias que comparadamente se han planteado, independientemente de si la validez de estas cláusulas se ha planteado expresamente en la ley o bien a través de decisiones jurisprudenciales, es dar cuenta del giro que se le ha pretendido dar a la configuración de estos pactos limitativos de la Libertad de Trabajo desde el Derecho Laboral, buscando proteger desde la lógica de la dependencia económica a una persona sin vínculo de subordinación vigente. Dicho de otro modo, la dependencia económica encauzada más allá de su componente material permite operativizar, desde la gramática y fondo de los Derechos Fundamentales en conjunto con la autonomía de la voluntad, una extensión modalizada de la racionalidad del Derecho del Trabajo a individuos que no cumplen con el criterio tipificante clásico de la subordinación²⁹⁷.

²⁹⁶ BOSCATI, Alessandro. *Patto di non concorrenza. Art. 2125*. Turín, Italia: Giuffré Editore, 2010, p. 186.

²⁹⁷ Complementando tal idea, se ha señalado que, “en efecto, el Derecho no puede comprenderse por sí mismo haciendo abstracción de la vida real, ya que su existencia deriva de las condiciones materiales y subjetivas de la sociedad civil en conjunto con las relaciones de producción, las cuales evocan relaciones de poder. En otras palabras las relaciones jurídicas giran principalmente alrededor de las relaciones de producción y propiedad privada como modeladores de dichas relaciones en un momento histórico determinado”, DOMÍNGUEZ MONTOYA, Álvaro y MELLA CABRERA, Patricio. “Trabajo y derecho: un padre ausente, el conflicto social”, en: *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, N° 1 (2015), p. 123.

No obstante lo anterior, la promesa que encarna la inserción del mensaje y gramática propias de los Derechos Fundamentales en la lógica de estas cláusulas post contractuales a fin de lograr los fines señalados en un curso alejado de la subordinación, no puede concebirse dissociada de la particular percepción, extensión y resonancia que tengan los mismos aquellos actores que culminan resolviendo las problemáticas que se vayan sucediendo en la aplicación y/o interpretación de los pactos, o la misma legislación que inspire. Este diseño no puede en lo absoluto venir en desafiar sus propias fronteras, ni tampoco promover el descarte de valores esenciales para lo jurídico, tales como la certeza o la pronosticabilidad, reflejo de la complejización del Derecho del Trabajo mediante la introducción de factores de índole económica²⁹⁸. Una inadecuada inteligencia y equilibrio de los Derechos Constitucionales en este escenario puede llevar a que, eventualmente, la incorporación de la dependencia económica como factor de ampliación de aquellos a quienes el Derecho del Trabajo procura tutelar pase a ser contradictoria con la esencialidad de la rama, y se perpetúe coercitiva e igualmente un escenario hermenéutico que potencialmente culmine por reafirmar la alienación del trabajador, ya no en niveles exclusivamente contractuales sino que, además, ultraactivos.

La alienación producto de un proceso político que desconoce al trabajador, resulta ser el corolario en estructuras *ius* laborales que comprenden, de forma irreflexiva la injerencia de los Derechos Fundamentales, en primer término; y en segundo lugar, que instrumentalizan soluciones autopoieticas que culminan legitimando contrafácticamente los *status quo* que procuraban extirpar. O, si se quiere pensando en los pactos de no competencia post contractual laboral, el mapa de poder dentro del mercado en el cual participar el empleador, aun cuando el precio sea el ejercicio de la Libertad de Trabajo del

²⁹⁸ “Establecer puentes con otras disciplinas sociales es importante para ampliar el nivel discursivo de la ciencia y la práctica jurídica. Observar más de cerca los planteamientos generales de los economistas no convertirá a los juristas en economistas, sino que les permitirá comprender sus aportaciones e integrarlas en un marco común más amplio y profundo. (...) La complejidad del derecho actual ha producido una traslación de responsabilidad del legislativo al poder ejecutivo y al judicial. Argumentos de oportunidad, agilidad o finalidad han producido una tendencia al casuismo y al activismo. La recuperación de la previsibilidad, la certeza y la seguridad jurídica es tarea prioritaria, puesto que la disolución de estos valores supone la de los derechos y del Derecho”, CALSAMIGLIA, Albert. “Justicia, eficiencia...”, p. 119.

ex trabajador. Para rematar, desalentador es advertir el fuerte temple utilitario del Derecho del Trabajo en esta línea, que cimentado sobre la base de la libertad contractual²⁹⁹, delinea un ingreso subordinado a un puesto de trabajo y una salida alienada a un mercado que observa como un ajeno al trabajador; cuestión observada muy tempranamente por Max Weber: “El derecho formal de un trabajador, de concluir con cualquier empresario un contrato de trabajo de cualquier contenido, prácticamente no significa para el desocupado la menor libertad en la fijación de las condiciones de trabajo, y en modo alguno le garantiza la posibilidad de influir en la determinación de las mismas. Lo que de sus derechos formales resulta en primer término es simplemente, cuando menos, la posibilidad de los que en el mercado son más poderosos – en este caso normalmente el patrono- de fijar a su arbitrio estas condiciones, ofrecerlas al desocupado para su aceptación o repulsa y en el caso normal de la urgencia económicamente más fuerte de la oferta de trabajo, imponerlas al solicitante. El resultado de la libertad contractual es, pues, en primera línea: la apertura de posibilidades de usarla, por medio de una hábil aplicación de la propiedad de los bienes en el mercado y salvando todas las barreras jurídicas, como medio para adquirir poder sobre otros”³⁰⁰.

6. Incumplimiento de las obligaciones por las partes. Naturaleza de la responsabilidad del trabajador y posible responsabilidad de terceros. Situación del empleador.

²⁹⁹ Laboralistas en sede comparada han dado cuenta de una paradoja al sustentar las relaciones laborales en un término ambiguo como la libertad. Esto, pues si se da pie para una potente abstención por parte del Estado, podrían abrirse las puertas para que desaparezca la libertad real para aquellos que carecen de información o de poder. Considerando tales juicios, Kahn-Freund ha precisado que una normativa liberadora del trabajador, podría llegar a ser evaluada como una restricción del contrato, al fomentar las limitaciones del poder del empleador y consecuentemente potenciar el ámbito de libertad del trabajador, en KAHN-FREUND, Otto. *Trabajo y derecho*. Madrid, España: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1987, p. 59. La situación descrita acarrearía un sistema de defensa discursivo que perseguiría devenir en derecho positivo, por parte de los empleadores. Muestra de ello sería la tendencia del derecho del empleo. LÓPEZ FERNÁNDEZ, Diego. “¿Derecho del Trabajo o derecho del empleo? La nueva función de la legislación laboral y la reducción de los derechos en el trabajo”, *en*: *Nueva Sociedad*, N° 188 (2003).

³⁰⁰ WEBER, Max. *Economía y Sociedad*. México D.F., México: Fondo de Cultura Económica, 1984, p. 586.

6.1. ¿De qué tipo sería la responsabilidad del trabajador para el evento que éste incumpla con sus obligaciones?

Al respecto, cabe expresar 3 opciones, que en verdad son derivaciones de posiciones emanadas de la clásica distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual.

- La responsabilidad tiene por base la relación de trabajo dentro de la cual se pactó la cláusula: lo cual incluye, por lo demás, las obligaciones que con ocasión del finiquito del contrato de trabajo se pacten en dicha instancia. Consecuente con la posición establecida en esta investigación, y en abierta contradicción a lo expuesto por Montoya Melgar, el que la buena fe sea un deber contractual no significa su extensión a límites post contractuales. La vulneración de dicho pacto con incidencias ultraactivas no será el reflujó de una afectación a dicha buena fe, la que debe quedar reducida a cuestiones suscituables dentro de la relación de trabajo y que si bien pueden justificar un despido por negociaciones incompatibles, malamente puede argüir un régimen de responsabilidad por incumplimiento de estos pactos con vigencia dable tras el fin de la relación laboral³⁰¹.

Siguiendo lo expuesto por Ogalde Muñoz, quién aferrado a una línea contractual señala que “en la doctrina francesa parece seguirse este criterio al considerar que se trata del incumplimiento de una obligación de no hacer y, en consecuencia, derivada del contrato que lo impuso. Se trata de una obligación personal y contractual del trabajador. Por ello, el trabajador incumplidor estaría obligado a resarcir los perjuicios directos e incluso los futuros, con tal que sean ciertos (pérdidas y ganancias necesariamente perdidas), pudiendo incluso solicitarse la destrucción o cierre de lo hecho en contradicción

³⁰¹ “La transgresión de la buena fe contractual es causa de despido disciplinario, con independencia de las responsabilidades indemnizatorias (podría ser éste el caso) e incluso penales en que podría incurrir por ello el trabajador”, MONTROYA MELGAR, Alfredo. *Derecho del Trabajo*. Madrid, España: Editorial Tecnos, 1990, p. 323.

a lo pactado”³⁰². Esta línea de pensamiento se encuentra en plena concordancia con lo prescrito en el Código Civil, particularmente en su artículo 1555³⁰³. Todo, por cierto, en el evento que no se hubiere pactado una cláusula penal ya sea a nivel contractual o dentro del finiquito.

Este lineamiento contractual, que se comparte, también encuentra argumentos dentro del Derecho Procesal Laboral. El artículo 420 letra a) del Código del Trabajo³⁰⁴ habilita al juez laboral para analizar cuestiones de este estilo, al ser una responsabilidad que nace de la interpretación y aplicación de la relación individual de trabajo.

- Se trata de una responsabilidad contractual que tiene por causa no el contrato de trabajo, sino que un pacto coétaneo o posterior al fin de la relación laboral, e incluso una resolución judicial que así la determine: esta es posición que pudiendo entenderse como una derivación de la primera analizada, asume que el hecho de no estar vigente la relación de trabajo generaría un problema a la hora de determinar responsabilidades. En verdad, se observaría tal dificultad, si de ella desembocara algún trance desde la competencia de los juzgados llamados a resolver las controversias. Aspecto que se ve totalmente superado, al menos desde lo procesal laboral nacional, tanto por el ya citado artículo 420 letra a) del Código del Trabajo, como por su letra d)³⁰⁵ si aparece en escena una sentencia ejecutoriada a fin de justificar la responsabilidad del trabajador infractor.

³⁰² OGALDE MUÑOZ, Jorge: “La subsistencia de obligaciones del trabajador...”, p. 39.

³⁰³ *Toda obligación de no hacer una cosa se resuelve en la de indemnizar los perjuicios, si el deudor contraviene y no puede deshacerse lo hecho.*

Pudiendo destruirse la cosa hecha, y siendo su destrucción necesaria para el objeto que se tuvo en mira al tiempo de celebrar el contrato, será el deudor obligado a ella, o autorizado el acreedor para que la lleve a efecto a expensas del deudor.

Si dicho objeto puede obtenerse cumplidamente por otros medios, en este caso será oído el deudor que se allane a prestarlo.

El acreedor quedará de todos modos indemne.

³⁰⁴ *Serán de competencia de los Juzgados de Letras del Trabajo: a) las cuestiones suscitadas entre empleadores y trabajadores por aplicación de las normas laborales o derivadas de la interpretación y aplicación de los contratos individuales o colectivos del trabajo o de las convenciones y fallos arbitrales en materia laboral;*

³⁰⁵ *Serán de competencia de los Juzgados de Letras del Trabajo: d) los juicios en que se demande el cumplimiento de obligaciones que emanen de títulos a los cuales las leyes laborales y de previsión o seguridad social otorguen mérito ejecutivo;*

- Esta es una responsabilidad extracontractual basada en un deber impuesto por ley: y que el sustento de tal deber para el infractor estriba en su obligación de reparar los perjuicios ocasionados con su obrar. Un aspecto interesante de esta postura es que se aleja de la buena fe como sustento de la responsabilidad que le cabría al infractor. En efecto “se ha sostenido que la acción de reparación por la violación al deber jurídico de obrar de buena fe, ya no puede fundarse en la relación laboral que se ha extinguido, debe en consecuencia fundarse en el derecho común”³⁰⁶. Si bien el talante extracontractual se ve modalizado por la causa inmediata de la responsabilidad, cual es un contrato de trabajo, al amparo de la competencia de los Tribunales del Trabajo sería perfectamente posible la prosecución en dicha sede los perjuicios por parte del empleador en contra del trabajador. Esto justificaría, tal vez, la posición de Thayer y Novoa en orden a estimar que si bien esta es una responsabilidad de tipo extracontractual, con un juez competente en lo civil, se esté en presencia de un régimen de responsabilidad que se vería influido por las variables laborales, especialmente si es que finalmente el asunto de encausa en juzgados de su competencia³⁰⁷. Nada obsta, por cierto, el que finalmente el empleador opte por un Juzgado con competencia en lo civil y no laboral.

Pueden extraerse consecuencias de índole penal, a partir del artículo 284 del Código Penal. Lo comercial con lo penal se trenzan en este ámbito, formando una concatenación normativa que guarda como elemento en común la materialización del bien tutelado: la recta competencia, la capacidad competitiva de la empresa³⁰⁸, y si se quiere ser meticuroso y congruente, la competencia diferencial. Desde la vereda penal, menester resulta citar el artículo 284 del Código Penal, dispone: *"El que fraudulentamente hubiere comunicado secretos de la fábrica en que ha estado o está empleado, sufrirá la pena de reclusión menor en su grados mínimo a medio o multa de once a veinte unidades tributarias*

³⁰⁶ OGALDE MUÑOZ, Jorge: “La subsistencia de obligaciones del trabajador...”, p. 39. En la misma línea VÁSQUEZ VIALARD, Antonio. *Tratado de Derecho del Trabajo. Tomo II*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea, 1980, p. 175.

³⁰⁷ THAYER ARTEAGA, William y NOVOA FUENZALIDA, Patricio. *Manual de Derecho del Trabajo...*, p. 402.

³⁰⁸ BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. *Derecho Penal Económico: aplicado a la actividad empresarial*. Madrid, España: Ed. Civitas, 1979, p. 281.

mensuales”. La sola tipificación de este delito y la forma en que esto se efectúa, da cuenta de una particular sublimación ideológica de las cuestiones de mercado a lo derechamente público; cuestión que malamente podría asimilarse a un mero error de técnica legislativa³⁰⁹, no obstante su menuda penalidad. Si se observa el título dentro el Código Penal en el cual está contenido esta conducta típica, es el de los “*Crímenes y simples delitos en contra del orden y seguridad públicos cometidos por particulares*”, y particularmente, en el párrafo 7 del Título VI, libro II, “*Crímenes y simples delitos relativos a la industria, al comercio y a las subastas públicas*”. Evidente resulta, incluso de una somera lectura, que el artículo 284 tiene como sujeto pasivo al empresario titular de la fábrica, tutelando directamente sus intereses individuales, no comprendiéndose la razón, al menos rigurosamente jurídica, por cual este delito se encuentra en tal título. En este sentido, se ha señalado que “el orden y seguridad públicos no aparecen comprometidos en forma directa, sino que de una manera mediata, del mismo modo que el homicidio, las lesiones, las injurias y el secreto son delitos que, al proteger la vida, la integridad física, el honor y la libertad de desplazamiento, afectan también al orden y seguridad públicos, entendidos como la pacífica y organizada convivencia humana”³¹⁰.

El bien jurídico protegido en este delito es, además de la libre competencia, la competencia diferencial. Tal puntualización no es baladí, a luz de su sujeto activo: “*el que ha estado o está empleado en la fábrica cuyos secretos revela*”. Se está en presencia de un delito especial propio, determinándose la calidad específica sobre la base del empleo actual o pasado del sujeto, lo que establece a su vez la incommunicabilidad total de dicho carácter personal. Lo anterior, y he aquí lo relevante a ser destacado, sin perjuicio que será

³⁰⁹ Errores de efectiva técnica legislativa son los que se encuentran en la sistematización del delito de estafa, por ejemplo. Cuestión tratada por BALMACEDA HOYOS, Gustavo. “El delito de estafa en la jurisprudencia chilena”, en: *Revista de Derecho de la Universidad Austral*, Vol. XIV, N° 1 (2011). O los propios de los delitos de hurto y robo, tratados de manera comparada por OSSANDON WIDOW, María Magdalena. “Los elementos descriptivos como técnica legislativa. Consideraciones críticas en relación con los delitos de hurto y robo con fuerza”, en: *Revista de Derecho de la Universidad Austral*, Vol. XII, N° 1 (2009).

³¹⁰ ACOSTA SÁNCHEZ, Juan Domingo. “El delito de comunicación fraudulenta de secretos de fábrica”, en: *Revista Chilena de Derecho*, Vol. XV, N° 1 (1988), p. 65.

sujeto activo todo aquel que presta algún servicio o trabajo para el empresario dueño de la fábrica, puntualmente, en la fábrica, más allá de la existencia de un contrato de trabajo, reflejo de una visión reduccionista de la temática. Una perspectiva que no considere la formalidad del contrato de trabajo con la empresa abarca de esta manera tanto a los trabajadores formales de la empresa, entendiéndose por tales a lo que tienen un lazo laboral contractual con ella, como aquellos que se emplean en ella, aludiendo con ello desde el asesor externo, el tercerizado, hasta los miembros del directorio de la empresa, incluso los de la sociedad que la controla.

La habitualidad o permanencia resulta ser un elemento relevante, dado que “las asesorías esporádicas o interrumpidas no cumplen con esta exigencia, pues es menester que el sujeto haya incorporado a su vida habitual los servicios y gestiones que realiza para el empresario”³¹¹. De esta manera, no se distingue entre quienes pueden ser sujetos activos de este delito según tengan contrato de trabajo o no con la empresa, o si tienen un rango gerencial o de mando al interior de la misma: lo verdaderamente trascendental se encuentra en la comunicación fraudulenta de los secretos de la fábrica, pudiendo traerse a colación la idea de la competencia diferencial como bien tutelado recién a la hora de cometer el ilícito haciendo uso de una particular posición de la que puedan extraerse ventajas competitivas, las que pueden provenir de la sapiencia y manejo en los procesos de producción, gestión y comerciales de la empresa por parte del sujeto activo. Se configuraría en contra del empleado en reúna tales elementos, la agravante de responsabilidad penal contenida en el artículo 12 N° 7 del Código Penal³¹², por la precisa posición de garante del sujeto.

Arranca directamente de lo anterior, la temática de lo fraudulento en relación al tipo. Basta con decir a este respecto, que la naturaleza intrínseca del delito, es decir, aquella que emana de sus verbos rectores y el carácter de sus sujetos, es la de ser una

³¹¹ *Ibíd.*, p. 77.

³¹² Artículo 12, Código Penal: “*Son circunstancias agravantes: 7ª. Cometer el delito con abuso de confianza*”.

“modalidad de fraude por abuso de confianza, que se funda en la cualidad del sujeto activo (el que está o ha estado empleado) y sus relaciones particulares con el sujeto pasivo”³¹³. No cabría, en definitiva, el fraude por engaño, dado que este “recae en la acción de comunicar y no en el acto en virtud del cual el agente toma conocimiento del hecho reservado”³¹⁴. Ante todo, es el propio tipo el que prescribe para la consecución del tipo el proceder con fraude, sin más.

A este respecto, la conducta típica se plantea como una compleja, en la que además de la simple revelación, transmisión o descubrimiento de los secretos de fábrica, se requiere que ello se ejecute de manera fraudulenta, que la comunicación sea fraudulenta, como ya se analizaba. Propagación que, ciertamente, puede ser a través de cualquier medio que permita su conocimiento o develamiento. Por otro lado, conceptualmente lo secreto, lo reservado y lo confidencial ameritan rigor a la luz de su amplitud gramatical, al decantar de su significación la extensión del componente obligacional de los sujetos, especialmente el trabajador. Útil resulta en una primera aproximación, el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua (R.A.E en adelante) al definir tales términos. Lo “secreto” significa en su primera acepción "cosa que cuidadosamente se tiene reservada y oculta", y en su tercera, el "conocimiento que exclusivamente alguien posee de la virtud o propiedades de una cosa o de un procedimiento útil en medicina o en otra ciencia, arte u oficio". Por su parte, “reserva” es definida en una primera significación como la "guarda o custodia que se hace de algo, o prevención de ello para que sirva a su tiempo", y en una tercera, la "prevención o cautela para no descubrir algo que se sabe o piensa". Finalmente, la R.A.E conceptúa lo “confidencial” como aquello "que se hace o se dice en confianza o con seguridad recíproca entre dos o más personas".

³¹³ ACOSTA SÁNCHEZ, Juan Domingo. “El delito de comunicación...”, p. 72.

³¹⁴ *Ibíd.*, p. 72.

Desde el Derecho Penal, particularmente desde la teoría de la voluntad o subjetiva³¹⁵, el concepto de “secreto” le es relevante en su faz voluntaria, es decir, aquel creado en virtud de una manifestación explícita de voluntad del titular, en este caso del empresario dueño de la empresa, para que determinado hecho subsista oculto. Esta arista se contrapone en esta trama a la fortuita, en la cual no existe tal voluntad del titular. La crítica a esta teoría se encuentra precisamente a la base de su esencia, al dejar prácticamente al arbitrio del titular del secreto la fijación de su contenido, sin dejar margen a la inclusión del interés general en su *ratio*, o al menos, a una mínima compatibilización. Aspecto no menor, si se piensa que el interés general está conformado por la defensa de la libre competencia, bien tutelado con la tipificación de estas conductas; sin olvidar por cierto, los problemas acarreables con la seguridad jurídica³¹⁶. Mientras tanto, la teoría del interés u objetiva³¹⁷ precisa de un interés heterónomamente valorado como apreciable; por ende, concurriendo tal, se presume que el titular desea mantener la circunstancia en secreto³¹⁸. Lo reprochable de esta visión, es que no considera al final del día el interés en el mantenimiento del secreto igual se encuentra radicado en la voluntad de su titular, no siendo menester que el ordenamiento jurídico venga en observar necesariamente estas circunstancias desde la libre competencia³¹⁹. En resumidas cuentas, lo seguido en doctrina comparada es que tanto voluntad como interés deben enlazarse de manera afín³²⁰, conciliándose ambas perspectivas. Es así como debe reconocerse que el secreto es un bien económico con repercusiones patrimoniales e instrumentales concretas amparadas por la libre competencia, y cuyo titular es el empresario³²¹. Derivación de esto, es que

³¹⁵ O “*willenstheorie*”, originada en Alemania a fines del siglo XIX. Véase ZITELMANN, Ernst. *Begriff und Wesen der sogenannten juristischen Personen*. Leipzig, Alemania: Duncker&Hunblot, 2003.

³¹⁶ En el mismo sentido, MORALES PRATS, Fermín. *La tutela penal de la intimidad: privacy e informática*. Barcelona, España: Editorial Destino, 1984, pp. 188-189.

³¹⁷ O “*interessentheorie*”, también alemana, mas, previa a la “*willenstheorie*” en su formulación.

³¹⁸ En profundidad, BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. *Derecho penal económico...* pp. 279-280.

³¹⁹ Siguiendo esta opinión, CARRASCO ANDRINO, María del Mar. *La protección penal del secreto de empresa*, Barcelona, España: Ed. Cedecs, 1998, p. 47.

³²⁰ Se sigue a LAMPE, Ernst-Joachim. “La protección jurídico penal de la competencia económica en el anteproyecto de Código Penal español de 1983”, en: AA.VV: *La reforma penal: delitos socio-económicos*. Madrid, España: Ed. De Barbero Santos, pp. 368-369.

³²¹ “(...) el secreto no constituye *per se* un interés, un valor o bien jurídico autónomo, sino que se revela como una técnica enderezada a la protección de bienes jurídicos relevantes de muy diversa naturaleza

incorrectamente podría interpretarse que este amparo tiene un afán absoluto, dado que si bien resulta elemental la voluntad del empresario en orden a mantener determinada circunstancia como secreto y se establezca como reservado, a ello debe incorporarse el potencial lesivo al bien jurídico libre competencia.

Finalmente en torno a este delito, relevante es dar luces acerca de su penalidad: reclusión menor en su grado mínimo a medio (de 61 a 540 días), o una multa originalmente iba entre 11 y 20 sueldos vitales, las que en razón del artículo 1 letra i) de la ley 19.450, mutan de 11 a 20 U.T.M (de \$505.989 a \$919.980)³²². Lo primero que llama poderosamente la atención es la baja penalidad corporal asignada a este delito, la alternativa baja multa dada a ésta, y la ausencia de alguna referencia a los perjuicios ocasionados por el obrar descrito en el tipo. La verdad sea dicha, el escenario planteado hace devenir en escasos los incentivos para accionar penalmente; o con precisión, el aliciente del empresario resulta mínimo para encaminar de forma absoluta en la prosecución penal el amparo de los secretos corporativos, sumado a que este delito es de acción penal pública previa instancia particular³²³. Las razones para lo anterior podrán ser el reflejo de un amplio abanico de argumentos de política criminal, empero, no es posible desentenderse de las consecuencias que acarrea la notoria falta de actualización de la legislación penal en variados bienes jurídicos; cuestión que va desde las penas impuestas, sus tramos, hasta la configuración subjetiva y típica en general de los delitos. Pese a ello, igualmente pueden extraerse particulares y sugestivos aportes para la configuración dogmática de las cláusulas de no competencia post contractual laboral desde el artículo 284 del Código Penal.

(distinto intereses estatales, el derecho a la intimidad, la capacidad competitiva de una empresa, etc.)”, MORÓN LERMA, Esther. *La tutela penal del secreto de empresa, desde una teoría general del bien jurídico*. Tesis Doctoral en Derecho por la Universidad de Barcelona. Barcelona, España, 2002, p. 82.

³²² Considerando que la U.T.M, a Octubre de 2016, tiene un valor de \$45.999.

³²³ El artículo 54 letra f) del Código Procesal Penal de Chile prescribe lo siguiente: “*Delitos de acción pública previa instancia particular. En los delitos de acción pública previa instancia particular no podrá procederse de oficio sin que, a lo menos, el ofendido por el delito hubiere denunciado el hecho a la justicia, al ministerio público o a la policía.*

Tales delitos son: f) La comunicación fraudulenta de secretos de la fábrica en que el imputado hubiere estado o estuviere empleado, y”

El primero de ellos, tiene relación con el supuesto error de técnica legislativa que se advertía al inicio del estudio de este artículo 284. En rigor, no existe tal descuido: sencillamente la arista penal conjetura la protección de la industria, el comercio, la libertad y la libre competencia, como un asunto de orden y seguridad pública. Se descarta un tratamiento de los bienes jurídicos mencionados desde el prisma estricto de los intereses particulares del empresario, a pesar de que el riesgo derivado del uso propio o ajeno, malicioso o no, la confidencialidad, titularidad, y definición de aquello que es secreto le pertenezca. Lo heterónimo público ingresa a este entramado de manera contingente, mas no por ello menos relevante e influyente para efectos hermenéuticos, dado que existe “un interés de la autoridad por la normal realización de estos actos y por mantener un determinado orden en las relaciones económicas, particularmente en el proceso de los precios”³²⁴. Adelantando el material que será examinado, llevado esto hacia la evolución jurisprudencial chilena en el tratamiento del conflicto tras la validez de las cláusulas de no competencia laboral finalizado el contrato de trabajo, es posible señalar una lógica pendular, que trasunta entre primarias lecturas conflictuales *interpretivos* a otras reinantes actualmente, en las que la colisión de derechos fundamentales y el mecanismo de ponderación subyugan herramientas diversas de solución. La dinámica resolutoria a través del último sistema revela, en efecto, una suerte de explícito entusiasmo estatal en las relaciones entre particulares empleando el discurso de los derechos constitucionales. Asumir sin más este talante, resulta de utilidad para comprender el curso que finalmente tomó la resolución de estos pactos, lo cual no significa en lo absoluto brindarle un cerrado apoyo sin mayor cavilación o crítica, que es precisamente lo que se echa en falta en el estado actual del arte en este punto, aún enclaustrado en férreos y vehementes apoyos a la teoría de los derechos fundamentales inespecíficos en sede laboral³²⁵. El silencio crítico dogmático habilita la incardinación, como algo positivo *per se*, de gramáticas intuitivas

³²⁴ ACOSTA SÁNCHEZ, Juan Domingo. “El delito de comunicación...”, p. 66.

³²⁵ Por todos, UGARTE CATALDO, José Luis. “Los derechos en su nueva hora: la teoría externa de los derechos fundamentales”, en: *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Año 18, N° 2 (2011), pp. 361-373.

en torno a la resolución de conflictos entre privados a través de una judicatura que emplea derechos fundamentales, ponderándolos. Esto que no hace más que dispositivizar y enquistar aún más la *ratio* de un Derecho del Trabajo flexibilizado, irreflexivo, autónomo y crédulo de sistemas que, si bien pueden tender instintivamente y *prima facie* a la tutela de los derechos, el costo aparejado es alto a nivel de la efectiva validez de instituciones que poca lógica guardan con el núcleo de la rama a la cual, finalmente, terminan inciertamente perteneciendo.

El segundo aporte que nos brinda este tipo del Código Penal, es la configuración de su bien jurídico protegido, con repercusiones en el sujeto activo de la conducta y, en su caso, la mayor gravedad de la conducta. Sucintamente, a pesar que el bien jurídico es la libre competencia, se considera es posible agregar la competencia diferencial para el evento que el empleado o quien detentaba tal calidad (no siendo bisagra de ello la existencia de un contrato de trabajo) tenga una posición de garante que le de mayores ventajas al tiempo de una potencial competencia. Es de esta forma que resulta irrelevante el rango, función o vinculación del empleado respecto de lo fijado como secreto por el empresario, pudiendo ser sujetos activos del delito todos aquellos que detenten en los términos especificados por el tipo. Lo rescatable, pensando en las cláusulas de no competencia post contractual laboral reside, precisamente en ello. El criterio que arroja la configuración del tipo se satisface plenamente desde el cariz de la igualdad como precepto constitucional³²⁶, y el rechaza al establecimiento de una discriminación arbitraria: no se trata, en el fondo, de un delito únicamente establecido para trabajadores o empleados de alta gerencia, mas, si este es cometido por estos, cabe plenamente fundar la caza de las responsabilidades agravadas en la competencia diferencial.

El tema es que para las cláusulas en estudio, los reducidos estudios doctrinales en Chile han pretendido ceñir su aplicabilidad a determinado grupo de trabajadores: “un

³²⁶ Desde el cariz del Tribunal Constitucional, NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. “El derecho a la igualdad en la jurisprudencia constitucional”, *en*: *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, N° XVIII (1997), pp. 167-184.

pacto de no competencia post-contractual sólo puede comprender a aquellos trabajadores que, en razón de la importancia del cargo que desempeñan, han tenido contacto con la clientela, proveedores o informaciones reservadas del empresario. Pues esta es la clase de trabajador que, si se emplea en otra empresa o constituyen una propia, puede provocar, sin mayores dificultades, el trasvase de los intereses del negocio del ex-empleador, causándole un perjuicio”³²⁷. En su minuto, se volverá sobre este punto.

Finalmente respecto del artículo 284 del Código Penal, cabe subrayar del tipo analizado la absoluta falta de referencia a los menoscabos ocasionados, a efectos de la determinación de la penalidad, la cual trasvasijada a las cláusulas de no competencia comporta asumir la existencia de un potencial perjuicio sufrible por el ex empleador, y de una aparejada compensación para quién fue su trabajador, lo cual se encuentra en la base misma de estos pactos. Es su causa lícita. Este talante es una consecuencia de la obvia distinción regulatoria entre el delito estudiado y los pactos de no competencia post contractual: la causa es tenida de manera diversa en una y otra rama del ordenamiento jurídico, ingresando a la regulación de una y otra institución hacia su validación dentro del sistema en el que se ligan.

6.2 ¿Podría llegar a pensarse en la responsabilidad del tercero que se aprovecha del incumplimiento del ex trabajador? Escenario en Chile.

La pregunta perfectamente puede partir, sin que sea por cierto un requisito *sine qua non* para perseguir la responsabilidad del tercero por parte del ex empleador, de cuestiones exclusivamente de hecho: la imposibilidad de hacer valer directamente la responsabilidad en el patrimonio del trabajador por insuficiencia de aquel³²⁸, y/o la

³²⁷ SIERRA HERRERO, Alfredo. “La cláusula de no competencia...”, p. 139.

³²⁸ Por cierto podría pensarse en la posibilidad que con la indemnización resultante por el pacto de no competencia, el trabajador desatendiéndose de sus obligaciones pudiese estructurar una nueva empresa. A

circunstancia de estar el ex trabajador empleado en una empresa de la competencia que profita de éste, y/o el hecho de estar el trabajador asociado con otra persona (sea esta natural o jurídica) y se emprende un negocio concurrente con el giro del antiguo empleador. Incluso, podría perfectamente pensarse desde un punto de vista comercial, y fijar la responsabilidad en quién aparece en los hechos actuando veladamente en representación del ex trabajador. La idea, en el fondo, es hacer responsable también a todos estos.

En Chile la hipótesis que plantea la pregunta con la que se inaugura el punto es una cuestión que no ha sido abordada ni jurisprudencial ni doctrinalmente a propósito de las cláusulas de no competencia post contractual³²⁹. La aproximación a dicha temática que ahora se pretenderá efectuar, parte de la base general que esta responsabilidad es de naturaleza extracontractual, a diferencia de la que le cabría al ex trabajador, que sería contractual. Concurrirían, ya sea la empresa, el socio, el suplantador o testaferro del trabajador, de forma solidaria, en ligazón con lo prescrito por el artículo 2317 del Código Civil³³⁰ al configurarse un delito de naturaleza civil. Sin perjuicio de la dificultad que merece definir la competencia judicial llamada a resolver este tipo de contingencias en uno y en otro sujeto, estos asientos conceptuales son compartidos por todos los mencionados.

Expuesto lo anterior, y atendido el bien jurídico tutelado por las cláusulas de no competencia post contractual, especial atención merece el caso del nuevo empleador que termina aprovechándose de la infracción contractual, infringiendo aparejadamente las normas sobre competencia vigente. A este respecto, es factible elaborar una interpretación

la luz de lo prescrito por el artículo 1555 del Código Civil, perfectamente podría ordenarse el cierre de esta nueva empresa, además de tangencialmente ordenar el pago de los perjuicios con los fondos de ésta.

³²⁹ Doctrinalmente existe una honrosa excepción en OGALDE MUÑOZ, Jorge. “La subsistencia de obligaciones del trabajador...”, pp. 40-42.

³³⁰ “Si un delito o un cuasidelito ha sido cometido por dos o más personas, cada una de ellas será solidariamente responsable de todo el perjuicio procedente del mismo delito o cuasidelito salvo las excepciones de los artículos 2323 y 2328. Todo fraude o dolo cometido por dos o más personas produce la acción solidaria del precedente inciso”.

conexa entre normas, todas del Código Civil, útiles a fin de elaborar un derrotero hermenéutico que pueda gestar un escenario factible de seguimiento de responsabilidad en contra del nuevo empleador. La primera cuestión que debe despejarse son las normas a tener presente. Y tales son las de los artículos 2314³³¹, 2329 inciso primero³³², 2320 inciso primero y cuarto³³³ y 2322³³⁴. La segunda, apunta a clarificar las 2 hipótesis de responsabilidad en razón de las cuales puede ser responsable este empleador: por el hecho propio, basándose en el artículo 2314; y por el hecho ajeno, en virtud de las normas contenidas en los artículos 2329, 2320 y 2322, en aplicación de la doctrina *in eligiendo vel vigilando*. Es decir, responsabilidad del empresario por el hecho de su dependiente cuando éste es negligente en la selección, dirección, vigilancia y control de sus empleados. Si bien esta es la Escuela que expelen las normas civiles señaladas, no resulta ser la más adecuada en atención a la desconcentración de los procesos intelectivos y decisionales en las empresas propia de estos tiempos³³⁵. En cuestiones como estas falla el sistema de responsabilidad civil chileno, no actualizándose *vis a vis* los nuevos escenarios organizacionales, obviando la búsqueda al menos positiva de un entramado positivo que objetivado, acompañe de mejor forma estas particularidades.

³³¹ “El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito”.

³³² “Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta”.

³³³ “Toda persona es responsable no sólo de sus propias acciones, sino del hecho de aquellos que estuvieren a su cuidado (...) Así los jefes de colegios y escuelas responden del hecho de los discípulos, mientras están bajo su cuidado; y los artesanos y empresarios del hecho de sus aprendices o dependientes, en el mismo caso”.

³³⁴ “Los amos responderán de la conducta de sus criados o sirvientes, en el ejercicio de sus respectivas funciones; y esto aunque el hecho de que se trate no se haya ejecutado a su vista. Pero no responderán de lo que hayan hecho sus criados o sirvientes en el ejercicio de sus respectivas funciones, si se probare que las han ejercido de un modo impropio que los amos no tenían medio de prever o impedir, empleando el cuidado ordinario, y la autoridad competente. En este caso toda la responsabilidad recaerá sobre dichos criados o sirvientes”.

³³⁵ “(...) El modelo de responsabilidad por culpa propia y presunta del principal (culpa *in eligendo vel vigilando*) encaja bien con un modelo empresarial, gestionado por un empresario individual que escoge, instruye y controla directamente a sus dependientes. Precisamente por ello, se trata de un régimen que plantea dificultades cuando sus presupuestos deben aplicarse a grandes estructuras organizativas, con procesos internos poco definidos, a menudo cambiantes y escasamente jerárquicos”, SOLE FELIÚ, Josep. *La responsabilidad extracontractual del principal por hechos de sus auxiliares: principios y tendencias*. Madrid, España: Editorial Reus, 2012, p. 23.

De las 2 aristas, la de mayor interés práctico es que la conforma la triada normativa habilitante para demandar responsabilidad del nuevo empleador por el hecho ajeno, es decir, de quién está bajo su subordinación o dependencia³³⁶. Triada que, estrictamente, debiera ser tenida como un binomio en atención a la superación de una antigua doctrina que tendía a diferenciar el contenido normativo de los artículos 2320 y 2322. En aquella, se busca precisar que para el “caso del artículo 2320 se establece la responsabilidad por el hecho de existir un vínculo de dependencia entre empresario y subordinado o dependiente y que el daño se haya causado en circunstancias en que el empresario haya podido evitarlo utilizando la autoridad y cuidado que su calidad le confiere, no así en el artículo 2322 que además señala que el empleado debe estar en el ejercicio de sus funciones e incluso ejercerlas de forma indebida”³³⁷. No sin olvidar que el artículo 2320 habla de “empresarios”, mientras que el 2322 de “amos y criados”. Doctrina autorizada ha visto en esta normas un concurso, observando que “(...) la jurisprudencia no se ha hecho grandes problemas con el concurso de normas, entendiendo que la pretensión se puede fundar en una o en otra o en ambas a la vez, sin entrar en sutiles diferenciaciones semánticas entre ambos preceptos, que, en verdad, son expresivos de un mismo principio”³³⁸.

Lo primero que debe observarse para que opere esta presunción de responsabilidad del empresario, es que se acredite la ocurrencia de un delito o cuasidelito por parte del trabajador. Lo cual a su vez supone dar cuenta de los elementos generales de la responsabilidad por culpa: un hecho voluntario, culpa o dolo, daño y causalidad entre el hecho y el daño. Luego, demostrar la existencia de una relación de subordinación o dependencia entre el autor del hecho y éste. Finalmente, que el daño debe ser causado en

³³⁶ Desde ya, bajo la lógica del artículo 2314 del Código Civil, “el tercero responsable extracontractualmente pudiera ser tanto un nuevo empleador, como un asociado al ex trabajador o incluso un testafiero que actúe por el ex trabajador”, OGALDE MUÑOZ, Jorge. “La subsistencia de obligaciones del trabajador...”, p. 41.

³³⁷ PLAZA VALLEJOS, María Paz y TELLO ANDRADE, María Fernanda. *Responsabilidades a las que da lugar la actividad empresarial: en especial en el Derecho Laboral y de la seguridad social*. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile. Santiago, Chile, 2014, p. 89.

³³⁸ BARROS BOURIE, Enrique. *Tratado de responsabilidad extracontractual*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica, 2010, p. 183

ejercicio de sus funciones del autor o bajo la vigilancia del empresario³³⁹. A ello debe sumarse, contextualizando en lo atinente a las cláusulas de no competencia post contractual laboral y la responsabilidad que se pretende extender al nuevo empleador, que éste “haya conocido las obligaciones asumidas por su nuevo trabajador”³⁴⁰ con el antiguo; y que obviamente estos pactos sean calificables como válidos.

Particular cuidado debe tenerse con el inciso final del artículo 2320, que establece un mecanismo que de acreditarse, significa el cese de la obligación del empleador para su empleado. Tal inciso señala que: “*Pero cesará la obligación de esas personas si con la autoridad y el cuidado que su respectiva calidad les confiere y prescribe, no hubieren podido impedir el hecho*”. A pesar de ello, la tendencia en torno a esta norma tiende a su aplicación restringida. En dicha línea, “si bien nuestro sistema sigue la doctrina de la culpa *in eligendo vel vigilando* y por tanto existen excusas posibles para el empresario, jurisprudencialmente las excusas son entendidas de forma cada vez más restrictiva, haciendo que la posibilidad de exoneración de responsabilidad sea cada vez más difícil para el empresario quien más que elegir o vigilar debe actuar realizando actos positivos y concretos para evitar el hecho dañoso, lo que ha asimilado la responsabilidad empresarial a la responsabilidad estricta, ya que es necesario que exista un caso fortuito para que el empresario no deba responder”³⁴¹. Es esta aplicación foral civil la que abre derechamente la posibilidad de extender la responsabilidad en una lógica extracontractual al nuevo empleador. Si bien es totalmente entendible que el sistema de responsabilidad *in eligendo*

³³⁹ “El empresario responde de los delitos o cuasidelitos de sus dependientes si éstos los ejecutan mientras están bajo su cuidado, es decir, durante el tiempo que presten sus servicios o desempeñen las funciones que les estén encomendadas, sea que el hecho se realice en ejercicio o con ocasión de tales funciones o servicios y aun con abuso de unas u otros, sea ajenos a ellos o se verifique durante una interrupción momentánea de los mismos”, ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. *De la Responsabilidad Civil Extracontractual en el Derecho Chileno. Tomo I*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica Ediar-Conosur Limitada, 1983, p. 371.

³⁴⁰ OGALDE MUÑOZ, Jorge. “La subsistencia de obligaciones del trabajador...”, p. 41. Este autor revisando la jurisprudencia francesa, señala que ésta se “habría uniformado en el sentido de exigir sólo el conocimiento de la obligación infringida para hacer responsable al tercero”, *Ibid*. Se descarta toda suerte de intervención determinante en la violación de la cláusula de no competencia post contractual por parte de su ahora trabajador.

³⁴¹ PLAZA VALLEJOS, María Paz y TELLO ANDRADE, María Fernanda. *Responsabilidades a las que da lugar la actividad empresarial...*, p. 95.

vel vigilando sea anacrónico con los tiempos que corren, malamente aquello puede ser tenido como una circunstancia asimilable a caso fortuito por el empleador y que incluso aminore su responsabilidad. Por el contrario, sería un actuar negligente por parte del empleador a la hora de controlar los procesos internos preventivos y reactivos de la empresa durante todo el derrotero de la relación de trabajo, el que estos no se establezcan o se den erróneamente por instituidos. Piénsese concretamente en los de ingreso a ella, si es que no se constituye un procedimiento objetivo de indagación acerca de obligaciones de no competencia post contractual asumidas por los candidatos al cargo con sus antiguos empleadores. Ya durante la relación de trabajo y proyectándola hacia su terminación, al no generar instructivos específicos, perfiles de cargo, definición de información privilegiada, estatutos sobre propiedad de los bienes creados por los trabajadores, elevar a la categoría de incumplimiento grave la falta a la obligación de no competencia con su ex empleador y, correlativamente, el establecimiento de sanciones e incluso el despido ante la vulneración de estos pactos que le son al nuevo empleador igualmente oponibles, como cualquier otro. Resurge así el contenido del artículo 2329 del Código Civil: indesmentible sería, atendido el nivel de profesionalización necesario en la gestión de la empresa, que un empleador que no genera alguno, o peor aún, todos estos mecanismos preventivos, incurrirá en una inexcusable falta de diligencia, que configuraría una negligencia que de generar perjuicios, aquellos debieran ser naturalmente compensados.

6.3. Pérdida de interés por parte del empleador. Régimen de responsabilidad.

Es evidente que el pacto de no competencia postcontractual laboral interesa a ambas partes, trabajador y empleador. Por ende, desde ya resulta contradictorio considerar la posibilidad que no mediando indemnización alguna, el empleador pueda librarse sin más de las obligaciones convenidas, basándose éste en una pérdida de interés en el pacto. En dicha línea, la bilateralidad y la consensualidad intrínsecas a la cláusula justifican

largamente la posición tendiente a calibrar sus incumplimientos desde ambas partes³⁴², no pudiendo el empleador ampararse en que la institución encuentra sustento en la mera tutela de sus intereses competitivos.

Sin perjuicio de este claro delineamiento, y siguiendo a Ogalde Muñoz³⁴³, es posible establecer basándose en la jurisprudencia francesa, 3 planteamientos empresariales buscando evitar que la cláusula goce de eficacia:

- Nulidad de la cláusula al haberse establecido fuera de límites razonables: posibilidad que ha sido negada, puesto que el único sujeto activo de la acción de nulidad (la que por cierto sería relativa), sería el trabajador.
- Renunciar a la cláusula: lo cual únicamente sería aceptado si tal posibilidad es contemplada en el pacto.
- Solicitud de rebaja de la compensación, solicitando la regulación de aquella como si fuera una cláusula penal: el punto de conflicto estribaría, como bien anota el autor, en que a los tribunales chilenos les está vedada tal posibilidad puesto que a diferencia de sus pares franceses, la cláusula penal no admite su reducción. Todo, sin obviar el hecho que la naturaleza jurídica de la compensación económica es materia discutida, no quedando claro se trate de una cláusula penal.

El incumplimiento por parte del empleador, desde la base de la bilateralidad y la consensualidad propias del establecimiento del pacto, se “traducirá normalmente en el impago de la compensación estipulada. En relación a las consecuencias de este incumplimiento, nos parece que el tratamiento de la cuestión debe reconducirse, principalmente a lo establecido en el art. 1489 del Código Civil, complementado con lo dispuesto en el art. 1552 del mismo cuerpo legal. De acuerdo a las normas citadas, el

³⁴² No obstante esto, literatura comparada, especialmente francesa habla de la posibilidad que el empleador se reste de su obligación de pagar la compensación al trabajador, dado que el riesgo que le conlleva la competencia diferencial de su ex trabajador no amerita seguir desembolsando más dinero. En dicho sentido, BRUN, André y GALLARD, Henri. *Droit du Travail. Les rapports individuels de Travail. Tomo I.* Paris, Francia: Editorial Sirey, 1978, p. 500.

³⁴³ OGALDE MUÑOZ, Jorge: “La subsistencia de obligaciones del trabajador...”, p. 38.

trabajador tendría las siguientes opciones: (i) solicitar el cumplimiento del pacto, esto es, el pago de la compensación y además la indemnización de daños y perjuicios; y (ii) solicitar la resolución del pacto y además la indemnización por daños y perjuicios. En este supuesto, el trabajador quedaría liberado de su deber de abstención y los daños y perjuicios habría que cuantificarlos en relación con las expectativas de trabajo sacrificadas como consecuencia del propio pacto. En ambos casos, de acuerdo el art. 1552 del Código Civil, el trabajador podría haber realizado actividades concurrentes a su ex-empedor, mientras hubiera subsistido el impago de la compensación por parte de éste³⁴⁴. Los tribunales llamados a resolver este tipo de controversias, a partir del ya citado artículo 420 del Código del Trabajo, serían los juzgados con competencia laboral, ciñéndose a una responsabilidad de tipo contractual, del mismo modo expuesto a propósito del régimen aplicable al trabajador que incumple con sus obligaciones.

7. Perspectivas comparadas de las cláusulas de no competencia post contractual laboral. De admisibilidades estructurales y jurisdiccionales.

El punto anterior cerraba sus ideas en torno a la dependencia económica como catalizador de la protección del Derecho del Trabajo hacia ex trabajadores, es decir, a personas que carecen del componente de subordinación tradicional, ampliándose en consecuencia el universo acreedor de protección. También se hacía una referencia superficial a los más habituales requisitos planteados por tanto por la jurisprudencia como por la legislación comparada, ciertamente asimilados por la nacional, a fin de establecer la validez de estas cláusulas de no competencia. Finalmente, se prevenía en torno a los riesgos que pueden darse de razonar un escenario hermenéutico en el que por incorporar

³⁴⁴ SIERRA HERRERO, Alfredo. “La cláusula de no competencia post-contractual...”, p. 149. Complementando, Irureta expresa que “si la extinción reconoce su origen en hecho injustificado imputable al empleador, entonces éste deberá resarcir los daños y perjuicios que ello involucra, ya que el cumplimiento de las obligaciones no puede estar sujeto a la voluntad de alguno de los contratantes”, IRURETA URIARTE, Pedro. “La prohibición de competencia...”, p. 77.

esta racionalidad económica, subsista la alienación buscada desterrar con la inclusión de la *ratio* propia de los Derechos Fundamentales en la concepción de estos pactos de no competencia ultraactiva.

Teniendo presente aquello, menester resulta profundizar en aquellos países que aceptan la validez de estas cláusulas, ya sea expresamente en su legislación o a través de la construcción forjada en sede jurisprudencia. Igualmente necesario se hace traer a colación aquellos que niegan expresamente la posibilidad de establecer los pactos en comento.

7.1. Países en los que se admite positivamente la validez de estas cláusulas. Requisitos legales comparados.

7.1.1. Sistematización inicial según el cuerpo legal en el que se le regula a la cláusula.

Comparadamente, esta es la opción que observa una mayor adscripción. Dentro de los países que aceptan expresamente la suscripción de las cláusulas de no competencia post contractual, se encuentran Holanda, Austria, República Checa, Dinamarca, Alemania, Italia, Luxemburgo, España, Noruega y Portugal. Sin perjuicio de presentar particularidades ligables a su adscripción al sistema del *common law*³⁴⁵, Estados Unidos también es posible encuadrarlo en esta línea, en términos generales. Previo a analizar y sistematizar los requisitos que comparten los países enumerados, resulta interesante observar la naturaleza del cuerpo jurídico en el cual se encuentran regulados estos pactos,

³⁴⁵ “El papel del *common law* en la definición de los contratos u obligaciones contractuales que pueden resultar contrarios a la competencia económica ha sido bastante limitado, porque las leyes se han ocupado de ello, principalmente las leyes federales, pero también las leyes antimonopólicas de cada uno de los estados; de acuerdo con estas leyes, los contratos que las violen no sólo carecen de acción (*unenforceable*) conforme al *common law*, sino que además dan lugar a responsabilidad civil o criminal. Sin embargo, se ha dejado a los jueces la decisión acerca de si las cláusulas de no competir constituyen restricciones indebidas al comercio”, ADAME GODDARD, Jaime. “¿Deben ser válidas las cláusulas de no competencia en el derecho mexicano?”, en: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, N° 102 (2001), p. 721.

pudiendo formarse grupos: aquellos que regulan la institución en su Código Civil y/o normas estrictamente civiles que en uso de una técnica legislativa de reconducción culminan regularizando el tema; en el Código de Comercio; y finalmente, en el Código del Trabajo y/o cuerpos específicos creados al efecto de naturaleza laboral. No obstante el agrupamiento según el criterio expresado, tanto doctrinal como jurisprudencialmente se ha señalado que los requisitos han de ser interpretados de manera restrictiva al darse una afectación a la libertad del trabajador³⁴⁶.

Dentro del primer grupo es posible notar que la reglamentación de las cláusulas de no competencia post contractual laboral es dable de encontrar, particularmente, en el

³⁴⁶ En el contexto español, se ha expresado que “la promulgación de la Constitución Española, cuyo artículo 35 consagra como fundamental el derecho-deber al trabajo y del que es fiel reflejo el artículo 4-1 del repetido Estatuto de los Trabajadores, supuso una trascendental modificación en el régimen normativo de aquél deber laboral previsto para después de la vigencia del contrato de trabajo que pasó, en efecto, de constituir una propia obligación legal a convertirse en un pacto específico, requerido de precisas e insoslayables exigencias, que se incorpora a la concreta relación laboral concertada”, STSJ de Madrid (Sala de lo Social), N° 138/1990, de 5 de Febrero de 1990.

Código Civil en Holanda³⁴⁷, Italia³⁴⁸ y Noruega³⁴⁹; sin perjuicio que, como ya se predecía, la legislación reconduce desde la legislación específica laboral en este tópico a los efectos

³⁴⁷ Dentro del Código Civil holandés, la regulación se encuentra en el Título 7.10 del Código Civil, artículo 653: 1. *Een beding tussen de werkgever en de werknemer waarbij deze laatste wordt beperkt in zijn bevoegdheid om na het einde van de overeenkomst op zekere wijze werkzaam te zijn, is slechts geldig indien: a. de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd is aangegaan; en b. de werkgever dit beding schriftelijk is overeengekomen met een meerderjarige werknemer.* 2. *In afwijking van lid 1, aanhef, en onderdeel a, kan een beding als bedoeld in lid 1 worden opgenomen in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, indien uit de bij dat beding opgenomen schriftelijke motivering van de werkgever blijkt dat het beding noodzakelijk is vanwege zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen.* 3. *De rechter kan een beding als bedoeld in lid 1 en lid 2: a. geheel vernietigen indien het beding, bedoeld in lid 2, niet noodzakelijk is vanwege zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen; of b. geheel of gedeeltelijk vernietigen indien in verhouding tot het te beschermen belang van de werkgever, de werknemer door dat beding onbillijk wordt benadeeld.* 4. *Aan een beding als bedoeld in lid 1 of lid 2 kan de werkgever geen rechten ontnemen, indien het eindigen of niet voortzetten van de arbeidsovereenkomst het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever.* (1. Una disposición contractual entre el empleador y el empleado que restrinja el derecho del empleado a trabajar de una manera determinada después del final del contrato de trabajo sólo es válida si el empleador la ha acordado por escrito con un empleado adulto. - 2. El tribunal puede anular una disposición contractual total o parcialmente sobre la base de que el empleado se vea injustamente perjudicado por dicha disposición en proporción con el interés del empleador que está protegida por dicha disposición.- 3. Cuando el empleador es responsable de los daños derivados de la forma en la que ha terminado el contrato de trabajo, no podrá impetrar ningún derecho en razón de una disposición contractual propia del apartado 1.- 4. Si una disposición contractual que significa al amparo del párrafo 1 un obstáculo importante para el empleado para realizar un trabajo ajeno al propio del giro del empleador, el tribunal podrá ordenar en todo momento que el empleador debe pagar una indemnización al empleado por la duración de la restricción. El tribunal determinará la cantidad de esta compensación en justicia, en vista de las circunstancias del caso; permitiéndole al empleador pagar la indemnización en cuotas que fije el tribunal. Cuando el empleado es responsable de los daños derivados de la forma en la que ha terminado el contrato de trabajo, el empleador no puede ser obligado al pago de la compensación antes del pago de la que le corresponda).

³⁴⁸ El artículo 2125 del Código Civil italiano, prescribe: “*Patto di non concorrenza. Il patto con il quale si limita lo svolgimento dell'attività del prestatore di lavoro, per il tempo successivo alla cessazione del contratto, è nullo se non risulta da atto scritto, se non è pattuito un corrispettivo a favore del prestatore di lavoro e se il vincolo non è contenuto entro determinati limiti di oggetto, di tempo e di luogo*”.

La durata del vincolo non può essere superiore a cinque anni, se si tratta di dirigenti, e a tre anni negli altri casi. Se è pattuita una durata maggiore, essa si riduce nella misura indicata dal comma precedente. (Acuerdo de no competencia. El pacto con el que se limita a la realización de la actividad del trabajador, tras la terminación del contrato es nulo si no se reduce por escrito, si no se acuerda una compensación en favor del empleado y si el vínculo no se contiene dentro de ciertos límites de objeto, tiempo y lugar.

La duración del pacto no puede ser superior a cinco años, si se trata de ejecutivos, y tres años en los demás casos. Si se acuerda una duración más larga, esta se reducirá en la misma medida).

³⁴⁹ “*Non-compete clauses are regulated by Article 38 of the Norwegian Contract Act of 31 May 1918 N° 4 (Contract Act). The main rule is that a non-compete clause cannot be agreed upon with employees who do not have managerial positions. There are, however, some exceptions, for Employees without managerial positions (...). Further, a non-compete clause may be invalid, either completely or partially: • if the clause is found to unreasonably limit the employee's access to work or • if the clause is regarded as including more than necessary to prevent the former employee from acting in competition. If one of these conditions is fulfilled the clause may be held invalid or reduced by the court. A non-compete clause may also be held invalid based on the grounds for termination of the employment contract*”, (Las cláusulas de no competencia son reguladas por el artículo 38 de la Ley Noruega de los Contratos de 31 de Mayo de 1918 N° 4 (Ley de los Contratos). La regla general es que una cláusula de no competencia no puede acordarse con empleados

tratados en su normativa general de contratos, carácter que se observa en el caso danés³⁵⁰. Pasando al segundo bloque, esto es, aquellos países que reglamentan la normativa en su Código de Comercio, destacable es el caso de Alemania, país que a pesar de carecer de una codificación de normas laborales, es posible localizar un gran número de normas protectoras del trabajador en múltiples áreas³⁵¹. De esta manera, el criterio al que atiende el legislador alemán en este tópico es el del mercado dentro del cual se integra el trabajador más allá de su talante como tal. Así, dado que lo regulado entre las secciones 74 a 75f es la situación del empleado de comercio con el que se acuerda una cláusula de este estilo³⁵²,

que no tengan posiciones de mando. Hay, con todo, algunas excepciones, respecto de empleados que no tienen posiciones de dirección (...) Además, una cláusula de no competencia puede invalidarse, ya sea total o parcialmente: * si la cláusula irrazonablemente limita el acceso al empleo del ex trabajador o * si la cláusula se excede más allá de lo necesario con el fin de proteger al ex empleador de la competencia. Si una de circunstancias se da la cláusula podría ser declarada inválida o reducida por el tribunal. Una cláusula de no competencia podría ser también declarada inválida a propósito de la terminación del contrato de trabajo), LENTH, Claude. “Norway”, en: IUS LABORIS. *Non-compete clauses. An international guide*. Bruselas, Bélgica: Ius Laboris, 2010, p. 225.

³⁵⁰ La sección 18 de la Ley Danesa de Empleados Asalariados empresa: “*Si un empleado asalariado ha asumido -por razones de competencia- un compromiso de no ejercer un oficio u otro negocio de un tipo especificado, así como de no aceptar cualquier empleo o negocios, se aplicarán las disposiciones de las secciones 36 y 38 de la Ley danesa sobre contratos de 1917. El compromiso mencionado en la primera parte de esta sección sólo tendrá efecto legal respecto de un empleado que ocupa un puesto de alta responsabilidad o de aquel que ha llegado a un acuerdo con el empleador sobre el derecho a utilizar una invención realizada por el empleado. El compromiso será vinculante para el empleado sólo por un período de doce meses a partir de la fecha de terminación de la relación de trabajo, salvo que se haya recibido una compensación razonable en virtud de un acuerdo escrito que restrinja el acceso del empleado al trabajo. El monto de la indemnización se establecerá expresamente en el contrato*”. A su vez, la sección 38 de la Ley Danesa de Contratos, en su número 1, indica: “*Si, por razones de competencia, una persona ha acordado no ejercer una forma específica de actividad o negocio o no entrar a trabajar en cierto un negocio, dicho acuerdo no será vinculante para él si los términos relativos al tiempo, lugar y otras circunstancias van más allá de lo necesario para evitar la competencia o injustificadamente restringen el acceso de la persona para el empleo. En el último caso, se tomará en consideración, el interés de la parte interesada en el cumplimiento del acuerdo*”.

³⁵¹ Con todo, los funcionarios públicos y los miembros de la FF.AA están dotados de un estatuto particular en relación al despido. Otras normas, “van desde una Ley del Tiempo de Trabajo, pasando por varias Leyes que se refieren a la protección de grupos singulares de trabajadores (como las mujeres y los jóvenes, o incluso los discapacitados), así como la Ley del Trabajo a Domicilio, hasta la Ley quizás más importante, a saber, la Ley de la Protección contra el Despido”, ZACHERT, Ulrich. “La estructura de las relaciones laborales en Alemania”, en: *AFDUDC*, N° 11 (2007), p. 1032.

³⁵² Sin olvidar el contenido de la sección 90 del mismo cuerpo legal: “*Der Handelsvertreter darf Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse, die ihm anvertraut oder als solche durch seine Tätigkeit für den Unternehmer bekanntgeworden sind, auch nach Beendigung des Vertragsverhältnisses nicht verwerten oder anderen mitteilen, soweit dies nach den gesamten Umständen der Berufsauffassung eines ordentlichen Kaufmanns widersprechen würde*” (El agente no puede utilizar los secretos comerciales que le son confiados o se conocen como tales por su trabajo para el contratista, incluso después de la terminación de la relación

resulta evidente el que sea el Código de Comercio el llamado a recoger en su estructura dicha reglamentación no obstante la evolución de la institución en Alemania. En efecto, dicho país el año 2000 vio un actuar jurisprudencial que extendió la posibilidad de prohibición la competencia laboral post contractual a todos los trabajadores, independientemente se desempeñen estos en el ámbito comercial³⁵³. Ya el año 2003 el legislador alemán nuevamente en el ámbito de la legislación comercial, con precisión en la sección 110 de la *Gewerbeordnung* (GewO), introdujo el criterio jurisprudencial antedicho³⁵⁴.

Finalmente, están aquellos que tienen su regulación en el Código del Trabajo y/o cuerpos específicos de tipo laboral. En primer lugar, Austria establece 2 normas particulares que reglan estas cláusulas: la Ley de Armonización de la Legislación de Empleo (o *Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz*) y la Ley para trabajadores de Cuello Blanco (*Angestelltengesetz, o AngG*)³⁵⁵, del mismo modo que Dinamarca en su Ley

contractual o compartirlos con otros, dado que esto sería contrario a las circunstancias propias de la actividad y la profesión de un empresario prudente).

³⁵³ Decisión del Tribunal Federal del Trabajo Alemán (*Bundesarbeitsgericht*), de 2 de Junio de 1999.

³⁵⁴ La mencionada sección 110 de la GewO, señala: “*Wettbewerbsverbot. Arbeitgeber und Arbeitnehmer können die berufliche Tätigkeit des Arbeitnehmers für die Zeit nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch Vereinbarung beschränken (Wettbewerbsverbot). Die § 74 bis 75f des Handelsgesetzbuches sind entsprechend anzuwenden*” (Prohibición de competencia. Empleadores y empleados pueden acordar restringir la actividad profesional del empleado tras el término de la relación de trabajo (no competencia). Las secciones 74 a 75f del Código de Comercio se aplicarán por analogía).

³⁵⁵ “*A duty not to compete can extend beyond termination of employment only if this has been explicitly agreed upon in the employment contract. The law places several restrictions on post-contract non-compete clauses, including that: • the employee's gross salary for the last month of the employment relationship must not exceed 17 times the daily ceiling amount set out in Section 45 of the General Social Insurance Act ('Allgemeines Sozialversicherungsgesetz'). This salary limitation only applies to non-compete clauses concluded after 17 March 2006 (for white-collar workers) or after 18 March 2006 (for blue-collar workers) • the restriction may only apply specifically to the employer's type of business and must not run for more than one year (Section 36 para. 1 N° 2 AngG) • the non-compete clause must not place restrictions on the employee that unfairly impede the employee's job opportunities in comparison to the business interests of the employer (Section 36 para. 1 N° 3 AngG) (...) In addition to the above, an agreement to a non-compete clause is only valid insofar as the employee was not a minor when the agreement was entered into (Section 36 para 1 no 1 AngG)*”, (El deber de no competir solo puede extenderse más allá del término de la relación laboral si éste ha sido explícitamente acordado en el contrato de trabajo. La ley prescribe grandes restricciones para las cláusulas de no competencia post contractual, incluyéndose que: * la remuneración bruta del empleado del último mes de la relación de trabajo no puede exceder en 17 veces el límite diario establecido en la Sección 45 de la Ley General de Seguridad Social ('Allgemeines Sozialversicherungsgesetz'). Esta limitación salarial solo se aplica a las cláusulas de no competencia

Consolidada N° 68 de 21 de Enero de 2005, la cual complementa la Ley Danesa de Contratos de 1917 (secciones 36 y 38). Por su parte, República Checa en las secciones 310 y 311 de su Código del Trabajo establece las condiciones para la validez de estos pactos; cuestión que Luxemburgo efectúa en su artículo 125-8 y Portugal en el 136. España tiene un Estatuto en particular, el de los Trabajadores, que en su artículo 22.2 trata las cláusulas de no competencia post contractual. Respecto de Estados Unidos cabe expresar que no existe una regulación a nivel nacional que sistematice la normativa respecto a estos pactos. Así, si bien de los 51 estados que conforman la unión prácticamente la mitad de ellos no ha establecido regulación alguna en torno al tópico³⁵⁶, algunos han reglado estos pactos en relación a una determinada industria o circunstancia de mercado que así lo amerite, sustentándolos sobre la noción de razonabilidad. Existe un

acordadas después del 17 de Marzo de 2006 (para los trabajadores de cuello blanco) o después del 18 de Marzo de 2006 (para los trabajadores de cuello azul) * la restricción solamente se dará de forma específica en relación con el tipo de negocio del empleador y no tener una duración superior a 1 año (Sección 36 párrafo 1 N° 3 AngG) (...) Además de lo anterior, en pacto de no competencia solo será válido en la medida que el empleado no haya sido un menor de edad cuando éste acuerdo se selló (Sección 36 párrafo 1 N° 1 AngG), SEITZ, Natalie. "Austria", en: IUS LABORIS. *Non-compete clauses. An international guide*. Bruselas, Bélgica: Ius Laboris, 2010, p. 35. Sobre la referida limitación salarial, cabe decir que los empleadores no pueden imponer una cláusula de no competencia post contractual laboral a contar del 17 de Marzo de 2006, a los trabajadores que ganen mensualmente menos de €2.397 brutos (aproximadamente \$1.850.000, pesos chilenos).

³⁵⁶ A nivel constitucional, por ejemplo, Alabama, Arizona, Nevada, Dakota del Norte y Florida. El desarrollo de los criterios se encuentra a nivel de la jurisprudencia estadual, particularmente fundada sobre la base de la razonabilidad. Doctrinalmente, se les ha configurado así: "*It is uniformly agreed that in order to be valid a promise imposing a restraint in trade or occupation must be reasonable The question of reasonableness is ordinarily for the court, not the jury; however, there are at times mixed questions of law and fact identified with what is a reasonable restraint in a given agreement. In considering what is reasonable, regard must be paid to: (1) The question whether the promise is broader than is necessary for the protection of the covenantee in some legitimate interest; (2) The effect of the promise upon the covenantor, and (3) The effect of the promise or agreement upon the public welfare or common good*" (Existe acuerdo generalizado en que, para que una promesa que imponga restringir el comercio o el trabajo debe ser razonable (...)) La pregunta sobre la razonabilidad es una más dada para la Corte que para el jurado; con todo, en ocasiones hay cuestiones de derecho y de hecho identificadas con que es una restricción razonable en un acuerdo determinados. Al considerar qué es lo razonable, hay que procurar que: (1) La cuestión de si la promesa es más amplia de lo necesario para la protección del promisorio en algún interés legítimo; (2) El efecto de la promesa sobre el promitente, y (3) El efecto de la promesa sobre el bienestar común). En profundidad, BLAKE, Harlan M. "Employee agreements not to compete", en: *Harvard Law Review*, Vol. 73, N° 4 (1960), pp. 625 y siguientes. En relación a los antecedentes históricos de la cláusula de no competencia en el derecho norteamericano, revisar CALLAHAN, Maureen B. "Pos-employment restraint agreements: a reassessment", en: *University of Chicago Law Review*, N° 52 (1985), pp. 703-728.

panorama polarizada en este país, cupiendo tanto a nivel puntualmente legal como constitucional del que se extrae la imposibilidad de establecerlos, o su plena admisibilidad.

La variedad en la naturaleza de los cuerpos y ramas en los que se contiene la normativa comparada, da cuenta de la multiplicidad de intereses inmersos y entrecruzados cuando se trata de una institución que trata sobre la competencia y el mercado. La reglamentación de estas cláusulas, en sede estrictamente civil pasando por la comercial y la puramente laboral, resultaría ser en una visión compartimentada, de buenas a primeras y hasta simplistamente, evidencia clara de una riña dogmática por la prevalencia de una u otra *ratio* en la regulación definitiva positiva. Lucha que finalmente ganará la rama del Derecho en cuya codificación culminen por reposar los requisitos de estos pactos restrictivos de la Libertad de Trabajo terminada que sea la relación laboral. De esta manera, en la medida que se incardine en una diversa a la del Derecho del Trabajo, el resultado positivo distará observar su línea tutelar característica.

No obstante lo anterior, un análisis al fondo de la legislación resultante da cuenta que las anteriores ideas son más bien reduccionistas de una realidad diversa y más bien, contraintuitiva. Como bien se observará a continuación, no resulta ser óbice siquiera dogmático el que estos pactos de no competencia con claras implicancias laborales, radiquen su ordenación en un código como el de Comercio o el Civil. Una caracterización general del proceso da cuenta de un Derecho del Trabajo que, a propósito de estas cláusulas de no competencia, juega un rol primordial en el establecimiento de estándares mínimos pensando en la puesta en marcha de la libre competencia. En efecto, “la norma laboral pretende facilitar una competencia igualitaria impidiendo la competencia a través de la desregulación del uso de la mano de obra. Puede decirse que el Derecho del Trabajo tiene por objeto garantizar la igualdad entre empresas que concurren en el mismo mercado, esto es, evitar el *unfair trade*. Se trata, en definitiva, de una igualación de las condiciones

de los operadores en el mercado, fruto natural de la regulación del Derecho del Trabajo”³⁵⁷.

7.1.2. El pacto debe constar por escrito.

El primer requisito que se repite de manera constante en las legislaciones analizadas, independientemente que el cuerpo sea de naturaleza rigurosamente laboral o no, es el que **el pacto debe constar por escrito**, pues de lo contrario se tendrá por nulo. En este sentido, es que se pronuncian particularmente las legislaciones de Austria, Alemania, Dinamarca, Holanda, Portugal e Italia³⁵⁸. A propósito del caso italiano, y a modo ejemplar, “para que sea válido no resulta suficiente la simple manifestación de

³⁵⁷ MARTÍNEZ FONS, Daniel. *Libre competencia y Derecho del Trabajo*. Madrid, España: Editorial La Ley, 2006, p. 22.

³⁵⁸ “Il patto di non concorrenza deve essere, **a pena di nullità**, stipulato necessariamente per iscritto, indicativo del corrispettivo da versare al lavoratore, contenuto entro limiti determinati di oggetto, tempo e luogo. Deve altresì avere una durata pari ad un massimo di cinque anni se stipulato con dirigenti e di anni tre se contratto con semplici lavoratori dipendenti” (El acuerdo de no competencia debe, **so pena de nulidad**, necesariamente hacerse por escrito, indicando la contraprestación que debe pagarse al trabajador, contenido dentro de ciertos límites de materia, tiempo y lugar. También debe tener una duración de hasta cinco años respecto de trabajadores con puestos de dirección y tres años respecto de empleados simples), BELSITO, Antonio. “Agenti e rappresentanti. Il patto di non concorrenza. Decorrenza”, en: *Revista Giuridica Telematica*, Año 2, N° 2 (2008), p. 49. La norma del artículo 2125 del Código Civil de Italia debe comprenderse interpretativamente con los artículos 2105, 2557 y 2596 del mismo cuerpo legal. Por su parte, la sección 74 del Código de Comercio Alemán, prescribe en lo pertinente: “(1) *Eine Vereinbarung zwischen dem Prinzipal und dem Handlungsgehilfen, die den Gehilfen für die Zeit nach Beendigung des Dienstverhältnisses in seiner gewerblichen Tätigkeit beschränkt (Wettbewerbsverbot), bedarf der Schriftform und der Aushändigung einer vom Prinzipal unterzeichneten, die vereinbarten Bestimmungen enthaltenden Urkunde an den Gehilfen.* ((1) Un acuerdo entre empleador y los empleados del comercio que limite el ejercicio de su actividad económica para el periodo posterior a la terminación del contrato de trabajo (prohibición de la competencia), **deberá expedirse por escrito** y firmarse por el empleador un ejemplar que contenga las disposiciones acordadas). Algo que es manifestación clara de la regulación civil, prescrita en el Código de la asignatura, sección 126. En Dinamarca, en la ya citada Ley Consolidada N° 68 de 21 de Enero de 2005, en su punto 18.1 se expresa en lo pertinente “...*Este compromiso sólo será válido si el asalariado recibe una compensación por el período durante el cual el acuerdo se encuentre vigente, y sólo si este se ha escriturado...*”. Respecto de Holanda, *vid. Cit.* 600. El caso portugués se encuentra en el artículo 136 del Código del Trabajo, número 2 letra a), el que prescribe: “2 - *É lícita a limitação da atividade do trabalhador (...), nas seguintes condições: a) Constar de acordo escrito, nomeadamente de contrato de trabalho ou de revogação deste;*” (2- Es lícita la limitación a las actividades del trabajador (...), en las siguientes condiciones: a) **Constar en un acuerdo escrito**, en particular, en el contrato de trabajo o en su terminación:).

voluntad del empresario y el trabajador, sea que ésta se exprese verbalmente, o bien que se desprenda de manera implícita de la actuación de dichas partes³⁵⁹. Asimismo, dado que la estipulación escrita se requiere para el perfeccionamiento del pacto, no será posible probar su existencia a través de otro medio”³⁶⁰. De esta forma, la escrituración necesaria de la cláusula de no competencia post contractual laboral pasa a ser, desde la teoría del Acto Jurídico, una solemnidad objetiva o *ad solemnitatem*. Empero, y como resulta evidente, el presente es un requisito que no se encuentra manifestado en todos los ordenamientos en los que se regula explícitamente esta institución; influjo cierto del proceso de desformalización en la contratación moderna³⁶¹ que aun encuentra en el rasgo tutelar de la regulación laboral un óbice de relevancia en vistas de la validez del acto³⁶².

³⁵⁹ Particularmente interesante resulta a propósito de la voluntad en el contexto holandés, la sentencia recaída en el caso Brabant/Van Uffelen, NJ 1979, 467 PAS, de 9 de Marzo de 1979, del Tribunal Supremo.

³⁶⁰ SIERRA HERRERO, Alfredo. “La cláusula de no competencia post-contractual...”, p. 117.

³⁶¹ “La evolución histórica de las solemnidades revela que en el derecho primitivo casi todos los actos eran solemnes, exigiéndose, a su respecto, el cumplimiento de una serie de formalidades o ritos que debía rodear a su celebración y que, junto con evidenciar la trascendencia del acto, servían como medio de prueba de su existencia. De ello se deduce que por regla general los actos o contratos eran solemnes. La tendencia del derecho moderno es diametralmente opuesta, ya que la regla general es que el que acto o contrato sea consensual y que se perfeccione por el solo consentimiento de las partes. El principio es que la voluntad, manifestada de cualquier manera que permita conocerla, es apta, por sí sola, para engendrar un acto jurídico”, VIAL DEL RÍO, Víctor. *Teoría General del Acto Jurídico*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2006, p. 216.

³⁶² Algo que refuerza la literatura portuguesa en Derecho del Trabajo, en atención a la debilidad negocial intrínseca del trabajador. Se sigue a MENEZES CORDEIRO, António. *Manual de Direito do Trabalho*. Coimbra, Portugal: Edições Almedina, 1991, p. 570. Particularmente explícita es la siguiente reflexión: “A primeira ideia a retirar da letra do citado preceito legal é a de que nele se consagra uma exceção ao princípio da liberdade de forma –regra plasmada no artigo 219º do CC, e que é transposta para o ordenamento laboral pelo artigo 110.º do CT, que diz: “[o] contrato de trabalho não depende da observância de forma especial, salvo quando a lei determina o contrário”. As partes são livres de celebrar o pacto, mas este é um dos “limites da lei”, utilizando a expressão do artigo 405.º do CC, de que se retira o princípio fundamental do nosso direito civil” (El primer argumento para excluir la letra de dicha disposición legal es que se consagra una excepción al principio de libertad de forma -regla plasmada en el artículo 219 del CC, y que se adaptó a la legislación del trabajo por el artículo 110 CT, que dice: “[el] contrato de trabajo no depende de solemnidad particular alguna, a menos que la ley disponga otra cosa”. Las partes son libres para celebrar el acuerdo, pero este es uno de los “límites de la ley”, utilizando la expresión del artículo 405 del CC, del que se extrae el principio fundamental de nuestro derecho civil), ESCADA PEREIRA, Diogo. *O pacto de não concorrência no contrato de trabalho –alguns aspectos*. Tesis para optar al grado de Magíster en Derecho Laboral de la Universidad de Coimbra. Coimbra, Portugal, 2014, p. 33.

7.1.3. El trabajador con el que se suscribe el pacto debe ser mayor de edad.

El segundo requisito que suele reiterarse en estas legislaciones, es el relativo a la **mayoría de edad del trabajador con el que se suscribe** el pacto de no competencia. Así, a modo ejemplar, Holanda en el artículo 7-653 de su Código Civil prescribe que el pacto de no competencia post contractual laboral será válido únicamente si el empleador lo ha acordado con un empleado adulto, sin hacer mención a algún criterio diverso y/o alejado a las normas generales sobre capacidad, que fijan el umbral en 18 años. Siguiendo dicha lógica, Austria en la sección 36 par. 1 N° 1 de AngG. señala que el acuerdo de no competencia post contractual sólo será válida en la medida que a la fecha de celebración del acuerdo el empleado no haya sido menor de edad, nuevamente, mayor de 18 años. Respecto de Italia, el artículo 2125 de su Código Civil de 1942 tampoco establece particularidades a tener presente en relación al régimen común de la mayoría de edad, regulado en el artículo 2 del mismo cuerpo legal de igualmente 18 años, salvo particulares excepciones³⁶³. Alemania, por su parte, en la sección 74a) de su Código de Comercio, punto 2, prescribe explícitamente que la prohibición será nula si el trabajador al momento de la terminación del contrato de trabajo es menor de edad³⁶⁴. Finalmente, el Estatuto de los Trabajadores español carece de regulación específica en torno a este tópico, siéndole aplicable la normativa de los artículos 6 y 7 del mismo cuerpo legal, además de la general contemplada en el Código Civil (particularmente su artículo 1256).

³⁶³ El artículo 2 del Código Civil Italiano indica: “*Maggiore età. Capacità di agire. La maggiore età è fissata al compimento del diciottesimo anno. Con la maggiore età si acquista la capacità di compiere tutti gli atti per i quali non sia stabilita una età diversa.*”

Sono salve le leggi speciali che stabiliscono un'età inferiore in materia di capacità a prestare il proprio lavoro. In tal caso il minore è abilitato all'esercizio dei diritti e delle azioni che dipendono dal contratto di lavoro”.

(La mayoría de edad. Capacidad para actuar. La mayoría de edad se fija a la edad de dieciocho años. Con la mayoría de edad están adquiriendo la capacidad de realizar todos los actos para los que no se establece una edad diferente.

Todo salvo las leyes especiales que establezcan una edad inferior en materia de capacidad para prestar el propio trabajo. En este caso el menor está habilitado para ejercer los derechos y acciones que emanan del contrato de trabajo).

³⁶⁴ “*Das Verbot ist nichtig, wenn der Gehilfe zur Zeit des Abschlusses minderjährig ist*”.

7.1.4. Requisitos ligables a la razonabilidad del pacto: material, temporal y económico.

Un requisito común comparado de relevancia, es aquel englobable junto con otras exigencias dentro de la noción de “razonabilidad” en el establecimiento del pacto, lo cual guarda conexión con factores de naturaleza material, temporal y económica de los que pende al final del día su licitud. En lo tocante al primero de éstos, **lo material**, el Estatuto de los Trabajadores español en su artículo 21.2 lo reduce escueta y poco exhaustivamente³⁶⁵ de la siguiente forma: *El pacto de no competencia para después de extinguido el contrato de trabajo (...), sólo será válido si concurren los requisitos siguientes: a) que el empresario tenga un efectivo interés industrial o comercial en ello.* Por su parte, Italia lo presenta bajo la idea de la limitación del objeto del pacto, en su ya varias veces mencionado artículo 2125 del Código Civil, no mencionando que entender por ello³⁶⁶. Austria, de forma similar, también restringe el ámbito material en la sección 36 par. 1 N° 2 de la AngG., al indicar que la restricción solo puede darse específicamente dentro del ámbito del negocio del empleador. A pesar del talante parco de las normas a la hora de definir estos conceptos, el rol que le ha cabido a los Tribunales en cada uno de

³⁶⁵ “Dicho precepto no contiene una disciplina completa de dicha cláusula contractual, limitándose a especificar sus requisitos de licitud; tales requisitos son: la duración máxima de la obligación de no competencia o no concurrencia (seis meses o dos años, según calificación profesional), la existencia como fundamento del pacto de un efectivo interés industrial o comercial del empresario y la compensación económica adecuada al trabajador por la privación de oportunidades de trabajo que tal obligación conlleva”, STS (Sala de lo Social), N° 5880/1991, de 10 de Julio de 1991.

³⁶⁶ No obstante lo anterior, debe tenerse presente el contenido del tipo prescrito en el artículo 621 del Código Penal italiano: “*Rivelazione del contenuto di documenti segreti. Chiunque, essendo venuto abusivamente a cognizione del contenuto, che debba rimanere segreto, di altrui atti o documenti, pubblici o privati, non costituenti corrispondenza, lo rivela, senza giusta causa, ovvero lo impiega a proprio o altrui profitto, è punito, se dal fatto deriva nocumento, con la reclusione fino a tre anni o con la multa da lire duecentomila a due milioni. Agli effetti della disposizione di cui al primo comma è considerato documento anche qualunque supporto informatico contenente dati, informazioni o programmi. Il delitto è punibile a querela della persona offesa*” (Revelación del contenido de documentos secretos. El que, habiendo llegado ilegalmente a la cognición del contenido, que deba permanecer secreto, de los registros o documentos de otras personas, ya sea que se trate de documentación pública o privada, no constituyendo correspondencia, y lo revela sin causa justificada, o beneficiándose ya sea personalmente o terceros de ello, será castigado, si del hecho se causa daño, con prisión de hasta tres años o multa de doscientos mil a dos millones de liras. Los efectos señalados en el primer párrafo se considerará como documento cualquier medio automatizado que contenga datos, información o programas. El delito se castiga existiendo querrela de la víctima).

estos países ha resultado ser cardinal en la dilucidación del sentido de su contenido. Los aspectos que jurisprudencialmente se han tratado han pulido el sustrato normativo, describiéndose una realidad que a pesar de la regulación abstracta del pacto, igualmente va precisando de la casuística y los criterios jurisprudenciales.

En España se ha reforzado desde lo adjudicativo, el que este interés comercial o industrial corporativo objeto de protección, justificación técnica de estas cláusulas³⁶⁷, es el “requisito imprescindible para la existencia y vigencia del pacto”³⁶⁸, en rigor, la causa lícita del pacto³⁶⁹, no sinonimizando lo comercial con lo industrial. Esta precisión conceptual no resulta menor, debido a que tras la explotación del giro por parte del empleador se encuentran sus propios intereses y la justificación para su protección. En efecto, lo comercial incorpora la fabricación de los productos propios del ejercicio del giro del empleador, mientras que lo industrial abarca la totalidad de actividades que se precisan para que aquellos productos puedan pasar a formar parte del mercado³⁷⁰. Es así como la argumentación técnica arrimada a estos pretextos, representa una barrera a su uso indiscriminado persiguiendo no se obvie su talante excepcional³⁷¹. Considérese que, mal que mal, el ex empleador será el único beneficiado en que sus condiciones comerciales e industriales se preserven³⁷² de potenciales perjuicios, basados aquellos en el acceso de los agentes competidores a información de importancia estratégica para el funcionamiento de

³⁶⁷ Expresión empleada por SEBASTIÁN LLORENTE, Jesús. “El pacto de no competencia post contractual”, en: *Actualidad Laboral*, N° 20 (1992), p. 367.

³⁶⁸ STSJ de Madrid (Sala de lo Social), N° 733/2007, de 12 de Septiembre de 2007.

³⁶⁹ En dicha lógica, STSJ de Cataluña (Sala de lo Social), N° 1566/2010, de 24 de Febrero de 2010.

³⁷⁰ Idéntica lógica en CHARRO BAENA, Pilar. “El pacto de no competencia post contractual”, en: *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, N° 1 (1995), p. 155.

³⁷¹ La idea es evitar que mediante estos pactos, que nacen en razón de la autonomía de la voluntad (al menos teórica), no se pueda llegar a vulnerar la libertad de competencia. De ahí que al menos en España, lo perseguido evitar es la competencia desleal, no centrándose en una prohibición de competencia: “la distinción entre competencia desleal y prohibida reside en que en la primera no se prohíbe cualquier actividad competitiva, se prohíbe una forma determinada de competencia: aquella que sea contraria a los usos honestos en material comercial o industrial, mientras que la existencia de una prohibición de competencia *tout court* significa la obligación de abstenerse de cualquier actividad competitiva”, CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, Jaime. *Prohibición de competencia y contrato...*, p. 130.

³⁷² En el mismo sentido, NEVADO FERNÁNDEZ, María José. *Las restricciones a la competencia en el...*, p. 160.

su empresa a partir del obrar del ex dependiente. No obstante las precisiones dogmáticas españolas, si bien la generalidad de las normativas nacionales analizadas expresan con claridad el requisito, no describen con lucidez siquiera suficiente que comprender por este requisito, entregándose al final del día dicha responsabilidad a la interpretación que los agentes competentes puedan efectuar³⁷³.

En dicha línea, y siguiendo con España, la jurisprudencia se ha inclinado por una valoración de las actividades entre las empresas, a efectos de configurar el real interés comercial o industrial. En este sentido, serán efectivos éstos si la actividad que realiza el trabajador tiene lugar dentro del mismo giro de su ex empleador, al ir dirigida aquella contra su actual o virtual clientela³⁷⁴. Por ende, si las empresas empleadoras tienen actividades diversas, se entenderá ausente el elemento del interés industrial o comercial, no validándose el pacto³⁷⁵. En Italia, la jurisprudencia ha reafirmado tal conclusión, agregando lo que en consecuencia se deduce de los planteamientos anteriores: el ex dependiente puede desempeñarse en todas las actividades y/o funciones no enunciadas

³⁷³ A modo ejemplar, el caso portugués revela que “*O problema do já citado enunciado da al. b) do n.º 2 do artigo 136.º é que contém uma espécie de cláusula geral, de contornos de tal modo abstractos que, ao mesmo tempo parece dizer tudo, não diz nada colocando às partes no pacto, mas também ao intérprete e aplicador do direito a árdua tarefa de saber que situações contempla e não contempla*” (El problema de la ya citada letra b) de número 2 del artículo 136 es que contiene una especie de cláusula general, de contornos abstractos que, al mismo parecen decir todo, no dicen nada colocando a las partes del acuerdo, al interprete y aplicador del derecho en la difícil laboral de saber que situaciones se contemplan y cuales no), ESCADA PEREIRA, Diogo. *O pacto de não concorrência no contrato de trabalho...*, p. 58.

³⁷⁴ En la misma línea, DE VAL TENA, Ángel. *La prohibición de concurrencia entre empresario y trabajador*. Madrid, España: Tecnos, 1996, p. 30. “El interés comercial por parte del empresario existe asimismo de forma indudable, pues ambas empresas se dedican sustancialmente misma actividad (...) No tiene relevancia la diferencia entre las funciones desempeñadas por la trabajadora en ambas empresas, la cual en la primera ostentaba la categoría de comercial, y en la segunda la superior de directora de marketing, pues de forma indudable en ambas actividades participaba precisamente en la actividad dirigida a comercializar o vender de la mejor manera posible los productos de la empresa respectiva, fuera directamente a través de la intermediación propia de un comercial o de un representante de comercio, y en el segundo caso a través de la presentación pública de las bondades o cualidades del producto ofrecido, a través de la propaganda del mismo”, STSJ de Cataluña (Sala de lo Social), N° 287/2013, de 15 de Enero de 2013.

³⁷⁵ Se sigue al STSJ de Madrid (Sala de lo Social), N° 1509/2002, de 21 de Marzo de 2002. Véase BARREIRO GONZÁLEZ, Germán. “Sobre la validez del pacto de competencia para después de extinguido el contrato de trabajo”, en: *Revista La Ley*, N° 2 (1992), p. 197.

explícitamente en el pacto de no competencia³⁷⁶. Holanda, por su parte, conecta directamente la efectiva necesidad del pacto con las particularidades en la ejecución del negocio o giro del empleador, cuestiones de mercado y singularidades atinentes de las labores desarrolladas por el trabajador³⁷⁷.

Directamente enlazado con las funciones ejecutadas por el trabajador y los intereses corporativos, se encuentra a suerte de requisito incardinado en el precepto “efectivo interés industrial o comercial” el que lo realizado por el trabajador se relacione con aquel provecho buscado tutelar por parte del empresario³⁷⁸. De esta forma, a *contrario sensu*, existirá “un efectivo interés empresarial, de carácter industrial y/o de carácter comercial, esto es, un interés susceptible de protección jurídica en la medida en que, por las funciones desarrolladas por el trabajador en la empresa, ha mantenido un estrecho contacto con los intereses competitivos del empresario”³⁷⁹. Se extrae una cierta y necesaria calificación por parte del trabajador, que le hace estar en contacto con la información que se busca resguardar, y que a su vez, gesta el riesgo a evitar. En consecuencia, esta arista se verá materializada en aquellos trabajadores que desempeñan funciones en gerencia,

³⁷⁶ Se recogen las conclusiones de SCONAMIGLIO, Renato. *Diritto del...*, p. 428. Jurisprudencialmente Italia plantea una lectura similar a la española: “*In ambito di patto di non concorrenza, ove questo è espressamente limitato ai prodotti oggetto dell'attività lavorativa del dipendente, devono escludersi dal possibile oggetto del patto, in quanto inidonee ad integrare concorrenza, attività estranee allo specifico settore produttivo o commerciale nel quale opera l'azienda, ovvero al mercato nelle sue oggettive strutture, ove convergono domande ed offerte di beni o servizi identici oppure reciprocamente alternativi o fungibili, comunque parimenti idonei ad offrire beni o servizi nel medesimo mercato*” (En el ámbito del pacto de no competencia, limitado éste expresamente a los productos objeto de la actividad laboral del dependiente, tienen que excluirse del posible objeto del pacto, en cuanto inadecuadas a integrar la competencia, actividades ajenas al específico sector productivo o comercial en las que opera la empresa, o bien al mercado en sus objetivas estructuras, donde convergen demanda y oferta de bienes o servicios idénticos o bien recíprocamente alternativos o fungibles, en todo caso igualmente idóneos a la hora de ofrecerse bienes o servicios en el mismo mercado), Corte di Cassazione, Sezione Lavoro, N° 24662, de 19 de Noviembre de 2014.

³⁷⁷ Examinar las consideraciones vertidas en la sentencia de la Corte de Amsterdam, RAR 2015/147, de 23 de Julio de 2015.

³⁷⁸ Revítese GARCÍA VIÑA, Jordi. “El pacto de no competencia y permanencia en la empresa. Análisis de las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia de los años 1998 y 1999”, *en*: *Tribunal Social*, N° 111 (2000), pp. 43-46.

³⁷⁹ STSJ de Galicia (Sala de lo Social), N° 705/2008, de 7 de Abril de 2008.

administración con poder de representación, alta dirección, etc.³⁸⁰. La idea, así, es evitar que este trabajador “aporte su conocimiento y experiencia en el oficio en la empresa para la que ahora trabaja y en su beneficio”³⁸¹. Relevante resultará entonces a nivel probatorio dentro del juicio, el que sea indudablemente la experiencia y conocimientos sumados en la relación laboral contingente al establecimiento de la cláusula post contractual de no competencia, y no la adquirida previamente a ella, el sustento para suscribirla. Juega así un rol relevante la formación o capacitación recibida por el empleador interesado a su, en este contexto, ex trabajador³⁸². Portugal en su jurisprudencia derechamente habla de la competencia diferencial, latamente tratada en líneas pretéritas, agregando un componente de peligrosidad al actuar del ex trabajador ante la factible o actual competencia de él a su antiguo empleador, a fin de justificar el cariz técnico de este acto³⁸³.

¿Es posible pensar en la pérdida del interés comercial o industrial por parte del empresario que pactó esta cláusula de no competencia post contractual? ¿Qué pasa si es que es el trabajador el que decide desistirse del acuerdo? Trasluce a las preguntas, además de la finalización de la causa del acto y la inexistencia del parámetro técnico del pacto, la

³⁸⁰ “Por otro lado, la negativa al abono de la indemnización pactada tampoco puede escudarse en la falta de prueba de que se haya ocasionado perjuicio alguno a la demandante, puesto que esa alegación solo podría ser válida o admisible en relación a los perjuicios directos (que deben ser cuantificados según el párrafo último de la cláusula séptima), pero no respecto de los perjuicios indirectos que se derivan del riesgo de que el alto directivo pase a utilizar sus conocimientos y actividad adquirida en la empresa en beneficio de otra de la competencia, cuya indemnización y cuantía ya ha sido estipulada entre las partes al suscribir el contrato de alta dirección”, STSJ de País Vasco (Sala de lo Social), N° 2596/2008, de 3 de Noviembre de 2008. “El actor ostenta la categoría profesional no controvertida de gerente comercial (hecho probado primero), por lo que es claro que en su tarea ha venido manejando información comercial sensible para la empresa demandante (cartera actual de clientes, ofertas, distribuidores, líneas estratégicas de captación de futuros clientes, etc.)”, STSJ de Cataluña (Sala de lo Social), N° 8857/2009, de 3 de Diciembre de 2009.

³⁸¹ STSJ de Madrid (Sala de lo Social), N° 618/2009, de 6 de Octubre de 2009.

³⁸² Véase a modo ejemplar, STSJ de Murcia (Sala de lo Social), N° 256/2010, de 12 de Abril de 2010.

³⁸³ En dicha línea, debe tenerse presente el Acórdão do Tribunal Constitucional Portugal, N° 256/2004, de 14 de Abril de 2004. Este, en lo pertinente, expresa: “*Deve ainda lembrar-se que os pactos de não concorrência desempenham uma função preventiva do maior relevo. É que, na prática, nem sempre é fácil distinguir entre as situações ilícitas de utilização de informações reservadas e o normal exercício dos conhecimentos profissionais e técnicos que passaram a integrar o património profissional do trabalhador (...)*” (También debe recordarse que los pactos de no competencia desempeñan un papel preventivo de la mayor importancia. Es que en la práctica no siempre es fácil distinguir entre las situaciones ilegales en las que se usa la información reservada y el ejercicio normal de los conocimientos profesionales y técnicos que pasaron a formar parte del patrimonio profesional del trabajador (...)).

posibilidad de ponerle fin en razón de una unilateral manifestación de voluntad. Desde la arista del empleador, la jurisprudencia española aplica criterios ligables a la época de aplicación de la cláusula, y a la bilateralidad misma del negocio. Por ende, si esta parte desea señalar que el interés que justificaba la cláusula ha desaparecido, deberá hacerlo simplemente antes que el contrato de trabajo se extinga; sin perjuicio de la justificación que deberá efectuar ante los Tribunales competentes³⁸⁴. “En suma, no hay posibilidad de desistimiento unilateral, ni son válidas las cláusulas de renuncia unilateral ya que, desde el mismo momento en que se concierta, el pacto empieza a desplegar efectos, por lo que ni puede permitirse que la aplicación de la cláusula dependa de la voluntad de una sola de las partes. La nulidad de la cláusula de renuncia unilateral solo afecta a esa parte del pacto, manteniéndose vigentes todos los demás aspectos, es decir, la obligación de no competir y la obligación de remunerar la compensación económica”³⁸⁵. En una dinámica similar se ha terminado resolviendo la situación del trabajador que opta por dimitir del pacto, debiendo igualmente el empleador hacerse cargo de esta situación ante la judicatura, es

³⁸⁴ “La empresa combate por doble vía procesal -apartados b) y c) artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral- la sentencia que conduce a abonar el actor la cantidad de 1.687.500 pesetas en compensación a pacto de no competencia, sin que puedan triunfar sus pretensiones aunque prosperase la modificación del relato histórico solicitada, en atención a estas consideraciones jurídicas: A) Tal pacto se efectuó cumpliendo todos los requisitos del artículo 21 del Estatuto de los Trabajadores, a haber limitación temporal -4 meses después de la extinción del contrato laboral- un interés comercial de la empresa -evitar posible fuga de clientes y garantizar la confidencialidad- y una compensación económica adecuada -la concedida en la sentencia impugnada-. B) El actor ha cumplido fielmente lo estipulado y así consta en el hecho probado octavo. C) También recoge el hecho probado noveno el interés comercial de la empresa " en que no realicen competencia los brokers porque pueden llevarse los clientes». D) Si ese interés inicial desapareció - como alega la recurrente- debió anular tal pacto antes de la extinción del contrato, con lo cual habría liberado al demandante de estar esos cuatro meses sujeto a respetar la no competencia, sin que ello pueda presumirse implícito en el recibo de finiquito al no constar en el mismo, sino que se limita a resolver la liquidación salarial”, STSJ de Madrid (Sala de lo Social), N° 259/2002, de 2 de Abril de 2002.

³⁸⁵ DIAZ PLATA, Diana. *Prohibiciones a la competencia...*, p. 315. En sentido similar, la dogmática portuguesa señala que “*admitir que o empregador pudesse, de motu próprio, pôr fim à obrigação de não concorrência significaria propiciar-lhe a extração da obrigação de não concorrência de um efeito sucedâneo ao que é produzível por um pacto de permanência, ao arrepio dos pressupostos do art. 147.º, (...) sem ter de assumir a contrapartida que abona ao pacto de não concorrência uma qualificação sinalagmática*” (admitir que el empleador pueda, de *motu proprio*, poner fin a la obligación de no competencia- significaría propiciar la extracción desde la obligación de no competir un efecto producible en virtud de un pacto de permanencia, en contravención a los supuestos del artículo. 147, (...) sin tener que asumir aquella contrapartida que le da al pacto de no competencia una calificación sinalagmática), ZENHA MARTINS, João. “Os pactos de não concorrência no Código de Trabalho”, *en: Revista de Direito e de Estudos Sociais*, N° 47 (2006), p. 367.

decir, acreditando tanto que el pacto es ineficaz como el desinterés de parte del ex trabajador³⁸⁶.

Alemania toca un tópico interesante desde la óptica de los intereses involucrados en un pacto que, como sea, conlleva una obligación de no hacer traducida en la prohibición de trabajar por parte del ex trabajador. La sección 74a, punto 1, del Código de Comercio Alemán indica lo que sigue (lo destacado es propio): *“La cláusula de no competencia no será vinculante si no sirve para proteger un interés comercial legítimo del empleador. Además, no será vinculante, si es que contiene una desventaja injusta para la carrera de los trabajadores teniendo en cuenta la indemnización concedida de acuerdo al tiempo, lugar u objeto”*³⁸⁷. La mención a los menoscabos dables a la carrera del ex dependiente en razón de la cláusula de no competencia post contractual, representa una novedad en la ordenación positiva comparada. Y lo es, no por el mero hecho que tal elemento pueda eventualmente ser considerado por los Tribunales competentes a propósito de la justeza o adecuación del emolumento proporcionado para reparar la prohibición, sino más bien pues incorpora explícitamente en la norma un componente de desarrollo profesional a fin de definir el poder vinculatorio del pacto³⁸⁸. En la misma línea es posible encontrar a Austria, de acuerdo a lo indicado por el artículo 36.1.3 AngG.³⁸⁹

³⁸⁶ “Ya se ha venido señalando que el pacto de no competencia post contractual significa una limitación del derecho constitucional al trabajo justificada legalmente en el interés empresarial, habida cuenta de ello, la validez del pacto se hace depender de que exista un efectivo interés empresarial y a cambio de una indemnización adecuada, añadiéndose a todo, que la prohibición de competencia post contractual no puede superar los dos años de duración. Así, la comunicación de la empresa una vez conoció la voluntad de la trabajadora de constituye una liberación al trabajador en cuanto al indicado pacto, de forma que el trabajador podía, a resultas de dicha comunicación, pasar a competir con la empresa, sin que ésta, lógicamente y desde ese momento, tuviera por qué abonar la correspondiente prestación al dejar de aplicarse la limitación del derecho al trabajo que incluía la cláusula de no competencia post contractual”, STSJ de Cataluña (Sala de lo Social), N° 7625/2010, de 23 de Noviembre de 2010.

³⁸⁷ *“Das Wettbewerbsverbot ist insoweit unverbindlich, als es nicht zum Schutz eines berechtigten geschäftlichen Interesses des Prinzipals dient. Es ist ferner unverbindlich, soweit es unter Berücksichtigung der gewährten Entschädigung nach Ort, Zeit oder Gegenstand eine unbillige Erschwerung des Fortkommens des Gehilfen enthält”*.

³⁸⁸ A modo ejemplar, basta tener presente la sentencia de la Corte Federal del Trabajo, AZR 884/93, de 1 de Agosto de 1995.

³⁸⁹ Tal norma prescribe: *“Eine Vereinbarung, durch die der Angestellte für die Zeit nach der Beendigung des Dienstverhältnisses in seiner Erwerbstätigkeit beschränkt wird (Konkurrenzklause), ist nur insoweit wirksam, als: (...)3. die Beschränkung nicht nach Gegenstand, Zeit oder Ort und im Verhältnis zu dem*

El segundo de los requisitos de razonabilidad del pacto, es el **temporal**, el cual en términos escuetos conlleva que deberá limitarse el plazo de duración de aquel, careciendo este aspecto el matiz de esencialidad propio del factor material recién examinado³⁹⁰. Dicho de otro modo, condiciona la eficacia empero no podría calificarse como un requisito de validez³⁹¹, siendo más bien un elemento accidental del acto. De los países analizados que expresamente regulan la figura, a modo ejemplar, España en su Estatuto de los Trabajadores prescribe que “el pacto de no competencia para después de extinguido el contrato de trabajo, (...) no podrá tener una duración superior a dos años para los técnicos y de seis meses para los demás trabajadores”³⁹², Italia establece por su parte que respecto de ejecutivos no podrá superar 5 años desde el fin del contrato de trabajo, y 3 en relación a los demás trabajadores³⁹³. Por su parte, Portugal sigue la corriente de distinción de los

geschäftlichen Interesse, das der Dienstgeber an ihrer Einhaltung hat, eine unbillige Erschwerung des Fortkommens des Angestellten enthält” (Un acuerdo según el cual el trabajador se vea limitado en su trabajo para después del término de la relación de trabajo (cláusula de no competencia) será eficaz en la medida que: (...) 3. Exista una limitación en torno al objeto, tiempo y lugar y en comparación con el interés de negocio que el patrón **contiene una desventaja injusta para la carrera del trabajador**).

³⁹⁰ Véase la STSJ de la Comunidad Valenciana (Sala de lo Social), N° 452/2011, de 15 de Febrero de 2011.

³⁹¹ En esta línea, DE VAL TENA, Ángel. “El pacto de no concurrencia en el derecho español”, *en: Sinossi internet di Diritto del Lavoro e della Sicurezza Sociale*, Vol. 5, N° 1 (2013), p. 9.

³⁹² Estatuto de los Trabajadores, artículo 21.2. “Parece que “técnico” es quien, normalmente con titulación académica específica, puede haber avanzado sustancialmente en sus conocimientos y preparación por el hecho de haber trabajado en la empresa, de manera que el uso de dichos conocimientos y preparación “añade valor” (...) a la empresa competidora”, GÓMEZ ABELLEIRA, Francisco Javier. “Pactos de no concurrencia y de permanencia (en torno de los artículos 5.d) y 21)”, *en: Revista española de Derecho del Trabajo*, N° 100 (2000), p. 284. Sin perjuicio de lo señalado por Gómez Abelleira, la jurisprudencia española, en el cambio de categoría profesional, señala: “La actora señala que cuando suscribió el contrato de trabajo, cuya cláusula novena fijaba las condiciones del pacto de no competencia, fue contratado con la categoría de operador de ordenador, que es cierto, y la Magistrado en su fundamento de derecho cuarto considera nulo dicho pacto porque no podía establecerse por un pacto superior a seis meses ya que el Convenio Colectivo para el Comercio del Metal de la Comunidad de Madrid asimila dicha categoría a la de oficial 1° administrativo (artículo 18.5°); cuestión distinta es que posteriormente, haya ascendido a la categoría de programador de aplicaciones ya que el pacto se estableció en función de la categoría con la que fue contratado y no con las que potencialmente podían desempeñarse, pudiendo haberse adaptado a la nueva categoría; además, no queda acreditado que la categoría de programador de aplicaciones quede equiparada a la de técnico”, STSJ de Madrid (Sala de lo Social), N° 833/2004, de 30 de Noviembre de 2004. Finalmente, debe recalcar que lo establecido en el Estatuto de los Trabajadores encuentra excepciones en regulaciones especiales (*v.gr.* la que se establece para el personal civil que labora en establecimientos militares, de acuerdo al Real Decreto 2205 de 13 de Junio de 1980).

³⁹³ La jurisprudencia italiana reafirma la imposibilidad de radicar únicamente en la voluntad del empleador, la validez del pacto desde la perspectiva del plazo. Así, la Corte di Cassazione, Sezione Lavoro, N° 212, de 8 de Enero de 2013, señala “*non può essere attribuito al datore di lavoro il potere di incidere*

países recién mencionados, centrándola ésta en la especial confianza y el acceso a información privilegiada que tenga el trabajador objeto de la cláusula. Es así como respecto de un trabajador que carezca de estos elementos, solo será lícita la limitación si es que esta no supera 2 años; a diferencia del que si los tiene, pudiendo restringírsele hasta 3. Dinamarca establece en la sección 18 de la Ley Danesa de Empleados Asalariados, un plazo de restricción en razón del pacto de doce meses a partir de la fecha de terminación de la relación de trabajo. Alemania plantea una duración máxima de la prohibición de 2 años desde el fin de contrato de trabajo³⁹⁴, la que Austria, tal como República Checa, finalmente reduce a 1 a fin de sustentar la legalidad de la cláusula.

Para el evento que la duración sea mayor a la de los cotos legales expuestos, la situación comparada demuestra parámetros diversos de respuesta a dicha circunstancia. Hay ordenamientos en los que la solución se establece expresamente, como el italiano, en el que en su ya tantas veces aludido artículo 2125 del Código Civil, parte final, se indica que para el caso de pactarse un plazo mayor al indicado aquel se reducirá en la misma medida³⁹⁵. España ejemplifica el caso contrario, esto es, una regulación en la que el

unilateralmente sulla durata temporale del vincolo, così vanificando la previsione della fissazione di un termine certo” (no es posible atribuir al empleador el poder de afectar de manera unilateral el tiempo de duración del pacto, dado que ello anularía la imposición de establecer, además, un plazo cierto). La misma Corte asocia el establecimiento de un plazo a un estándar constitucional: “*Infatti la limitazione allo svolgimento della attività lavorativa deve essere contenuta — in base a quanto previsto dall’art. 1255 c.c., interpretato alla luce degli artt. 4 e 35 della Carta costituzionale — entro limiti determinati di (...) tempo*” (De hecho, la limitación en la actividad laboral debe estar contenida -de acuerdo con el Art. 1.255 del Código Civil, interpretado a la luz de los artículos 4 y 35 de la Constitución- dentro de ciertos límites de (...) tiempo), Corte di Cassazione, Sezione Lavoro, N° 949, de 13 de Junio de 2003.

³⁹⁴ La sección 74a), punto 1 parte final efectivamente expresa: “*Das Verbot kann nicht auf einen Zeitraum von mehr als zwei Jahren von der Beendigung des Dienstverhältnisses an erstreckt werden*”. Ahora bien, basta agregar que la cláusula será nula si es que el trabajador se encuentra en formación profesional. Esta regla, con todo, tiene 2 excepciones: 1) Se puede establecer durante los 3 últimos meses de una formación profesional, en la medida que el empleador se comprometa a concluir una relación de trabajo indefinida con la persona beneficiada por este perfeccionamiento, 2) Cuando el empleador se compromete a terminar una relación de trabajo de duración definida (máximo 5 años) con la persona beneficiada con esta formación profesional, así como a financiar los costos de un perfeccionamiento complementario diferente a la inicial; todo dentro de cotos razonables al amparo de la duración del vínculo. Véase la *BBiG-Berufsbildungsgesetz*, o Ley Federal de Formación Profesional, párrafo 5.

³⁹⁵ “*Se è pattuita una durata maggiore, essa si riduce nella misura suindicata*”.

silencio de la ley gobierna, no solucionando una hipótesis como la planteada. Doctrinal³⁹⁶ y jurisprudencialmente, el remedio en dicho país se ha encauzado en definitiva al modo italiano³⁹⁷, efectuando una lectura positiva desde la nulidad parcial de la cláusula referida a la extensión temporal³⁹⁸, corolario además de ser este factor temporal uno de naturaleza eminentemente accidental mas no esencial. De esta forma, deberá adecuarse la cláusula a los plazos previstos en el artículo 21.2 del Estatuto de los Trabajadores³⁹⁹.

Ahora bien, ¿desde cuándo se empieza a contabilizar el plazo? La respuesta bien podría parecer simple, al amparo incluso de la presunción que resulta de la denominación de la institución en estudio: sencillamente desde que finaliza el vínculo contractual de trabajo. Ello no deja de ser cierto en principio, más allá de lo intuitivo y para el caso que se dé desde un comienzo el cumplimiento efectivo de las exigencias. Empero, la *praxis* del pacto da cuenta de escenarios en los que la definición del momento en que la duración no se contabiliza desde aquel instante, sino más bien desde que elementos de la esencia del pacto sean acordados y/o cumplidos ciertamente, o llanamente, el acuerdo post contractual se celebre tras el término del contrato, *v.gr.* Así mismo, es totalmente posible pensar en que con ocasión del término de la relación de trabajo se acuerde el pacto de no competencia post contractual laboral, con lo que los efectos del mismo se sucederán no

³⁹⁶ Se sigue a GOMES, Maria Irene. “Questões a propósito dos requisitos exigidos para a lícita constituição da cláusula de não concorrência no âmbito do contrato de trabalho”, *en*: *Veinte anos de Questões laborais*, N° 42 (2013), p. 259. La doctrina española ha expresado lo que sigue: “Que tenga una duración cierta, es decir, perfectamente determinada. En ningún caso puede exceder de dos años (...). No obstante, el acuerdo sobre una duración superior a dos años no determinará la nulidad total del pacto, puesto que la cláusula será nula, tan sólo parcialmente, en todo el tiempo que exceda de la duración máxima legalmente establecida”, DE VAL TENA, Ángel Luis y ALCAZAR ORTIZ, Sara: “Los pactos de dedicación exclusiva y permanencia...”, p. 135.

³⁹⁷ La jurisprudencia española ha devenido al escenario planteado desde la nulidad integra de la cláusula, para el caso de establecer el empleador una cláusula con una duración superior a 2 años. En dicha dirección, STSJ de Madrid (Sala de lo Social), N° 2345/1989, de 18 de Diciembre de 1989.

³⁹⁸ En efecto, la primera parte del artículo 9.1 del Estatuto de los Trabajadores, expresa que “*Si resultase nula sólo una parte del contrato de trabajo, éste permanecerá válido en lo restante*”.

³⁹⁹ Trayendo a colación la ya analizada noción de derecho necesario, se comenta que, “ahora bien, si el período de vigencia pactado supera el límite máximo señalado por el artículo 21.2 LET, al tener el límite máximo su origen en una norma de derecho necesario, que tanto trabajador como empresario están obligados a respetar y observar, la eficacia del pacto no llegará más allá de los dos años, si se trata de un técnico, o de los seis meses, si es un trabajador común”, DE VAL TENA, Ángel. “El pacto de no concurrencia en el derecho...”, p. 9.

desde el momento en que el trabajador cese la relación contractual con su empleador, sino más bien, desde la concreción de éste al amparo de la observancia de los requisitos precisados para su validez y eficacia. Coherente con lo anterior, malamente sería exigible un pacto de esta naturaleza si sus requisitos esenciales no se ven satisfechos, independientemente si su celebración acaece durante la vigencia de la relación de trabajo o finalizada aquella⁴⁰⁰. A raíz de estas disquisiciones, es que resultaría complejo conjeturar la admisibilidad jurídica de un escenario en que se admita la retroactividad del acuerdo a nivel de sus consecuencias habiéndolo sellado tras la finalización del contrato de trabajo, dado que se estaría abriendo la posibilidad de que un ex trabajador ataque la competencia diferencial tutelada, no existiendo en su momento un efectivo compromiso de inhibición por parte de aquel⁴⁰¹.

La arista resarcitoria del pacto se materializa en la obligación de compensar al trabajador por parte del empleador, reflejo directo de la onerosidad de la cláusula. Este factor **económico** es un requisito de la esencia del pacto, sin el cual tal carecería de causa y su ausencia acarrea una nulidad insubsanable y la ineficacia integral de éste *ab initio*⁴⁰². Empero, a pesar de su innegable relevancia, la prolijidad en los ordenamientos comparados analizados a la hora de configurar sus elementos no puede siquiera ser calificada de suficiente, deviniendo prácticamente éste en un concepto jurídico indeterminado. Reflejo de aquel patrón resultan ser las legislaciones española e italiana, las cuales a pesar de prescribir que se deberá satisfacer al trabajador con una compensación económica adecuada, no proporcionan parámetro alguno para su definición, ni mucho menos mecanismos de cuantificación, dejándole a las partes el

⁴⁰⁰ Piénsese en un pacto que carezca de compensación económica alguna en favor del trabajador, o si se está celebrando con un trabajador que carece de la capacidad necesaria.

⁴⁰¹ Revítese SEBASTIÁN LLORENTE, Jesús. “El pacto de no competencia...”, p. 370.

⁴⁰² De lo que se colige que ni siquiera los Tribunales podrán fijar *a posteriori* la indemnización. Cosa diferente es que el juez, con ocasión de una suma excesivamente alta, pueda morigerar la suma. Véase en el contexto español, la STSJ de Madrid (Sala de lo Social), N° 986/2005, de 20 de Diciembre de 2005.

ejercicio de establecerlos⁴⁰³. El punto estriba, como bien lo ha destacado la dogmática española, en la esencialidad del requisito pensando en la validez del pacto, de lo que se colige que si este no se encuentra presente el acuerdo carecerá de efectividad y licitud⁴⁰⁴. Por su parte, la literatura italiana especializada arguye que el silencio se justifica en que la determinación del monto final del desagravio deberá ser observada al amparo de la actividad que se busca prohibir⁴⁰⁵. En la contrafaz, Holanda representa a las legislaciones comparadas que, a pesar de regular la figura en estudio, le entrega expresamente a los tribunales competentes (laborales, por cierto) la responsabilidad de determinar en justicia y a la luz de las circunstancias del caso, la indemnización que el empleador le deberá pagar a este trabajador. Incluso, la normativa holandesa abre la posibilidad que aquella sea pagada en el número de cuotas que el juez fije.

No obstante la indefinición conceptual del factor económico, igualmente es posible establecer cuál es la naturaleza de la compensación que percibe el trabajador en razón de la cláusula de no competencia post contractual de trabajo. La respuesta dependerá de la forma en la que se efectuó el pago. Una posibilidad es la de abonar íntegramente aquel, con lo que decanta la tipología indemnizatoria; a diferencia de lo que se da cuando se paga de manera mensual, ya sea al término o durante la relación de trabajo de forma periódica, adquiriendo un talante salarial⁴⁰⁶.

⁴⁰³ En esta senda, DEL REY GUANTER, Salvador. *Estatuto de los Trabajadores. Comentado y con jurisprudencia*. Madrid, España: Editorial La Ley, 2007, p. 435, y BOSCATI, Alessandro. *Patto di non concorrenza...*, p. 189.

⁴⁰⁴ Se sigue a DEL REY GUANTER, Salvador. *Estatuto de los Trabajadores...*, p. 435.

⁴⁰⁵ BOSCATI, Alessandro. *Patto di non concorrenza...*, p. 188.

⁴⁰⁶ “Es decir, que ese pacto de no competencia surte efectos desde el momento mismo en que se concierta, cuando se comienza a prestar servicios a la entidad demandada, lo que implica, por tanto, que es perfectamente válido que dicha indemnización se vea satisfecha durante la vigencia del contrato de alta dirección, sin necesidad de esperar a que éste se extinga para proceder a dicho abono. Por cuanto que, pagándose periódicamente dicha indemnización, se cumpliría claramente la finalidad del propio pacto de no competencia, que no es otro que "permitir la perspectiva de estabilidad económica en el trabajador, que le supone el percibo periódico de la indemnización pactada, lo que puede llevarle a desentenderse en la preparación de otras salidas profesionales", y consiguientemente seguir prestando servicios a la empresa. En conclusión, es perfectamente válido que la indemnización pactada por no competencia se venga satisfaciendo periódicamente durante el tiempo de vigencia de la relación de alta dirección. Y sin que el pacto fijado de proceder al pago de esa indemnización incrementando en un 10 % la retribución que debería corresponder al actor de forma periódica, implique que ese incremento de retribución tenga un carácter

Atendido lo expuesto, el caso portugués es interesante de anotar al incluir una variable de definición que no se encuentra positivamente en otros ordenamientos. Ésta, que se suma a las restantes de los números 3, 4 y 5 del artículo 136 del Código del Trabajo, se encuentra en el artículo 136 del Código del Trabajo, que indica a propósito de los requisitos del pacto en su letra c) número 2, lo que sigue (el destacado es propio): “*Asignar al empleado durante el período de limitación de la actividad, una compensación que se puede reducir de manera equitativa en la medida que el empleador haya realizado costos considerables en su formación*”⁴⁰⁷. La inversión en formación en el trabajador resulta ser el aspecto que distingue a la normativa de este país en relación a las demás analizadas, e incardina de forma interesante el requisito material de razonabilidad con el presente. Ahora bien, la doctrina portuguesa previene que esta morigeración en el resarcimiento dista de tener por finalidad compensar todos y cada uno de los gastos incurridos por el empleador en la capacitación del trabajador. Ello, pues la herramienta llamada a asumir la contingencia ajena a lo pretendido por el pacto de no competencia post contractual laboral, es el de permanencia regulado en el artículo 137 del Código del Trabajo, no resultando contradictoria la fijación de ambos, incluso, de forma simultánea⁴⁰⁸. La causa en ambos pactos, es diversa.

Reconociéndose en la normativa portuguesa la legitimidad de la pretensión empleadora de descontar de la compensación fruto del pacto de competencia lo invertido en razón de formación, doctrinalmente se han propuesto factores copulativos de cuyo cumplimiento penderá el considerar tal o cual gasto del empleador como tal al amparo del

salarial. Pues en ningún caso, en ningún momento de dicha cláusula se alude al término salarial, y sí al término retribución en pago periódico de la indemnización por no concurrencia”, STSJ de Castilla y León (Sala de lo Social), N° 136/2012, de 1 de Marzo de 2012.

⁴⁰⁷ “c) *Atribuir ao trabalhador, durante o período de limitação da atividade, uma compensação que pode ser reduzida equitativamente quando o empregador tiver realizado despesas avultadas com a sua formação profissional*”.

⁴⁰⁸ Se sigue a ESCADA PEREIRA, Diogo. *O pacto de não concorrência no contrato de trabalho...*, pp. 75-76. Véase, además, VIEIRA GOMES, Júlio. *Direito do Trabalho – Relações Individuais de Trabalho, Vol. I*. Coimbra, Portugal: Editorial Coimbra, 2007, pp. 609-610.

criterio de la equidad. Criterios éstos que, finalmente, vienen a superar la delgada línea entre el pacto de permanencia y el de no competencia antes referida. El primero de ellos guarda relación con una inversión cuantiosa, abultada, fuera de un estándar razonable en formación del trabajador⁴⁰⁹. El segundo, por su parte, abunda en el anterior indicando que ella debe ser verificada esencialmente con fondos propios del empleador, habida consideración tanto de las fuentes externas de financiamiento de índole pública disponibles para el empleador, como de los beneficios tributarios por capacitación. La idea es que el empleador no pueda verse beneficiado en razón del mismo hecho en 2 ocasiones, buscando fortalecer como concepto matriz el que sea el empleador quién, con recursos propios y en una suma que supere lo común atendida la posición del trabajador, circunstancias afines y conexas de mercado y contractuales, le capacite pudiendo reducir corolariamente la indemnización que le corresponde pagar por concepto de no competencia post contractual⁴¹⁰.

El escenario portugués recién reseñado resulta propicio para introducir la finalidad de la compensación económica a nivel comparado. España, a modo ejemplar, establece general y tempranamente desde su jurisprudencia la lógica del resarcimiento desde el binomio “compensación-duración de la prohibición”, siguiendo un raciocinio en la que el establecimiento de la cláusula persigue satisfacer en rigor, 2 intereses, mas no de forma equivalente⁴¹¹: “Ante todo se pretende resarcir a la empresa, en alguna medida, de los

⁴⁰⁹ Se sigue a VIEIRA GOMES, Júlio. “As cláusulas de não concorrência no Direito do Trabalho. Algumas questões”, *en*: *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, N° XIII (1999), p. 20.

⁴¹⁰ En la misma línea, se ha expresado: “*Pretende evitar-se, suscitando esta questão, que o empregador possa beneficiar duplamente destes incentivos (poupando nos recursos próprios que teria de investir, primeiro, e reduzindo ao que tem a satisfazer ao trabalhador em decorrência de um pacto de não concorrência aquilo que efetivamente não suportou, num segundo momento). As despesas a considerar devem ser apenas as devidamente comprovadas e a redução deve fazer-se de acordo com juízos de equidade*” (El plantear esta cuestión, tiene por objeto evitar que el empleador puede beneficiarse doblemente por estos incentivos (ahorro en recursos propios que debiera invertir en primer lugar, y la reducción de lo que debiera indemnizar al empleado como resultado de un pacto de no competencia que en rigor no ha sufrido aún, en segundo lugar). Los costos a considerar deben estar debidamente probadas y la reducción debe hacerse de acuerdo a criterios de equidad), ESCADA PEREIRA, Diogo. *O pacto de não concorrência no contrato de trabalho...*, p. 27.

⁴¹¹ Excepcionalmente, se ha decidido que “la adecuación de la compensación no debe de evaluarse en relación al tiempo durante el cual el trabajador no podría prestar servicios, de modo que su importe debería

daños y perjuicios que le pueda irrogar la competencia o concurrencia del trabajador cesado, y por ende cuanto mayor sea la duración del plazo de vigencia de la obligación, mayor puede ser el perjuicio causado por el incumplimiento de la misma, de ahí que sea indiscutible la conexión e interrelación existente entre el importe de aquella y la duración de la obligación referida; por otro lado, dicha indemnización tiene, con respecto del trabajador cesado, una finalidad disuasoria, al objeto de impeler a éste para que se abstenga de llevar a cabo actos que incurran en concurrencia o competencia con la empresa a la que había pertenecido hasta el cese, y por tanto, también es claro que esta finalidad impone la consecuencia de que la mayor duración de la obligación de no concurrir exige un mayor importe de la compensación pactada y viceversa”⁴¹². Evidente es que las lecturas jurisprudenciales españolas de este binomio, así como de los diversos criterios que se advierten desde los Tribunales de Justicia para determinar la adecuación o no de la cuantía de la indemnización, parten de la base de la fortuita dañosidad de la conducta post contractual, incardinada en la dinámica abstencionista respecto de actos concurrenciales por parte del ex trabajador. En conclusión, y desde esta perspectiva, no es baladí la frase “ante todo se pretende resarcir a la empresa” en la letra de la jurisprudencia

de ser próximo a los salarios que hubiera podido percibir, porque el pacto no le impide trabajar para todo tipo de empresas, ni siquiera es incompatible con el trabajo como representante de comercio, para cuya actividad cuenta con el bagaje de la experiencia y formación recibida, sino que, tal incompatibilidad opera, tan solo, respecto de empresas que se dediquen a la comercialización o venta del mismo tipo de producto; de ahí que debe entenderse adecuada la compensación pactada, integrada, de un lado, por una suma de dinero y, de otro, por el valor del coste de la formación facilitada, cuya realidad ha quedado suficientemente acreditada. Hay que valorar, también, el hecho de que la extinción del contrato se produce a instancias del trabajador, para contratar sus servicios con empresa dedicada a la misma actividad, de donde se deduce que el cambio de empresario convenía económicamente al trabajador, con independencia del coste económico que el pacto de no concurrencia comportaba, así como que en el pacto de no concurrencia, ambas partes, acordaron la adecuación de tal compensación. Tampoco tiene relevancia el hecho de que la empresa tardara 78 días en abonarle la suma de 649,08 euros, correspondiente al pago de una parte de la compensación pactada, pues, -partiendo del dato de que la baja voluntaria se produjo el 30 de Enero del 2007, y que el trabajador empezó a trabajar en Febrero del mismo año para empresa que el pacto de no concurrencia identificaba de modo específico como empresa dedicada a la misma actividad-, es evidente que esta contratación posterior no vino obligada ante la situación de ausencia de trabajo o de ingresos en que podía haberse encontrado el trabajador, sino como consecuencia de la aceptación de oferta de trabajo recibida por la empresa de la competencia. El retraso se justifica por el hecho de proceder la empresa a su abono, con ocasión de la liquidación, así como por la lógica espera para recibir notificación sobre nueva empresa beneficiaria de los servicios del trabajador, notificación a la que estaba obligado por efecto de lo pactado”, STSJ de Murcia (Sala de lo Social), N° 256/2010, de 12 de Abril de 2010.

⁴¹² Citada en la STSJ de Madrid (Sala de lo Social), N° 16189/2010, de 29 de Octubre de 2010.

transcrita, dado que revela el centro de interés corporativo a favorecer *prima facie* en las lecturas de las normas atinentes del Estatuto de los Trabajadores, lo cual a su vez trashuma al establecimiento de pautas de valoración del cariz económico fruto de estas cláusulas. Algo no menor, si se tiene presente que el Estatuto de los Trabajadores refiere que esta compensación, para que la cláusula sea válida, debe ser adecuada.

Consonante con lo expuesto, no debe sorprender en el escenario español el que se admita que la cuantía de la indemnización no tenga “por qué coincidir con la retribución que venía percibiendo con anterioridad, puesto que atenderá al salario dejado de percibir por parte del trabajador directivo (STSJ Cataluña de 12 de mayo de 1992 [AS 1992, 2384]) y también a la posibilidad de realizar otras actividades profesionales que no supongan concurrencia con la empresa. Así pues, se debe compensar la ocasión de ganancia de la que se priva al trabajador, de ahí que no se trate de un “salario de inactividad”, sino que realmente se establece una indemnización (STS de 2 de Enero de 1991); STSJ Castilla y León/Valladolid de 19 de Enero de 1999) (...) Por tanto, la prohibición de concurrencia extracontractual no se configura como una obligación necesaria y propia del contenido del contrato de trabajo; al contrario, de no existir pacto en este sentido, el trabajador recupera su libertad de contratación, de manera que es lícito que el trabajador busque un nuevo contrato de trabajo o se establezca por su cuenta”⁴¹³. Dicho de otro modo, y reafirmandose una hermenéutica que precipita de la anterior, la jurisprudencia española ha dictaminado que la indemnización “no tiene por qué coincidir con el salario que el trabajador venía percibiendo, en cuanto la limitación que a éste se le impone de no trabajar durante el

⁴¹³ STSJ de Castilla y León (Sala de lo Social), N° 283/2012, de 26 de Abril de 2012. Se contrapone a la inexistencia de cotos inferiores cuando se tiene por base para el cálculo de las indemnizaciones la remuneración del trabajo, lo expresado en la sección 310 N° 1 del Código del Trabajo de República Checa, el cual prescribe: (...) *je součástí konkurenční doložky závazek zaměstnavatele, že zaměstnanci poskytnou přiměřené peněžité vyrovnání, nejméně však ve výši jedné poloviny průměrného měsíčního výdělku, za každý měsíc plnění závazku* ((...) el empleador debe proveer en la cláusula una suma de dinero suficiente, al menos en una cantidad equivalente al menos a la mitad de los ingresos mensuales promedio del empleado por cada mes desde que la mencionada obligación es acordada).

periodo pactado en actividades de la competencia no le impide dedicarse a otra actividad no afectada por la prohibición”⁴¹⁴.

La adecuación y licitud tenidas conceptualmente así, desde este plano, parten desde cuestiones más bien teóricas que dables: primero, que el trabajador sujeto a un pacto de esta naturaleza, en tanto ente libre contractualmente hablando, carece de obstáculos para desempeñarse post término del contrato de trabajo en labores diferentes a las desarrolladas por la empresa y cuya ejecución se encuentra prohibida desde la cláusula en estudio. Y segundo, que la cláusula en comento es en verdad el fruto de un acuerdo de voluntades, y no el reflejo de la imposición o arbitrariedad de alguna de las partes. Una visión como la expuesta aquilata y reafirma que lo único relevante, en realidad, es el interés corporativo a efectos de delinear los cotos de la adecuación resarcitoria, como bien lo expresa el Tribunal Supremo de Madrid: “cuando se aduce la insuficiencia de la compensación porque se aprecia que no es adecuada, han de dejarse claramente establecidos los factores objetivos o referencias que conduzcan a la convicción sobre la nulidad del pacto basada en esta causa, de modo que el juicio de "adecuación" de las cantidades a satisfacer por la empresa debe hacerse en función exclusivamente de las actividades no permitidas, por concurrentes, pues lo que con ellas se compensa no es la imposibilidad de trabajar - lo que no es ni puede ser objeto del pacto de no concurrencia-, sino la de desarrollar determinadas actividades que, por incidir en el mismo sector de la empresa, suponen o pueden suponer una actividad concurrente, lo que justifica su interés comercial o industrial”⁴¹⁵. No resultará extraño que dentro de los criterios que se van afincando en la jurisprudencia de este país para apreciar la dinámica de la adecuación el pago indemnizatorio, en una racionalidad disímil a la portuguesa referida y sobre la base gramatical de la objetividad, se compense a éste la formación técnica y comercial brindada

⁴¹⁴ STSJ de Madrid (Sala de lo Social), N° 201/2010, de 22 de Marzo de 2010.

⁴¹⁵ *Ibíd.*

al trabajador sin mayor reflexión ni criterios discernidores entre el pacto de no competencia post contractual y el de permanencia⁴¹⁶.

Holanda también incorpora dentro de la regulación del pacto en estudio el aspecto económico, en el artículo 653 N° 5 de su Código Civil, el cual señala lo siguiente: *Si una disposición contractual que significa al amparo del párrafo 1 un obstáculo importante para el empleado para realizar un trabajo ajeno al propio del giro del empleador, el tribunal podrá ordenar en todo momento que el empleador debe pagar una indemnización al empleado por la duración de la restricción. El tribunal determinará la cantidad de esta compensación en justicia, en vista de las circunstancias del caso; permitiéndole al empleador pagar la indemnización en cuotas que fije el tribunal. Cuando el empleado es responsable de los daños derivados de la forma en la que ha terminado el contrato de trabajo, el empleador no puede ser obligado al pago de la compensación antes del pago de la que le corresponda*⁴¹⁷. De esta manera, sólo en la medida que la cláusula de no competencia signifique para el trabajador una importante merma a la hora de poder desarrollar labores diversas finalizado el vínculo laboral⁴¹⁸, éste podrá deducir una demanda ante los Tribunales competentes para que estos, de acuerdo a las circunstancias del caso y en justicia, definan el monto indemnizatorio. *Grosso modo*, la finalidad del pacto demuestra a nivel comparado positivos interesantes ejercicios que pretenden, sobre la base de la abstracción de la norma, atribuirle un cariz técnico a la adecuación de los emolumentos reparatorios y así equilibrar los intereses en juego. A la luz de la

⁴¹⁶ Incluso es más, jurisprudencia asentada ha sentenciado que no es importante la duración del curso de formación efectuado por el trabajador. Revisar DE VAL TENA, Ángel Luis y ALCAZAR ORTIZ, Sara. “Los pactos de dedicación exclusiva...”.

⁴¹⁷ “*Indien een beding als bedoeld in lid 1 of lid 2 de werknemer in belangrijke mate belemmert om anders dan in dienst van de werkgever werkzaam te zijn, kan de rechter steeds bepalen dat de werkgever voor de duur van de beperking aan de werknemer een vergoeding moet betalen. De rechter stelt de hoogte van deze vergoeding met het oog op de omstandigheden van het geval naar billijkheid vast. De vergoeding is niet verschuldigd, indien het eindigen of niet voortzetten van de arbeidsovereenkomst het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer*”.

⁴¹⁸ Incluso es más, se han rechazado demandas en las que el trabajador ha solicitado compensaciones justas, empero declarado la nulidad de la cláusula, cuando de esta última se decanta la inexistencia de intereses comerciales que la justificasen. Véase la sentencia de la Corte de Overijssel, RAR 2015-166, de 20 de Agosto de 2015.

jurisprudencia recaída sobre éstos, es la propia diversidad casuística la que va derruyendo afanes tutelares propios del hecho de injerirse el pacto en una relación de trabajo, a pesar de estar perfectamente regulada la coyuntura indemnizatoria⁴¹⁹.

7.2. Países en los que se admite jurisprudencialmente la validez de estas cláusulas.

7.2.1. El caso francés: la relevancia de la necesidad de la cláusula desde el principio de proporcionalidad.

La legislación francesa carece de elementos positivos que permitan establecer, incluso en razón de alguna sistematización, los criterios que determinan la validez del pacto de no competencia post contractual laboral. Una revisión incluso superficial de los pilares contractuales en el derecho francés, a saber, el artículo 4 de la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano⁴²⁰, el artículo L. 120-2 del Código del Trabajo⁴²¹ y el artículo 1134 del Código Civil⁴²², bien permitiría concluir que el determinar la admisibilidad de las cláusulas en estudio es una empresa compleja. Agregando, por lo demás, la inequidad basal del Derecho del Trabajo que se aleja de la igualdad teórica de las partes del Derecho Privado estricto. A pesar de lo anterior, la *praxis* contractual

⁴¹⁹ Piénsese en la realidad italiana, por ejemplo: “Así, en un pacto de no competencia que tenía como duración un año se ha estimado como razonable compensación el equivalente a seis meses de remuneraciones. Igualmente, se han considerado razonables compensaciones de menor monto, como aquellas equivalentes a un 15% o un 10% de la remuneración que recibía el trabajador”, SIERRA HERRERO, Alfredo: “La cláusula de no competencia post-contractual...”, p. 118.

⁴²⁰ “*La libertad consiste en poder hacer todo aquello que no cause perjuicio a los demás. El ejercicio de los derechos naturales de cada hombre, no tiene otros límites que los que garantizan a los demás miembros de la sociedad el disfrute de los mismos derechos. Estos límites sólo pueden ser determinados por la ley*”.

⁴²¹ “*Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché*” (Nada pueden aportar a los derechos de las personas y las libertades individuales y colectivas restricciones que no se justifiquen por la naturaleza de la tarea ni resulten proporcionales al objetivo perseguido).

⁴²² “*Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi*” (Las convenciones legalmente formadas tendrán fuerza legal entre quienes las hayan celebrado. Podrán ser revocadas por mutuo consentimiento, o por las causas que autoriza la ley. Deberán ser ejecutadas de buena fe).

francesa bien demuestra que más allá de la legalidad y su letra, la habitualidad de esta cláusula en instrumentos tanto individuales como colectivos⁴²³ es acreditativo de una realidad de antigua data que fue conformando progresivamente sus límites más allá de la regulación atingente⁴²⁴. Fue la labor jurisprudencial la que encuadró una serie de criterios campantes en la práctica a fin de afinar la validez de estas cláusulas⁴²⁵, procurando con

⁴²³ Sin perjuicio que es posible dividir las convenciones colectivas entre aquellas que prohíben el establecimiento de pactos de no competencia post contractual, las que permiten este tipo de pactos mediando el cumplimiento de ciertos requisitos y finalmente aquellas puesta en marcha han significado problemas en virtud de su choque abierto con la legalidad imperante. Dentro del primer grupo, es posible encontrar la Convención Colectiva del Personal Bancario, que en su artículo 23 indica: *“Le fait pour un agent d’avoir quitté un établissement ne doit pas faire obstacle à son engagement dans un autre établissement relevant de la même profession”* (El hecho que un trabajador haya dejado un establecimiento no debe significar un obstáculo a su contratación en otro establecimiento relevante del mismo tipo). Ya en el segundo se observan el mayor número de convenciones, entre las que es posible notar la de Materiales Plásticos de 1° de Julio de 1960, o la de Actividades de Producción de Aguas Embotelladas y Aguas refrescantes sin Alcohol de 24 de Mayo de 1988. Finalmente, el tercer grupo se puede ejemplificar con la Convención colectiva nacional del personal de Servicios Interempresas de Medicina Laboral. Ésta dice lo que sigue: *“en cas de démission ou en cas de licenciement pour faute grave, le médecin du travail ne peut, sauf accord du service interentreprises dont il relevait, exercer pendant une durée de trois ans la médecine du travail dans les entreprises où il avait été introduit en qualité de médecin du travail pendant qu’il était lié par contrat audit service interentreprises”* (En caso de dimisión o en caso de despido por falta grave, el médico laboral no puede, salvo acuerdo con el servicio interempresas en el que se desempeñaba, ejercer por 3 años la medicina laboral en las empresas en las que laboró en calidad de médico laboral).

⁴²⁴ *“De longue date, ces clauses sont prévues dans une annexe au contrat de travail de nombre de représentants de commerce ou de cadres commerciaux, l’objectif étant pour l’employeur signataire de garder une clientèle susceptible de suivre le représentant chez son nouvel employeur. Avec l’amélioration du progrès technique, elles se sont ensuite partiellement étendues aux cadres techniques ou ingénieurs détenteurs de savoir faire susceptibles de fausser la concurrence entre l’ancien et le nouvel employeur. Contrairement à d’autres systèmes étrangers, la loi française a toujours été muette sur leur validité, sauf dans les territoires d’outre-mer, et a laissé aux tribunaux le soin de régler les litiges. La jurisprudence a refusé la nullité absolue de ces clauses et construit un système de validité conditionnelle dans le temps, dans l’espace et quant à la nature de l’activité”* (De larga data, estas cláusulas fueron previstas en un anexo al contrato de trabajo de los representantes o ejecutivos comerciales, siendo su objetivo el resguardar una clientela susceptible de ser llevada por el representante a su nuevo empleador. Con la mejora del progreso técnico, se extendieron parcialmente a los ejecutivos comerciales y ingenieros que manejaban el “saber hacer” susceptibles de traicionar la competencia entre el antiguo y el nuevo empleador. Al contrario de lo que sucede en otros sistemas extranjeros, la ley francesa siempre se ha mantenido muda sobre su validez, salvo en los territorios de ultramar, dejando a los tribunales la labor de regular los litigios. La jurisprudencia ha negado la nulidad absoluta de estas cláusulas, construyendo un sistema de validez condicionado en el tiempo, espacio y naturaleza de la actividad), LE CROM, Jean Pierre. “La liberté du travail en droit français. Essai sur l’évolution d’une notion à usages multiples”, en: *Diritto romano attuale*, N° 15 (2006), p. 147.

⁴²⁵ Doctrinalmente también se apoyó la posibilidad de establecer estas cláusulas: *“La protection est donc tout d’abord accordée à l’employeur contre les actes de concurrence déloyale de ses anciens salariés. Le principe de la liberté du travail fait que tout salarié peut valablement quitter son emploi et en rechercher un autre, même au service d’une entreprise concurrente, ou créer une activité identique à celle de son ancien employeur. Cette liberté peut être restreinte par une clause contractuelle ou conventionnelle venant énumérer une série d’actes interdits. Lorsque aucune disposition formelle n’organise la période*

aquellos restringir acuerdos de naturaleza post contractual laboral que sean fruto de la inequidad de partes antes referida, y que redunden en la eliminación de la Libertad de Trabajo al finalizar el contrato de trabajo⁴²⁶.

Existe una bisagra en esta labor, desde el 10 de Julio de 2002. En una primera fase previa a dicha fecha, se advierte que la *Cour de Cassation* estructuró la exigencia de 4 criterios copulativos, constantes e interpretados de forma estricta cuya confluencia eliminó la nulidad *per se* de estos pactos⁴²⁷. Más allá de la necesaria escrituración⁴²⁸ y cuestiones ligables a la capacidad del trabajador regidas por las reglas generales⁴²⁹, aquellos son los que siguen: que la cláusula sea limitada tanto en torno al tiempo de

postcontractuelle, c'est la responsabilité civile délictuelle qui va assurer le respect d'une certaine moralité dans l'exploitation de l'expérience acquise; les juridictions prud'homales perdront logiquement leur compétence au profit des juridictions civiles ou commerciales" (La protección está desde un inicio establecida en favor del empleador en contra de los actos de competencia desleal de sus antiguos empleados. El principio de Libertad de Trabajo hace que todo empleado pueda legítimamente renunciar a su trabajo y buscar otro, incluso ponerse al servicio de una empresa competidora, o desarrollar una actividad idéntica a la de su antiguo empleador. Esta libertad puede ser restringida por una cláusula contractual o convencional que enumere una serie de actos prohibidos. Considerando que no hay disposición formal que organice el periodo post contractual, es la responsabilidad civil delictual la que se asegure el respeto de una cierta moralidad en la explotación de la experiencia adquirida; las jurisdicciones de prohombres (N.D.R: es una jurisdicción de primera instancia que juzga los litigios nacidos con ocasión de la ejecución o la ruptura del contrato de trabajo, entre empleadores y trabajadores regidos por el derecho privado, así como respecto del personal que labora en el servicio público que se rijan por el derecho privado) perderán lógicamente su competencia en beneficio de las jurisdicciones civiles o comerciales), RADÉ, Christophe. *Droit du travail et responsabilité civile*. Paris, Francia : LGDJ, 1998, p.123.

⁴²⁶ Sin perjuicio que la Libertad de Trabajo no se encuentra definida en el derecho francés, y que doctrinalmente no existe acuerdo en su contenido. Véase a este respecto REVET, Thierry. "La liberté du travail", en: CABRILLAC, Rémy, FRISON-ROCHE, Marie-Anne y REVET, Thierry (dir.). *Libertés et droits fondamentaux*. Francia: Paris, Editorial Dalloz, 2004, p. 686; y LYON-CAEN, Gérard. "La liberté du travail et le droit français du travail", en: *La liberté du travail, congrès et colloques de l'université de Liège*, Vol. 53 (1969), pp. 21-22.

⁴²⁷ Sentencia de la Cour de Cassation de France (chambre sociale), N° 04-41.038, de 17 de Enero de 2006.

⁴²⁸ So pena de nulidad del pacto, y haberlo tenido por jamás escrito.

⁴²⁹ Esto es, que no existe normativa específica en torno a la edad mínima del trabajador, precisándose que si este es menor de edad, se requerirá del acuerdo de su representante legal.

vigencia como al espacio⁴³⁰, que no prive al trabajador de laborar de forma absoluta⁴³¹ y que sea indispensable para proteger los intereses legítimos de la empresa⁴³², siendo su establecimiento proporcional al fin perseguido⁴³³. Éstos, sin perjuicio que la propia *Cour de Cassation* los precisó, al sumarse el que el trabajador debe ineludiblemente dar su consentimiento a verse obligado por un pacto de no competencia post contractual sólo mientras la relación de trabajo se encuentre vigente, eliminando explícitamente la posibilidad de cerrar algún acuerdo a su término. La razón que se encuentra tras la negativa, estriba en que de aceptar tal posibilidad, la obligación del trabajador pendería de una cláusula que se pondría en marcha única y condicionalmente con el ejercicio de la voluntad o conducta del empleador; en términos simples, pendiendo del cumplimiento de una condición potestativa⁴³⁴.

La segunda fase, como ya se anunciaba, se inaugura el 10 de Julio de 2002 con 6 sentencias dictadas por la *Cour*, a saber: N° 99-43.334 a 99-43.336, M. M., M. P. y Mme R. c./ Sociéte MSAS Cargo International, N° 00-45.135; M. S. c./ Sociéte La Mondiale SA, y finalmente N° 00-45.387, M. B. c./ Sociéte Maine Agri SA. En rigor, más que una nueva etapa, el Tribunal Supremo francés realiza, por un lado, una precisión a su doctrina relativa a la validez de la cláusula de no competencia post contractual laboral, incorporando la necesaria contrapartida financiera del empleador en favor del trabajador

⁴³⁰ Revisar las sentencias de la Cour de Cassation de France (chambre sociale), N° 83-42.423, de 9 de Julio de 1985, y N° 94-43.792 de 28 de Octubre de 1997. En lo que respecta al tiempo, las convenciones colectivas rara vez establecen un plazo de vigencia superior a 2 años. Lo individual, tras los fallos del 10 de Julio de 2012, prohíbe pactos con una duración que exceda los 2 años. La limitación geográfica apela a que debe definirse con suficiente precisión el ámbito dentro del cual realmente pueda generarse competencia al empleador, definiéndose por ende, el espacio en el que el trabajador puede desarrollar libremente su actividad laboral.

⁴³¹ Sentencia de la Cour de Cassation de France (chambre sociale), N° 99-46.136, de 18 de Septiembre de 2002.

⁴³² Concepto introducido como requisito por la jurisprudencia francesa en el fallo N° 89-45.300, Cour de Cassation de France (chambre sociale), de 14 de Mayo de 1992.

⁴³³ Sentencia de la Cour de Cassation de France (chambre sociale), N° 93-40.287, de 20 de Junio de 1995.

⁴³⁴ En dicha dirección, la sentencia de la Cour de Cassation de France (chambre sociale), N° 00-41.765, de 12 de Febrero de 2002.

a fin de asegurar al trabajador el ejercicio de sus derechos fundamentales⁴³⁵. Y por otra, recoge un criterio largamente asentado a nivel de los contratos colectivos que contienen cláusulas de no competencia⁴³⁶. Dicho matiz por parte de la Corte viene a ser el resultado de un cambio de criterio en la naturaleza jurídica de la compensación; la que por cierto, se venía dando reiteradamente con antelación a Julio de 2002. De esta forma, se pasó de una compensación salarial a la indemnización financiera enfocada en el cariz fundamental de los derechos del trabajador puestos en juego con este pacto, especialmente con sus efectos⁴³⁷, sin perjuicio que su tratamiento a nivel del régimen de prescripción aplicable

⁴³⁵ “*L’exigence d’une contrepartie financière a la clause de non-concurrence répond à l’impérieuse nécessité d’assurer la sauvegarde et l’effectivité de la liberté fondamentale d’exercer une activité professionnelle ; loin de violer l’article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales, la cour d’appel en a en contraire fait une exacte application en décidant que cette exigence était d’application immédiate*” (La exigencia de una contrapartida financiera en la cláusula de no competencia responde a la imperiosa necesidad de asegurar la tutela y efectividad de la libertad fundamental de ejercer una actividad profesional; lejos de violar el artículo 6 de la Convención europea de salvaguarda de los derechos del hombre y libertades fundamentales, la corte de apelaciones hizo una correcta aplicación decidiendo que esta exigencia era de aplicación inmediata), sentencia de la Cour de Cassation de France (chambre sociale), N° 03-40.008, de 17 de Diciembre de 2004.

⁴³⁶ “*L’exigence n’est pas une nouveauté pour les secteurs d’activité couverts par une convention collective de branche imposant depuis des années le versement d’une telle contrepartie*” (La exigencia no es una novedad para los sectores industriales cubiertos por una convención colectiva de rama, imponiéndose en ellos desde hace años el pago de tal contrapartida), ANTONMATTEI, Pierre-Henri. *Les clauses du contrat de travail*. París, Francia: Editions Liaisons, 2009, p. 94.

⁴³⁷ “*A cet égard, l’application de la règle jurisprudentielle “a travail égal, valeur égal” paraît difficile. Si la contrepartie financière est classiquement analysée par la Cour de cassation comme une indemnité compensatrice de salaire (Cass.soc., 28 novembre 2001, n° 99-46.032), il n’y a pas, par nature, situation de travail puisque la contrepartie compense la restriction à la liberté du travail*” (A este respecto, la aplicación de la regla jurisprudencial “a igual trabajo, igual valor” parece difícil. Si la contrapartida financiera es clásicamente analizada por la Corte de casación como una compensación salarial (Cass. Soc., 28 Noviembre 2001, n° 99-46.032), no hay, por naturaleza, situación de trabajo dado que la contrapartida compensa la restricción a la Libertad de Trabajo), ANTONMATTEI, Pierre-Henri. *Les clauses du contrat...*, p. 95. “*C’est également sur ce fondement que la Chambre sociale va arbitrer et contrôler, par l’application du principe de proportionnalité, les restrictions apportées aux libertés individuelles du salarié dans le cadre de son emploi et dans l’entreprise. La Cour de cassation a considéré plus tard que la sauvegarde et l’effectivité de la liberté fondamentale d’exercer une activité professionnelle justifiaient une application immédiate de la jurisprudence du 10 juillet 2002. Elle a ainsi écarté le moyen de violation de l’article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l’homme présenté par une société qui faisait valoir qu’il était contraire au procès équitable d’appliquer rétroactivement la jurisprudence du 10 juillet 2002, alors que la clause de non concurrence qui avait été opposée au salarié était prévue dans un contrat de travail antérieur à cette jurisprudence de 2002, en retenant l’exercice d’une activité professionnelle était une liberté fondamentale*” (Sobre la base de este fundamento es que igualmente la Cámara social juzgará y controlará, en virtud de la aplicación del principio de proporcionalidad, las restricciones efectuadas a las libertades individuales del trabajador en contexto de su trabajo y en la empresa. La Corte de casación consideró posteriormente que la salvaguarda y efectividad de la libertad fundamental de ejercer una actividad profesional justifican una aplicación inmediata de la jurisprudencia del 10 de Julio de 2002), PETTITI,

es el propio de las prestaciones remuneracionales⁴³⁸. Más allá de dicho matiz, se afianza la congruencia de tal naturaleza jurídica con la época a partir de la cual debe darse el pago de este resarcimiento: al terminarse la relación de trabajo, pues la idea es indemnizar al trabajador mediante el pago de esta suma, no cupiendo razonar desde un afán salarial. Súmese que la cláusula mediante la cual se indique se pagará este concepto mientras se encuentre vigente el contrato se entenderá como nula, e incluso como resulta de lo anterior, el trabajador no estará obligado a tener que restituir los fondos percibidos en razón de aquella al disponerse como un incremento salarial⁴³⁹ o incluso, como parte de aquel⁴⁴⁰.

Christophe. “La Clause de non concurrence en droit du travail et l’applicabilite directe du Pacte International relatif aux Droits Economiques, Sociaux et Culturels du 16 Decembre 1966”, en: *Droits fondamentaux*, N° 7 (2008), p. 3. El criterio anterior se puede ver en la sentencia de la Cour de Cassation de France (chambre sociale), N° 05-45.657, de 10 de Octubre de 2007.

⁴³⁸ Ver la sentencia de la Cour de Cassation de France (chambre sociale), N° 09-72.876, de 22 de Septiembre de 2011. La normativa de prescripción aplicable se encuentra en el artículo 21 IV de la Ley 2013-504 del 14 de Junio de 2013, del que se colige el plazo de prescripción es de 3 años.

⁴³⁹ Debe tenerse particular atención cuando la contrapartida compensatoria financiera se establece en 2 tiempos, es decir, durante la relación laboral y tras aquella. La Corte de Casación francesa ha expresado que la cláusula no será considerada como automáticamente nula; empero y en vistas a la declaración de nulidad, deberán ser tenidos en cuenta únicamente los montos pagados tras la ruptura para determinar si acaso el monto de la contrapartida es irrisorio o no. Por ende, si el juez determina que ésta es muy baja, el pacto será anulado. En este sentido, la sentencia de la Cour de Cassation de France (chambre sociale), N° 09-71.567, de 22 de Junio de 2011.

⁴⁴⁰ Línea seguida por las sentencias de la Cour de Cassation de France (chambre sociale), N° 05-45.511, de 7 de Marzo de 2007, y N° 09-42.389 de 17 de Noviembre de 2010. El primero de estos fallos, señala: “*2/ que la contrepartie financière d’une clause de non-concurrence peut prendre la forme d’une majoration de salaire versée au cours de l’exécution du contrat de travail; qu’en décidant qu’une majoration de salaire ne pouvait tenir lieu de contrepartie financière d’une clause de non-concurrence dont le versement ne pouvait être effectué que pendant la période postérieure à la rupture du contrat de travail, la cour d’appel a violé l’article L. 121-1 du code du travail et l’article 1134 du code civil ; 3/ que la rémunération est versée en contrepartie de l’exécution du contrat de travail ; qu’une majoration de salaire versée à titre de contrepartie d’une obligation de non-concurrence trouve sa cause dans cette seule obligation ; qu’il était constant que la majoration de la rémunération contractuelle de Mme *** avait pour cause l’obligation de non-concurrence qui lui était imposée; qu’en affirmant que cette forme de contrepartie serait illicite sans s’expliquer sur la cause d’une majoration de salaire qui n’était justifiée que par l’existence d’une obligation de non-concurrence, la cour d’appel a privé sa décision de base légale au regard de l’article L. 121-1 du code du travail; Mais attendu que la contrepartie financière de la clause de non-concurrence a pour objet d’indemniser le salarié qui, après rupture du contrat de travail, est tenu d’une obligation qui limite ses possibilités d’exercer un autre emploi; que son montant ne peut dépendre uniquement de la durée d’exécution du contrat ni son paiement intervenir avant la rupture ; qu’il en résulte que la cour d’appel a, à bon droit, annulé la clause litigieuse; PAR CES MOTIFS: REJETTE le pourvoi (...)*”. (2/ que la contrapartida financiera de una cláusula de no competencia puede tomar la forma de una mejora de sueldo pagada durante la ejecución del contrato de trabajo; que al decidir que una mejora de sueldo no podía tomar la forma de contrapartida financiera de una cláusula de no competencia en la cual el pago solo puede hacerse

Esta compensación pecuniaria para el trabajador debe cumplir con ciertos requisitos o parámetros:

- La contrapartida financiera no puede estar en función de la forma en la que se termina el contrato de trabajo: desde un punto de vista individual contractual, se estimará nulo todo pacto que excluya la indemnización al trabajador para el evento que el contrato de trabajo finalice ya sea por mera voluntad del empleador⁴⁴¹ o falta grave del trabajador⁴⁴². Este cariz individual merece indicar la sentencia de la *Cour de Cassation (chambre sociale)*, N° 10-11.590, de 25 de Enero de 2012, que asienta jurisprudencialmente el criterio indicado. Este fallo agrega que en la medida que el trabajador se encuentre sujeto a un pacto de esta naturaleza, deberá pagársele la indemnización no siendo relevante la causa de ruptura del contrato de trabajo, inclusive si éste finaliza por mutuo acuerdo. No es, en consecuencia, admisible una contrapartida cuya cuantía vaya variando en función de las circunstancias o causas de término contractual. La faz colectiva también se ve afectada con el carácter explicado, dado que colectivamente no es posible aceptar la validez de un pacto que rompa con la lógica planteada, ni mucho menos pasar por alto la letra del contrato individual⁴⁴³.

tras el fin del contrato de trabajo, la corte de apelaciones violó el artículo L. 121-1 del código del trabajo y el artículo 1134 del código civil; 3/ que la remuneración se paga como contrapartida de la ejecución del contrato de trabajo; que una mejora de sueldo pagada a título de contrapartida de una obligación de no competencia encuentra su causa en esta sola obligación; que era pacífico que la mejora de la remuneración contractual de la señora *** tenía por causa la obligación de no competencia que le era impuesta; que al afirmar que esta forma de contrapartida sería ilícita sin ahondar en la causa de una mejora de remuneración que solo se justificaba por la existencia de una obligación de no competencia, la corte de apelaciones privó a su decisión de base legal al amparo del artículo L. 121-1 del código del trabajo; **Pero entendiendo que la contrapartida financiera de la cláusula de no competencia tiene por objeto indemnizar al trabajador que, tras el término del contrato de trabajo, se encuentra sujeto a una obligación que limita sus posibilidades de ejercer otro empleo; que su monto no puede depender únicamente de la duración del contrato de trabajo ni su pago darse antes de su término; resulta que la corte de apelaciones anuló la cláusula litigiosa aplicando rectamente el derecho; POR ESTOS MOTIVOS: SE RECHAZA el recurso (...).**

⁴⁴¹ Se sigue la sentencia de la Cour de Cassation de France (chambre sociale), N° 04-44.598, de 31 de Mayo de 2006.

⁴⁴² En la misma dirección, la sentencia de la Cour de Cassation de France (chambre sociale), N° 04-45.862, de 24 de Octubre de 2006.

⁴⁴³ “*Et ALORS, en tout état de cause, QU'en application de l'article L. 2254-1 du Code du travail, lorsqu'un employeur est lié par les clauses d'une convention ou d'un accord collectif, ces clauses s'appliquent aux contrats de travail conclus avec lui, sauf stipulations plus favorables ; que l'article 9 de l'avenant n° 31 du*

- La indemnización no puede ser irrisoria: la irrisoriedad planteada desde un entendimiento netamente apegado al uso habitual de la palabra no permite dar a entender las aristas de su significación en este contexto. No obstante ello, la jurisprudencia de la Corte francesa ha cincelado dicha locución desde 2 circunstancias. Por un lado, desde la proporcionalidad de la reparación considerando copulativamente los requisitos clásicos de la institución⁴⁴⁴; y por otro, para el caso que ésta no se exprese, cuya consecuencia se asocia a una ausencia de contrapartida financiera, coligiéndose al final del día la nulidad del pacto determinada por el juez⁴⁴⁵. De esta manera, la calificación por parte del adjudicador de una reparación acordada por las partes como irrisoria o insuficiente, es una cuestión que debe observarse caso a caso al amparo de parámetro de la proporcionalidad, no pudiendo determinarse un monto o un parámetro como bisagras permanentes entre lo admisible y lo que no en este punto. A vía ejemplar, si bien los montos se fijan

15 juin 2006 à la convention collective nationale de l'immobilier, relatif au statut du négociateur immobilier, dispose qu'en contrepartie de la clause de non-concurrence éventuellement prévue par le contrat de travail, « le négociateur percevra, chaque mois, à compter de la cessation effective de son activité, et pendant toute la durée de l'interdiction, dans la mesure où celle-ci est respectée, une indemnité spéciale forfaitaire égale à 15 % de la moyenne mensuelle du salaire brut perçu par lui au cours des 3 derniers mois d'activité passés dans l'entreprise » ; qu'en se fondant dès lors, après avoir jugé que la rupture de la relation de travail s'analysait en une démission, sur les stipulations du contrat de travail de Madame X... pour réduire de moitié le montant de l'indemnité de non-concurrence qui lui était allouée, alors que les dispositions conventionnelles applicables au contrat de travail ne prévoyaient pas une telle possibilité, la Cour d'appel a violé les dispositions susvisées” (Y ENTONCES, en todo caso, EN virtud de la aplicación del artículo L. 2254-1 del Código del Trabajo, desde que un empleador se encuentra obligado por las cláusulas de una convención o de un acuerdo colectivo, estas cláusulas se aplican a los contratos de trabajo celebrados con él, salvo si hay estipulaciones más favorables ; que el artículo 9 de la adenda n° 31 de 15 de junio de 2006 a la convención colectiva nacional del inmobiliario, relativa al estatuto del negociador inmobiliario, dispone que en contrapartida a la cláusula de no competencia eventualmente prevista por el contrato de trabajo, “el negociador percibirá, cada mes, a contar del término efectivo de su actividad, y durante toda la duración de la prohibición, en la medida que ésta se respete, una indemnización especial invariable equivalente al 15% del promedio mensual del sueldo bruto percibido por él al cabo de los 3 últimos meses laborados en la empresa”; que fundándose ciertamente, tras haber determinado que el término de la relación de la relación de trabajo conllevó una renuncia de las estipulaciones del contrato de trabajo de la señora X... para reducir a la mitad la indemnización de no competencia que le correspondía, y que al amparo que las disposiciones convencionales aplicables al contrato de trabajo no se preveía tal posibilidad, la Corte de Apelaciones violó las disposiciones antedichas”, Cour de Cassation de France (chambre sociale), N° 10-11.590, de 25 de Enero de 2012.

⁴⁴⁴ Cuestión que recuerda el fallo de la Cour d' Appel de Douai, N° 13-05.913, de 25 de Marzo de 2015.

⁴⁴⁵ En esta línea, la sentencia de la Cour de Cassation de France (chambre sociale), N° 04-46.721, de 15 de Noviembre de 2006. En este caso, la cláusula tenía una duración de 2 años, y la contrapartida representaba en su totalidad, un décimo de la remuneración; lo cual llevado a un parámetro de remuneración mensual, era equivalente a 2,4 meses.

considerando habitualmente como base un promedio de las remuneraciones percibidas por el trabajador, las convenciones colectivas suelen a su vez establecer un piso inferior equivalente a un porcentaje de estos emolumentos⁴⁴⁶. No obstante todo lo anterior, la *Cour* señala que la suma reparatoria teniendo por causa el pacto de no competencia deberá apreciarse siempre en función de las limitaciones a la Libertad de Trabajo, cupiendo anular aquel si en su estructuración no se han considerado las efectivas posibilidades del trabajador de desarrollar una actividad profesional apreciando su formación, experiencia y competencias particulares, al amparo de los artículos L. 1221-1 del Código del Trabajo y 1134 del Código Civil⁴⁴⁷.

- La declaración de irrisoriedad no habilita al juez a pasar por alto la voluntad de las partes: en efecto, en presencia de una contrapartida financiera insuficiente y tras decidir la nulidad del pacto en cuestión, el juez no puede sustituir con su apreciación la cuantía fijada por las partes, determinando la reparación que en su concepto le corresponde al trabajador⁴⁴⁸. Este criterio, propio de la *Cour de Cassation*, se contrapone a uno enarbolado minoritariamente por la Corte de Apelaciones de París⁴⁴⁹, cuyos jueces tras declarar la insuficiencia del monto indemnizatorio y sobre su apreciación, definieron la cantidad que el trabajador debía recibir, condenando incluso al empleador a su pago⁴⁵⁰.
- La insuficiencia o irrisoriedad declarada habilita al juez a determinar los perjuicios ocasionados en razón de la nulidad de la cláusula: a primera vista, esto sería contradictorio

⁴⁴⁶ Se sigue a NOGUEIRA GUASTAVINO, Magdalena. *Pacto laboral de no competencia*. Madrid, España: Editorial Mc Graw-Hill, 1998, p. 156.

⁴⁴⁷ En dicha *ratio*, la sentencia de la Cour de Cassation (chambre sociale), N° 11-17.941, de 20 de Febrero de 2013. Efectivamente, a pesar que la Corte reconoce que primeramente deben tenerse presentes los intereses corporativos, una lectura del pacto del que no sea posible extraerse la necesaria proporcionalidad al amparo de la Libertad de Trabajo, deberá declararse nulo. En la especie, el pago de 1/6 del sueldo bruto, teniéndose presentes las capacidades y formación del trabajador, definió que la Corte de Casación francesa declarara la nulidad de la cláusula.

⁴⁴⁸ Dirección jurisprudencial seguida en la sentencia de la Cour de Cassation de France (chambre sociale), N° 11-10.760, de 16 de Mayo de 2012. Lógica que arranca del hecho que, nula que sea la cláusula, esta deberá producir los mismos efectos como si nunca hubiere existido. Esto se recoge en una sentencia del mismo órgano, N° 01-41.602, de 22 de Enero de 2003.

⁴⁴⁹ La Cour de Cassation revisó esta resolución, mediante sentencia N° 11-10.760, de 16 de Mayo de 2012 (chambre sociale).

⁴⁵⁰ El juez, al no tratarse de una cláusula penal, no puede siquiera moderar o aumentar la cuantía de la contrapartida financiera, al primar por sobre toda consideración la voluntad de la partes. Se sigue la sentencia de la Cour de Cassation de France (chambre sociale), N° 85-43.719, de 19 de Julio de 1988.

con lo recién expresado. La diferencia estriba en la causa de los montos en cuestión: el estipular en el contrato de trabajo una cláusula de no competencia post contractual nula, origina necesariamente menoscabos para el trabajador, correspondiéndole al juez apreciarlos⁴⁵¹. La *Cour* ha dicho que esta dañosidad emana de la pérdida de encontrar más rápidamente un empleo⁴⁵².

7.2.2. Brasil: la inclusión jurisprudencial de criterios comparados y la proporcionalidad como principio.

La legalidad brasilera muestra un escenario similar al expuesto respecto de Francia; es decir, uno en el que la ausencia de legislación explícita y específica en relación a los pactos de no competencia post contractual laboral da pie a revisar el resto del ordenamiento en vistas a resolver las problemáticas que se susciten en torno a éstos entre particulares⁴⁵³. En esa dinámica si se quisiera argumentar la admisibilidad de las cláusulas, a modo ejemplar se puede citar el artículo 122 del Código Civil⁴⁵⁴, el cual prescribe los supuestos sobre los cuales es posible configurar una condición lícita al modo del artículo 1475 de su par chileno. También puede tenerse presente el artículo 195 número 3 de la ley

⁴⁵¹ Criterio seguido en la sentencia de la Corte de Cassation de France (chambre sociale), N° 03-46.933, de 11 de Enero de 2006.

⁴⁵² Se sigue la sentencia de la Cour de Cassation de France (chambre sociale), N° 00-45.135, de 10 de Julio de 2002.

⁴⁵³ Se hace énfasis en esa idea, dado que a propósito del sector público por ejemplo, se expresa en el Decreto N° 4.552/02, que establece el Reglamento de la Inspección del Trabajo, específicamente su Art. 35: *É vedado aos Auditores-Fiscais do Trabalho e aos Agentes de Higiene e Segurança do Trabalho: I -revelar, sob pena de responsabilidade, mesmo na hipótese de afastamento do cargo, os segredos de fabricação ou comércio, bem como os processos de exploração de que tenham tido conhecimento no exercício de suas funções; II- revelar informações obtidas em decorrência do exercício das suas competências;..* (Se prohíbe a los auditores fiscales del Trabajo y a los Agente de Higiene y Seguridad del Trabajo: I.- revelar, so pena de responsabilidad, e incluso de destitución de cargo, los secretos de fábrica o de comercio, así como los procesos de indagación sobre los cuales tengan conocimiento en ejercicio de sus funciones; II. Revelar informaciones obtenidas en ejercicio de sus competencias;...).

⁴⁵⁴ *“São lícitas, em geral, todas as condições não contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes; entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o negócio jurídico, ou o sujeitarem ao puro arbítrio de uma das partes”* (Son lícitas, en general, todas las condiciones que no fueren contrarias a la ley, el orden público o las buenas costumbres; entre las condiciones descritas se incluyen aquellas que privaren de todo efecto al negocio jurídico, o que se sujetaren al puro arbitrio de una de las partes).

Nº 9279 de 1996, el que en términos sencillos castiga penalmente a quién desvía en provecho propio o ajeno la clientela de otro⁴⁵⁵. O los artículos 444⁴⁵⁶ y 482 letras c) y g) de la *Consolidação das Leis do Trabalho*⁴⁵⁷ (en más, CDL). Mientras la primera de las normas aboga por la posibilidad que las partes del contrato de trabajo puedan libremente establecer su contenido respetando las limitaciones tutelares legales, la letra de los contratos colectivos y las resoluciones emanadas de autoridades competentes, la segunda posibilita el despido de un trabajador por competencia desleal y violación de secretos empresariales, recordando de cierta forma el artículo 160 Nº 2 del Código del Trabajo. El artículo 468 de la CDL indica que se podrán de mutuo acuerdo establecer alteraciones al contrato individual de trabajo, empero, si de éstas resultan daños al trabajador, la cláusula modificada se tendrá por nula⁴⁵⁸. Finalmente, el artículo 1147 del Código Civil indica que no habiendo autorización expresa, el vendedor de la propiedad no podrá competir con el comprador dentro de los 5 años siguientes a la transferencia⁴⁵⁹. Como se advierte, ninguna de estas normas por si sola, e incluso en conjunto, habilitaría una construcción calificable al menos como razonable para sustentar un pacto como el que se estudia, considerando

⁴⁵⁵ “Comete crime de concorrência desleal quem: 3. Emprega meio fraudulento, para desviar, em proveito próprio ou alheio, clientela de outrem;” (Comete crimen de competencia desleal quién: 3. Emplea medios fraudulentos, para desviar, en provecho propio o ajeno, la clientela de otro;).

⁴⁵⁶ “As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes” (Las relaciones contractuales de trabajo pueden ser objeto de libre estipulación por las partes interesadas en la medida que no se contravengan las disposiciones tutelares del trabajo, los contratos colectivos que les sean aplicables y las decisiones de las autoridades competentes).

⁴⁵⁷ “Constituem justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador: (...) c) negociação habitual por conta própria ou alheia sem permissão do empregador, e quando constituir ato de concorrência à empresa para a qual trabalha o empregado, ou for prejudicial ao serviço; (...) g) violação de segredo da empresa;” (Constituyen causa justificada para la terminación del contrato de trabajo por parte del empleador : (...) c) negociaciones habituales por cuenta propia o de terceros sin autorización del empleador, y cuando constituyen acto de competencia a la empresa para la cual trabaja el empleado, o es perjudicial para el servicio; (...) g) violación de secretos de la compañía;).

⁴⁵⁸ “Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia” (En los contratos individuales de trabajo es lícita la alteración de las respectivas condiciones por mutuo consentimiento, siempre y cuando no resulten, directa o indirectamente, perjuicios al empleado, so pena de nulidad de la cláusula que infrinja esta garantía).

⁴⁵⁹ “Não havendo autorização expressa, o alienante do estabelecimento não pode fazer concorrência ao adquirente, nos cinco anos subseqüentes à transferência”.

por lo demás que parte de éstas se enmarcan característicamente en la terminación del contrato de trabajo o en una sede estrictamente civil. No olvidado por lo demás, que no obstante la ausencia de normativa relativa a estas cláusulas ultraactivas, el propio artículo 8 de la CDL expresa que ante dicho escenario, además de las autoridades administrativas con competencia en lo laboral, los Tribunales del Trabajo están llamados a decidir igualmente basándose según las vicisitudes propias del caso, en la jurisprudencia, analogía, equidad y otros principios y normas generales del derecho, especialmente de Derecho Laboral. No se olvida esa norma de los usos, las costumbres y el derecho comparado, los que podrán ser empleados por estas entidades en la medida que ningún interés de clase o particular prevalezca por sobre el interés público.

No siendo una institución desconocida para la literatura laboral de Brasil⁴⁶⁰, un interesante punto de partida para un ejercicio hermenéutico que adicionando las normas antes enunciadas permita estudiar los alcances de la inclusión de un pacto de esta naturaleza, resulta ser el artículo 187 del Código Civil. Éste, ubicado dentro del título III del Capítulo 5 (*Dos Atos Ilícitos*), indica que cometerá acto ilícito el titular de un derecho que, al ejercerlo, sobrepasa evidentemente los fines impuestos de acuerdo al fin social o

⁴⁶⁰ “A cláusula [de não concorrência] constituiria uma convenção distinta do contrato individual de trabalho, pois: ‘A relação jurídica criada pela cláusula de não concorrência “pós-contratual” distingue-se do próprio contrato individual de trabalho, com o qual ela não se confunde. É um contrato “sui generis”, por força do qual o empregado se obriga a não prestar, após o término de seu contrato de trabalho, e por prazo expressamente estipulado e não abusivo, serviços idênticos ou semelhantes a outrem ou por conta própria quando estes possam constituir uma concorrência desleal ou revelar segredos e conhecimentos especiais adquiridos na empresa, obrigando-se, por sua vez, o empregador a pagar ao seu ex-empregado pelo prazo convencional da prestação uma compensação pecuniária, que, no caso de inadimplemento, o empregado perde, além de responder por perdas e danos” (Una cláusula [de no competencia] constituiría una convención diferente al contrato individual de trabajo, pues: {Una relación jurídica creada por una cláusula de no competencia “post contractual” se diferencia del propio contrato individual de trabajo, con el cual ella no se confunde. Es un contrato “sui generis”, en razón del cual el empleado se obliga a no prestar, después del término de su contrato de trabajo, y por un plazo expresamente estipulado y no abusivo, servicios idénticos a sencillamente semejantes a través de terceros o por cuenta propia cuando estos puedan configurar una competencia desleal o revelar secretos y conocimientos especiales adquiridos en la empresa, obligándose por su parte el empleador a pagar a su ex empleado por un plazo convencional una compensación pecuniaria, que, en caso de incumplimiento, el empleado pierde, además de responder por las pérdidas y daños), WALD, Arnold y XAVIER, Alberto. “Pacto de não concorrência: validade e seus efeitos no direito brasileiro”, en: *Revista dos Tribunais*, Vol. 552 (1981), p. 40.

económico, la buena fe o las buenas costumbres⁴⁶¹. Ya en segundo lugar, una somera lectura del texto fundamental da cuenta del asentamiento de las libertades de trabajo, iniciativa económica y libre competencia, en los artículos 5 inciso 13° para la primera⁴⁶², 1 N° 4⁴⁶³ y 170⁴⁶⁴ para la segunda, y 173 en lo tocante la tercera⁴⁶⁵, todos de la Constitución de 1988 (o CF/88). Este artículo 187, al operativizar los preceptos constitucionales consagradorios de derechos y/o libertades de dicha naturaleza, enfatiza como concepto central que tales distan de ser absolutos en su ejercicio, no escapándose de dicha caracterización los recién enunciados. Cuestión que se afianza aún más desde la

⁴⁶¹ *“Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.*

⁴⁶² *“É livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”* (Es libre el ejercicio de cualquier trabajo, oficio o profesión, cumpliendo las cualificaciones profesionales que la ley establezca).

⁴⁶³ *“A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: IV. os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;”* (La República Federal del Brasil, formada por la unión indisoluble de los Estados y Municipios y del Distrito Federal, se constituye en Estado Democrático de Derecho y tiene como fundamentos: IV. los valores sociales del trabajo y la libre iniciativa;).

⁴⁶⁴ *“A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”* (El orden económico, basado en el valor del trabajo humano y en la libre empresa, tiene por objeto garantizar a todos una vida digna, de acuerdo con los dictados de la justicia social, observando los siguientes principios: I - la soberanía nacional; II - la propiedad privada ; III - la función social de la propiedad; IV - la libre competencia; V - la protección del consumidor; VI - protección del medio ambiente, incluso mediante un tratamiento diferenciado según el impacto ambiental de los productos y servicios y sus procesos de desarrollo y entrega; VII - la reducción de las desigualdades regionales y sociales; VIII - la búsqueda del pleno empleo; IX - tratamiento preferencial para las pequeñas empresas constituida bajo las leyes de Brasil y que tiene su sede y gestión en el país. Párrafo único. Se garantiza a todos el libre ejercicio de cualquier actividad económica, independentemente de la autorización de los organismos públicos, salvo en los casos previstos por la ley).

⁴⁶⁵ *“Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. “...” § 4º - A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”* (Excepto en los casos previstos en esta Constitución, la explotación directa de la actividad económica del Estado sólo se autorizará cuando sea necesario a los imperativos de seguridad nacional o el relevante interés colectivo, según lo definido por la ley... " § 4 - La ley reprimirá el abuso del poder económico destinado a la dominación de los mercados, la eliminación de la competencia y el aumento arbitrario de los beneficios).

gramática política inserta en ellos, al definirles la misma Constitución como principios políticos conformadores⁴⁶⁶. Por ende, malamente puede alegarse la preeminencia inicial de alguna de estas libertades respecto de las demás sin control alguno, al abrirse la puerta a la legitimación de cláusulas de cuño absolutista incardinado en su configuración y ejecución, las que debieran rápidamente llamar a su descarte por parte del ordenamiento jurídico cuando se precise la resolución de una cuestión en particular.

La jurisprudencia brasilera hizo eco inicial de dicha idea a propósito de la admisibilidad de los pactos de no competencia post contractual en sede laboral. A modo ejemplar, se sentenció por parte de la *Tribunal Regional Federal da 4º Região* que el artículo 5 inciso 13 de la CF/88 si bien asegura el libre ejercicio profesional, dista aquello de significar que éste se entienda como uno absoluto, pudiendo autorizar la Constitución al legislador ordinario para que haga restricciones conforme la profesión que se quiera ejercer⁴⁶⁷. Como secuela de lo anterior, el tratamiento de estas cláusulas parte de la base que, a su vez, la libre iniciativa económica tampoco puede admitir un ejercicio desmedido que le signifique al trabajador una constricción exagerada de su Libertad de Trabajo⁴⁶⁸. Ahora bien, lo notable a recalcar se encuentra en el silencio que se da en la regulación de los pactos en comento, abriéndose la puerta al hecho que no existiendo habilitación específica legal que regule la restricción a la Libertad de Trabajo igualmente se termine admitiendo una institución de relevancia práctica mas cuya ejecución acarrea una vulneración de dicha índole.

⁴⁶⁶ En ese sentido, CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra, Portugal: Ed. Almedina, 2006, p. 201.

⁴⁶⁷ La sentencia del Tribunal Regional Federal da 4º Região, N° 75.465, de 12 de Marzo de 2002, indica: “O art. 5o, XIII. da CF/88, embora assegure o livre exercício profissional, não contempla uma liberdade absoluta, admitindo a Magna Carta que o legislador ordinário faça restrições de acordo com a natureza da profissão que se quer exercer”. Este criterio se ve también en la sentencia del Tribunal Regional Federal da 4º Região, N° 77.990, de 28 de Agosto de 2003.

⁴⁶⁸ “Mesmo que se reconheça o direito de limitar-se a ulterior atividade do empregado, esse direito não comporta - novamente como qualquer outro direito - exercício desmedido” (Incluso si se reconoce el derecho de restringir la actividad posterior del empleado, ese derecho no implica –nuevamente como cualquier derecho-, ejercicio desmedido), MALLET, Estêvão. “Cláusula de não-concorrência em contrato individual de trabalho”, en: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, Vol. 100 (2005), p. 126.

La jurisprudencia brasilera “comienza a delinear su ruta en ambas direcciones, o sea, inclinándose contrariamente a la inclusión de las cláusulas para después del término de la relación de trabajo, por considerarla atentatoria a la Libertad de Trabajo o admitiéndola cuando se cumplan determinadas exigencias”⁴⁶⁹. Particular relevancia encarna en el derrotero hacia la admisibilidad jurisprudencial, un fallo que le niega validez a estos pactos, sentenciado por el *Tribunal Regional do Trabalho 2º Região*, N°: 2001048710, de 5 de Marzo de 2002. En lo pertinente, éste expresa: *A ordem econômica é fundada, também, na valorização do trabalho, tendo por fim assegurar a todos existência digna, observando dentre outros princípios a busca do pleno emprego. Pelo menos, assim está escrito no art. 170, inciso VIII, da Constituição. (...) A força de trabalho é o bem retribuído com o salário e assim meio indispensável ao sustento próprio e familiar, tanto que a ordem social tem nele o primado para alcançar o bem-estar e a justiça sociais. Finalmente, o contrato de trabalho contempla direitos e obrigações que se encerram com sua extinção. Por tudo, cláusula de não concorrência que se projeta para após a rescisão contratual é nula de pleno direito, a teor do que estabelece o artigo 9º da Consolidação das Leis do Trabalho*⁴⁷⁰. Se extrae de esta sentencia, en primer término, la preponderancia del principio de pleno empleo respecto de los demás que cimentan el orden económico y financiero, que confluyen en una problemática de esta índole. Se obvian, entre otros, la propiedad privada o la libre competencia, ubicados en el artículo 170 N° 2 y 4 de la Constitución, respectivamente. No puede olvidarse, por lo demás, que este artículo inaugura el capítulo relativo a los Principios Generales de la

⁴⁶⁹ “Começa a nortear o seu percurso em duas direções, ou seja, inclinando-se contrariamente à inserção da cláusula após o término do pacto laboral, por considerá-la atentatória à liberdade de trabalho ou admitindo-a quando cumpridas determinadas exigências”, BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo, Brasil: LTr, 2009, p. 259.

⁴⁷⁰ “El orden económico se funda, también, en la valorización del trabajo, teniendo por fin asegurar a todos una existencia digna, observando entre otros principios la búsqueda del pleno empleo. Por lo menos, así está escrito en el artículo 170, inciso VIII de la Constitución. (...) La fuerza de trabajo es un bien retribuido con un salario y un medio indispensable para el sustento propio, tanto que el orden social le tiene como un medio para alcanzar el bienestar y la justicia social. Finalmente, el contrato de trabajo contempla derechos y obligaciones que culminan con su extinción. Por lo expuesto, la cláusula de no competencia proyectada tras el término de la relación de trabajo es nula de pleno derecho, al tenor de lo que establece el artículo 9 de la Consolidación de Leyes del Trabajo”.

Actividad Económica, ubicado en el título denominado “Del Orden Económico y Financiero”. Lo criticable en esa línea, en fin, es que el Tribunal exalte un principio en particular para construir una conclusión sin mayores ejercicios de contrapeso ante otros igualmente relevantes. Ya en segundo lugar, consonante con lo expuesto, vale la pena destacar tanto la fuente legal sobre la cual el Tribunal construye su decisión, como el efecto *erga omnes* que busca darle al criterio que sustenta. Cuestión que sobre la base de la literatura especializada en torno a su texto, permite entender la particular *ratio* que contiene.

El artículo 9 de la CDL⁴⁷¹ es aquel sobre el cual el Tribunal termina decidiendo la nulidad de pleno derecho de las cláusulas de no competencia post contractuales sobre la base de la irrenunciabilidad de los derechos laborales⁴⁷². La doctrina laboral brasilera ha

⁴⁷¹ “*Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação*” (Serán nulos de pleno derecho los actos realizados con el objetivo de desvirtuar, impedir o defraudar la aplicación de los preceptos contenidos en la presente Consolidación).

⁴⁷² Con todo, la doctrina brasilera está dividida en torno a la idea que la irrenunciabilidad se encuentra presente en la legislación laboral. “*A tendência observada na doutrina é a da irrenunciabilidade como regra. Sustenta Dorval Lacerda que ‘são irrenunciáveis (e intransacionáveis) todos os direitos que a lei, os contratos coletivos e as decisões judiciais e administrativas conferem aos trabalhadores, seja durante, antes ou depois da vigência do contrato de trabalho, a menos que da renúncia não decorra uma desvantagem para o trabalhador e que dela, embora inexistente tal desvantagem, não se origine um prejuízo à coletividade obreira e ao Estado’*. Para Oliveira Viana *irrenunciáveis são os direitos ‘que representam as chamadas prerrogativas ou garantias legais do trabalhador’*. Arnaldo Sussekind *segue os ensinamentos de Dorval Lacerda*. Délio Maranhão *observa que ‘se fossem renunciáveis pelo empregado os direitos que a lei lhe assegura, voltaríamos à estaca zero: nenhum empregado seria admitido sem que antes houvesse livremente renunciado a tais direitos. Ressalte-se, no entanto, que de acordo com o art. 9º. da Consolidação, serão nulos os atos praticados com o objetivo de impedir a aplicação dos preceitos nela contidos. Se assim é, os direitos subjetivos fundados nas leis trabalhistas são irrenunciáveis. A renúncia é um ato. O seu objetivo não é, rigorosamente, impedir a aplicação da lei. Porém, conduz ao mesmo resultado. As leis trabalhistas são heterônimas, como regra geral. Daí por que o campo da renúncia é aquele em que se situam os direitos que, representando condições de trabalho mais favoráveis do que as condições mínimas legais, resultam do poder negocial das partes e não da lei.’* (La tendencia observada en la doctrina es la de la irrenunciabilidad como regla. Señala Dorval Lacerda que ‘son irrenunciables e intrasaccionales todos los derechos que la ley, los contratos colectivos y los que las decisiones judiciales y administrativas confieran a los trabajadores, sea antes, durante y después de la relación de trabajo, salvo que la renuncia no signifique una desventaja para el trabajador y que, a pesar de no existir tal daño, no signifique un perjuicio para la colectividad obrera y para el Estado’. Para Oliveira Viana, irrenunciables son los derechos que representan las llamadas prerrogativas o garantías legales del trabajador’. Arnaldo Sussekind sigue los planteamientos de Dorval Lacerda. Délio Maranhão observa que ‘si fueran renunciables para el trabajador los derechos que la ley le asegura, volveríamos a punto cero: nadie sería contratado sin que antes no hubiera renunciado a tales derechos. Cabe destacar, sin embargo, que de acuerdo con el artículo 9 de la Consolidación, serán

señalado ésta no puede ser vista de manera absoluta de manera permanente, siendo menester distinguir entre la indisponibilidad absoluta y relativa. “En el Derecho Laboral, será absolutamente indisponible el derecho que predominantemente envuelva lo público, es decir, cuando la tutela inmediata no involucre al individuo como tal, sino como un miembro de una clase social o de una categoría profesional. Y será relativamente indisponible cuando el interés individual prevalezca, en cuyo caso corresponderá a su titular la iniciativa de defensa de sus derechos. (...) El derecho indisponible es irrenunciable, puesto que la disponibilidad implica transferencia, no siendo posible su renuncia, ya que la misma implica la extinción del derecho. Tampoco hay posibilidad de transacción. Los derechos de indisponibilidad relativa pueden ser renunciados o ser objeto de transacción”⁴⁷³. Así entonces, desde esta perspectiva de análisis, de la sentencia se puede extraer que el trabajo en tanto principio es uno irrenunciable absolutamente en virtud de su incardinación con los derechos de naturaleza laboral, predominando lo público por sobre lo individual, no pudiendo transarse aquellos. Ello, a pesar de los puntos de contacto gestables con otros principios que se conjugan al momento de justificar y operativizar las cláusulas de no competencia post contractuales en lo laboral. La redacción de la decisión del Tribunal, afincada en la lógica de la defensa de los intereses supraindividuales indisponibles insertos en los derechos fundamentales, permite comprender una pretensión que buscar superar el mero efecto relativo.

nulos los actos practicados con el objetivo de impedir la aplicación de los preceptos contenidos en ella. Siendo así, los derechos subjetivos basados en las leyes laborales son indisponibles. La renuncia es un acto. Su propósito no es, estrictamente, impedir el cumplimiento de la ley. No obstante, conduce al mismo resultado. Las leyes laborales son heterónomas, por regla general. Es por ello que el campo de la renuncia es en el que se sitúan los derechos que, representando condiciones de trabajo más favorables que las mínimas legales, resultan de la capacidad de negociación de las partes y no la ley), NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao Direito do Trabalho*. São Paulo, Brasil: LTr Editora, 1982, pág. 140.

⁴⁷³ “Assim, no direito do trabalho, será absolutamente indisponível o direito, que envolva predominantemente o público, ou seja, quando a tutela imediata envolva não o indivíduo como tal, mas como membro de uma classe social ou de uma categoria profissional. E será relativamente indisponível quando o interesse individual for prevacente, caso em que caberá a seu titular a iniciativa da defesa de seu direito. (...) O direito indisponível é irrenunciável, porquanto disponibilidade implica transferência, não sendo possível sua renúncia, vez que a mesma implica extinção do direito. Também não há possibilidade de transação. Os direitos de indisponibilidade relativa são passíveis de renúncia ou transação, sendo que esta última supõe relação jurídica incerta, e a eliminação dessa incerteza através de concessões recíprocas”, SANTOS ALVES DA CUNHA, Maria Inês Moura. *Direito do Trabalho*. São Paulo, Brasil: Saraiva, 2010, p. 36.

Los matices arribaran a la institución de las cláusulas de no competencia post contractual laboral con el reconocimiento de la posibilidad de inclusión en los contratos de trabajo. Ya el 2002, y sobre la base de la buena fe, nuevamente el *Tribunal Regional do Trabalho da 2º Região*, en proceso N° 20020534536, sentencia el 13 de Agosto de 2002 lo siguiente: “*Não afronta o art. 5º, inciso XIII, da Constituição Federal de 1988, cláusula contratual firmada por empregado, após ruptura do contrato de trabalho, comprometendo-se a não prestar serviços à empresa concorrente, quer como empregado, quer como autônomo. Inexistência de erro ou coação a anular o pactuado. (...) Impende aqui, invocar-se também o princípio da boa-fé, presente em todos os atos da vida civil e pressuposto deles, mormente quando em ajuste, estão pessoas capazes, de mediano conhecimento jurídico e alto nível profissional, como é o caso das partes envolvidas no Termo de Confidencialidade e Compromissos Recíprocos*”⁴⁷⁴. A diferencia de la anterior sentencia dictada por el mismo Tribunal, cuyo basamento es especialmente cercano a una dinámica tutelar desde los derechos fundamentales, en este caso se advierte un planteamiento particularmente privatista. No debe perderse de vista que se está en presencia de un acto jurídico, como lo es un contrato, de naturaleza laboral, con todo el componente de irrenunciabilidad de clave absoluta impreso en el núcleo del fallo antes analizado. No obstante ello, es la propia redacción del segundo la que da a entender una suerte de igualación de este vínculo con los propios del Derecho Civil desde el puente que significa la aplicación de la buena fe, acrecentando su importancia en el contexto de la relación laboral, según si el trabajador se encuentra más o menos calificado. De esta manera, trashuma el centro de la irrenunciabilidad, desde la absoluta a la relativa, al mutar la comprensión de la cuestión: de una tenida por pública, a una privada.

⁴⁷⁴ “No atenta al artículo 5, inciso XIII, de la Constitución Federal de 1988, la cláusula contractual firmada por el empleado, para que tras el término del contrato de trabajo, éste se comprometa a no prestar servicios para una empresa de la competencia, sea como empleado o como independiente. No hay error o coacción que anule lo pactado (...) Corresponde aquí, invocarse también el principio de buena fe, presente en todos los actos de la vida civil siendo también presupuesto de ellos, sobre todo cuando al acordarse, se está en presencia de personas capaces, de mediano conocimiento jurídico y alto nivel profesional, como es el caso de las personas vinculadas por el Acuerdo de Confidencialidad y Compromisos Recíprocos”, Tribunal Regional do Trabalho da 2º Região, N° 20020534536, de 13 de Agosto de 2002.

Una sentencia elemental en esta materia es la del *Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*, N° 01533-2001-093-15-00-0, de 19 de Septiembre de 2003. Tal, reza lo siguiente: “*Cláusula de não-concorrência pactuada entre as partes sem conter limitação, seja de caráter temporal, territorial ou delimitação do objeto da restrição de atividades, com projeção após a rescisão contratual é nula de pleno direito, porque fere a autonomia de vontade do trabalhador e cria óbice à sua nova colocação profissional, em total afronta ao disposto no artigo 5º, inciso XIII, da CF, que diz ser livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer*”⁴⁷⁵. Desde ya, menester es dar cuenta de la inclusión de criterios que tradicionalmente tanto la literatura como la jurisprudencia comparada han considerado afín de ir estructurando la validez de estos pactos: limitación temporal, espacial y de objeto, siendo el gran ausente de la enumeración, por el momento, la compensación económica debida al trabajador que pacta la cláusula⁴⁷⁶.

La jurisprudencia de este país habrá de imbuirse de la lógica civilista todavía más. Por ejemplo, se interpretará la inclusión de estos pactos en la lógica laboralista cayendo en el lugar común enquistado en aquel clásico brocardo que dicta que es posible hacer en derecho privado todo aquello cuanto no esté prohibido, sin mayor análisis a la naturaleza

⁴⁷⁵ “La cláusula de no competencia pactada entre las partes sin contener limitación sea de carácter temporal, territorial o a nivel de las actividades restringidas, proyectada para producir sus efectos tras el término del contrato es nula de pleno derecho, porque afecta la autonomía de la voluntad del trabajador y crea obstáculos para su nueva posición profesional, en total contradicción con lo dispuesto en el artículo 5º, inciso XIII, de la CF, que señala la libertad en el ejercicio de cualquier trabajo, oficio o profesión, consideradas las calificaciones profesionales que la ley establece”.

⁴⁷⁶ Paralelamente, la doctrina brasileña tampoco ayudaba mucho: “*As restrições devem ser limitadas no tempo, espaço e objeto, para subsistirem tão somente na proporção em que forem úteis, necessárias, para proteger um interesse legítimo do beneficiário. Assim sendo, tais cláusulas e pontos teriam uma função acessória, de garantir o ajuste principal, cujo propósito não é afetar diretamente a concorrência*” (Las restricciones deben ser limitadas en el tiempo, espacio y objeto, subsistiendo solamente en la medida que fueran útiles, necesarias, para proteger un interés legítimo del beneficiario. Siendo así, tales cláusulas y puntos tendrían una función accesorio, de garantizar lo principal, cuyo propósito es no afectar directamente la competencia), BORGES BARBOSA, Denis. *Uma introdução à propriedade intelectual*. Rio de Janeiro, Brasil: Lumen Juris, 2003, p. 314.

del Derecho del Trabajo⁴⁷⁷. En dicha senda, la sentencia del *Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*, N° 1815420092908, de 17 de Agosto de 2010: “É válida a cláusula de não-concorrência que tenha vigência mesmo após a extinção do contrato de trabalho, embora tal modalidade não encontre disciplina jurídica no Direito do Trabalho. Assim, constatada a lacuna, possibilita-se, por força do art. 8º da CLT, a aplicação do art. 122 do Código Civil Brasileiro, que dispõe que "São lícitas, em geral, todas as condições não contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes; entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o negócio jurídico, ou o sujeitarem ao puro arbítrio de uma das partes.". Desse modo, seria lícita, em tese, a pactuação de cláusula de não-concorrência após a cessação do contrato de trabalho”⁴⁷⁸.

Sin perjuicio del talante destilado en dicha sentencia, es posible encontrar otras en las que se pretende aún reivindicar el carácter bilateral de las tratativas preliminares en sede laboral, y en consecuencia, restarle validez a pactos que fueran insertados en el contrato tras su celebración, bajo el argumento de configurarse una condición potestativa. El *Tribunal Superior do Trabalho* mediante recurso de revisión (*recurso de revista*) N° RR-1948-28.2010.5.02.0007, de 21 de Mayo de 2014, expresa (el destacado es propio):

1. *Hipótese em que consignado pelo TRT que - as partes pactuaram cláusulas especiais mediante Termo de Confidencialidade e Não Concorrência (fls.47/50) dois meses após a*

⁴⁷⁷ Si bien por cuestiones propias de la relevancia de los bienes en juego, la certeza jurídica y la validación de los aspectos que configuran los requisitos de estos pactos, su escrituración resulta un aspecto casi obvio, también debe mencionarse que cierto sector doctrinal de Brasil considera sería totalmente posible su establecimiento tácito “quando o empregado atuasse no mesmo setor em que opera a sua antiga empregadora e importando a prática do ilícito contratual pagamento de uma cláusula penal nos termos do Código Civil” (cuando el empleado actuase em el mismo sector em que opera su antiguo empleador y conlleve la ejecución de un ilícito contractual debiendo pagarse una cláusula penal en los términos del Código Civil), WALD, Arnold y XAVIER, Alberto. “Pacto de não concorrência...”, p. 40.

⁴⁷⁸ “Es válida la cláusula de no competencia cuya vigencia se dé tras la extinción del contrato de trabajo, aun cuando esta modalidad no se encuentra en la disciplina jurídica del Derecho del Trabajo. De esta manera, observa la laguna, se possibilita, por prescripción del art. 8º de la CLT, por aplicación del art. 122 del Código Civil Brasileiro, que dispone “Son lícitas, en general, todas las condiciones no contrarias a la ley, al orden público o a las buenas costumbres; entre las condiciones señaladas se incluyen aquellas que privaren de todo efecto al negocio jurídico, o se sujetasen al puro arbitrio de una de las partes”. De este modo, sería lícito en teoría, el pacto de la cláusula de no competencia para después de la terminación del contrato de trabajo”.

admissão do réu, na forma de adendo, tendo a relação empregatícia vigorado de 21 de agosto de 2006 a 27 de abril de 2010, ou seja, o Termo foi ajustado ainda no início da vigência contratual, sendo certo que nenhum vício de consentimento restou comprovado pelo recorrente, a fim de infirmar a validade do pacto -. 2. A teor do art. 444 da CLT, as relações contratuais podem ser objeto de livre estipulação entre as partes, desde que observadas as disposições de proteção ao trabalho, as normas coletivas aplicáveis e as decisões das autoridades competentes. 3. Por sua vez, prescreve o art. 468 da CLT que, - Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições, por mútuo consentimento, e, ainda assim, desse que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia -. 4. No caso, o TRT concluiu pela validade da alteração do contrato de trabalho, haja vista que não restou comprovado o vício de consentimento, tampouco caracterizado prejuízo, de modo a invalidar a avença. 5. Todavia, a estipulação de cláusula de confidencialidade e não concorrência, a par de cingir-se à esfera dos interesses meramente privados, somente pode ser reputada válida mediante juízo de ponderação, ante a colisão de direitos fundamentais tais como o livre exercício de trabalho ou profissão, a proteção da propriedade privada e o primado da livre iniciativa, dentre outros princípios. 6. Imprescindível, por sinal, a concessão de vantagens recíprocas, de modo a justificar a restrição temporária convencionada. 7. Por certo, a contrapartida oferecida pela empresa, consistente no pagamento mensal equivalente ao último salário do réu, que o TRT considerou proporcional à obrigação imposta, não possui o condão, por si só, de revestir de validade a restrição imposta no curso do contrato de trabalho. 8. É incontroverso, no caso, que em 21.8.2006, o reclamante foi contratado para desempenhar a função de Diretor de Tecnologia e Serviços da Autora, e que, nessa qualidade, exerceu atividades que o TRT entende justificar a celebração do Termo de Confidencialidade. (...) Não há, por sua vez, notícia acerca de qualquer alteração nas condições de trabalho do réu, pela qual se tenha agregado alguma vantagem ao trabalhador. 9. **Não há como se depreender, em tal contexto, que restrição de tamanha importância decorra de livre estipulação, em que as partes se encontram**

em pé de igualdade, ainda que o réu ostente a qualidade de alto empregado, pois tal situação não afasta a condição de hipossuficiência do réu. Aliás, a impossibilidade de o réu desempenhar atividades análogas a que exercia, durante o período de um ano, pode inclusive resultar em significativo entrave à reinserção do réu em um mercado de trabalho que se sabe muito competitivo, mormente considerando a ausência de limitação territorial na cláusula de confidencialidade e não concorrência, o que leva concluir pela sua abrangência em todo o territorial nacional. 10. Soma-se a isso a evidente desproporção entre a contraprestação oferecida pela empresa - pagamento de salário mensal pelo período da restrição - e a multa em caso de descumprimento da obrigação pelo ex-empregado (multa não compensatória correspondente ao valor resultante da multiplicação do último salário do réu por 25), sem prejuízo da indenização decorrente da responsabilidade civil. Além disso, conquanto a empresa, em caso de descumprimento de sua obrigação, estivesse também sujeita a multa, tal seria calculada no importe de 12 vezes o salário do reclamante, ou seja, em montante inferior àquele devido pelo réu. Soma-se a isso, que a empresa poderia, a seu critério exclusivo, dispensar o reclamante de sua obrigação e, por conseguinte, a autora ficaria desobrigada do pagamento dos salários e da própria multa. 11. Não se olvida, por sua vez, que a contraprestação eventualmente paga pela empresa equivale ao último salário, o que, por sinal, não se confunde com remuneração. Desse modo, consabido que a cláusula de confidencialidade e não concorrência não estava definida no momento da contratação, como uma condição para a admissão do réu no cargo de Diretor de Tecnologia, conclui-se pela alteração prejudicial das condições de trabalho, pela submissão do réu aos termos do pacto⁴⁷⁹. De este fallo, además de lo ya expuesto, se puede destacar la intrusión

⁴⁷⁹ “1. La hipótesis que se consignó en el TRT es –que las partes pactaron cláusulas especiales mediante el Acuerdo de Confidencialidad y no Competencia (fs. 47/50) 2 meses después la admisión de la demandada, bajo forma de anexo, teniendo una relación laboral firme desde el 21 de Agosto de 2006 a 27 de Abril de 2010, o sea, el Acuerdo fue perfeccionado desde el inicio de la vigencia del contrato, siendo cierto que ningún vicio del consentimiento fue acreditado por la parte recurrente a fin de refutar la validez del pacto-. 2. Al tenor del artículo 444 de la CLT, las relaciones contractuales pueden ser objeto de libre estipulación entre las partes, consideradas las normas de protección al trabajo, las normas colectivas aplicables y las decisiones de las autoridades competentes. 3. Por su parte, prescribe el art. 468 de la CLT que, -En los contratos individuales es lícita la alteración de las condiciones respectivas, por mutuo consentimiento, y, siempre y cuando, de ello no resulten, directa o indirectamente, perjuicios al trabajador, so pena de nulidad

del Tribunal en la conmutatividad de las multas fijadas para cada una de las partes en el evento que no cumplan con las obligaciones emanadas del pacto, la necesidad de la contraprestación al trabajador que le es impuesta una cláusula de esta naturaleza⁴⁸⁰, sin

de la cláusula que infrinja esta garantía-. 4. En el presente caso, el TRT concluyó la validez de la alteración del contrato de trabajo, dado que no se acreditó vicio del consentimiento, ni tampoco perjuicios, a fin de invalidar el pacto. 5. **Sin embargo, la estipulación de la cláusula de confidencialidad y no competencia, al limitarse meramente a la esfera de los intereses privados, solamente puede ser considerada válida mediante un juicio de ponderación, ante una colisión de derechos fundamentales tales como el libre ejercicio del trabajo o profesional, la protección de la propiedad privada y la libre iniciativa, entre otros principios.** 6. Imprescindible, por cierto, es la concesión de ventajas recíprocas, a fin de justificar la restricción temporal acordada. 7. Por cierto, la contrapartida ofrecida por la empresa, consistente en el pago mensual equivalente al último sueldo del demandado, que el TRT consideró proporcional a la obligación impuesta, no tiene por sí sola el poder de revestir de validez una restricción impuesta en el curso del contrato de trabajo. 8. No se controvierte, en el presente caso, que el 21.8.2016, el reclamante fue contratado para desempeñar la función de Director de Tecnología y Servicios de Autor, y que, en esa calidad, ejerció actividades que el TRT entiende justifican la celebración del Acuerdo de Confidencialidad. No se discute, por su parte, que solamente después de un intersticio de 2 meses, o sea, con el contrato ya en curso, fue celebrado un anexo al contrato de trabajo (...). No hay, por su parte, noticia acerca de cualquier alteración en las condiciones de trabajo del demandado, por la cual se hubiere agregado alguna ventaja al trabajador. 9. **No se desprende, en tal contexto, que una restricción de tamaño importancia sea el fruto de una estipulación libre, en que las partes se encuentren en un pie de igualdad, aun cuando el demandado tenga una calidad de alto empleado, pues tal situación no afecta la condición de hiposuficiencia del trabajador.** De hecho, la imposibilidad del demandado de desempeñar actividades análogas a la que se ejercía, durante un periodo de 1 año, puede implicar un significativo problema para la reinserción del demandado en un mercado de trabajo que se sabe es muy competitivo, más aun considerando la ausencia de limitación territorial de las cláusulas de confidencialidad y no competencia, lo que lleva a concluir su extensión para todo el territorio nacional. 10. Agréguese a ello la evidente desproporción entre la contraprestación ofrecida por la empresa –pago de la remuneración mensual por el periodo de restricción– y una multa en caso de incumplimiento de la obligación por el ex empleado (multa no compensatoria correspondiente al valor resultante de la multiplicación del último sueldo del demandado por 25), sin perjuicio de la indemnización producto de la responsabilidad civil. Además, aunque la empresa en caso de incumplimiento de su obligación, estuviere también sujeta a una multa, aquella sería calculada sobre la base de 12 veces del salario del reclamante, o sea, en una suma inferior a aquello debido pagar por el demandado. **Sumado a eso, la compañía podría, a su criterio exclusivo, eximir al reclamante de su obligación y, por consiguiente, la empresa quedaría excluida de su obligación de pago de sueldo y su propia multa.** 11. No se olvida, por otro lado, que la contraprestación eventualmente pagada por la empresa equivale a la última remuneración, que, por cierto, no se confunde con la remuneración. **De ese modo, teniendo presente que la cláusula de confidencialidad y no competencia no estaba definida al momento de la contratación, como una condición para la admisión del demandado para el cargo de Director de Tecnología, se concluye la alteración perjudicial de las condiciones de trabajo, por la sumisión del demandado a los términos del pacto”.**

⁴⁸⁰ “Para a validade da cláusula, o empregado deve receber compensação financeira, que lhe permita fazer face aos seus compromissos, como se estivesse trabalhando, visando que o trabalhador não enfrente dificuldades financeiras para manter seu mesmo nível de vida, pois o pagamento terá natureza alimentar. Daí, a solução é o pagamento da compensação financeira no valor da última remuneração do empregado, multiplicado pelo número de meses em que deixará de exercer a atividade. Do contrário, pode ocorrer de o empregado não ter condições de exercer outra atividade, por não possuir habilidade par esse fim, hipótese em que estaria sendo impedido de exercer seu mister, além do que diminuiria seu padrão de vida, ante a impossibilidade de exercer aquela atividade. O pagamento deve ser feito ao término do contrato de trabalho

obviar por cierto, la interdependencia y copulatividad de los requisitos para su validez. A su vez, traslada el núcleo de análisis, desde una cuestión *interprivatos* a otra en la que el examen precisa de una lectura al amparo de los derechos fundamentales en juego.

Descubriéndose los requisitos, huelga identificar los 2 elementos que bañan su determinación y lineamiento interpretativos para el caso concreto: la proporcionalidad y la razonabilidad. Dicho de otro modo, los requisitos de validez de las cláusulas de no competencia post contractual laboral deben ser analizados por el prisma de los principios de proporcionalidad y razonabilidad, en razón de los principios, bienes y derechos en juego. El *Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, en sentencia dictada en el proceso N° 01184-2012-097-03-00-0, el 2 de Septiembre de 2013, expresa: “*A condição imposta através de um pacto de sigilo e não concorrência para não se revelar as informações confidenciais, mesmo após o término da relação empregatícia, deve ser estabelecida dentro dos parâmetros da razoabilidade e proporcionalidade. Isto porque a regulação de tais pactos não pode ser considerada como restritiva, de forma inconstitucional, a ponto de afetar o princípio fundamental do valor social do trabalho*”⁴⁸¹. Sucintamente, es entonces posible expresar que serán objeto de un control de proporcionalidad y razonabilidad por parte del juez, las siguientes exigencias: limitación temporal, interés legítimo por parte de la empresa, compensación financiera en beneficio del trabajador, y

ou então mensalmente, em relação ao período em que o empregado não poderá exercer a atividade” (Para la validez de la cláusula, el empleador debe recibir una compensación financiera, que le permita hacer frente a sus compromisos, como si estuviese trabajando, procurando que el trabajador no enfrente dificultades financieras a fin de mantener su mismo nivel de vida, pues el pago tendrá naturaleza alimentaria. De ahí, la solución es el pago de la compensación financiera al valor de la última remuneración del trabajador, multiplicado por el número de meses por los que dejará de ejercer la actividad. De lo contrario, puede ocurrir que el trabajador sea incapaz de participar en cualquier otra actividad, por no tener habilidades para ese fin, hipótesis en la que estaría impedido de ejercer su profesión, además de reducir su nivel de vida, en razón de la imposibilidad de ejercer esta actividad. El pago debe hacerse a la terminación de contrato de trabajo o luego mensualmente durante el período en que el trabajador no podrá ejercer la actividad), MARTINS, Sérgio Pinto. “Cláusula de Não-Concorrência inserida no Contrato de Trabalho”, *en*: *Repertório IOB de Jurisprudência, Caderno 2*, N° 7/01 (2001), p. 124.

⁴⁸¹ “Una condición impuesta a través de un pacto de confidencialidad y no concurrencia a fin de no revelar informaciones confidenciales tras el fin de la relación de trabajo, debe ser establecida dentro de los parámetros de razonabilidad y proporcionalidad. Esto pues la reglamentación de tales pactos no puede ser considerada como restrictiva, de forma inconstitucional, al punto de afectar el principio fundamental del valor social del trabajo”.

fijación de multa para el caso que incumplan su respectiva obligación cualquiera de las partes de manera equivalente considerando sus particularidades. Se excluye además, la posibilidad de reclamar daño moral para el caso que alguna de las partes incumpla su obligación, en la medida que se cumplan los mentados parámetros⁴⁸².

La limitación temporal y el interés legítimo del empleador (visto como “potencial lesivo o dañoso”) bajo el prisma de los principios enunciados, es tratado de la siguiente forma por el *Superior Tribunal da Justiça* de 11 Mayo de 2015, en virtud de un recurso especial N° 1.203.109-MG (destacado propio): “(...) *tratando-se a concorrência de valor institucional a ser protegido por imposição constitucional (...), daí se extrai a função social de cláusulas autorregulatórias privadas que se adequem a esta finalidade. Por óbvio, essa admissão deverá atender a certos limites, sob pena de se desviarem de sua função, passando a representar conduta abusiva de alguma das partes. No direito anglo-saxão, o estabelecimento de limites contratuais à concorrência, denominados “non-competition agreements”, são reconhecidos como pactos adjuntos desde o século XVIII. E lá essa questão da limitação foi igualmente enfrentada, concluindo-se pela necessidade de delimitação expressa de zona espacial ou temporal na qual a é impedido de fazer concorrência ao adquirente pelo prazo limitado de 5 (cinco) atuação de ex-sócios ou parceiros seria vedada. Assim, enquanto na solução legal vislumbrada para as hipóteses de trespasse de estabelecimento o alienante) anos, no contrato sub judice a vedação contratual deu-se pelo prazo expresso de 6 (seis) meses e restrita ao local do estabelecimento utilizado para o exercício do contrato associativo. Desse modo, restrição limitada nos termos contratuais afigura-se consentânea com o potencial de causação de prejuízos à concorrência. Outrossim, nota-se que o potencial lesivo é facilmente perceptível, porquanto a continuidade do exercício da atividade de*

⁴⁸² “A cláusula de não-concorrência foi estabelecida por tempo razoável e houve pagamento de indenização. Logo, está dentro dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. É, portanto, considerada válida. Não há dano moral a ser reparado” (La cláusula de no competencia fue establecida por un tiempo razonable y fijándose el pago de una indemnización. Luego, está dentro de los principios de razonabilidad y de proporcionalidad. Y, por tanto, considerada válida. No hay daño moral a reparar), Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, N° 02243.2000.3810200-9, de 18 de Mayo de 2004.

*intermediação no mesmo endereço, porém sob novo contrato de intermediação com empresa concorrente, implicaria o acesso aos clientes que eventualmente se dirigissem ao estabelecimento por saber que ali funcionava um ponto de atendimento da recorrente, facilitando sua captação agora para a nova empresa representada*⁴⁸³. En lo pertinente a lo puntualmente temporal, la cláusula “no puede ser, por tanto, perpetua. Se dice que lo ideal es que como tope se pacte un plazo de dos años, que es el período máximo de vigencia del contrato de trabajo por tiempo determinado. A este respecto, se afirma que ciertas actividades no precisan de un plazo muy largo de abstención, como en el área de bancos y de la informática, dado que en algunas semanas o en seis meses los demás competidores han absorbido un nuevo producto o una nueva tecnología”⁴⁸⁴.

⁴⁸³ “(...) tratándose la competencia de un valor institucional que debe ser protegido por imposición constitucional (...), de ello se extrae la función social de cláusulas autorregulatorias privadas que se adecuen a dicha finalidad. Es evidente que esa posibilidad debe ceñirse a ciertos límites, so pena de desviarse de su función, pasando a representar la conducta abusiva de alguna de las partes. En el derecho anglosajón, el establecimiento delimites contractuales a la competencia, denominados “non-competition agreements”, son reconocidos como anexos desde el siglo XVIII. **Abordándose la cuestión de las limitaciones, se concluyó la necesidad de delimitación expresa de la zona espacial o temporal en la cual la actuación de los ex socios o terceros resultaría prohibida. De esta forma, en lo tocante a la solución legal vislumbrada para las hipótesis de traspaso de establecimiento, al alienante le está vedado hacer competencia al adquirente por el plazo expreso de 5 (cinco) años, en el contrato subjudice la prohibición contractual estableció un plazo expreso de 6 (seis meses) y restringida al local del establecimiento utilizado para el ejercicio del contrato asociativo. Por lo tanto, la restricción limitada a modo de las condiciones contractuales resulta ser coherente con el potencial de causación del daño a la competencia.** Además, debe tenerse en cuenta que **el potencial dañino es evidente, porque la continuidad del ejercicio de la actividad de intermediación en la misma línea, pero con un nuevo contrato de intermediación con el competidor**, podría implicar el acceso a los clientes que eventualmente se dirigieren hacia el establecimiento sabiendo que allí funcionaba un punto de atención del recurrente, facilitando su captación ahora para la nueva empresa representada”, Superior Tribunal da Justiça, Nº 2010/0127767-0, de 5 de Mayo de 2015.

⁴⁸⁴ SIERRA HERRERO, Alfredo. “La cláusula de no competencia...”, pp. 122-123. Sin perjuicio de ello, se ha resuelto la legalidad de un pacto que establece como plazo de vigencia, y correlativamente de prohibición, uno de 5 años. Debe tenerse, con todo, presente un matiz: se está en presencia de una cláusula aplicable a un socio que se retira de la sociedad. Ello, en la sentencia del Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Nº 70055224042, de 2 de Agosto de 2013, que incluso rebaja el término de 10 a 5 años: “*Apesar de inexistir norma específica e regular da cláusula de não concorrência do sócio retirante, aplica-se, por analogia, o artigo 1.147, caput, do CC, in verbis: Art. 1.147. Não havendo autorização expressa, o alienante do estabelecimento não pode fazer concorrência ao adquirente, nos cinco anos subseqüentes à transferência.(...) Como se observa no artigo supracitado, o objetivo principal da Lei consagrado na cláusula de não concorrência é vedar a concorrência desleal, para a proteção do estabelecimento empresarial. Assim, a adoção do prazo temporal de 5 anos para proteção do estabelecimento empresarial, se mostra mais justo e adequado, a fim de repelir qualquer restrição temporal que extrapole os limites da normalidade e do bom senso. Dessa forma, entendo que o prazo estipulado de 10 anos previsto na cláusula terceira do acordo firmado entre as partes, se mostra abusivo, razão pela qual merece ser readequado para*

Por su parte, la limitación espacial ceñida al criterio de proporcionalidad apunta a que la prohibición debe ir de la mano con el ámbito territorial de actuación de la empresa: *“da leitura da cláusula terceira, de fato inexistente qualquer referência quanto ao limite espacial, razão pela qual não se pode verificar qual área territorial é compreendida na área de não concorrência (estadual, nacional e/ou internacional). É sabido, que a cláusula contratual deve-se restringir à área geográfica de atuação da empresa adquirida na operação. Assim, inevitável a sua readequação para o fim de se limitar o espaço geográfico efetivo de não concorrência, razão pela qual entendo que tal limitação deve se abranger tão somente no âmbito estadual do Estado do Rio Grande do Sul”*⁴⁸⁵.

Desde la arista de la compensación destinada al trabajador, se ha señalado doctrinalmente siguiendo el principio de proporcionalidad a modo ejemplar: *“A compensação há de ser proporcional à restrição imposta. Quanto mais ampla a limitação – quer o ponto de vista do objeto, quer do ponto de vista temporal, quer, ainda, do ponto de vista espacial maior deve ser a compensação e vice-versa. O valor da compensação não está vinculado, portanto, ao montante da remuneração recebida pelo empregado durante a vigência do contrato, ao contrário do que já se pretendeu. Se a restrição ao trabalho é pouco abrangente, não se justifica imposição de pagamento correspondente*

5 anos”. (A pesar que no existe norma específica que regula la cláusula de no competencia del socio que se retira, se aplica por analogía el artículo 1.147 del Código Civil: Art. 1.147. No habiendo autorización expresa, al alienante del establecimiento se le prohíbe competirle al adquirente, por los 5 años subsecuentes a la transferencia (...). Como es posible observar en el artículo ya citado, el objetivo principal de la Ley consagrado en la cláusula de no competencia es prohibir la competencia desleal, para la protección del establecimiento empresarial. Así, la fijación de un plazo de 5 años para la protección del establecimiento empresarial, se tiene como más justo y adecuado, a fin de repeler cualquier restricción temporal que extrapole los límites de la normalidad y el sentido común. De esta forma, se entiende que el plazo estipulado de 10 años previsto en la cláusula tercera del acuerdo firmado entre las partes, se muestra como abusivo, razón por la cual merece ser readecuado por 5 años).

⁴⁸⁵ “De la lectura de la cláusula tercera, no existe en efecto ninguna referencia al límite espacial, razón por cual no es posible verificar el área territorial que queda comprendida en el área de no competencia (estadual, nacional y/o internacional). Sabido es que la cláusula contractual debe restringirse al área geográfica de actuación de la empresa adquirida en la operación. Así, inevitable resulta su readecuación a fin de limitarse el espacio geográfico efectivo de no competencia, razón por la cual se entiende que la limitación debe comprenderse únicamente acotada al ámbito estadual del Estado de Rio Grande do Sul”, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Nº 70055224042, de 2 de Agosto de 2013.

ao salário antes recebido. O importante é que não exista desequilíbrio entre as obrigações das partes”⁴⁸⁶. Sobre dicha base, la jurisprudencia brasileira construye el requisito de la compensación teniendo presente la buena fe y la conmutatividad de las obligaciones recíprocas que debiera imperar en esta clase de pactos: *“Por certo que, com base neste mesmo princípio da boa-fé, considera-se válida a cláusula de não-concorrência desde que estabelecida por tempo razoável e mediante pagamento de indenização. No caso em tela, o termo de rescisão do contrato de trabalho prevê cláusula de não-concorrência ao reclamante, impedindo-o de engajar-se em nova relação de trabalho "como sócio, participante de empreendimento conjunto, acionista ou quotista, diretor, administrador, consultor, empregado ou autônomo, de qualquer empreendimento ou pessoa jurídica" (cláusula quarta), sem, contudo, impor qualquer responsabilidade à reclamada. Ora, impedir o Reclamante de atuar no mercado de trabalho por 24 meses, no ramo de atividade no qual atuou por mais de 10 anos, sem a devida contraprestação, afigura-se contrato leonino, que viola o princípio da comutatividade. Dessa forma, verifica-se na hipótese presente, que a cláusula de não concorrência estabelecida no termo de rescisão contratual celebrado entre as partes não prevê qualquer compensação financeira ao autor, circunstância que se revela inadmissível (...)”⁴⁸⁷.*

⁴⁸⁶ “Una compensación debe ser proporcional a la restricción impuesta. A más amplia la limitación –ya sea desde el punto de vista del objeto, ya sea desde lo temporal, o desde lo espacial mayor debe ser compensación y viceversa. El valor de la compensación no está vinculado, por lo tanto, al monto de la remuneración recibida por el trabajador durante la vigencia del contrato, a diferencia de lo que se ha pretendido. Si la restricción al trabajo es poco invasiva, no se justifica la imposición de un pago correspondiente a la remuneración antes recibida. Lo importante es que no exista desequilibrio entre las obligaciones de las partes”, GONÇALVES, Rodrigo Allan Coutinho. “A legalidade da cláusula de não-concorrência nos contratos de trabalho” [en línea], en: *Jus Navigandi*, (2012) [citado el 1 de Agosto de 2016], <https://jus.com.br/artigos/23210/a-legalidade-da-clausula-de-nao-concorrancia-nos-contratos-de-trabalho>.

⁴⁸⁷ “Por cierto, sobre la base de este mismo principio de buena fe, se considera válida la cláusula de no competencia en la medida que se establezca por un tiempo razonable y mediando el pago de una indemnización. En el presente caso, la terminación del contrato de trabajo contempla una cláusula de no competencia para el reclamante, impidiéndole emplearse en una nueva relación de trabajo “como socio, participante en un emprendimiento conjunto, accionista o socio, director, administrador, consultor, empleado o independiente, de cualquier emprendimiento o persona jurídica” (cláusula cuarta), sin importarle responsabilidad de alguna naturaleza al demandado. Ahora bien, impedirle al reclamante actuar en el mercado de trabajo por 24 meses, en la rama de actividad por la cual actuó más de 10 años, sin una debida contraprestación, termina configurando un contrato leonino, que viola el principio de conmutatividad. De esa forma, se configura en la presente hipótesis, que la cláusula de no competencia establecida en el acuerdo de rescisión contractual celebrado entre las partes no prevé ninguna compensación

Finalmente, como requisito de validez está el establecimiento de una multa para el evento que alguna de las partes incumpla con las obligaciones del pacto: *“10. Soma-se a isso a evidente desproporção entre a contraprestação oferecida pela empresa - pagamento de salário mensal pelo período da restrição - e a multa em caso de descumprimento da obrigação pelo ex-empregado (multa não compensatória correspondente ao valor resultante da multiplicação do último salário do réu por 25), sem prejuízo da indenização decorrente da responsabilidade civil. Além disso, conquanto a empresa, em caso de descumprimento de sua obrigação, estivesse também sujeita a multa, tal seria calculada no importe de 12 vezes o salário do reclamante, ou seja, em montante inferior àquele devido pelo réu”*⁴⁸⁸.

7.3. Negación de validez de estos pactos: el caso colombiano.

Es interesante notar, habiendo explorado las posibilidades de validación de las cláusulas de no competencia laboral ultraactivas a nivel comparado, que ya sea desde un canto legal como jurisprudencial, igualmente se termina construyendo un escenario discursivo-interpretativo en el que se terminan legitimando. Ejemplo de ello se observan fuertemente desde lo adjudicativo en Brasil, país que como tuvo oportunidad de examinarse, a pesar de tener una serie de normas tanto de índole constitucional como legal de cuyo texto e interpretación armónica resultaría complejo conjeturar un medio proclive para la sustentabilidad de estos pactos, igualmente éstos han logrado afianzarse.

financiera, circunstancia inadmisibile (...)", Superior Tribunal da Justicia, N° 1345-74.2010.5.15.0109, de 12 de Agosto de 2015.

⁴⁸⁸ “10. Agréguese a ello la evidente desproporción entre la contraprestación ofrecida por la empresa –pago de la remuneración mensual por el periodo de restricción- y una multa en caso de incumplimiento de la obligación por el ex empleado (multa no compensatoria correspondiente al valor resultante de la multiplicación del último sueldo del demandado por 25), sin perjuicio de la indemnización producto de la responsabilidad civil. Además, aunque la empresa en caso de incumplimiento de su obligación, estuviere también sujeta a una multa, aquella sería calculada sobre la base de 12 veces del salario del reclamante, o sea, en una suma inferior a aquello debido pagar por el demandado”, Tribunal Superior do Trabalho, N° RR-1948-28.2010.5.02.0007, de 21 de Mayo de 2014.

Colombia presenta una realidad no tan diversa a la brasilera, empero, la ruta seguida hacia la validez en el caso colombiano derivó en la negación expresa mediante pronunciamiento judicial. Congruente con aquel, resulta la legislación colombiana, especialmente desde lo comercial. Tener presente, el artículo 1 de la Ley N° 155 "Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas", de 14 de Diciembre de 1959⁴⁸⁹; o el Decreto N° 2153 "Por el cual se reestructura la Superintendencia de Industria y Comercio y se dictan otras disposiciones", de 30 de Diciembre de 1992, concretamente su artículo 47 numeral 8⁴⁹⁰. Ya examinando el Código Sustantivo del Trabajo (en más CST), menester resulta destacar los artículos 8 y 9, los cuales amparan la Libertad de Trabajo y el trabajo mismo, respectivamente⁴⁹¹, lo cual no es sino reflejo operativo de los artículos 1⁴⁹², 25⁴⁹³, 26⁴⁹⁴ y 84⁴⁹⁵ de la Constitución Política

⁴⁸⁹ *"Quedan prohibidos los acuerdos o convenios que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros y en general, toda clase de prácticas y procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos"*.

⁴⁹⁰ *"ACUERDOS CONTRARIOS A LA LIBRE COMPETENCIA. Para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo 44 del presente Decreto se consideran contrarios a la libre competencia, entre otros, los siguientes acuerdos: 8) Los que tengan por objeto o tengan como efecto abstenerse de producir un bien o servicio o afectar sus niveles de producción"*

⁴⁹¹ *"Artículo 8. Libertad de Trabajo. Nadie puede impedir el trabajo a los demás, ni que se dediquen a la profesión, industria o comercio que les plazca, siendo lícito su ejercicio, sino mediante resolución de autoridad competente encaminada a tutelar los derechos de los trabajadores o de la sociedad, en los casos que se prevean en la ley"*.

"Artículo 9. Protección al Trabajo. El trabajo goza de la protección del Estado, en la forma prevista en la Constitución Nacional y las leyes. Los funcionarios públicos están obligados a prestar a los trabajadores una debida y oportuna protección para la garantía y eficacia de sus derechos, de acuerdo con sus atribuciones".

⁴⁹² *"Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general"*.

⁴⁹³ *"El trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas"*.

⁴⁹⁴ *"Toda persona es libre de escoger profesión u oficio. La ley podrá exigir títulos de idoneidad. Las autoridades competentes inspeccionarán y vigilarán el ejercicio de las profesiones. Las ocupaciones, artes y oficios que no exijan formación académica son de libre ejercicio, salvo aquellas que impliquen un riesgo social. Las profesiones legalmente reconocidas pueden organizarse en colegios. La estructura interna y el funcionamiento de éstos deberán ser democráticos. La ley podrá asignarles funciones públicas y establecer los debidos controles"*.

⁴⁹⁵ *"Cuando un derecho o una actividad hayan sido reglamentados de manera general, las autoridades públicas no podrán establecer ni exigir permisos, licencias o requisitos adicionales para su ejercicio"*.

de Colombia de 1991. Téngase presente, finalmente, el artículo 11 del CST, que fija el Derecho al Trabajo⁴⁹⁶.

Congruente es entonces con el entramado legal y constitucional citado, el contenido del artículo 44 del CST. Éste, textual y actualmente indica lo que sigue: *“CLAUSULA DE NO CONCURRENCIA. Cláusula de no concurrencia. La estipulación por medio de la cual un trabajador se obliga a no trabajar en determinada actividad o a no prestar sus servicios a los competidores de su patrono, una vez concluido su contrato de trabajo no produce efecto alguno”*. Sin embargo, aquella no siempre fue su redacción. El CST indica que ha sido declarado inexecutable el apartado siguiente: *“Sin embargo, es válida esta estipulación hasta por un año cuando se trate de trabajadores técnicos, industriales o agrícolas, en cuyo caso debe pactarse por el período de abstención, una indemnización, que en ningún caso puede ser inferior a la mitad del salario”*.

Desde ya, se observa una terminología ajena a la nuestra: inexecutable. De acuerdo a la Corte Constitucional de Colombia “la inexecutableidad de una norma no es otra cosa que la imposibilidad de aplicarla por ser contraria a la Constitución, para lo cual se requiere que el operador jurídico facultado para ello constate la existencia de esa irregularidad. Se deriva de un vicio que generalmente acompaña la norma desde que nace al mundo jurídico, pero que sólo es declarado cuando aquella es sometida al examen de constitucionalidad”⁴⁹⁷. No son sinónimos la inexecutableidad de una norma y su inconstitucionalidad. En términos del Consejo de Estado de Colombia: “Una cosa es la inconstitucionalidad de la norma y otra la inexecutableidad, que es una consecuencia necesaria de aquella. Mientras la inconstitucionalidad se refiere a la incompatibilidad de

⁴⁹⁶ “Derecho al trabajo. Toda persona tiene derecho al trabajo y goza de libertad para escoger profesión u oficio, dentro de las normas prescritas por la Constitución y la Ley”.

⁴⁹⁷ Corte Constitucional de Colombia, sentencia recaída en el proceso N° C-619/03, de 29 de Julio de 2003. En el mismo sentido, las siguientes sentencias de la misma Corte: C-145/94, C-055/95, C-618/01 y T-824A/02.

los preceptos demandados frente a la Constitución, la inexecutableidad consiste en la expulsión de las normas inconstitucionales del ordenamiento jurídico”⁴⁹⁸.

Atendido lo expuesto, bien vale indicar que la inexecutableidad del artículo 44 del CST fue declarada por la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia dictada el 18 de Julio de 1973, bajo el imperio de la Constitución Política de 1886, que a su vez hacía competente a dicha Corte para estos efectos⁴⁹⁹. Lo anterior, dado que la Constitución de 1991 de acuerdo a su artículo 241 estableció que la llamada a resolver estas cuestiones es la Corte Constitucional de Colombia⁵⁰⁰. Habiendo dicho ello, la Corte Suprema examina la solicitud de inexecutableidad de los artículos 45 del Decreto 2663 de 5 de Agosto de 1950 (hoy 44 del CST) y el artículo 1 de la Ley 141 de 1961, al darle este último legalidad a la primera norma⁵⁰¹. Por su parte, las normas que de acuerdo al solicitante serían

⁴⁹⁸ Consejo de Estado de Colombia, N° 11001032400020070003000 (Sección Primera), de 23 de Agosto de 2012.

⁴⁹⁹ Desde el punto de vista del fondo analizado, en rigor no hay diferencia sustancial entre el material constitucional y legal analizado por el órgano competente, pensando en que la presente sentencia fue dictada bajo la Constitución de 1886.

⁵⁰⁰ *A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones: (...) 4. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación. (...) 8. Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los proyectos de ley que hayan sido objetados por el Gobierno como inconstitucionales, y de los proyectos de leyes estatutarias, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación. (...) 10. Decidir definitivamente sobre la executableidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueben. Con tal fin, el Gobierno los remitirá a la Corte, dentro de los seis días siguientes a la sanción de la ley. Cualquier ciudadano podrá intervenir para defender o impugnar su constitucionalidad. Si la Corte los declara constitucionales, el Gobierno podrá efectuar el canje de notas; en caso contrario no serán ratificados. Cuando una o varias normas de un tratado multilateral sean declaradas inexecutableas por la Corte Constitucional, el Presidente de la República sólo podrá manifestar el consentimiento formulando la correspondiente reserva. (...) Parágrafo. Cuando la Corte encuentre vicios de procedimiento subsanables en la formación del acto sujeto a su control, ordenará devolverlo a la autoridad que lo profirió para que, de ser posible, enmiende el defecto observado. Subsanado el vicio, procederá a decidir sobre la executableidad del acto.*

⁵⁰¹ *Adóptanse como leyes los decretos legislativos dictados con invocación del artículo 121 de la Constitución, desde el nueve (9) de Noviembre de mil novecientos cuarenta y nueve (1949) hasta el veinte (20) de Julio mil novecientos cincuenta y ocho (1958), en cuanto sus normas no hayan sido abolidas o modificadas por leyes posteriores.*

infringidas por el artículo 45 del ya individualizado decreto, serían los artículos 17⁵⁰² y 15⁵⁰³, ambos del Acto Legislativo N° 1 de 1936, y 6 del Acto Legislativo N° 1 de 1968⁵⁰⁴.

La decisión de la Corte Suprema colombiana se construye sustentada, en primer término, por la transcripción de las normas citadas, y luego, por la posición del Ministerio Público⁵⁰⁵, el cual niega que el actual artículo 44 del CST vulnera alguna de éstas. Ya entrando derechamente a las consideraciones, la Corte termina declarando, como ya se anticipaba, la inexecutable del artículo 44 sobre la base de 5 reflexiones fundamentales:

1) A pesar que el Estado carezca de medios suficientes para determinar los sujetos del derecho al trabajo y su contenido (consideración primera), no es posible obviar, como postulado de talante constitucional, la obligación de trabajar. La consecuencia de ello estriba en la imposibilidad que una ley pueda contravenir la Carta Fundamental, y mucho menos disminuir la amplitud del mandato constitucional (consideración segunda).

2) El meollo del asunto radica, según la Corte en la consideración segunda, en verificar si son compatibles entre sí la segunda parte del artículo 44 del Código Sustantivo del Trabajo con el 17 de la Carta (en rigor, del Acto Legislativo N° 1 de 1936).

3) La Corte Suprema conjetura a propósito de la norma fundamental, que ésta “establece una obligación en términos genéricos: Hay en principio, obligación de trabajar

⁵⁰² “El trabajo es una obligación social y gozará de la especial protección del Estado”.

⁵⁰³ “Toda persona es libre de escoger profesión u oficio. La ley puede exigir títulos de idoneidad y reglamentar el ejercicio de las profesiones. Las autoridades inspeccionarán las profesiones y oficios en lo relativo a la moralidad, seguridad y salubridad públicas. La ley podrá restringir la producción y el consumo de los licores y de las bebidas fermentadas. También podrá la ley ordenar la revisión y la fiscalización de las tarifas y reglamentos de las empresas de transporte o conducciones y demás servicios públicos”.

⁵⁰⁴ “El Artículo 32 de la Constitución Nacional quedará así: Se garantizan la libertad de empresa y la iniciativa privada dentro de los límites del bien común, pero la dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes y en los servicios públicos y privados, para racionalizar y planificar la economía a fin de lograr el desarrollo integral. Intervendrá también el Estado, por mandato de la ley, para dar pleno empleo a los recursos humanos y naturales, dentro de una política de ingresos y salarios, conforme a la cual el desarrollo económico tenga como objetivo principal la justicia social y el mejoramiento armónico e integrado de la comunidad, y de las clases proletarias en particular”.

⁵⁰⁵ “(Este ministerio) está encargado, al servicio y en representación de la sociedad, de la protección del interés público, de la guarda y promoción de los derechos humanos, de velar por el ejercicio diligente y eficiente de las funciones administrativas y de imponer sanciones a quienes las incumplan”, HENAO, Javier. *Panorama del Derecho Constitucional Colombiano*. Bogotá: Colombia, Editorial TEMIS S.A., 2013, p. 380.

al cargo de todas las personas en posibilidad de hacerlo, y el estatuto constitucional no consigna excepciones a esta regla ni faculta a la ley para fijarlas. La disposición acusada, en cambio, permite que un trabajador técnico (industrial o agrícola) se obligue a no trabajar en determinada actividad o a no prestar sus servicios a los competidores del patrono, una vez concluido su contrato laboral, siempre que esa abstención dure menos de un año y se pacte una indemnización no inferior a la mitad del salario”⁵⁰⁶.

4) Centrándose en la segunda parte del artículo 44 del CST, la Corte sentencia que si se reconociere por parte de las autoridades dicho artículo, éstas “faltarían al artículo 16 de la Constitución, que las instituye para "asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares". Y otra discrepancia aparece entre la disposición acusada, que recorta la Libertad de Trabajo, y el artículo 39 de la Carta que, al consagrarla, apenas consiente que se la reglamente, por ministerio de la ley, no que ésta la desconozca, así sea por breve o largo lapso y sin establecer diferencias entre trabajadores en general o asalariados especiales, que se clasifiquen como técnicos. Hay, pues, contradicción entre los textos cotejados”⁵⁰⁷. En este punto, la Corte ya anticipa que fallará la inexequibilidad, empero, se hunde en el tema de la fidelidad contractual como argumento en contra de tal decisión que sustentaría la prudencia y necesidad de incluir un artículo como el 44 del CST.

5) El argumento de la fidelidad contractual parte de un supuesto de dañosidad, que es el que se buscaría evitar con la segunda parte del artículo 44 CST. La idea sería evitar la divulgación a terceros de secretos o procedimientos industriales e informaciones generales reservadas. La Corte rechaza este argumento, pues por un lado, el artículo no alude ni a secretos, ni al deber de reserva, ni a la necesidad que las actividades prohibidas sean parecidas a las llevadas a cabo por el empleador. Por otro lado, el Tribunal alude a numerosas normas, y de diversas áreas del Derecho⁵⁰⁸, que precaverían los peligros

⁵⁰⁶ Corte Suprema de Colombia, Acta N° 27, de 28 de Junio de 1973 (consideración segunda).

⁵⁰⁷ *Ibíd.*

⁵⁰⁸ “El Derecho Laboral consagra medidas enderezadas a precaver tales peligros durante el contrato (V. Arts. 55, 56, 58-2°, 62-A6°, 250 C, etc. CST), el Código Penal define actos de esa suerte como delitos y los sanciona (Art. 280 y 307), y las legislaciones civil y comercial permiten deducir responsabilidad pecuniaria

señalados durante la vigencia del vínculo contractual y ampararían la posibilidad de deducir demanda por los perjuicios aparejados. Concluye en definitiva la Corte Suprema que “la declaración de inconstitucionalidad de la disposición acusada, no deja, pues, en desamparo, como se pretende, estos aspectos –de conveniencia no de exequibilidad- relativos a la seguridad jurídica de las empresas. Por lo demás, si se estima imprescindible que una ley autorice ciertas obligaciones de no trabajar, lo conducente sería determinar esos casos de manera que, en lo posible, casen con las disposiciones del código fundamental o modificar con sumo cuidado el artículo 17 de la Constitución; pero nunca legislar con violación del mismo. La defensa de la Carta no lo tolera”.

Interesante resulta explorar el núcleo del voto de minoría de esta sentencia: la autonomía de voluntad del trabajador, y la incongruencia que existiría en la decisión si es que no existen medios aptos para determinar el contenido del artículo 17 de la Constitución. En esa línea, y afirmándose en el texto de la sentencia, la minoría indica que “si el artículo 17 de la Carta no crea “una obligación propiamente dicha de cumplimiento exigible” y si carece “el Estado de medios idóneos para determinar individualmente los sujetos de ese deber público y contenido”, es claro que cualquier trabajador, asalariado o no, puede voluntariamente dejar de ejercer su profesión, arte u oficio, o ejercerlas parcialmente o hacerlo cuando y donde le plazca o abstenerse de realizar determinado trabajo. Una obligación que no es obligación propiamente dicha, ni de cumplimiento exigible y respecto de la cual el Estado carece de medios idóneos para determinar individualmente los sujetos de ese deber público y su contenido, no puede quebrantarse por una norma que reconoce esa posibilidad de abstenerse de trabajar, y que es meramente permisiva, pues se limita a abrir la puerta para que el acto voluntario de dejar trabajar, dentro de ciertos límites, se pacte como cláusula del contrato de trabajo. La voluntariedad de ese acto de abstención no desaparece por la circunstancia de que se haga constar en un contrato laboral”⁵⁰⁹. La argumentación recién expuesta es un reflejo más de las

por tales causas (V. señaladamente, arts. 75-6° y 9°, 76, etc. C.Com y Ley 155 de 1959, etc.)”, *Ibíd.* (consideración tercera).

⁵⁰⁹ *Ibíd.* (salvamento de voto).

pretensiones hermenéuticas de los lineamientos privatistas sobre la lógica tutelar del Derecho del Trabajo; no sin antes olvidar la incomprensión terminológica del concepto “obligación propiamente dicha” en relación a la labor del Estado en la tutela del trabajo. El construir un argumento como el de la minoría, afirmado en la imposibilidad de definición de la obligación de trabajo por parte del Estado, obvia que el trabajo conlleva en sí dimensiones ajenas a una comprensión rigurosamente jurídica de la noción de obligación. Como bien lo observa, años más tarde la jurisdicción constitucional, esta obligación conlleva una triple dimensión. Así, la *“lectura del preámbulo y del artículo 1º superior muestra que el trabajo es valor fundante del Estado Social de Derecho, porque es concebido como una directriz que debe orientar tanto las políticas públicas de pleno empleo como las medidas legislativas para impulsar las condiciones dignas y justas en el ejercicio de la profesión u oficio. En segundo lugar, el trabajo es un principio rector del ordenamiento jurídico que informa la estructura Social de nuestro Estado y que, al mismo tiempo, limita la libertad de configuración normativa del legislador porque impone un conjunto de reglas mínimas laborales que deben ser respetadas por la ley en todas las circunstancias (artículo 53 superior). Y, en tercer lugar, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 25 de la Carta, el trabajo es un derecho y un deber social que goza, de una parte, de un núcleo de protección subjetiva e inmediata que le otorga carácter de fundamental y, de otra, de contenidos de desarrollo progresivo como derecho económico y social”*⁵¹⁰.

A pesar del rigor de la sentencia de inexecutable de la Corte Suprema, su trashumancia constitucional en razón de la nueva Carta que habría de regir Colombia a contar de 1991 y el cambio en la competencia jurisdiccional para conocer de estas cuestiones⁵¹¹, inevitable resulta contrastar la rígida posición jurídica que se encuentra tras

⁵¹⁰ Corte Constitucional de Colombia, sentencia recaída en rol C-107/02, 14 de Febrero de 2002.

⁵¹¹ Particular interés goza, a la sazón, el instituto de la cosa juzgada constitucional en Colombia. "La Corte ha precisado en varias oportunidades cuáles son los alcances de la cosa juzgada constitucional y en consecuencia, - acogiendo la doctrina fijada en su momento por la Corte Suprema de Justicia-, ha establecido criterios definidos para determinar las atribuciones de la cosa juzgada en cada caso específico. Así, cuando la Corte confronta la norma acusada con la totalidad de los preceptos de la Constitución, y no limita los

dicha decisión y lo que sucede en el tráfico jurídico laboral. “Lo cierto es que en la práctica, este tipo de cláusulas se sigue incluyendo en los contratos de trabajo en Colombia. Cuando eso sucede, se habla de la presencia de una cláusula ineficaz – que no produce efectos jurídicos y opera sin necesidad de declaración judicial- y no nula”⁵¹².

Más allá de la ineficacia del pacto y contra la *praxis* del pacto, particular atención debiera tenerse por parte del empleador que quisiera hacer valer una cláusula de esta naturaleza, por la factible aplicación de la institución de la demanda o acción temeraria. La fuerza de ésta es tal contra pretensiones feblemente plausibles, que ha sido definida por la propia Corte Constitucional de Colombia a partir de diversas disposiciones legales⁵¹³ en la sentencia dictada en el marco del proceso T-655/98 de 11 de Noviembre de 1998, de la siguiente forma: "la actitud de quien demanda o ejerce el derecho de contradicción a sabiendas de que carece de razones para hacerlo, o asume actitudes dilatorias con el fin de entorpecer el desarrollo ordenado y ágil del proceso". Dicho fallo

alcances de su decisión, el pronunciamiento respectivo tiene el valor de cosa juzgada absoluta. Por el contrario, si la Corte limita los efectos de su fallo, la cosa juzgada es relativa. Por ejemplo, ha dicho esta Corporación, en varias oportunidades, que si el estudio de exequibilidad de una norma recae exclusivamente sobre aspectos formales o de competencia, tales como el trámite legislativo, exceso en facultades extraordinarias, promulgación, ausencia de sanción presidencial, etc., el fallo proferido tiene el carácter de "cosa juzgada relativa". Por consiguiente, de manera general, los fallos sobre cosa juzgada relativa expresamente limitan el alcance de la misma, pues restringen la decisión al preciso ámbito de análisis que se ha llevado a cabo (...) si bien es cierto que la Corte Suprema de Justicia, en la época en que tenía asignado el control constitucional, al resolver una demanda contra la segunda parte del artículo 45 del decreto 2663 de 1950 (hoy 44 del C.S.T.) y el artículo 1 de la ley 141 de 1961, declaró INEXEQUIBLES dichas disposiciones, limitó su decisión en cuanto a esta última disposición al señalar: "*Segundo. Es inexecutable el artículo 1 de la ley 141 de 1961, en cuanto adoptó como ley la segunda parte del mencionado artículo 44, cuyo tenor se deja transcrito en el punto precedente*". Conforme a lo anterior, la sentencia de la Corte Suprema de Justicia tiene el carácter de cosa juzgada relativa al restringir su pronunciamiento contra el artículo 1 de la ley 141 de 1961 únicamente en cuanto respecta al artículo 44 del Código Sustantivo del Trabajo, y así lo interpretó la Corte Constitucional al resolver la demanda que concluyó con la sentencia C-593/93 y lo ha continuado haciendo en múltiples casos, al admitir demandas contra ese mismo precepto, limitando siempre su pronunciamiento a lo acusado. No existe entonces, cosa juzgada absoluta respecto del artículo 1 de la ley 141 de 1961", Corte Constitucional de Colombia, Auto 086/01, de 14 de Marzo de 2001.

⁵¹² TOBÓN, Natalia. ¿Cómo proteger los secretos empresariales en el marco de un contrato laboral? [en línea], en: *Natalia Tobón.com* [citado el 15 de Agosto de 2016] <http://www.nataliatobon.com/uploads/2/6/1/8/26189901/proteccionsecretosencontratotrabajo.pdf>, p. 7. El criterio expuesto es posible notarlo en la Sentencia N° 005 de 3 de Abril de 2006, de la Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia.

⁵¹³ Particularmente los artículos 38 del Decreto 2591 de 1991, y 73 y 74 del Código de Procedimiento Civil de Colombia.

agrega visos a tal definición, a partir de la transcripción de consideraciones reseñadas en otras sentencias de dicha Corte: "actitud torticera"⁵¹⁴, que "delata un propósito desleal de obtener la satisfacción del interés individual a toda costa"⁵¹⁵, que expresa un abuso del derecho porque "deliberadamente y sin tener razón, de mala fe se instaura la acción"⁵¹⁶, o, finalmente, constituye "un asalto inescrupuloso a la buena fe de los administradores de justicia"⁵¹⁷. Teniendo a la vista estos antecedentes, nada raro sería que ante un empleador que deseara hacer efectivo este pacto ultraactivo, los Tribunales determinen la temeridad de la acción interpuesta. Tal vez por lo mismo, es que no se observan decisiones ni judiciales ni administrativas que intenten lo anterior. En cierto modo, y desde un ámbito más bien asimilable a la cultura jurídica externa e interna, el dato de la ausencia de demandas en tal dirección y la muy robusta estabilidad de la sentencia de inexequibilidad de 1973 de la Corte Suprema, reflejan la irradiación de la juridicidad de esta institución en la cotidianidad de los actores en su conjunto.

⁵¹⁴ Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia, T-149/95, de 4 de Abril de 1995.

⁵¹⁵ Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia, T-308/95, de 13 de Julio de 1995.

⁵¹⁶ Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia, T-443/95, de 3 de Octubre de 1995.

⁵¹⁷ Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia, T-001/97, de 21 de Enero de 1997.

CAPÍTULO III: ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA Y JUDICIAL EN CHILE SOBRE LA CLÁUSULA DE NO COMPETENCIA POST CONTRACTUAL LABORAL. CUESTIONES SOBRE EL MECANISMO DE PONDERACIÓN.

1. La Dirección del Trabajo y la negación de validez. Repercusiones de su jurisprudencia.

La entidad fiscalizadora en nuestro país sostiene, incólume desde hace más de 25 años, un criterio de negación de validez en relación a los pactos en estudio desde el Ordinario N° 2565/59 de 20 de Abril de 1990. Talante que en rigor no se limita únicamente a esta cláusula, sino que como bien tuvo oportunidad de examinarse al finalizar el primer capítulo, al también extenderse a otros pactos que limitan la Libertad de Trabajo, siendo justamente el de no competencia post contractual “el que ha generado la mayor cantidad de jurisprudencia”⁵¹⁸. No obstante lo anterior, la ilegalidad de estas cláusulas se ve delineada en su argumentación con la aplicación de ciertos matices que se han ido descorriendo según cierta doctrina en relación a los Derechos Fundamentales que se fue, así mismo, asentando en los Ordinarios de esta Dirección.

En el Ordinario N° 4329/187 de 6 de Agosto de 1992, la situación de hecho que era objeto de estudio por parte del Servicio era el establecimiento de una cláusula que le impedía al trabajador competir con su empleador tanto durante la vigencia del contrato de trabajo, como por un lapso de 12 meses tras su terminación, independientemente de la causal invocada. En lo pertinente, la entidad administrativa expresa que “las partes no pueden convenir cláusulas que obliguen al dependiente a abstenerse de desempeñar

⁵¹⁸ ROMANIK FONCEA, Katy. “La voluntad de las partes en el contrato...”, p. 54.

actividad alguna remunerada fuera de la Empresa, tanto una vez extinguida la relación laboral como durante su vigencia, exceptuándose, en esta última situación, únicamente los trabajos que éste pudiere ejecutar dentro del giro de aquella y siempre que conste dicha prohibición por escrito en los respectivos contratos”. La premisa normativa constitucional que emplea la Dirección es la del artículo 19 N° 16, transcribiendo lo procedente: *“Toda persona tiene derecho a la libre contratación y a la libre elección del trabajo con una justa retribución. 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”*.

3 años más tarde, nuevamente la Dirección del Trabajo se declamó su parecer en el Ordinario N° 2790/133 de 5 de Mayo de 1995, a propósito de una cláusula que simplemente prohíbe a los trabajadores mantener relaciones de tipo comercial o laboral con las empresas o clientes que el empleador atiende. En éste la Dirección se basa especialmente en el texto del artículo 160 N° 2, reafirmando el discernimiento acerca de la imposibilidad de prohibir las actividades del trabajador terminada la respectiva relación laboral, al margen por cierto que a diferencia de lo analizado en el primer Ordinario citado, exista o no un plazo de vigencia estipulado para dicha proscripción⁵¹⁹.

Mediante el Ordinario N° 1300/59 de 3 de Abril de 2001, la Dirección del Trabajo explícitamente menciona el principio de vinculatoriedad directa de la Constitución. El supuesto fáctico examinado tiene que ver con una cláusula contractual que fijaba una prohibición hasta por cinco años de trabajar para empresas vinculadas al mismo mercado de productos de la empleadora. Para resolver esta situación como ya se expresaba, el Servicio acude al bagaje dogmático del principio de aplicación inmediata de la Carta Fundamental: “En efecto, la Constitución Política en su artículo 19 N° 16, asegura *“La Libertad de Trabajo y su protección”*, precisando enseguida, que *“Ninguna clase de trabajo puede ser prohibida, salvo que se oponga a la moral, a la seguridad o a la*

⁵¹⁹ Idéntica lógica se sigue en el Ord. N° 5620/300 de 22 de Septiembre de 1997.

salubridad públicas, o que lo exija el interés nacional y una ley lo declare así". Resulta evidente, en consecuencia, que la prohibición que se pretende incorporar a los 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. Más aún, desde ya 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 perentoriamente el artículo 6° de la carta Fundamental, en el sentido que *"Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella"*, para precisar luego en su inciso 2°, que *"Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo"*⁵²⁰.

Hay un Ordinario elemental para toda la doctrina relacionada con temáticas coligadas con los Derechos Fundamentales. Tal es el N° 2210/035 de 10 de Junio de 2009, el que sistematiza y pule la dogmática del servicio en torno a tales temáticas, haciendo suyas las consideraciones y terminología relacionadas con colisión de derechos constitucionales, proporcionalidad y límites de las potestades empresariales. Particular atención debe colocarse en sus conclusiones (lo destacado es propio):

“1) De conformidad a lo dispuesto en el artículo 5° inciso 1° del Código del Trabajo, y la doctrina vigente de este Servicio, contenida en el dictamen 2328/130, de 19.07.2002, **los derechos fundamentales de los trabajadores y trabajadoras tienen el carácter de límites infranqueables respecto de las potestades del empleador**, en particular en cuanto al derecho a la dignidad del trabajador o trabajadora, a su honra, a su vida privada,

⁵²⁰ La Dirección del Trabajo ha sostenido en el Dictamen Ordinario N° 1279/19, de 17 de Marzo de 2006, aquello que entiende por Libertad de Trabajo: “Por Libertad de Trabajo debe entenderse dos aspectos: por una parte, la Libertad de Trabajo, esto es, el derecho de toda persona de no ser forzada a desarrollar una labor, la que sólo puede ser ejecutada con su consentimiento previo y libre, y, por otra, la libertad de contratación y la libre elección del trabajo, que consiste en la facultad de toda persona de escoger sin sujeción o concurso de otro, el momento, la persona, la labor y las condiciones en que contratará sus servicios laborales, con sujeción a los límites establecidos en la ley”.

a la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada y al derecho a no ser discriminado(a) arbitrariamente;

2) Los derechos fundamentales del trabajador o trabajadora habrán de reconocer como potencial limitación en su ejercicio, **las potestades que el ordenamiento jurídico le reconoce al empleador, los cuales reconocen como su fundamento último, la libertad de empresa y el derecho de propiedad, garantías constitucionales, que apuntan a dotar al empresario, por una parte, del poder de iniciativa económica, y por otra, del ejercicio mismo de la actividad empresarial.**

3) Para conciliar las conclusiones anteriores, **existen ciertos requisitos que se deben seguir al imponer límites a un derecho fundamental y que se pueden englobar en la aplicación del denominado "principio de proporcionalidad"**, resultando, a partir de éste, que el empleador, para, en un caso concreto, poder limitar el ejercicio de los derechos fundamentales del trabajador, tendrá que cumplir con el "principio de la adecuación", que supone que el medio empleado debe ser apto o idóneo para la consecución del fin propuesto, resultando inadecuada en consecuencia, la limitación de un derecho fundamental cuando ella no sirva para proteger la garantía constitucional en conflicto; con el "principio de necesidad", según el cual la medida limitativa sea la única capaz de obtener el fin perseguido, de forma tal que no exista otra forma de alcanzar dicho objetivo sin restringir el derecho o que fuese menos gravosa, y con el "principio de proporcionalidad en sentido estricto", a partir del cual se determina si la limitación del derecho fundamental resulta razonable en relación con la importancia del derecho que se trata de proteger con la restricción”.

El recién referido Ordinario es prácticamente un preludio doctrinal para el siguiente, que pone en *praxis* los enunciados del N° 2210/035 de 2009. El N° 2697/041 de 7 de Julio de 2009 se pronuncia sobre la legalidad de un anexo contractual titulado “Anexo de contrato de trabajo sobre política de Conflicto de Intereses”, el que desarrolla los posibles conflictos de intereses que pudiera generarse con los trabajadores. Dentro de las variadas hipótesis explicitadas por el anexo, se menciona el “competir, prepararse para

competir con VTR mientras aún es empleado de ésta”, la que si bien no es tratada directamente en lo resolutivo, señala la Dirección del Trabajo que “algunas de las obligaciones contenidas en el anexo transcrito por su propia naturaleza, pueden llegar a colisionar con el ejercicio de los derechos constitucionales de los trabajadores a quienes se dirigen, especialmente en lo que dice relación con el derecho a la intimidad y la Libertad de Trabajo”.

Tras transcribir el artículo 5 del Código de Trabajo y deducir que el límite de las facultades del empleador se encuentra en los Derechos Fundamentales del trabajador⁵²¹, el ente administrativo sugiere que “la colisión entre el ejercicio de las potestades del empleador materializado en las instrucciones en comento y los derechos constitucionales de los trabajadores afectados, no se encuentra resuelta expresamente por el legislador”. A continuación, establece que para resolver aquel conflicto o colisión de derechos hay que recurrir al principio de proporcionalidad y sus 3 subprincipios, para finalmente formular observaciones a las disposiciones del anexo, referidas a su inconstitucionalidad. La misma

⁵²¹ El sentido y alcance del artículo 5 del Código del Trabajo es desarrollado por la Dirección del Trabajo, en su Ord. N° 2856/162, de 30 de Agosto de 2002. En lo nuclear, el Servicio expresa en dicho Ordinario que: “La conformación de este poder empresarial, siguiendo la línea argumental desarrollada a lo largo de este análisis, ha de suponer en cuanto a su ejercicio el respeto a las garantías fundamentales que la propia Constitución reconoce a todo ciudadano y por ende al trabajador. En efecto, como se ha apuntado, los poderes empresariales no puede suponer a priori una relativización o matización del derecho fundamental, más bien, éste es el que actúa como un freno insalvable al ejercicio de tales poderes. Por lo tanto, el problema no tiene sólo una connotación contractual -modalización de la vida dentro de la empresa según las directrices o la organización empresarial-, tiene también un componente que escapa al limitado y circunscrito ámbito del contrato de trabajo para trasladarse a la órbita constitucional, esto es, al ejercicio por parte del trabajador de derechos que trascienden su categorización como trabajador para amoldarse a un plano omnicompreensivo de su personalidad toda. En consecuencia, dicho poder -expresión de las necesidades organizativas o productivas del empresario, pero delimitado jurídicamente en virtud del contrato de trabajo y de la ley- necesariamente ha de verse afectado en alguna medida en aras del respeto pleno de los derechos fundamentales del trabajador.

Con todo, es necesario precisar que esta operación de ponderación debe necesariamente realizarse en relación al concreto conflicto planteado y no en abstracto, ya que será en el análisis fáctico y específico de cada caso en particular, en donde se deberá determinar la virtualidad protectora del derecho fundamental y sus eventuales limitaciones en el ámbito laboral.

De esta forma, cualquier limitación de los derechos fundamentales de la persona del trabajador en virtud del ejercicio de los poderes empresariales, sólo resultará ajustada si está justificada constitucionalmente a través del juicio de proporcionalidad y si no afecta el contenido esencial del derecho de que se trata, análisis que ha de verificarse en cada caso en concreto”.

lógica habría de repetirse ya el 2010, con el Ordinario N° 1185/016 de 10 de Marzo, con la sumatoria de los considerandos referidos a propósito del artículo 160 N° 2 del Código del Trabajo, ya explicados.

En resumidas cuentas, la jurisprudencia de la Dirección del Trabajo tiene un centro duro inamovible en torno a la ilegalidad de esta clase de pactos. Siendo posible dividir su derrotero de razonamiento considerando aquel constante parecer que niega validez, existe una primera etapa caracterizada por una batería argumental basada en la lectura estricta de la normativa constitucional y legal. En esta línea, una interpretación conjunta de los artículos 160 N° 2 del Código del Trabajo y 19 N° 16 de la Constitución lleva a concluir a la Dirección que, en nombre de la Libertad de Trabajo, no le es permitido al empleador prohibirle al trabajador ejercer labor remunerada fuera de la empresa, salvo que se procure configurar en la especie la hipótesis de negociaciones incompatibles en tanto causal de terminación de la relación laboral. Una segunda se inaugura con la inclusión de la dialéctica constitucional de aplicación directa de la Carta Fundamental, al aplicarse el artículo 6° de dicho texto, mientras que la tercera fase, complemento de la anterior, se centra en los postulados de la proporcionalidad y el choque de derechos constitucionales. Debe subrayarse que esta última etapa aglutina el componente doctrinal incorporado en las 2 previas.

De buenas a primeras, pudiera resultar admirable que una doctrina como la expuesta tenga, hasta el día de hoy, una saludable vigencia. Algo que debiera resaltarse aún más, si se tiene presente que el objeto de análisis es uno que está, en virtud de su núcleo, firmemente aliado con dinámicas de mercado, subjetividades y circunstancias particulares. El incentivo para revitalizar la certeza jurídica desde lecturas pétreas de la ley es poderoso, afianzándose aquel en instituciones como la Dirección del Trabajo, encargada tanto de materializar orgánicamente como operativizar aquel anhelo que dicta que “para alcanzar un adecuado desarrollo económico y social del país, es función primordial del Estado, velar por la correcta aplicación de las leyes que garantizan los

derechos sociales de los trabajadores”⁵²². El problema se encuentra en que, más allá de la vigencia de los pareceres, hay que detenerse con precisión y afán crítico en los pilares sobre los que se terminan concentrando los argumentos que han validado la falta de validez de estos pactos ultraactivos. Es, pues, aquel ejercicio el que se extraña en la labor de la Dirección del Trabajo.

Elemental a fin de justificar esta afirmación, es revisar la historia del principal cimiento funcional sobre el cual se construye el razonamiento del ente estatal: el efecto irradiador de los Derechos Fundamentales en el ámbito laboral y el mecanismo de ponderación, y cómo su temprana incidencia en las resoluciones de la Dirección del Trabajo alimentó el discurso y filiación a éste por parte de otras fuentes jurídicas⁵²³. De esta forma, si bien desde Abril del año 2001 se observa una aplicación directa para las circunstancias propias de las cláusulas de no competencia post contractual, una revisión general de la jurisprudencia administrativa da cuenta del hecho que el método ponderativo ha sido el elegido por el Servicio para resolver la colisión de Derechos Constitucionales en lo laboral. Apoderándose desde ya, de una idea que asume la existencia de estos choques. En esa línea, los Ordinarios N°s 4440, de 6 de Septiembre de 1984, 252/15 de 13 de Enero de 1988, 7572/255 de 15 de Noviembre de 1991, 4958 de 28 de Agosto de

⁵²² D.F.L N° 2 de 31 de Enero de 1967, Ley Orgánica de la Dirección del Trabajo, considerando 1°. “Según ya se ha hecho presente, la Dirección del Trabajo a través del ejercicio de función interpretativa del ordenamiento jurídico laboral ha desempeñado un rol importantísimo en orden a consolidar la validez y eficacia de los derechos fundamentales en el plano de las relaciones de trabajo. En este sentido, se destacan de una manera muy particular los pronunciamientos que han recaído en casos en los que se cuestionaba la legalidad de medidas de control y de revisión a los trabajadores implementadas en la empresa y que amenazaban con afectar su intimidad y dignidad. En todos estos dictámenes se han puesto de manifiesto ciertos criterios rectores que permiten apreciar la procedencia de estas medidas de control en concordancia con el debido respeto de los derechos fundamentales del trabajador y que, en definitiva, son los que actualmente contempla la disposición del artículo 154 inciso final del CdT”, CAAMAÑO ROJO, Eduardo. “La eficacia de los Derechos Fundamentales en las relaciones laborales y su reconocimiento por la Dirección del Trabajo”, *en: Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 27 (2006), p. 37.

⁵²³ “En todo caso, en el plano del desarrollo material de las relaciones laborales, la aceptación de esta nueva visión del trabajador en el Derecho del Trabajo ha sido mucho más lenta, pero se ha ido posicionando indiscutidamente gracias al importantísimo papel desempeñado por la Dirección del Trabajo mediante su jurisprudencia administrativa, la que se ha convertido en la entidad precursora en la promoción de los derechos fundamentales de los trabajadores como ejes vertebradores de la actual legislación laboral”, *Ibíd.*, p. 22.

1992, y 4842/300 de 15 de Septiembre de 1993 dan cuenta de una muy arraigada aplicación de esta técnica ante supuestos como el indicado. “En efecto, esta Dirección ha señalado, en una línea de jurisprudencia administrativa uniforme, que la ley reconoce la potestad del empleador de implementar mecanismos de control de los trabajadores fundada en la *"debida facultad del empleador de dirigir y disciplinar la actividad laborativa"*, pero *"con el respeto a los derechos subjetivos públicos que reconoce la Constitución"*⁵²⁴.

Esta inicial adscripción de la Dirección del Trabajo puede entenderse como una reacción a la larga ausencia de una normativa de la que pudiera extraerse, razonablemente, alguna resolución a la problemática del choque de derechos de tipo fundamental, y que realizase consecuentemente la tutela implícita en éstos de forma efectiva. Recién una arista positiva con pretensiones de resguardo efectivo de los Derechos Fundamentales habría de ver la luz en Chile con la dictación de la Ley 19.759 de 5 de Octubre de 2001, norma que “recibe el impacto reformador en varios preceptos del C.T., destacadamente el art. 2 y 5 del C.T., en cuanto el primero alude a la prohibición de discriminación y el segundo en cuanto indica perentoriamente que las facultades del empresario no pueden acarrear como resultado la afectación de los derechos constitucionales del trabajador. Es necesario destacar que en el caso chileno conforme a lo prevenido en el art. 5 del C.T. ya citado, los derechos fundamentales laborales no excluye ninguno de la enumeración contemplada en el art. 19 de la C.P.R., regla que fue morigerada por el procedimiento de tutela laboral, ya que el art. 485 del C.T. solo menciona un catálogo restringido de los derechos fundamentales”⁵²⁵.

⁵²⁴ Ord. N° 5905, de 13 de Noviembre de 2015, que cita a su vez el Ord. N° 8273/337 de 19 de Diciembre de 1995.

⁵²⁵ DOMÍNGUEZ MONTOYA, Álvaro y MELLA CABRERA, Patricio. “Conflicto de derechos constitucionales y juicio de tutela laboral en Chile: Estado doctrinal, legal y jurisprudencial”, en: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 39 (2012), p. 187.

La literatura chilena, como bien ya se ha analizado, mayoritariamente se ha inclinado también por el criterio de la ponderación de una forma escasamente reflexiva⁵²⁶, también alimentada por la ausencia de construcciones positivas que efectivamente guarnecieran los derechos de talante constitucional y resolvieran los conflictos suscitados entre ellos. Caamaño, por ejemplo, señala que “en el ejercicio de un derecho fundamental puede producirse un conflicto con otros derechos o bienes constitucionalmente protegidos, el que se ha de resolver mediante la utilización de mecanismos de ponderación en clave constitucional”⁵²⁷. Incluso se explicitó entusiastamente por Gamonal que los elementos del mecanismo de ponderación se encontraban insertos en el artículo 485 del Código del Trabajo⁵²⁸, idea que habría de encontrar reducto jurisprudencial apenas puesta en marcha la Reforma Procesal Laboral con el llamado caso “Kronos”, RIT T-1-2008 del Juzgado de Letras del Trabajo de Copiapó, el que incluso en su sentencia trae a colación el Ord. N° 260/19 de 24 de Enero de 2002 de la Dirección del Trabajo⁵²⁹. No es tan irrisorio concluir

⁵²⁶ A modo ejemplar, GAMONAL CONTRERAS, Sergio. *El procedimiento de tutela de derechos laborales*. Santiago: Chile, LexisNexis, 2007, pp. 29 y ss., MELIS VALENCIA, Christian. *Los derechos fundamentales de los trabajadores...*, pp. 83 y ss. y UGARTE CATALDO, José Luis. *El nuevo Derecho...*, pp. 145 y ss.

⁵²⁷ CAAMANO ROJO, Eduardo. “La ley de subcontratación y la tutela de los derechos fundamentales de los trabajadores de servicios transitorios”, *en*: *Ius et Praxis*, Vol 13, N° 2 (2007), p. 182

⁵²⁸ Véase GAMONAL CONTRERAS, Sergio. *El procedimiento de tutela...*, p. 37.

⁵²⁹ “Ante esta colisión de derechos, debe primero consultarse en la legislación nacional, si es que existe alguna norma que resuelva el conflicto, ya que de ser así el método de solución del mismo será por vía de la subsunción. La verdad es que no existe tal norma, sólo podemos encontrar como referencia las normas dispersas que van conformando los poderes de dirección y disciplina referidos –artículo 12, 24, 153 y otras– y el inciso segundo del artículo quinto del Código del Trabajo que señala que el ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador, tienen como límite el respeto a las garantías constitucionales de los trabajadores, en especial cuando pudieran afectar la intimidad, la vida privada o la honra de estos. A lo anterior debe sumarse el inciso final del artículo 154 del cuerpo legal citado a propósito de las menciones que obligatoriamente debe contener el reglamento interno de la empresa, que dispone que toda medida de control, sólo podrá efectuarse por medios idóneos y concordantes con la naturaleza de la relación laboral y, en todo caso, su aplicación deberá ser general, garantizándose la imparcialidad de la medida, para respetar la dignidad del trabajador. En conclusión, si bien encontramos normas que aluden a esta tensión, no existe ninguna que en definitiva la resuelva para el caso concreto, con lo cual queda excluida la posibilidad de resolver subsumiendo el caso concreto en esa determinada norma general. A partir de ello, en la mayoría de los ordenamientos jurídicos, incluido el nuestro, se ha impuesto el método de la ponderación guiado por el principio de proporcionalidad en sentido amplio, creado por la jurisprudencia alemana, principalmente a partir de los escritos de Robert Alexy, el cual consiste básicamente en pesar los derechos y bienes en juego, persiguiendo que cada derecho se sacrifique por el otro en la menor medida posible y sólo en la medida que ese sacrificio sea racional y no afecte el ya mencionado núcleo esencial de los derechos fundamentales (...) En este examen, necesariamente debe recordarse el dictamen N° 260-2002 de la Dirección del Trabajo, el cual señaló, ejemplificando, que lo habitual es que el empleador no pretenda enterarse del contenido de las

que, al menos al nivel local, el trabajo jurisprudencial administrativo inaugural de la Dirección del Trabajo sumado a los ya comentados vacíos normativos y a una irreflexiva doctrina laboral, fomentaron la buena salud de la teoría de la ponderación en Chile. Carácter que obviamente habría de trasladarse en la lectura que de las cláusulas de no competencia post contractual ha hecho este ente administrativo, restando las posibilidades de crítica a aquel instituto. Se volverá sobre el tema cuando se revisen las particulares incidencias procesales de esta doctrina.

2. Jurisprudencia judicial nacional del Trabajo sobre Cláusulas de no Competencia post contractual laboral.

2.1. Jurisprudencia previa a la puesta en marcha de la Reforma Procesal Laboral.

La bisagra que encarna la Reforma Procesal Laboral para el Derecho del Trabajo nacional representa, al mismo tiempo, un factor ineludible cuando se trata de diferenciar los criterios empleados por los Tribunales de Justicia a la hora de resolver la validez de los pactos de no competencia post contractual. La inclusión de una nueva variedad de conceptos y procedimientos tutelares, particularmente a través del procedimiento de tutela de Derechos Fundamentales, resultó ser una de las mayores promesas de la Reforma, inspirada “por la necesidad de dotar a los derechos fundamentales inespecíficos del trabajador con una eficacia horizontal inmediata en el seno de la empresa, satisfaciendo

llamadas telefónicas de sus dependientes, por mucho que la línea y el aparato mismo le pertenezcan; lo mismo es extensivo a otras dependencias físicas específicas y por cierto a otros medios de comunicación, donde debe comprenderse sin duda el uso del correo electrónico y del sistema messenger. Luego la conclusión inevitable es que para que pueda pretender enterarse del contenido de las conversaciones de sus trabajadores debe tratarse de situaciones muy justificadas y por tanto excepcionales. Una de ellas podría ser como ya se ha visto la protección de información confidencial y de las estrategias y secretos de la empresa” (considerando octavo), sentencia del Juzgado de Letras del Trabajo de Copiapó, RIT T-1-2008, de 15 de Septiembre de 2008.

así la exigencia del principio de vinculación directa de la constitución en el específico ámbito de las relaciones laborales”⁵³⁰.

El análisis de los fallos dados, separados en virtud del criterio planteado, permitirá cuestionarse y luego resolver la problemática sobre si acaso en la *praxis*, es posible o no formular objeciones a las primigenias intenciones del procedimiento al amparo del diseño y funcionamiento de éste. La comparativa en el instrumental empleado y gramática recurrida ilustrará de mejor formas las conclusiones a las que se pueda arribar.

2.1.1. Briones Muñoz con Teka Chile S.A., Rol L-58-2008, Noveno Juzgado del Trabajo de Santiago. Sentencia de 14 de Abril de 2009.

El abogado Carlos Briones Muñoz demanda en lo pertinente, que Teka Chile S.A. que sea condenada al pago de una indemnización convencional cuya causa es el establecimiento de una cláusula de no competencia no contractual. Dicha indemnización tenía una equivalencia de 12 meses de remuneración, la que sería percibida por él en la medida que cumpliera con las prohibiciones establecidas en la cláusula séptima, numerales 1 y 2. El mecanismo de pago era en cuotas mensuales, específicamente 24, a partir de la finalización del contrato de trabajo, la cual tuvo lugar el día 29 de noviembre de 2007 en virtud de la causal contenida en el artículo 162 del Código del Trabajo. Empero, el finiquito del señor Briones únicamente contenía prestaciones relativas a las indemnizaciones por años de servicio y sustitutiva del aviso previo.

Arguye la legalidad de la ya individualizada indemnización convencional en razón de la cláusula de no competencia post contractual, en que no existiría incompatibilidad en su pago con las indemnizaciones indicadas en su finiquito, por cuanto ésta tiene su origen

⁵³⁰ SILVA IRARRÁZAVAL, Luis Alejandro. “Supremacía constitucional y tutela laboral”, en: *Revista de Derecho de la Universidad Austral*, Vol. XXIV (2011), p. 32.

en la obligación de no dañar o perjudicar a la empresa, al usar su conocimiento y experiencia en esa área de negocios.

La contraria opone excepción de incompetencia, pues la indemnización por no competencia tendría el carácter de prestación civil mas no laboral, sin perjuicio de su origen al término del contrato de trabajo. Centra sus argumentos en que la causa de la prestación indemnizatoria ultraactiva de no competencia radicaría en el comportamiento posterior del señor Briones al fin de la relación laboral. Suma a lo anterior, que no es inconveniente para razonar de esta forma el que la cláusula se escriturare en el contrato de trabajo, en razón de su consensualidad y del hecho que es totalmente posible que el documento que contenga un pacto de este tipo pueda encerrar, además, obligaciones de naturaleza diversa a la puntualmente laboral. Por otra parte, tampoco habría inconveniente en que, a pesar que exista una relación de trabajo, no se puedan convenir pactos civiles o comerciales con el trabajador. El que el Código del Trabajo regule la cláusula de no competencia para cuando está vigente el contrato de trabajo, fijando una causal de terminación de éste, es reflejo de tal posibilidad, no pudiéndose en definitiva estimar que la indemnización por el pacto post contractual sea parte del contrato de trabajo por definición. Finalmente, tal prestación no se origina en la prestación de servicios, sino en una obligación de "no hacer" del demandante que únicamente podrá realizarse tras el fin de la relación laboral. El Tribunal se hace cargo de la excepción se manera ceñida al mandato legal del artículo 420 del Código del Trabajo⁵³¹. Así mismo, se observa una excepción de litispendencia, la que es rápidamente descartada por el Juzgado.

En cuanto a la indemnización por no competencia, indica que si bien es cierta la existencia de la cláusula, se deduce que ella que será el actor quién deberá demostrar que no hay incurrido en las actividades prohibidas tanto durante la vigencia de la relación de

⁵³¹ El artículo 420 letra a) del Código del Trabajo expresa: “Serán de competencia de los Juzgados de Letras del Trabajo: a) las cuestiones suscitadas entre empleadores y trabajadores por aplicación de las normas laborales o derivadas de la interpretación y aplicación de los contratos individuales o colectivos del trabajo o de las convenciones y fallos arbitrales en materia laboral;”

trabajo, como tras su finalización por 24 meses. Por ende, y solo habiendo acreditado el cumplimiento de lo expresado, el actor tendrá derecho a percibir la indemnización. Recuérdese el tenor del pacto de no competencia: se obliga al actor durante la vigencia del contrato de trabajo y los 24 meses posteriores a su resolución, cualquiera que fuere la causa, por sí mismo o por medio de un tercero, a abstenerse de inducir o proponer a cualquier persona, trabajador, o cliente de su representada, directa o indirectamente, para que abandone Teka y/o deje de mantener relaciones comerciales con ella; y también dentro del mismo lapso, se ha obligado a abstenerse de prestar sus servicios a los competidores de Teka en las áreas de negocios objeto de la prestación de servicios desarrolladas por el trabajador.

La sentencia del Noveno Juzgado del Trabajo de Santiago centra su parte resolutive sobre la cláusula de no competencia post contractual en su considerando 15, en el cual se falla lo siguiente:

“15: Que en cuanto a la indemnización convencional por no competencia, contenida en la cláusula séptima del contrato de trabajo, ya transcrita en el considerando segundo, a juicio de esta sentenciadora, tal prestación debe ser considerada como una indemnización que se hizo exigible desde el momento de la terminación del contrato de trabajo. Así, **la aludida estipulación tiene por objeto resguardar los intereses de la sociedad demandada, absteniendo al trabajador de poder realizar actos que, eventualmente, podrían ir en perjuicio de la demandada, evitando, además, que el actor se desempeñe en empresas del mismo o similar giro que aquella. Luego, la referida indemnización debe entenderse como un mecanismo para paliar el efecto negativo que tal cláusula tiene para el trabajador al disminuir sus posibilidades de trabajo.** Tal estipulación contractual constituiría una especie de **condición resolutoria que faculta al demandante** a exigir tal prestación en la medida que no induzca o proponga a una persona, trabajador o cliente de la demandada o del holding empresarial del que forma parte, directa o indirectamente, abandonarlo o deje de

mantener relaciones comerciales con ellas, o el actor se abstenga de prestar sus servicios a empresas competidoras de ella en las áreas de negocios objeto de la prestación de servicios desarrolladas por él. Tal prestación, como así lo señala la disposición 7.3 de la convención, se hace exigible "durante los 24 meses" **que subsiste la obligación del demandante**. Así las cosas, habiendo concluido la relación laboral el 29 de Noviembre de 2007, (...) la demandada adeuda 8 meses de dicha indemnización, debiendo pagar por este concepto \$72.321.960”.

Entrando a resolver la controversia expuesta, el Tribunal parte señalando que la indemnización convencional por no competencia debe ser considerada como una compensación exigible desde el momento en que la relación de trabajo finaliza. Luego, se centra en el objeto de ésta: amparar los intereses de Teka, debiendo abstenerse el trabajador de realizar actos cuya potencialidad podría perjudicar de la demandada, evitando, además, que el actor se desempeñe en empresas del mismo o similar giro que aquella. La indemnización es un mecanismo destinado a aminorar el efecto negativo que tal cláusula tiene para el trabajador pensando las minadas posibilidades del trabajo del ex trabajador. La sentencia prosigue profundizando, llegando a categorizar desde el Derecho de las Obligaciones esta estipulación, calificándola como una condición resolutoria que permitiría al demandante exigir la indemnización siempre que cumpla con los términos fijados en ella. Ciñéndose entonces a la literalidad del pacto, la compensación es exigible "durante los 24 meses" que subsiste la obligación del demandante. Por ende, habiendo concluido la relación laboral el 29 de noviembre de 2007, la demandada adeuda 8 meses de dicha indemnización, Teka deberá pagar al actor por este concepto 8 meses de remuneración.

El presente fallo es el resultado de uno de los primeros llamamientos efectuados a la judicatura chilena a resolver cuestiones ligadas a los pactos de no competencia post contractual. Interesante es, por lo mismo, el abordaje por parte del Tribunal de determinadas temáticas que en lo sucesivo serán componente habitual de las decisiones

que irán delineando y conformando jurisprudencia en Chile; y a contrafаз, algunas cuyo descarte analítico llama la atención. Ya pasando revista, se identifican las siguientes circunstancias de interés:

- No se cuestiona la legalidad general en el establecimiento del pacto: cuestión que puede justificarse en la sujeción del Tribunal a lo pedido por el actor (simplemente el pago de la indemnización convencional por la cláusula de no competencia post contractual), y al reconocimiento de la empresa sobre la existencia de aquel.
- Se debate sobre la competencia del Tribunal del Trabajo para conocer de una cláusula de no competencia post contractual: lo cual es planteado por Teka como una excepción de competencia. En resumidas cuentas, la empresa demandada justifica la referida excepción en que la indemnización sería una de tipo civil y no laboral, a pesar de estar establecida en un contrato de trabajo y tener por origen la terminación de éste. Además, como el Código del Trabajo establece en el artículo 160 N° 2 una causal de terminación que regula la competencia contractual, es posible conjeturar que la indemnización por la post contractual no es parte del contrato de trabajo, siéndole ajeno él. El Tribunal del Trabajo zanja la excepción señalando, simplemente, que es él el llamado a resolver los conflictos suscitadas entre empleadores y trabajadores por aplicación de las normas laborales o derivadas de la interpretación y aplicación de los contratos individuales, determinando que la prohibición impuesta guarda relación con circunstancias de índole laboral. Elemental para llegar a esa conclusión es el hecho que la cláusula tiene por lapso de vigencia 24 meses siguientes al término del contrato de trabajos, lo cual acarrea que al menos respecto de las obligaciones convenidas, la relación laboral se mantiene vigente.

Es interesante dar cuenta de algunas conclusiones del Tribunal en este punto. En primer lugar, debe resaltarse el que para el adjudicador la relación laboral se mantiene vigente al menos en lo tocante a las obligaciones emanadas del pacto de no competencia post contractual. Empero, tal afirmación no va acompañada de absolutamente ninguna

sutileza ajena a que el Tribunal llamado a resolver las contingencias emanadas de aquella cláusula sea uno cuya competencia sea laboral. No hay observación alguna respecto al plazo de vigencia de dicha obligación de no competencia, si acaso ésta se encuentra acorde al Derecho Público chileno, si acaso el ámbito territorial de la misma es necesario definirlo, si la suma compensatoria es adecuada, si en verdad la cláusula es justificada, etc. La bisagra sobre la cual se sustentaría la subsistencia del contrato de trabajo sería netamente una cuestión de acuerdo de voluntades desprovista de cualquier consideración apegada a los cánones *ius* laboristas y principios inspiradores de la rama⁵³². No existiendo error, fuerza o dolo, la obligación al parecer se encontraría perfecta en todo sentido, incluido el laboral. Por ello, el que el juez haya dicho que la relación laboral se entiende en vigor, aun cuando ello se de tan solo en relación a una muy acotada arista de naturaleza ultraactiva, revela un análisis desprovisto de todo afán tutelar y derechamente acomodaticio a un *standard* de Derecho Privado desde ya descartable en consideración a la coherencia del sistema laboral en clave jurídica.

Ya en segundo término, interesante hubiera sido que el Tribunal se hubiera detenido en cuestiones antes enunciadas: plazo, justificación, compensación. Debe notarse que la norma que habilitaba a los juzgados competentes a, al menos, estructurar al menos argumentativamente sus decisiones en razón de la limitación a las potestades empresariales basada en los Derechos Fundamentales de los trabajadores. Es comprensible que el juez se limite a lo que el actor pida en su libelo, empero, no es posible compartir la labor de un juez que no prevenga en punto alguno las coyunturas dables sobre las libertades en juego, pensando en este tipo de cláusulas. Esto, pensando que la ley 19.759 estaba vigente desde el año 2001, prácticamente 8 años antes de la dictación de la analizada sentencia.

⁵³² En dicho sentido, VÁSQUEZ VIALARD, Antonio. *La responsabilidad en el...*, p. 752. Comparadamente, “estos pactos se sostienen sobre la base del principio de autonomía de la voluntad que el Derecho Laboral español reconoce a los contratantes [art. 3.1.c) LET], por lo que nada obsta a que, como pactos accesorios, se adicionen al contrato de trabajo estas estipulaciones tendentes a asegurar el cumplimiento de las obligaciones laborales, siempre que se respeten los términos marcados por las normas imperativas”, DE VAL TENA, Ángel. “El pacto de no concurrencia en el...”, pp. 2-3.

2.1.2. “Adiserv S.A y Adicorp S.A. con Bordachar”, Rol C-7528-2003, Primer Juzgado Civil de Santiago; Rol Civil 8165-2006, Corte de Apelaciones de Santiago; y Rol 5152-2009, Corte Suprema. Sentencia de 27 de Enero de 2011.

El presente juicio se inicia con una demanda de naturaleza civil, por incumplimiento de contrato con indemnización de perjuicios, interpuesta por Adiserv S.A. y Adicorp S.A., en contra de don Pedro Pablo Bordachar Boetto, ingeniero comercial. Adiserv S.A. es una sociedad comercial que forma parte de un conglomerado de empresas dedicadas al rubro de adhesivos, autoadhesivos, captura, lectura e impresión de códigos de barras unidimensionales y bidimensionales, soluciones integrales en proyectos que requieren la implementación de códigos de barras, distribución, logística, puntos de venta, manejo de datos, sistemas de radio frecuencia, etc. y habría fue constituida con fines organizacionales, encargada de la contratación de todo el personal del holding al que pertenece. En esta trama, Adicorp S.A., era la matriz del grupo dedicada a dicho rubro. Se fundamenta la demanda en el manifiesto, reiterado y grave incumplimiento por parte del señor Bordachar de una obligación de no hacer, consistente en el compromiso de abstenerse de desarrollar un negocio similar al de Adicorp, dentro del plazo de 2 años contados desde el cese de su contrato de trabajo con la empresa. Se solicita en razón de ello, el cumplimiento forzado de dicha obligación contractual, la destrucción de lo hecho en contravención de ella y el resarcimiento de los daños provocados a las demandantes.

El rubro señalado maneja información sensible que precisa ser mantenida en reserva, por las tecnologías que se aplican y equipos que se ocupan, agregándose el hecho que existen pocas compañías en una dinámica de competencia, al prestar algunos de los servicios de Adicorp. Siendo este el interés comercial en el establecimiento del mencionado pacto, a juicio de las demandantes resulta fundamental que quienes trabajan en tareas gerenciales y sub-gerenciales guarden total reserva del conocimiento a que tienen

acceso en función de sus cargos y no desarrollen un negocio similar dentro del plazo prudencial siguiente al cese de la vinculación laboral. Política de la empresa Adicorp S.A., es informar a cada persona que ingresa a cumplir labores gerenciales, las obligaciones de reserva y no competencia en el resguardo de intereses de terceros.

Con fecha 7 de junio de 2001, Adiserv S.A. contrató al señor Bordachar en calidad de gerente del área de negocios de Adicorp S.A. denominada Adimax, la cual presta asesoría y servicio técnico tanto a los clientes como al área comercial de la empresa. De acuerdo a lo expresado por las demandantes, el demandado antes de ingresar a trabajar carecía de todo conocimiento en el rubro, por lo que la inclusión de una cláusula de no hacer era necesaria y todo conocimiento adquirido fue en el periodo en que prestó servicios en Adicorp S.A.. En atención al libre e ilimitado acceso a la información a que el demandado tenía, es que las partes acordaron incluir en el contrato de trabajo una cláusula de no competencia post contractual laboral (undécima), elevada a la categoría de esencial. Ésta, le imponía la obligación al demandado de no desarrollar o participar en empresas dedicadas al mismo rubro de Adicorp S.A., dentro de los 2 años siguientes al término de la relación laboral.

No obstante lo anterior, por escritura pública de fecha 9 de julio de 2003, el demandado constituyó una sociedad llamada “Frankonia Tecnología S.A.”, la cual tenía como objeto precisamente el área de negocios que se habría obligado a no realizar, lo cual evidencia el incumplimiento en que incurrió. Así mismo, durante el mismo mes, el señor Bordachar tomó contacto con algunos proveedores de Adicorp S.A., los cuales con preocupación informaron a Adicorp expresando formalmente su desconfianza y solicitando explicaciones por la extraña situación. Señala que, además, la conducta de incumplimiento del demandado no se detuvo ahí, efectuando ofertas de trabajo a empleados de Adicorp S.A. para que se incorporaran a su empresa lo cual se concretó respecto de cuatro empleados que indica del área de servicio técnico. El acto más grave y desleal del demandado fue el ofrecer iguales servicios a diversos clientes de Adicorp S.A.,

a título personal, los cuales detalla. Indica que, el incumplimiento contractual como la conducta del demandado le habría ocasionado innumerables perjuicios consistentes en el desprestigio de la imagen corporativa, la pérdida de valiosos empleados de la empresa de calificación técnica y, que su representada tenga que competir deslealmente con una empresa que presta sus mismos servicios sobre la base de información confidencial.

Por su parte el demandado, don Pedro Pablo Bordachar, rechaza lo señalado en el libelo de demanda, pues no ha realizado ningún acto de los descritos en la demanda, y por ende, no ha incumplido ningún contrato y/o norma legal. Con todo, reconoce la existencia de la cláusula de no competencia post contractual; empero, hace hincapié en que él era gerente de una sociedad inexistente (Adimax), la cual carecía de giro. Niega haberse desempeñado como gerente de negocios de Adicorp S.A., haber efectuado negociaciones con empleados de esa empresa, que haya desprestigiado su imagen corporativa ni que esté compitiendo deslealmente según explica, por lo que no puede hablarse de perjuicio económico para Adicorp S.A. Por ende, no ha incumplido la señalada obligación de no hacer puesto no habría celebrado ninguna actividad o función que implique desarrollar el giro o negocio de Adiserv S.A., ni ha formado sociedades que se dediquen a su giro, o desempeñarse en algún cargo o función en empresas, sociedades, organismos o cualquier entidad que desarrolle o explote el rubro que realice Adiserv S.A., por el contrato ha cumplido con su obligación en todo sentido. Hace presente que tenía una relación laboral con Adiserv S.A. y una relación de prestación de servicios con Adicorp S.A., con la cual nunca asumió la obligación de no hacer que si tenía con la primera.

Por finiquito de fecha 18 de Marzo de 2003, el señor Bordachar puso fin a su relación laboral con Adiserv S.A., y en dicho documento no se hizo mención o reserva alguna de la mantención o subsistencia de la obligación de no hacer que daba cuenta el contrato de trabajo finiquitado. Que, según finiquito de prestación de servicios firmado con Adicorp S.A., se establece una cláusula que dice que esta parte se compromete a no revelar datos ni hacer comentarios, en guardar reserva sobre los resultados de su labor y

cualquier otra información, la cual no da cuenta de una obligación, ni tiene plazo de vigencia alguno, sin perjuicio que el compromiso lo ha cumplido cabalmente.

La sentencia del Primer Juzgado Civil de Santiago, de 25 de Enero de 2006, señala en lo pertinente lo que sigue (el destacado es propio):

“OCTAVO: Que, el artículo 1489 del Código Civil, establece que en los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado. Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio o la resolución o el cumplimiento del contrato, con indemnización de perjuicios.

NOVENO: Que, **previo a resolver sobre si hubo incumplimiento por parte de la demandada, se plantea una cuestión de derecho, cual es determinar la legalidad de las cláusulas** décimo primero y sexta del contrato de trabajo y finiquito de prestación de servicios en que la demandante funda su acción.

DECIMO: Que, respecto de la **cláusula décimo primera del contrato de trabajo, se debe tener presente lo dispuesto en el artículo 19 N°16 de la Constitución Política del Estado, que establece que la Libertad de Trabajo y su protección**, indicando 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. (...) Que, según lo expuesto, **las partes de un contrato de trabajo no pueden convenir cláusulas que obliguen al dependiente a abstenerse de desempeñar actividad alguna remunerada una vez extinguida el trabajo.** Que, el artículo 1462 del Código Civil dispone que hay objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público chileno. Que, de este modo, **la cláusula décimo primera del contrato de trabajo suscrito entre la sociedad Adiserv S.A. y don Pedro Pablo Bordachar Boetto, es inconstitucional y adolece de objeto ilícito** según las normas expuestas.

DECIMOPRIMERO: Que, **el artículo 1682 del Código Civil, en lo pertinente, indica que la nulidad producida por objeto ilícito es absoluta y según lo dispuesto en el artículo 1683 del Código Civil, puede y debe ser declarada por el juez, aún sin petición de parte cuando aparece de manifiesto en el acto o contrato.** Impone a esta sentenciadora, se declara nula, de nulidad absoluta, la **cláusula décimo primera del contrato de trabajo**, suscrito entre la sociedad Adiserv S.A. y don Pedro Pablo Bordachar Boetto, con fecha 7 de junio de 2001 y que en copia autorizada se acompaña.

DECIMOSEGUNDO: Que, de acuerdo a lo razonado y lo expuesto en el petitorio de la demanda, **no puede declararse que el demandado ha incumplido la obligación de hacer hecha valer en la demanda, por cuanto adolece ésta de nulidad absoluta cuyo efecto es hacerla desaparecer, por lo que no puede la demandante solicitar el cumplimiento de una obligación inexistente.**

DECIMOTERCERO: Que, de acuerdo a lo expresado, **corresponde rechazar la demanda de cumplimiento de contrato**, en la forma en que se dirá en la parte resolutive de este fallo.

DECIMOCUARTO: Que, en cuanto a la **acción de indemnización de rechazar por cuanto no se ha acogido la acción principal.**

De lo expuesto por el adjudicador en primera instancia, es posible destacar los siguientes puntos:

- Por sobre los incumplimientos contractuales demandados, debe revisarse la legalidad de las cláusulas, en específico, su objeto: lo interesante es que el Tribunal conecta la intrínseca afectación de la Libertad de Trabajo establecida en el artículo 19 N° 16 de la Constitución, con el aparataje civil de la nulidad, específicamente, con la causal

prevista en el artículo 1462 del Código Civil⁵³³, dado que el objeto de este pacto sería ilícito al contravenir el derecho público en Chile. La autonomía de la voluntad tiene límites cuando en el objeto del acto jurídico se está poniendo en juego la vigencia de los Derechos Constitucionales. Por ende, si éste es indiscutible y manifiesto, es decir, que no es necesario acudir a elementos exógenos a la misma cláusula para advertir aquello, el Tribunal podrá declarar de oficio la nulidad.

El carácter de este discernimiento es posible de ser caracterizado como uno absolutamente a contrapelo de lo que la doctrina coetánea señalaba a propósito de la institución de la nulidad en materia laboral: “Incluso, desde la óptica de las normas civiles, (...), ya sea por petición de parte o por actuación de oficio “por vicio manifiesto”, aparece claro e indubitado que cualquier acto jurídico, como la celebración de un contrato o el despido, que importe una infracción o vulneración de los derechos fundamentales de los trabajadores, debe ser considerada viciada de nulidad absoluta por objeto ilícito, en los términos del artículo 1462 del Código Civil, que declara que hay “objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público chileno”. Sin embargo, atendido la más que predecible inhibición con que nuestros tribunales operan en esta materia, discutiblemente explicada por la falta de un procedimiento especial de nulidad laboral, ni de disposición legal del Código del Trabajo que autorice dicha declaración (según el dogma de que no hay nulidad sin texto expreso), se hace absolutamente necesario, para a configuración de una protección mínimamente aceptable de los derechos fundamentales en el ámbito del trabajo, de una recepción expresa de la nulidad radical del acto lesivo de los derechos fundamentales”⁵³⁴.

La conexión del artículo 1462 del Código Civil con la temática del Derecho Público es una que supera la mera textualidad de la causal de nulidad en particular, dado que la misma sanción se establece a nivel constitucional en el artículo 7 en sus incisos 2

⁵³³ La problemática, al menos, no ha sido únicamente considerada bajo el imperio de la Constitución de 1980, sino que también a propósito de la que le antecede. Obsérvese el informe en Derecho de LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge. “Obligación contractual que supone aptitudes personales del deudor. Legislación sobre la libre competencia; ejecución forzada e indemnización de perjuicios (informe en derecho)”, en: *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, N° 1 (1977), pp. 43-75.

⁵³⁴ UGARTE CATALDO, José Luis. *El nuevo Derecho del...*, pp. 136-137.

y 3⁵³⁵. No solo los órganos del Estado están llamados a respetar y no exceder los derechos fijados por la Constitución y las leyes, sino que también los particulares, siendo todo acto que quebrante lo anterior, nulo⁵³⁶, “aun a pretexto de circunstancias extraordinarias”, como bien prescribe el inciso 2° del artículo 7 de la Constitución. Se añora esa ilación en el razonamiento de la Corte.

Este punto es absolutamente relevante, pensando en la potestad que desde el sistema de fuentes poseen las evidencias con raigambre constitucional. La fuerza de “aun a pretexto de circunstancias extraordinarias”, no radica únicamente en vigorizar el contenido duro normativo del artículo 7 al excluir, al menos abstractamente, toda posibilidad incluso extraordinaria que justifique que alguien se atribuya autoridad o derechos ajenos a los fijados por la Constitución y las leyes. En razón de ello, se extraña una concatenación analítica pensando en conclusiones más aterrizadas y directas en relación a las cláusulas de no competencia post contractual, entremezclando sus dichos con un texto constitucional férreo, y siguiendo la línea de sus consideraciones tocantes al mercado de los trabajadores especialistas. No obstante ello, si bien es perfectamente conjeturable desde la sentencia en sí, que ni siquiera los escenarios o coyunturas de mercado justificarían la fijación de pactos como el que se está estudiando, entendiéndose éstas como cuestiones extraordinarias o imprevistas, hubiera sido un aporte en vistas a la solidez y coherencia del fallo estos miramientos fueran explicitados. El realce a la

⁵³⁵ “Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes.

Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale”.

⁵³⁶ La doctrina administrativista chilena es una que por largo tiempo ha intentado ir definiendo los lómines de la nulidad establecida en la Constitución. A modo meramente ejemplar, y entre muchos, téngase presente a SOTO KLOSS, Eduardo. “La nulidad de Derecho Público: su actualidad”, *en: Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 18 (1997), pp. 347-355; PFEFFER URQUIAGA, Emilio. “La nulidad de Derecho Público; tendencias jurisprudenciales”, *en: Revista de Derecho Público de la Universidad Diego Portales*, N° 67 (2005), pp. 129-144; PIERRY ARRAU, Pedro. “Nulidad en el Derecho Administrativo”, *en: Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, N° 15 (1993-1994), pp. 79-100; y FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos. “Nuevas restricciones a la nulidad de derecho público como proceso administrativo: Una jurisprudencia interesante, pero inconsistente”, *en: Anuario de Derecho Público U.D.P.*, (2010), pp. 189-203.

conclusión, es decir, a la nulidad del pacto de oficio por el Tribunal, no pudiendo las partes de aquel exigirse recíprocamente nada, hubiera sido mayor.

- La competencia del Tribunal deviene en irrelevante, atendida la nulidad de oficio que éste debe dictar en razón del artículo 1462 del Código Civil: lo cual, más allá del hecho que las partes hagan ver la incompetencia del juzgado, debe recordarse que nada hubiere impedido procesalmente hablando que el Juez civil declarare su incompetencia para conocer de un asunto de tipo laboral.

La parte demandante apela. La Corte de Apelaciones de Santiago, en sentencia dictada en el Rol Civil N° 8165-2006 el 18 de Junio de 2009, ratifica los criterios expuestos por el Tribunal de primera instancia, agregando un elemento que merece ser analizado. Los considerandos sobre los que se basa, son los que siguen:

“CUARTO: Que, en el caso de autos, se acordó en el contrato de trabajo que unió a las partes, una prohibición temporal para el trabajador de emplearse en una actividad determinada, esto es, cualquier actividad o función que implique desarrollar el giro o negocio cuya gerencia asumió, no formar sociedades que se dediquen al giro, ni desempeñarse en algún cargo o función en empresas, sociedades, organismos o cualquier actividad que desarrolle o explote el rubro de la empleadora; **la cláusula cuestionada no contempla compensación de ningún orden en favor del dependiente por la limitación impuesta y ella no puede desprenderse del monto de la remuneración pactada, desde que nada se dijo en el contrato.**

QUINTO: Que, como lo sostiene el juez *a quo*, **una cláusula de esta naturaleza constituye una clara restricción que la Constitución Política de la República prohíbe, desde que impide al trabajador el legítimo ejercicio de un derecho, cual es, el acceder a una actividad laboral específica, constriñendo no sólo su “libertad de obrar” sino también la “libertad de querer”, pues se le obligaría, en definitiva, a desarrollarse profesionalmente en otras áreas, ajenas a su especialidad y voluntad.**

SEXTO: Que la autonomía de la voluntad debe ser analizada a la luz de los principios que inspiran la garantía constitucional y el contrato de trabajo. En efecto, desde esta perspectiva no es dable concluir que el actor estuvo en igualdad de condiciones al pactar la restricción que se revisa, **desde que el mero consentimiento no hace desaparecer la vulneración de derechos fundamentales, cuya disposición está vedada a los contratantes y, por otra parte, ningún equilibrio o proporcionalidad se advierte en la convención. Si bien el empleador hace presente y pretende demostrar en autos su interés comercial, legítimo en el desarrollo de su actividad empresarial, el mismo no se observa en favor del trabajador, por cuanto ninguna compensación económica fue acordada en su beneficio una vez extinguido el contrato de trabajo.** El riesgo propio de la empresa no puede ser traspasado al extrabajador impidiéndole en términos absoluto, **sin asegurarle una estabilidad económica mínima, el acceso a una fuente laboral lícita, propia de sus conocimientos y profesión.**

SÉPTIMO: Que, en consecuencia, tal como lo decidió la sentencia apelada, se está en presencia de un vicio de nulidad absoluta que aparece de manifiesto en el acto o contrato, susceptible de ser declarado de oficio, desde que la cláusula 11° del contrato de trabajo, se aparta de la norma constitución que garantiza el derecho al trabajo y su protección, adoleciendo de objeto ilícito en los términos previsto en el artículo 1462 del Código Civil, por ser contraria al Derecho Público Chileno”.

Cabe, de esta forma, subrayar las siguientes observaciones a lo fallado por la Corte de Apelaciones:

- Se atisba como requisito de validez de la cláusula de no competencia, el establecimiento de una compensación en favor del trabajador: punto que puede inferirse de la parte final del considerando cuarto de la sentencia de segunda instancia. Claro es que no sería posible desarrollar coherentemente el tema del resarcimiento al trabajador como

una exigencia dirigida hacia la validez del pacto, si se tiene presente el contenido de los restantes considerandos, que centran el foco de la cuestión en los aspectos referidos por el Tribunal de primera instancia, sobretodo la declaración de nulidad desde el artículo 1462 del Código Civil. Empero, sugestivo es realizar ciertas conjeturas desde el lenguaje empleado por la Corte en este considerando: ¿por qué nota el Tribunal que la cláusula décimo primera no contempla compensación de tipo alguno? ¿Por qué indica que esa compensación tampoco es posible de desgajar de las remuneraciones de Pedro Bordachar, el demandado y supuesto incumplidor de este pacto?

Hay una suerte de dualidad encubierta por parte de la Corte en esta sentencia: por un lado, abre el flanco para ir delineando los requisitos intrínsecos de la compensación y los modos de pagarla de forma válida (incluso como concepto de la remuneración del trabajador, vigente que sea la relación de trabajo), mientras que por otro, establece la nulidad de estos pactos por contravenir el Derecho Público chileno. Se insiste en la idea: si se toma en cuenta el considerando séptimo de la sentencia, no sería necesario siquiera preguntarse por la ausencia de compensación al trabajador en la cláusula inconstitucional y nula, mas, el Tribunal dedica un apartado completo para hacer notar su omisión. ¿Será que si se hubiera estipulado, el criterio decisorio hubiera sido distinto? Tal vez sí, pues a pesar de todo lo anterior, y agregar en el considerando sexto que las partes no pueden disponer los Derechos Fundamentales, indica en éste mismo punto que no hay proporcionalidad entre el interés comercial del empleador y la ausencia de compensación para el dependiente. E incluso trae a colación para efectos argumentativos, el que el riesgo de las demandantes no puede ser trasferido a Bordachar al ajustarle de la manera que hace su desarrollo profesional, no mediando siquiera una compensación por aquello.

Es la proporcionalidad la llave discursiva y dialéctica la que le permite a la Corte, en este caso, sin alterar el fondo de lo decidido por el Tribunal de primera instancia, poder incorporar un elemento que, como se verá en lo sucesivo, permite junto con otros elementos ir cimentando la legalidad de los pactos de no competencia, al modo de la jurisprudencia y legislación comparada. Ahora bien, lleva a reflexionar que la Corte en este contexto mencione, en una dinámica plena en reminiscencias a la búsqueda de los

equilibrios en las obligaciones de las partes, los intereses corporativos pretendidos demostrar y esta compensación económica inexistente. Válido es nuevamente preguntarse, ¿se hubiera doblegado la aplicación del artículo 1462 del Código Civil, o morigerado la interpretación del artículo 19 N° 16 de la Constitución, si es que el empleador hubiera fijado una compensación adecuada habiendo acreditado fehacientemente sus intereses?

- A propósito de la Libertad de Trabajo, la desliga para efectos de estudiar su incidencia en el caso, y asume como ataque a la libre elección y a la libre contratación la fijación de pactos ultraactivos de no competencia: ejercicio que realiza la Corte en el considerando quinto, empleando como conceptos análogos la “libertad de obrar” y la “libertad de querer”. Sublima el Tribunal como conclusión de las afecciones a estas libertades, el daño que se produce en el trabajador que no puede desarrollarse profesionalmente en la medida que él quisiera y/o pudiera desde su experticia.

Es necesario puntualizar que hay un voto disidente en esta sentencia⁵³⁷, cuyos puntos de mayor importancia apuntan a que las cláusulas de no competencia son válidas y no violan en ningún caso la Constitución Política de la República: centra sus argumentos en el texto de los artículos 1545 y 1546 del Código Civil. Expresa el disidente que al amparo de dichas normas, habría una clara deslealtad en el demandado al alegar nulidades y alzar interpretaciones que eran inimaginables al suscribir los acuerdos. Tras esto, cita antecedentes comparados y jurisprudencia, de los que se colige la validez de las cláusulas de no competencia, en la medida que esta se restrinjan a al mismo género de actividad comercial. El pacto objeto del caso de marras, acordado libremente por las partes, cumple perfectamente pues sólo se refiere al giro de la empresa y durante un tiempo determinado, de 2 años. Concluye que al amparo de lo anterior, la cláusula no viola el Derecho al Trabajo garantizado por la Constitución Política de la República, sino que por el contrario, dicho pacto tan solo contiene una obligación de no hacer precisa y concreta por parte del trabajador, tal como se da en variados casos contemplados por el ordenamiento jurídico.

⁵³⁷ Voto disidente del abogado integrante, sr. Ángel Cruchaga Gandarillas, redactado por él mismo.

Remata expresando que hay numerosos antecedentes que expelen que el demandado al verse desvinculado de la empresa comenzó a desarrollar el mismo giro que éste, contactar antiguos clientes, contratar personal de su ex empleadora, etc. Actitudes todas desleales, que además violan el contenido de las prohibiciones acordadas y causan perjuicio a las demandantes.

Las actoras interpusieron recurso de casación en el fondo, al haberse infringido en su concepto los artículos 1462 del Código Civil y 19 N° 16 de la Constitución. En términos simples, dicho recurso se sostiene en la idea que las cláusulas de no competencia no son, *per se*, contrarias a la competencia, a la libertad de los particulares y mucho menos al orden público. Lo anterior, pues en la medida que estas se hayan acordado libremente y fijando un coto temporal a la restricción, no habría transgresión alguna, respetándose en el presente caso y en definitiva el articulado de la Constitución antes señalado, no habiendo objeto ilícito. Añaden, que sería evidente que el fallo ha vulnerado el mencionado artículo 1462 del Código Civil al declarar la nulidad absoluta del pacto, concluyendo erradamente, que iría contra el artículo 19 N° 16 de la Constitución. A todo lo expuesto, agregan que cláusula sería válida al amparo del artículo 1545 del Código Civil, siendo lo acordado libremente por las partes ley para ellas. Suman a su bagaje normativo, el artículo 1546 del Código Civil, de cuya letra se validaría la cláusula décimo primera, al contener ésta una obligación de actuar de buena fe en todo el *iter* contractual, esto es, antes, durante y después del término del contrato de trabajo. En relación a la Libertad de Trabajo, no es posible señalar que hay vulneración a ésta, puesto que permite que el señor Bordachar puede igualmente ejercer su profesión, eso sí, fuera de los márgenes específicos en los que ejerció como gerente. Advierte que el establecimiento de cláusulas de no competencia es una práctica común en los contratos de trabajo de gerentes y subgerentes, al ser estos cargos privilegiados, caracterizados por la confianza depositada y de gran responsabilidad, al manejar estos trabajadores información que configura la base del negocio de la empleadora. Finalmente, rematan indicando que estos vicios legales han

influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, ya que, de no haberse incurrido en ellos, la demanda debió ser acogida y no repudiada.

La **sentencia de la Corte Suprema**, ya en el Rol N° 5152-2009 en sus considerandos pertinentes expresa (el destacado es propio):

“OCTAVO: Que aclarado lo consignado en los tres razonamientos precedentes, hay que expresar, para **la resolución del asunto, que en un mercado cada vez más competitivo, uno de los activos más preciados por las empresas es el conocimiento acerca de sus trabajadores y el de éstos sobre el giro de ellas, sea el que ya tienen o el que adquieran en el desempeño de sus labores.** Esto lleva a que cada día más se incluyan en los contratos de trabajo cláusulas de exclusividad o no competencia, las que en menor o mayor medida pueden colisionar algunas veces con el derecho de orden constitucional a la Libertad de Trabajo. Por otra parte, los trabajadores suelen tener acceso a información muchas veces sensible o confidencial de la empresa, lo que debería cautelarse en forma anticipada vía compromisos o acuerdos de confidencialidad, poniéndose en juego acá bienes que pueden resultar contradictorios: protección de la propiedad privada (conocimientos o información) de la empresa y la Libertad de Trabajo. La cláusula de no competencia es una disposición contractual que limita la libertad de ejercer determinadas actividades al empleado durante la relación laboral con el empleador o cuando el contrato actual termina. En ella se recogen obligaciones de lealtad, de exclusividad y de confidencialidad. Constituyen, en sí, por regla general, una obligación de no hacer.

NOVENO: Que en **nuestra legislación se reconoce a las personas la libertad de contratar y dentro de ella, se involucra el principio de la autonomía de la voluntad. Lo que se dice, sin embargo, no es absoluto, siendo unos de los límites de la libertad contractual el orden público, en cuanto establezca normas imperativas y no susceptibles de obviar y, de otro lado, dentro de la autonomía de la voluntad existe**

la denominada manifestación positiva, que es aquella por virtud de la cual las partes pueden hacer todo lo que no está prohibido.

DÉCIMO: Que para la resolución de lo debatido, es menester analizar dos supuestos: 1.- La cláusula de no competencia dentro de la relación laboral; y 2.- **La cláusula de no competencia finalizada la relación laboral o terminado el contrato de trabajo. En este caso el convenio de no competencia representa una limitación de un derecho del trabajador lo que sucederá una vez terminado el contrato de trabajo, por la causa que fuere.**

UNDÉCIMO: Que en lo relativo al primer supuesto, hay que consignar que el artículo 160 del Código del Trabajo, señala que el contrato de trabajo termina sin derecho a indemnización alguna cuando el empleador le ponga término invocando una o más de las siguientes causales: N° 2: “Negociaciones que ejecute el trabajador dentro del giro del negocio y que hubieren sido prohibidas por escrito en el respectivo contrato por el empleador”. Lo dicho ha permitido a algunos sostener que las cláusulas en comento son legales únicamente estando vigente la relación laboral, habiendo incluso la Dirección del Trabajo dictaminado, sobre el particular, que de lo acotado se deduce que al empleador sólo le está permitido prohibir a sus dependientes, mientras se mantenga vigente la relación laboral, el ejercicio de labores que estén dentro del giro del negocio y siempre que dicha prohibición conste por escrito en el contrato de trabajo respectivo (Ordinario N° 5620/300). En lo atinente al supuesto en referencia la jurisprudencia extranjera ha indicado: “Que el deber de fidelidad en materia laboral, se caracteriza por una celosa actitud personal del trabajador, de no perjudicar a la empresa o al patrono al que sirve, y de contribuir al desenvolvimiento de sus actividades y a su prosperidad. Igual que en toda relación jurídica sinalagmática, el contrato de trabajo impone obligaciones recíprocas de consideración, de protección y de ayuda entre las partes, para alcanzar el fin común. Esos deberes tienen el mismo rango que la prestación del servicio. El deber de fidelidad, en relación con el dependiente, comprende la lealtad a la empresa, en todo lo que concierne

a la ejecución del trabajo y la conducta del trabajador. Obliga a omitir todo lo que pueda ser perjudicial para el empleador y el objeto que se persigue. Tal deber de fidelidad, se debe observar, fundamentalmente, en tres aspectos esenciales de la relación laboral, a saber: prohibición de hacerle competencia al empleador; deber de guardar reserva o secreto sobre las informaciones confidenciales a que tenga acceso; y prohibición de aceptar sobornos o dádivas”. En suma, la obligación de no competencia mientras rige la relación laboral, es una obligación negativa derivada del principio de lealtad.

DUODÉCIMO: Que entonces, corresponde ahora determinar si tienen razón los jueces recurridos -y quienes opinan de igual forma-, en cuanto han declarado la improcedencia de la cláusula de no competencia post-contractual (segundo supuesto), como es la convenida en la situación en estudio, **“por no ajustarse a derecho, infringiendo preceptos de orden constitucional y legal que regulan la libertad de contratación y de elección del trabajo”**.

DECIMOTERCERO: Que, antes que todo, es útil dejar consignado que otras legislaciones, como la española, por ejemplo, permiten este tipo de cláusula de no competencia post-contractual, en la medida que se cumplan ciertos requisitos, pero, en nuestro ordenamiento jurídico nada se contempla acerca de ellas. **Entre los presupuestos requeridos para la validez de la cláusula se señalan, en legislaciones de otros países, los que siguen: la determinación de un plazo de vigencia; una restricción solamente parcial de la actividad; y una contraprestación en favor del ex empleado que carga con la obligación de no desarrollar la actividad en competencia.** Frente a lo que se reseña es necesario destacar que incluso con anterioridad a la publicación de la ley española de competencia (1963), la doctrina de ese País entendía que “tales pactos eran admisibles, siempre que contuvieran una limitación, en el espacio y en el tiempo”.

DECIMOCUARTO: Que como primera cuestión debe hacerse notar que, **contrariamente a lo concluido por los jueces del grado, la doctrina ampliamente mayoritaria, tanto**

internacional como nacional, afirma que una cláusula de no competencia post-contractual no debe ser considerada “per se” contraria a derecho, sino que su legalidad o validez dependerá de cada caso concreto (Jorge Adame Goddard, “¿Deben ser válidas las cláusulas de no competencia en el Derecho Mexicano?” Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Septiembre-Diciembre, año/vol. XXXIV, número 102, Universidad Nacional Autónoma de México, Distrito Federal, páginas 687 a 730; Paulo Montt Rettig, “Validez de las Cláusulas Contractuales de no Competir”, Revista de Derecho Económico, Universidad de Chile, N° 75, Santiago de Chile 2010, páginas 63 a 93). (...).

DECIMOSEXTO: Que en concreto, de lo que se viene narrando se desprende:

a.- Que en diversos Países se ha legislado sobre la cláusula de no competencia post-contractual, admitiéndolas, siempre y cuando reúnan ciertos recaudos o presupuestos mínimos (como ya se dijo anteriormente: fijación de plazo; restricción sólo parcial de la actividad; y contraprestación en favor del ex-empleado que carga con la obligación de no desarrollar la actividad en competencia);

b.- Que en los Estados que no han legislado sobre las cláusulas en mención, mayoritariamente se considera que éstos pactos “son admisibles, siempre que contengan una limitación, en el espacio y en el tiempo”. En relación con esto, el disidente expresa, en el fallo en estudio, que “la validez de las referidas cláusulas ha sido discutida desde hace largos años, concluyendo en forma unánime la doctrina internacional que éstas son válidas, si están limitadas al mismo género de actividad comercial (Pédamon, M. “Droit Commercial”, Dalloz, Paris 1994, pág. 215), o están limitadas a un tiempo y a un espacio determinado”.

c.- Que una cláusula de no competencia post-contractual no debe ser estimada “per se” contraria a derecho, sino que su legalidad o validez dependerá de cada caso en particular; y

d.- Que en nuestro Derecho, en que no se ha legislado expresamente sobre esta cláusula, para decidir acerca de su validez, debe atenderse a los distintos factores

aplicables al caso que se resuelve, como lo serían los señalados en las letras a) y b) de esta reflexión, y otros, como el tenor de la cláusula de que se trata y, además, el contenido y alcance, en lo pertinente, de la disposición constitucional de marras.

DECIMOSÉPTIMO: Que en la cláusula undécima del contrato de trabajo, de 07 de junio de 2001, se aprecia que las partes, de manera expresa y dentro de la libertad contractual, estipularon que el demandado se comprometía a que al momento que dejara de prestar servicios a la compañía demandante, se abstendría durante el plazo **de dos años, de realizar cualquier actividad que significare desarrollar el giro de la empresa en que se había desempeñado como Gerente.** O sea, se trata de una **cláusula que contiene una limitación en el tiempo de vigencia, que aparece razonable y justificada; y, de otro lado, se refiere sólo al giro de la empresa, esto es, implica únicamente la renuncia por parte del trabajador a desarrollar determinadas actividades relacionadas con su oficio, pero no todas las que pueden prestarse o desarrollarse en su profesión - ingeniero comercial- o actividad habitual.**

DECIMOCTAVO: Que entonces, considerando los aspectos o factores referidos en la letra d) del raciocinio decimosexto, lo anotado en el que antecede, y el alcance y sentido que debe darse a los incisos pertinentes del **artículo 19 N° 16 de la Constitución Política de la República, que se indicaron en las motivaciones quinta, sexta y séptima de esta sentencia, necesariamente debe concluirse que la cláusula en cuestión no vulnera tales incisos del numeral 16 del artículo 19 de la Carta Fundamental ni otras disposiciones legales, resultando, en consecuencia, plenamente válida.** El autor Jorge Adame Goddard, en el artículo aludido en el considerando decimocuarto de este fallo, luego de citar la opinión de diversos tratadistas internacionales sobre el tema, concluye que la cláusula de no competencia post-contractual resulta válida cuando más que como restricción a la Libertad de Trabajo, se plantea como restricción a la competencia, en actividades limitadas y durante un plazo fijo, diciendo ella relación sólo con una parte o campo de una profesión o actividad, que es precisamente, la situación que se ha producido

en la especie. Lo dicho, como también lo señala el voto disidente en la sentencia en revisión, “adquiere mayor relevancia si se tiene presente que el cargo desempeñado por el demandado era el de Gerente, es decir, de aquella persona que goza de la plena confianza de sus empleadores y que, en razón de la naturaleza de sus funciones, está al tanto de toda la información relevante o privilegiada de la compañía”.

DECIMONOVENO: Que en relación con lo últimamente referido, **la Corte Suprema de Costa Rica, en autos rol 2003-00089**, con fecha 28 de Febrero de 2003, resolvió: “**los pactos de confidencialidad o de no concurrencia o competencia entre trabajadores y empleadores, con efectos posteriores a la terminación del contrato de trabajo, no se oponen al ordenamiento jurídico, sino todo lo contrario, pues a través de ellos se busca prevenir una actividad socialmente reprochable y jurídicamente ilícita, como lo es la concurrencia desleal**, por medio del aprovechamiento de conocimientos o de información adquiridos durante la extinta relación. Así las cosas, de ninguna manera puede decirse que las organizaciones empresariales no pueden protegerse de una actividad en ese sentido, a través de contratos en que se pacte el compromiso del trabajador de no laborar posteriormente a la finalización de su contrato, para sí o para otro empresario, en actividades similares a las que venía realizando. Más, como este tipo de cláusulas puede resultar chocante con otro principio importante, como lo es el de la Libertad de Trabajo, es razonable el criterio de algunos doctrinadores, de que su validez solamente puede tolerarse cumpliéndose determinadas condiciones”. Es más, la **Dirección del Trabajo, en un reciente Dictamen, de 03 de noviembre de 2010 (Ordinario N° 4731/ 081)**, ha expresado: “**Resulta ajustado a derecho pactar en un contrato de trabajo una cláusula de confidencialidad**, incluso para regir más allá del tiempo de su duración, en la medida que respete la necesaria idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la obligación impuesta, lo que supone, a lo menos, que la confidencialidad recaiga en el conocimiento sobre materias cuya reserva proporcione una ventaja al empleador respecto de las empresas de la competencia y se utilicen medidas para mantenerlas en tal condición, así como la exigencia que se trate de información de aquella que no es generalmente conocida

ni fácilmente accesible por personas vinculadas al ámbito en que normalmente se utiliza ese tipo de información, debiendo consignarse expresamente el carácter reservado de los mismos”.

VIGÉSIMO: Que para los efectos pertinentes, es necesario consignar que si bien, como antes se ha visto, la parte que soporta la obligación de no desarrollar la actividad en competencia, al menos en doctrina, **debe ser objeto de una adecuada contraprestación**, no lo es menos que, en este caso, **ella está constituida por la remuneración elevada que en su calidad de Gerente percibía el demandado, según consta del mismo contrato que contiene la cláusula undécima, tantas veces aludida.**

VIGÉSIMO PRIMERO: Que en conformidad a lo que ya se ha señalado en este fallo, queda en claro que la **sentencia de segundo grado, al resolver como lo hizo, aplicó indebidamente los artículos 19 N° 16 de la Constitución Política de la República e, igualmente, el artículo 1462 del Código Civil que previene que hay objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público chileno, error de derecho que influyó sustancialmente en lo dispositivo del fallo, puesto que, de no haber ocurrido lo acotado, la demanda no pudo ser desestimada de la manera en que se hizo.**

Por estas consideraciones, disposiciones legales citadas y lo dispuesto en los artículos 764, 765, 767 y 785 del Código de Procedimiento Civil, SE ACOGE el recurso de casación en el fondo interpuesto en lo principal de fs. 232 por el apoderado de las demandantes y, en consecuencia, INVALIDA LA SENTENCIA de 20 de mayo de 2009, que se lea de fs. 226 a 231, la que se reemplaza por la que se dicta a continuación, separadamente”.

La sentencia de la Corte Suprema recaída en estos autos, y cuyos principales considerandos se transcriben, es el principal esfuerzo a la fecha por sistematizar la doctrina y jurisprudencia comparada relativa a los requisitos de validez que sobre estos pactos se

han planteado. Lo cual no necesariamente significa que las conclusiones sean del todo coherentes con el aparataje de fuentes y normativa local. Los lineamientos a destacar son los que siguen:

- La cláusula de no competencia post contractual laboral no es, de antemano, inconstitucional: la legalidad de éstas deberá observarse caso a caso, según confluayan en la particular circunstancia los requisitos comparados que se enumeran. De cumplirse aquellos, se rompería con la lógica planteada por el Tribunal de Primera instancia de repudiar estas cláusulas por no adecuarse perennemente a derecho, infringiendo preceptos de orden constitucional y legal.
- Los requisitos que señala la Corte Suprema son la fijación de un plazo; restricción parcial de la actividad; y contraprestación en favor del ex-empleado que carga con la obligación de no desarrollar la actividad en competencia): sin perjuicio de otros, como el tenor de la cláusula en particular, además, del contenido y alcance del artículo 19 N° 16 de la Constitución. La enumeración del considerando décimo tercero excluye la existencia de interés comercial, no obstante el máximo Tribunal se hace cargo de éste en el octavo. Lo relevante de este esfuerzo de la Corte en reunir en una sentencia literatura y jurisprudencia sobre el tema está en el mensaje que está tras esto: que si la cláusula cumple con estos, será acorde a Derecho. El problema es que el justo mérito del ejercicio se reduce una mera enunciación de exigencias, desde el momento que no precisa cual es el rango de tiempo o plazo preciso dentro del cual se encuadraría una cláusula valida, cuál es el rango de afectación permitido de la actividad que se prohíbe, y por último, cuánto dinero es lo que se ponderaría como adecuado al pactarse una compensación en favor del trabajador. Tan solo se remite a decir que en el presente caso, sobre la base de la justeza y proporcionalidad, 2 años parecen suficientes en torno a una restricción limitada al giro de la empresa, no afectando el resto de las actividades que pueden desarrollarse como ingeniero comercial (profesión del demandado). El elemento casuístico ayuda a que sobre

la base de la apertura conceptual de los requisitos, el Tribunal pueda fallar de la forma en que lo realizó⁵³⁸.

Ahora bien, hay un punto no menor desde la compensación que el trabajador debe recibir. El considerando vigésimo de la sentencia de la Corte Suprema indica que ésta se vería configurada por la elevada remuneración percibida por Bordachar como Gerente General. Es curioso que una sentencia de cuyas pretensiones se expelle un barrido por los estándares de validez del pacto a nivel comparado, llegue a una conclusión que va absolutamente a contrapelo de toda la doctrina y decisiones extranjeras. En efecto, si se tiene presente que las cláusulas acordadas entre las demandantes y Bordachar carecían de indemnización, en la presente investigación se ha podido corroborar que tanto los países que regulan expresamente la figura mediante instrumentos positivos, como los que han ido jurisprudencialmente regularizándola⁵³⁹, han fijado como sanción ante la ausencia de este elemento su nulidad absoluta y *ab initio*. Sanción de la que se desentiende con nula argumentación la Corte Suprema.

Otro tanto podrá decirse del hecho que se aquilate y resuelva por parte de la Corte que dicha compensación, aun cuando resulte evidente que esta no se ha fijado en punto alguno de manera explícita a efectos de resarcir los efectos ultraactivos de la obligación asumida, se entienda pagada en razón de las altas remuneraciones percibida por el demandado en su posición de Gerente General de las demandantes. La causa de esos pagos, que en su minuto era la prestación de los servicios y si se quiere incluso el deber de fidelidad del que emana la no competencia del trabajador mientras dure la relación laboral, incluiría además para la Corte Suprema, la extensión de aquel sin compensación

⁵³⁸ En relación a la casuística en materia jurisdiccional y el proceso de profundización en los conceptos iniciales, resulta provechoso traer a colación las cavilaciones de Larenz al respecto: “Pues bien, si el enjuiciador se ciñe en el proceso de formación especulativa del hecho a lo que se ha probado como existente o como realmente sucedido, se trata sólo, como observa Englisch, de un ir de aquí para allá con la mirada entre premisa superior y hecho de la vida, y no de un círculo vicioso. En este ir de aquí para allá con la mirada, se irán aproximando entre sí, hasta que se logre el enjuiciamiento jurídico, el hecho –que viene dado en un principio, por así decir, en bruto- y aquellas proposiciones jurídicas cuyos supuestos de hecho aparecen, después de una consideración todavía somera, como posiblemente aplicables”, LARENZ, Karl. *Metodología de la ciencia del Derecho*. España, Barcelona: Ariel, 1966, p. 217.

⁵³⁹ Recuérdese, a modo ejemplar, los casos de España, Francia e Italia.

adicional. Este escenario en la actualidad, ha sido particularmente refutado por la jurisprudencia comparada, especialmente francesa, como podrá recordarse.

Súmese que incluso desde el artículo 41 del Código del Trabajo, aterrizando los argumentos a la normativa nacional, no es posible invocar que a propósito de la remuneración percibida por el trabajador sea posible integrar la noción de compensación de obligaciones ultraactivas. Esto, pues el mencionado artículo en su inciso 1° señala que *“Se entiende por remuneración las contraprestaciones en dinero y las adicionales en especie avaluables en dinero que debe percibir el trabajador del empleador **por causa del contrato de trabajo**”* (el destacado es propio). Es evidente que la causa de esta compensación no es el contrato de trabajo, al nacer las obligaciones para el trabajador con posterioridad a su terminación. Y a mayor abundamiento, el inciso 2° del mismo artículo prescribe que *“No constituyen remuneración las asignaciones de movilización, de pérdida de caja, de desgaste de herramientas y de colación, los viáticos, las prestaciones familiares otorgadas en conformidad a la ley, la indemnización por años de servicios establecida en el artículo 163 y las demás que proceda pagar al extinguirse la relación contractual ni, en general, las devoluciones de gastos en que se incurra por causa del trabajo”* (nuevamente lo destacado es propio).

- Llama la atención la referencia a una sentencia de Corte Suprema de Costa Rica y a un Ordinario de la Dirección del Trabajo chilena: la idea, se supone, es ilustrar como una Corte extranjera y el ente que administrativamente está llamado a fiscalizar la aplicación de la legislación laboral comprenden la fenomenología de las cláusulas de no competencia ultraactivas en sede laboral. Su inclusión, empero, refleja una liviandad de análisis preocupante. En primer lugar, el transcribir una sentencia que confunde el pacto de permanencia con el de no competencia denota una falta de claridad en los conceptos que no debiera llamar la atención considerando la poca prolijidad de lo resuelto en el fondo, más allá de las buenas intenciones. Habrá de traerse a la memoria en que la cláusula de confidencialidad no implica en su esencia una limitación de competencia post contractual, sino que obliga al trabajador a que durante la vigencia de su contrato (o tras éste, como bien se establezca de común acuerdo) mantenga oculta cierta información a

terceros, que en virtud de su desempeño haya tomado conocimiento. No hay sinonimia entre la confidencialidad y la no competencia, ni necesaria o consecuente; sin perjuicio que ambas son herramientas que suelen establecerse a nivel laboral, y que por los derechos que conculcan, no puede deducirse su inclusión. Ya en segundo lugar, el Ordinario de la Dirección del Trabajo citado (N° 4731/081 de 3 de Noviembre de 2010) trata nuevamente sobre las cláusulas de confidencialidad, mas no de los pactos de no concurrencia post contractuales laborales. En definitiva, la Corte Suprema hace suya la incompetencia terminológica de su par costarricense, reafirmando con una cita improcedente de la Dirección del Trabajo.

2.1.3. “Silva Carvacho con Industria y Comercial Adhesit Ltda.”, Rol N° L-323-2007, 3° Juzgado del Trabajo de Santiago; Rol N° 3354-2008, Corte de Apelaciones de Santiago; y Rol N° 3985–2009, Corte Suprema. Sentencia de 12 de Noviembre de 2009.

El presente caso se inicia con una demanda que se sustanció ante el 3° Juzgado del Trabajo de Santiago, Rol N° L-323-2007. En el pertinente, el trabajador Maximiliano Silva Carvacho junto con las prestaciones ligadas al término de la relación laboral (de fecha 15 de Marzo de 2007), solicitaba el pago que emanaba de la cláusula de no competencia suscrita en su contrato de trabajo, específicamente la octava, por un monto de 8 millones de pesos. Reconvencionalmente, la empresa exigió el pago de la multa contemplada, también de 8 millones de pesos, sobre la base que el señor Silva se habría empleado en una empresa de la competencia, contraviniendo el texto del pacto. Huelga así transcribir aquel, incluyendo sus modificaciones ulteriores:

“OCTAVO: En consideración al carácter confidencial y especializado de la información a la que tendrá libre e ilimitado acceso el Gerente de Proyectos en razón de su cargo, relativa a la empleadora y a las sociedades del Holding Soluciones Corporativas S.A. éste se obliga expresamente para con la compañía a no realizar, dentro de los dos años

siguientes al término de la relación laboral que liga a las partes, ninguna actividad o función que signifique desarrollar el giro, negocio o industria al que se dedican dichas empresas o cualquiera de sus filiales o relacionadas.

Dicha obligación implica la imposibilidad de prestar servicios profesionales, tanto como trabajador dependiente como a honorarios, sea que estos servicios se realicen de manera permanente o esporádica, a empresas, sociedades, organismos o cualquier entidad que desarrolle o explote el mismo giro, rubro o industria de la empleadora o empresas del Holding Soluciones Corporativas S.A.

Asimismo, en virtud de la mencionada obligación, el GERENTE DE PROYECTOS no podrá desarrollar directamente ni a través de sociedades existentes o constituidas para tales efectos, ni por medio de terceras personas, el mismo giro, rubro o industria a que se dedica la empleadora o las empresas del Holding Soluciones Corporativas S.A., y referido expresamente a (las actividades que se indica).

Las partes dejan constancia expresamente que para efectos de la aceptación, cumplimiento y contraprestación equivalente de la presente obligación, el empleador pagará al trabajador la suma de \$6.000.000 (posteriormente el evada a la suma de \$8.000.000, amén de precisarse su forma y oportunidad de pago).

En caso de incumplimiento de la presente obligación, las partes avalúan como multa e indemnización anticipada por los perjuicios que dicho incumplimiento irroque al empleador la suma de \$6.000.000 (más tarde elevada a la suma de \$8.000.000)".

La jueza de la instancia el 8 de Mayo de 2008 rechazó el pago de las sumas mencionadas a título resarcitorio en dicha cláusula, dado que éste habría quedado sujeto a la suscripción de un finiquito, lo cual no sucedió, no pudiéndose en definitiva exigir aquella obligación. Según la defensa del trabajador, la jueza habría incurrido en la causal de casación en la forma establecida en el artículo 768 N° 4 del Código del Procedimiento Civil⁵⁴⁰, dado que el Tribunal se extendió a un punto no sometido a su consideración: las

⁵⁴⁰ “El recurso de casación en la forma ha de fundarse precisamente en alguna de las causas siguientes: 4. En haber sido dada *ultra petita*, esto es, otorgando más de lo pedido por las partes, o extendiéndola a

partes, en rigor, discutieron sobre los requisitos de procedencia de tal indemnización, no tocándose en minuto alguno la necesidad de un finiquito. La Corte de Apelaciones de Santiago, en Rol N° 3354-2008, despeja rápidamente la casación en la forma, fundada en que la magistrado de la instancia estaba facultada para decidir, más allá de compartir o no sus motivaciones, en torno a la condena o absolución en el pago de la indemnización indicada en la cláusula octava del contrato del actor, todo a la luz de lo pretendido por las partes a lo largo del juicio.

Ahora bien, la Corte de Apelaciones al momento de resolver las apelaciones interpuestas efectúa consideraciones importantes (lo destacado es propio):

“5°.- Que la **Constitución Política de la República, en su artículo 19 N° 16**, asegura a todas las personas “La Libertad de Trabajo y su protección”, precisándose enseguida que: “Toda persona tiene derecho a la libre contratación y a la libre elección del trabajo con una justa retribución”;

6°.- Que, en el ámbito individual, se ha sostenido que **la Libertad de Trabajo supone reconocer a toda persona el derecho constitucional para buscar y escoger cualquier actividad remunerada que no esté prohibida por la Ley, de modo que no resultan aceptables las limitaciones que afecten el contenido esencial de esa libertad, en términos que a nadie puede imponérsele un trabajo determinado y, de otra parte, que nadie está autorizado para impedir a otro la realización de un trabajo lícito que desee emprender** (Constitución y Orden Público Laboral. Colección de Investigaciones Jurídicas, N° 9, año 2006, Pedro Irureta Uriarte);

7°.- Que, en la especie, en virtud de la cláusula contractual aludida, se convino por las partes la prohibición para el trabajador de emplearse en una actividad determinada, por un

puntos no sometidos a la decisión del tribunal, sin perjuicio de la facultad que éste tenga para fallar de oficio en los casos determinados por la ley;”

lapso de dos años, acordándose a modo de compensación el pago de una indemnización preestablecida. Al mismo tiempo, se concibió una multa de monto idéntico al de esa indemnización, para el caso que el trabajador infringiera esa prohibición;

8°.- **Que un acuerdo de esa naturaleza es constitutivo de una restricción que la Carta Fundamental proscribe, desde que, precisamente, supone impedir al trabajador el acceso a una fuente laboral específica y, por vía indirecta, se dirige su contratación hacia otras áreas de la actividad económica. A este respecto es ineludible enfatizar que en un mercado laboral como el chileno de proporciones objetivamente limitadas y tratándose de profesionales especializados, esa restricción adquiere visos de notoria entidad, al extremo que, en los hechos, puede importar una cesantía obligada o la necesidad de emplearse en actividades ajenas a las competencias del trabajador;**

9°.- **Que no resulta viable un ejercicio de ponderación entre el derecho de propiedad intelectual del empleador sobre los procesos de producción o la información inherente a ella y el derecho garantizado al trabajador, desde que tampoco se advierte el necesario equilibrio o proporcionalidad entre esa restricción a la Libertad de Trabajo y la compensación con que pretendió morigerársela.** En efecto, el trabajador percibía una remuneración mensual cercana a los dos millones de pesos mensuales (\$ 2.000.000) y el plazo de la prohibición de “no competencia” se fijó en dos años, en tanto que la indemnización acordada se determinó en la suma de ocho millones de pesos (\$ 8.000.000);

10°.- **Que, así las cosas, el acuerdo examinado se aparta de una norma contenida en la Carta Fundamental. Por ende, es contrario al derecho público chileno y en aspectos que nuestro ordenamiento jurídico sustrae de las posibilidades de disposición de los contratantes. Consecuentemente, quiere decir que adolece de objeto ilícito, en los términos que prevé el artículo 1462 del Código Civil.** Sigue a ello indicar que ese vicio aparece de manifiesto en el acto o contrato, esto es, **que para su verificación no es**

necesario acudir a antecedentes distintos de la propia estipulación contractual, de cuyo solo contenido dimana el defecto apuntado. Expresado en otras palabras, se está en presencia de un vicio de nulidad susceptible de declarar de oficio por el tribunal, de la manera que autorizan los artículos 1682 y 1683 del Código Civil;

11°.- Que, finalmente, resulta ineludible señalar que no es óbice para esta actuación de oficio la circunstancia de que sea el propio trabajador quien, asilándose en tal cláusula, reclame el pago de la referida suma de dinero. Desde luego, por vía de reconvencción, el empleador también demandó el pago de la multa contemplada en el contrato. Empero, lo determinante es que tanto esa indemnización como la multa tienen su origen en una cláusula ilegítima, por vulneración de derechos fundamentales, derechos cuya disposición está vedada a los contratantes, lo que queda de manifiesto con la circunstancia de haberse instituido en Chile mecanismos de protección específicos, actualmente vigentes en gran parte del territorio nacional (Párrafo 6° del Título I, Libro V, del nuevo texto del Código del Trabajo), amén de la limitación que impone el inciso primero del artículo 5° del mismo cuerpo legal;

12°.- Que, en esa virtud, al tratarse de un acuerdo contractual viciado de nulidad, resta decir que el mismo no da lugar a obligaciones válidamente contraídas y que, por lo tanto, ninguna de las partes puede exigir su cumplimiento”;

Tras ejercicios simplemente timoratos por parte de los Juzgados del Trabajo de primera instancia hasta dicho momento, incluida el relativo al presente caso, la sentencia de la Corte de Apelaciones resulta ser el primer pronunciamiento directo por parte de los tribunales superiores de la legalidad de las cláusulas en estudio. De la argumentación proferida por el Tribunal de Alzada, es posible expresar lo siguiente:

- La cláusula de no competencia post contractual debe analizarse desde el contenido elemental del artículo 19 N° 16 de la Constitución, y su puesta en marcha dentro del

mercado laboral específico: en este sentido, el considerando octavo de la sentencia encierra un rico contenido doctrinal que delinea las fronteras del contenido esencial de la garantía mencionada, ya no desde un plano estrictamente jurídico, sino que conectándola con las características puntuales del mercado laboral de profesionales especializados en Chile. Es sobre dicho fundamento que la Corte expresa que impedir el acceso a un profesional especializado a una fuente específica de trabajo, conlleva extrapolar su contratación a otras que le podrían acarrear una cesantía forzada, o a que éste tenga que laborar en áreas que no le son propias. Tal constricción es la que afectaría el núcleo de la Libertad de Trabajo.

No obstante lo anterior, se madura es un error pretender que desde las menciones al mercado por parte de la Corte de Apelaciones, solo deba encuadrarse esta institución en las particularidades de un sector de trabajadores más capacitados y con puestos de mayor relevancia dentro de la empresa. De esto ya se han expuesto argumentos en esta investigación a fin de sustentar esta posición, particularmente desde las lecciones que arrojó la normativa penal contenida en el artículo 284 del Código Penal, particularmente con los visos de la competencia diferencial tutelada con este tipo.

- La viabilidad de un ejercicio de ponderación entre la Propiedad Intelectual del empleador y la Libertad de Trabajo del trabajador, viene dada por la superación de un anticipado análisis de la conmutatividad indiciaria de las obligaciones que emanen del pacto: conclusión que proviene del hecho que la Corte siquiera se dispone a ponderar un teórico choque entre estos derechos, toda vez que la compensación acordada, 8 millones de pesos por 24 meses, es insuficiente considerando que el trabajador percibía una suma 2 millones como remuneración. De esta manera, aun cuando la Corte no ingresa a los requisitos de la justeza específicos de la compensación económica, interesante resulta su observación en torno a la imposibilidad evidente de realizar cualquier ejercicio de ponderación fruto de una colisión de derechos fundamentales, observando la falta de conmutatividad o equivalencia entre los intereses de la empresa y del trabajador. Así, si bien la idea de choque de tales derechos ha sido criticada largamente en este estudio, su descarte como instrumento analítico en este caso, mediante la insuficiencia indemnizatoria

al alero del tiempo de vigencia, conforma una válvula argumentativa interesante al centrarse en la ausencia evidente de equivalencia en las prestaciones recíprocas, resaltable desde el texto mismo del pacto, lo que en ese sentido superaría cualquier justificación corporativa en el establecimiento de cláusulas de no competencia post contractuales. Este aspecto no es menor, si se atiende al hecho que en punto alguno la Corte se detiene en descargos de la empresa arguyendo sobre la necesidad de la medida o sus fundamentos. Ahora bien, no se está aludiendo al sentido y lógica que le arroga el artículo 493 del Código del Trabajo hoy a estos términos. Esto, dado el tiempo de dictación de la sentencia en comento de la Corte de Apelaciones, y la entrada en vigencia del sistema procedimental que sustituyó al aplicable en dichos autos. No obstante lo anterior, es destacable el cariz tutelar oriundo del entonces advenedizo procedimiento de Tutela de Derechos Fundamentales, que habría de ver la luz en su vigencia para la Región Metropolitana recién el 31 de Agosto de 2009.

- La cláusula de no competencia es, *per se*, una disposición que contraría el Derecho Público chileno, siendo anulable de oficio por los Tribunales de Justicia: tal vez ésta es uno de las anotaciones más interesantes de extraer del razonamiento de la Corte de Apelaciones de Santiago, reproduciendo la lógica de la sentencia de primera instancia recaída en el caso de Pedro Pablo Bordachar.

La Corte Suprema mediante recurso de casación en la forma interpuesto por el trabajador Silva Carvacho conoce de la presente causa, Rol N° 3985-2009. Resuelve, invalidando de oficio la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago recién analizada, en base a los siguientes considerandos de la sentencia de reemplazo:

“Primero: Que las cláusulas de confidencialidad o de no competencia -como las estipuladas en este caso- se han venido incorporando en los contratos de trabajadores calificados que suelen acceder a información confidencial de la empresa para la cual laboran. **Su pacto puede, sin duda, generar intereses contrapuestos, como el de la empresa que intenta cautelar su derecho de propiedad sobre información reservada,**

frente al respeto de la libertad de contratación y elección del trabajo, lo que a su vez puede dar lugar a las compensaciones o contraprestaciones que en cada caso convengan las partes.

Segundo: Que, mediante los referidos pactos de confidencialidad se intenta resguardar la información que la empresa desea mantener en reserva, evitando que el trabajador la divulgue a terceros. **Las cláusulas de exclusividad o no competencia, en cambio, tienden a impedir que el trabajador preste sus servicios a la vez en otra empresa, o desarrolle el mismo giro de su empleador en forma independiente, sea durante la vigencia de la relación laboral, sea con posterioridad al término de la misma, con el objeto de evitar que aquellos dependientes más calificados que, con ocasión del desempeño de sus funciones han accedido a información técnica, profesional o comercial, de interés relevante para la empresa, desarrollen por cuenta propia o ajena una actividad semejante, o abandonen su trabajo para desempeñarse en otra compañía de la competencia.**

Tercero: **Que aún cuando las restricciones a las actividades que pueda desarrollar el trabajador con posterioridad al término de su contrato no están reguladas en nuestra legislación, no hay impedimento legal ni constitucional para que las partes puedan convenir cláusulas de exclusividad o no competencia que rijan durante el periodo en que la relación laboral permanezca vigente. Tal es así que el Código del Trabajo admite expresamente la posibilidad de un pacto de esta naturaleza, al contemplar en el artículo 160 N° 2, como causal de terminación el contrato de trabajo sin derecho a indemnización alguna, la siguiente: “Negociaciones que ejecute el trabajador dentro del giro del negocio y que hubieran sido prohibidas por escrito en el respectivo contrato por el empleador”.**

Cuarto: Que del tenor de la cláusula reproducida de la sentencia de casación resulta claro que incluye estipulaciones de confidencialidad y de **exclusividad o no competencia**, para

ser cumplidas tanto durante la vigencia de la relación laboral, como en los dos años posteriores a la desvinculación. Como contraprestación de las obligaciones de confidencialidad y exclusividad que el actor debía observar, se pactó la indemnización que en definitiva se elevó a \$ 8.000.000.- que debía pagarse al término de la relación laboral. Por su parte, ante el incumplimiento del dependiente, el empleador podía exigir una multa por igual valor.

Quinto: Que, conforme aparece de los autos, mediante Anexo de contrato de trabajo de 1 de Marzo de 2007, las partes modificaron parcialmente la estipulación 8ª del contrato que los vinculaba, en el sentido de aumentar el monto acordado por concepto de indemnización convencional a la suma de \$8.000.000.-, indicando que dicha cantidad se hará exigible transcurridos seis y doce meses a contar de la fecha del finiquito, es decir, en dos cuotas de \$4.000.000.- cada una. **En consecuencia, al no constar incumplimiento del demandante de las obligaciones asumidas desde el inicio de la relación laboral hasta su término, ni elementos que permitan a su vez estimar infringidas las referidas obligaciones asumidas una vez terminado el vínculo contractual, la indemnización que con este fundamento ha reclamado el demandante obedece a una causa perfectamente legítima, por lo que al reunirse en la especie los requisitos contemplados para su procedencia, se la otorgará, de la forma en que se dirá en la parte resolutive (...)**

Y visto lo dispuesto en los artículos 463 y siguientes del Código del Trabajo, se revoca la sentencia apelada de ocho de mayo del año dos mil ocho, escrita a fojas 118 y siguientes, sólo en cuanto por ella se rechazó el pago de la indemnización convencional demandada por el actor, **y en su lugar se dispone que dicha pretensión queda acogida, debiendo la demandada pagar al ex trabajador la suma de \$8.000.000.-** (ocho millones de pesos), suma que devengará intereses corrientes desde que la presente sentencia quede ejecutoriada”.

Las reflexiones que pueden realizarse, es posible resumirlas en los siguientes puntos:

- La Corte confunde dedicación exclusiva (exclusividad) con no competencia post contractual: cuestión que se extrae del uso de la conjunción “o” en los considerandos segundo y cuarto. Necesario es explicar la matriz de esta confusión pues, siguiendo a Irureta, los pactos de exclusividad apelan a diferencia de los de no competencia post contractual, “a la competencia “leal”; es decir, aquella que lícitamente el trabajador puede desarrollar en virtud del ejercicio de su Libertad de Trabajo. Y ello obliga a concluir que, en rigor, los pactos de esta naturaleza prohíben la actividad paralela o complementaria, de forma tal que el trabajador se vea impedido de trabajar con cualquier otro empleador. Desde luego, nos estamos refiriendo a las actividades regulares y cotidianas que realiza el trabajador”⁵⁴¹. Sin perjuicio de las detracciones que se pueden efectuar a seguir sosteniendo en un *iter* ultraactivo el pilar de la lealtad, latamente tratadas en esta investigación, la crítica que efectúa el autor citado es igualmente acertada, al tratar la fidelidad buscada tutelar a través de los pactos de exclusividad dentro de las fronteras de la relación laboral vigente. Por lo demás, y como bien ya se anotaba al tratar someramente estas cláusulas, es el derecho a pluriemplearse del trabajador el mermado mediante aquellas, y no así la Libertad de Trabajo ceñida a las dinámicas dables tras el fin de la relación de trabajo.

- La Corte Suprema asimila la lógica de no competencia contractual a la post contractual: y esto lo hace en el considerando tercero, a través del contenido y lógica de la causal de terminación del artículo 160 N° 2 del Código del Trabajo, extendiéndolo a lo post contractual en razón de la inexistencia de norma legal que impida la posibilidad en su acuerdo. Las consecuencias de un planteamiento de suyo integrador como el expuesto por la Corte Suprema no son menores, pensando en los vigorizados ribetes de la buena fe como justificativo de estos pactos de tipo post contractual, ampliando los poderes del empresario a límites que sobrepasan la vigencia de la relación. Encauzar la integración

⁵⁴¹ IRURETA URIARTE, Pedro. La prohibición de competencia..., pp. 71-72.

laboral en límites como expuesto, representa “una puerta abierta a la introducción de criterios de subordinación de los intereses de los trabajadores a los del rendimiento de la organización productiva”⁵⁴², pudiendo ponerse perfectamente en jaque la subsistencia y vigencia de derechos y libertades de tipo fundamental. A pesar de ello, y de la evidente pugna entre el poder de dirección del empleador y la libertad del trabajador a desarrollarse en las áreas de su competencia y perfeccionamiento, la Corte sobre la base de la teórica autonomía de la voluntad en sede laboral y de la inexistencia de prohibición que niegue la posibilidad de establecer estas cláusulas, lisa y llanamente las comprende como válidas. Evade el máximo Tribunal la excepcionalidad intrínseca de la admisibilidad de pactos que desde sus efectos, deberán ser considerados “como facultad excepcional empresarial puesto que aun siendo reconducibles al contrato, las obligaciones sobrepasan la prestación pactada”⁵⁴³. Razón más que suficiente para concluir que jamás el poder de dirección del empresario podrá ser ensanchado desde un concepto como la buena fe, entendida como un mecanismo integrador del contrato de trabajo en un sentido como el planteado.

- Basta el cumplimiento de lo acordado por las partes para estimar que la cláusula es válida: cuestión que se sigue claramente del considerando quinto de la sentencia de reemplazo. Lo interesante está en que la causa del pacto se entenderá como perfecta desde la visión de la Corte Suprema, en la medida que precisamente las partes hayan cumplido con las obligaciones cuya ejecución se da tras el término de la relación de trabajo. La consecuencia más nítida de un planteamiento así, es que muta la lógica centrada en el examen de la contrariedad del pacto al Derecho Público chileno por parte de la Corte de Apelaciones, derivándola la Corte Suprema hacia el mero cumplimiento de los requisitos de validez del consentimiento en estos pactos, al margen de toda consideración a su objeto, no siendo siquiera necesario, en esta lectura, un análisis a los derechos conjugados con la fijación de cláusulas de este talante. De esta forma, se está en presencia de una condición

⁵⁴² GONZÁLEZ ORTEGA, Santiago. “La fidelidad a la empresa como obligación del trabajador: sentido y alcance en el marco de la relación laboral (nota a la STCT 13 de Julio de 1977)”, en: *Revista de Política Social*, N° 118 (1978), p. 252.

⁵⁴³ ROMÁN DE LA TORRE, María Dolores. *Poder de dirección y contrato de trabajo*. Valladolid, España: Ediciones Grapheus, 1992, p. 266.

potestativa, cuyo cumplimiento pende del actuar exclusivo del actuar del empleador; tanto es así, que como éste último no cumplió terminó condenado.

A modo de corolario al estudio de este caso, cabe observar una suerte de privatización en el examen de la cuestión laboral planteada, cuyas dosis de laboralidad fueron a la baja desde la Corte de Apelaciones hasta llegar al máximo Tribunal, derruyendo todo afán tutelar instituido en aquellas. Mientras que el Tribunal de Alzada de Santiago entremezcla el contenido de las normas constitucionales con el objeto ilícito implícito en cláusulas como las post contractuales de no competencia laboral al ir contra el Derecho Público chileno no mediando análisis de proporcionalidad alguno⁵⁴⁴, la Corte Suprema simplemente termina arrimándose a la lógica de la causa lícita derivada de un acuerdo desprovisto de vicios y de la lealtad ultraactiva para determinar la legalidad de estos pactos. De esta forma, existe una exclusión gramatical y discursiva en esta temática desde la Corte Suprema de la *ratio* de los Derechos Fundamentales y su incidencia en el actuar de los particulares, reduciendo la problemática a una cuestión de perfección del consentimiento y autonomía de la voluntad, sin ahondar en los bemoles distintivos propios de lo laboral en estas temáticas. Con todo, si bien esta supresión en el razonamiento podría tener su argumento, desde un punto de vista positivo, en la circunstancia que la Reforma Laboral y su normativa adjetiva tutelar recién ingresarían al tráfico jurídico meses después la dictación del fallo, nada justifica el encuadramiento en el foco de interés del juicio ciñéndolo a los límites señalados, liquidando su ineludible conexión con las aristas constitucionales planteadas. Se legitima, por lo demás, el que circunstancias excepcionales, como suelen ser descritas las cuestiones de mercado, terminen siendo certificadas en virtud de esta clase de raciocinios.

⁵⁴⁴ No obstante ello, se concuerda con la opinión de Alfredo Sierra, en el sentido que “pareciera que la solución hubiera sido diferente si en dicha cláusula de no competencia se hubiera contemplado una indemnización de mayor monto”, en SIERRA HERRERO, Alfredo. “La cláusula de no competencia post-contractual...”, p. 125.

2.2. Jurisprudencia con la Reforma Procesal Laboral en marcha.

2.2.1. “Behrmann con Chep Chile S.A”, Rol Reforma Laboral, RIT N° O-1687-2010, Primer Juzgado de Letras del Trabajo; Rol Reforma Laboral N° 1367-2010, Corte de Apelaciones de Santiago. Sentencia de 3 de Marzo de 2011.

El presente juicio se inició en razón de una demanda en procedimiento de aplicación general por parte de don Jorge Behrmann, ingeniero civil, en contra de la empresa Chep Chile S.A. del giro arriendo y comercialización de pallets. El señor Behrmann dice que ingresó a trabajar a la demandada el 27 de Marzo de 2001, primero en calidad de Gerente Comercial y luego como Gerente General. La relación de trabajo finalizó por aplicación del artículo 159 N° 1 del Código del Trabajo, firmándose finiquito el día 24 de Febrero de 2010. De relevancia son las cláusulas quinta y sexta, que señalan lo siguiente (lo destacado es propio):

“QUINTO: En consideración al **carácter confidencial de la información de cualquier especie de propiedad de CHEP CHILE S.A. o utilizada por ella a la que ha tenido acceso el ex trabajador en razón de su cargo o con motivo u ocasión del mismo**, éste se compromete y obliga por el presente instrumento a no hacer uso de ella, ni directa ni indirectamente, bajo ningún respecto, lo que incluye, entre otros, el no revelar datos, proporcionar antecedentes, hacer comentarios acerca de cualquier información o funcionamiento de la empresa y, en definitiva, a guardar estricta reserva y confidencialidad sobre los hechos, resultados de su labor y cualquiera otra información de la empresa de que tuviere conocimiento sea cual fuere su naturaleza.

Asimismo, el ex trabajador declara expresamente haber hecho devolución de toda la información y antecedentes, de cualquier naturaleza, de propiedad o utilizados a cualquier título por el ex empleador.

Las obligaciones y declaraciones antes señaladas se entienden como determinantes y se entiende que el ex trabajador responderá por cualquier infracción a los mismos.

SEXTO: El ex trabajador asume la obligación durante 3 años a contar de esta fecha de no desarrollar personalmente ni por interpósita persona actividad profesional o civil ni negocio alguno relacionado directa o indirectamente con el giro del ex empleador o, que signifique competir en el mercado nacional o internacional con este último. Dicha obligación comprende expresamente la prohibición de desempeñarse como empleado, asesor, director, o a cualquier otro título o cargo, remunerado o no, de empresas, o de sus subsidiarias, o matrices, o demás entidades relacionadas con ellas, o de personas naturales, dentro del plazo estipulado en esta cláusula, que desarrollen actualmente o en el futuro mientras dure esta obligación, un giro igual o similar al del ex empleador, o signifiquen en algún grado competencia para este último, sea en Chile o en el extranjero. A fin de compensar la obligación asumida en esta cláusula el ex empleador pagó mensualmente en dinero efectivo al ex trabajador la suma de \$ 1.640.568.- la que el ex trabajador declara haber recibido a su entera satisfacción. El ex trabajador declara expresamente que el pago de esta cantidad de dinero compensa total y holgadamente las obligaciones asumidas en esta cláusula por el lapso señalado, y reconoce también que su incumplimiento irrogaría perjuicios de su exclusiva responsabilidad a su ex empleador. Por lo anterior, el ex trabajador y el ex empleador están de acuerdo en avaluar anticipadamente los perjuicios que causaría a este último el incumplimiento del ex empleador de la obligación asumida en esta cláusula, en la cantidad de \$ 85.059.848.-, más sus correspondientes reajustes e intereses máximos convencionales, lo que correrán desde la fecha del correspondiente incumplimiento de las obligaciones asumidas en esta cláusula y hasta el de su pago efectivo.

Menciona que las cláusulas cuarta⁵⁴⁵, quinta, sexta y séptima⁵⁴⁶ de su finiquito violarían la garantía constitucional establecida en el número 16 del Artículo 19 de la Constitución Política de la República, así como lo establecido en el artículo 2 del Código del Trabajo, que reconoce “la función social que cumple el trabajo y la libertad de las personas para contratar y dedicar su esfuerzo a la labor lícita que elijan”. Todo, sin perjuicio de la afectación a diversas normas internacionales, tales como la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales, y la Declaración Universal de Derechos Humanos, en materia del derecho al trabajo y a la libre elección del trabajo.

El fondo, el señor Behrmann solicita, además de que se declare la nulidad de las cláusulas antes señaladas, se le indemnice por concepto de lucro cesante, en la suma de \$5.750.751 mensuales, por cada mes que transcurra entre el 24 de Febrero de 2010, fecha de la firma del finiquito materia del presente proceso laboral, y la fecha en que la sentencia

⁵⁴⁵ “CUARTO: El ex trabajador deja expresa constancia que durante el tiempo que prestó servicios a su ex empleador, recibió de éste de manera íntegra, correcta y oportunamente el total de las remuneraciones a que tuvo derecho, de acuerdo con su contrato de trabajo, clase de trabajo ejecutado, reajustes legales o convencionales, asignaciones familiares debidamente autorizadas, horas extraordinarias cuando las trabajó, feriados legales, gratificaciones o participaciones que en conformidad a la ley fueron procedentes, pago íntegro y acreditado de cotizaciones previsionales y de salud en las instituciones a que respectivamente el ex trabajador se encontraba afiliado, y que nada se le adeuda por los conceptos anteriormente indicados ni por ningún otro, sea de origen legal o contractual derivado de la prestación de sus servicios o que puedan tener relación directa o indirecta con ellos o con situaciones que se hayan producido dentro de los mismos. Lo señalado precedentemente se aplica tanto en relación al ex empleador como en relación a cualquier otra entidad o persona con la que el ex trabajador se haya relacionado con motivo u ocasión de la relación laboral o durante la misma a otro título.

Por su parte, el ex trabajador declara estar plenamente satisfecho con la liquidación de las prestaciones pagadas en este acto, por cada uno de los conceptos señalados, y en general con todo lo expuesto en el presente documento, dejando constancia que la presente declaración la efectúa con pleno conocimiento de sus derechos y encontrándose debidamente asesorado. Asimismo, el ex trabajador renuncia expresamente a toda acción, derecho o pretensión, de cualquier naturaleza que pudiese hacer valer eventualmente contra su ex empleador, y que se funde en el contrato y/o relaciones laborales que los unieron o del término de las mismas materias del presente finiquito así como en cualquier hecho o causa relacionada, directa o indirectamente, con la misma, incluidas pero no limitadas a las de tipo laboral, civil contractual y extracontractual u otras. Lo señalado precedentemente se aplica también en relación a cualquier entidad o persona con la que el ex trabajador se haya relacionado con motivo u ocasión de la prestación de sus servicios laborales”.

⁵⁴⁶ “SEPTIMO: Finalmente, el ex trabajador declara expresamente que otorga el más amplio, total y completo finiquito expresando en este acto que no tiene cargo alguno que formularse derivado de las relaciones laborales que los unieron o del término de las mismas, sin perjuicio de la vigencia de las obligaciones que asume en las cláusulas precedentes”.

que se dicte en estos autos quede ejecutoriada. Finalmente, para el evento que el Tribunal estime las cláusulas individualizadas están ajustadas a Derecho, en subsidio pide se condene a Chep Chile S.A. a pagarle la suma de \$207.027.036 por lucro cesante. El centro de su argumento radica en que durante tres años se verá impedido de trabajar tanto en Chile como en el extranjero, en un área de la actividad económica, en la cual trabajó durante más de nueve años.

Chep Chile S.A. contesta la demanda, ratificando la fecha de ingreso a la empresa por parte de Jorge Behrmann y su calidad de gerente. Señala que con fecha 19 de Junio de 2007 se celebró un nuevo contrato de trabajo que reconociendo la antigüedad laboral del actor, lo determinaba a desempeñarse en el cargo de Gerente General de la empresa. La empresa transcribe una cláusula, denominada de exclusividad, presente en dicho contrato:

"DECIMO: Cláusula sobre exclusividad. Las partes entienden que dado el carácter confidencial de la información que manejará el Trabajador en el desempeño de sus funciones, resulta de fundamental importancia que éste no desarrolle actividades relacionadas con el trabajo que en virtud de este contrato se le encomienda, para la competencia mientras subsista el contrato de trabajo. El Trabajador se obliga, por tal motivo, a no desempeñar labor alguna para la competencia que pusiere en peligro la exclusividad de la información que reciba en el ejercicio de su desempeño en la Compañía. Asimismo, se obliga a no desempeñar labores similares a las que se le encomienda en virtud de este contrato, para la competencia de Chep Chile S.A., dentro de los 2 años siguientes al término de la relación laboral. Las partes entienden que la vulneración de la obligación anteriormente referida constituye una infracción grave a los deberes ético-jurídicos que emanan del contrato. Sin perjuicio de lo anterior, y a fin de compensar el eventual lucro cesante que pudiere significar para el Trabajador guardar reserva, exclusividad y confidencialidad acerca de la información que reciba, el Empleador se obliga a pagar al Trabajador mensualmente un bono de exclusividad, imponible, de \$950.000. Dicho bono será pagado bajo la condición resolutoria de que si el Trabajador

violare las obligaciones emanadas de esta cláusula, el Trabajador devolverá las sumas percibidas líquidas a título del referido bono al Empleador”.

Tal bono de exclusividad, expresa, siempre fue pagado, con una periodicidad mensual durante toda la relación de trabajo, alcanzando al final de la misma la suma de \$1.640.568. Con motivo del fin de la relación de trabajo, por aplicación del artículo 159 N° 1, se firmó finiquito debidamente suscrito y ratificado ante notario. Aquel, señala en su cláusula tercera:

"TERCERO: Queda en consecuencia, el saldo líquido precedentemente señalado, ascendente a \$74.554.448.- pesos moneda legal (Setenta y cuatro millones quinientos cincuenta y cuatro mil cuatrocientos cuarenta y ocho pesos) que el ex trabajador, don(a) Jorge Behrmann Oettinger, declara recibir en este acto en dinero efectivo y a su entera satisfacción y conformidad, declarando, además, que ha revisado cuidadosamente la liquidación precedente por la que no tiene reparo alguno que formular. Asimismo, el ex trabajador declara expresamente que dicha cantidad corresponde al total de lo que se le adeuda por cualquier concepto, con motivo u ocasión de la relación laboral o de otro tipo que le haya ligado con el ex empleador, razón por la cual señala expresamente que no existen pagos ni deudas pendientes de ningún tipo."

Agrega las cláusulas cuarta a sexta del finiquito del señor Behrmann, ya citadas, indicando que es posible destacar, por un lado, que el demandante firmó el finiquito de su contrato de trabajo libre y espontáneamente, con pleno conocimiento y entendimiento de sus alcances y contenido. Por otro, el demandante no alega que el finiquito carezca de formalidades legales, o vicios del consentimiento presentes al momento de perfeccionar el finiquito tantas veces ya aludido mediante el cual pactó la obligación de no hacer de no competir con su ex empleador. Ello, por un plazo de 3 años contados desde su desvinculación, no haciendo reserva de derechos en su texto.

Contestando derechamente la demanda, Chep Chile S.A. indica que las cláusulas cuarta a octava del finiquito son válidas, y carecen de los vicios de nulidad que ha señalado la demandante, no afectando la obligación de exclusividad la Constitución. En términos sencillos por las siguientes razones: a) La titularidad de la Libertad de Trabajo no es renunciada, sino que meramente restringida de forma voluntaria y espontánea por el señor Behrmann; b) Esta restricción no es total, dado que la obligación de no hacer que encarna la cláusula de exclusividad estaba limitada a un periodo puntual de tiempo y al desempeño como trabajador en empresas del mismo giro que Chep Chile S.A.; elementos todos que satisfacerían el Principio de Proporcionalidad; c) Como contrapartida de lo anterior, el demandante fue debidamente compensado durante todo el tiempo que duró la relación laboral mediante el pago de la suma mensual de \$1.640.568.-, que ahora pretende aumentar, sin justificación alguna; y d) La obligación de exclusividad se pactó en aras de proteger el Derecho de Propiedad contenido en el artículo 19 N°24 de la Constitución; derecho que recaería en bienes incorporales de su titularidad esenciales pensando en el desarrollo corporativo, siendo tales los conocimientos técnicos o métodos con posibles aplicaciones industriales o mercantiles ("Know How"). Tales bienes se encuentran protegidos, de acuerdo a lo indicado por la empresa demandada, por la normativa tutelar de la Propiedad Industrial, puntualmente en los artículos 86 y siguientes de la Ley N°19.039.

Desde los perjuicios solicitados por el demandante, la demandada fundada en la cláusula sexta del finiquito de 24 de Febrero de 2010 niega la posibilidad de otorgarlos, al haber sido pagada la indemnización durante toda la relación de trabajo. Por ende, y al modo de cómo lo expresa esta cláusula sexta, la cantidad pagada lo compensaba "total y holgadamente" para cumplir con la obligación de exclusividad, malamente podría hablarse de perjuicios incluso sobrevinientes. Por otra parte, no siendo absoluta la prohibición, el actor podía perfectamente dedicarse a cualquier otra actividad lucrativa o desempeñar cualquier otra actividad laboral, mientras no fuera para empresas del mismo giro que el de la demandada. Es por ello que en concepto de Chep Chile S.A., es totalmente

absurdo siquiera pensar que el Sr. Behrmann haya permanecido inactivo e improductivo tras el fin de la relación de trabajo, sólo como consecuencia de la obligación de exclusividad asumida para con ella. Debe, en este punto, considerarse el poder liberatorio del finiquito, a la luz de su cláusula séptima.

Cabe destacar que entre los años 2001 y 2010 el señor Behrmann recibió por este concepto a lo menos \$718.240.670. Es por ello que volver a demandar indemnizaciones que ya fueron pagadas con anterioridad, implicaría enriquecerse incausadamente. Ya en segundo lugar, del libelo del Sr. Behrmann se extrae que el sueldo que recibía de parte de la empresa es lo que debería recibir por cualquier trabajo realizable durante los 36 meses de teórica inactividad, sin entregar mayores razones del por qué esa suma es el estándar de fijación de indemnizaciones y prestaciones.

La demandada Chep Chile S.A. incorpora dentro de su retórica la teoría de los Actos Propios, por los ataques a la buena fe efectuados por el demandante particularmente con la presentación de la demanda. Argumenta indicando que la buena fe forma parte del contenido ético jurídico del contrato de trabajo, y que la doctrina de los actos propios es un principio general del derecho basado en este principio, que conlleva un deber jurídico de respeto y sometimiento a una situación jurídica creada anteriormente por la conducta del mismo sujeto, evitando atacar intereses ajenos. Así, la Teoría de los Actos Propios determina que la demanda sea absolutamente improcedente, al contradecir el actuar mismo del señor Behrmann en los marcos de su relación de trabajo, con los documentos libremente suscritos por él entre los cuales se encuentra su contrato de trabajo y especialmente su finiquito, no sin olvidar los pagos que se le efectuaron a cambio de su compromiso de exclusividad y no competencia.

En subsidio de lo anterior, y basándose en el artículo 1687 del Código Civil⁵⁴⁷, la demandada interpone demanda reconvenicional al demandante por el pago de la suma de \$718.240.670, o el monto que el Tribunal determinare procedente. Ese monto es el que adeudaría el demandante a la demandada si es que se acoge la demanda principal. En términos sencillos, como corolario de lo anterior, toda suma que hubiere sido percibida por el señor Behrmann por concepto de bono de exclusividad carecería de causa, debiendo ser restituidas a quien las pagó. El demandante sr. Behrmann al contestar esta demanda reconvenicional solicita su rechazo, pues no está en discusión el pago de la asignación de exclusividad ni el devolverla, pues la relación laboral terminó.

El fallo del Primer Juzgado del Trabajo de Santiago estructura en un solo considerando, el undécimo, su extensa fundamentación para resolver la controversia jurídica (aspectos determinantes son destacados):

“UNDECIMO: Fundamentación jurídica.

A. EN CUANTO A LA ACCION PRINCIPAL:

Que del tenor del petitorio de la demanda, aparece que lo sometido a la decisión del tribunal es obtener **la declaración que las cláusulas cuarta a séptima del finiquito celebrado con fecha 24 de Febrero del año 2010, son nulas, por violar y transgredir las normas del artículo 19 N° 16 de la Constitución Política de la República, y 2 del Código del Trabajo, así como los tratados y convenciones internacionales suscritos y ratificados por Chile sobre esta materia que se encuentren vigentes, y se declare y se ordene a la demanda pagar una indemnización por concepto de lucro cesante. En**

⁵⁴⁷ *La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita.*

En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluptuarias, tomándose en consideración los casos fortuitos y la posesión de buena o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.

subsidio, solicita que en el evento que las cláusulas se declaren válidas, se condene a la demandada al pago de la suma de \$207.027.270 por concepto de lucro cesante, más reajustes, intereses y costas.

Que al respecto, la norma constitucional supuestamente infringida consiste en el artículo 19 N° 16 de la Constitución Política de la República, que señala que: (...)

Que al respecto, **no puede desatenderse el hecho que las cláusulas que se cuestionan tienen que ver con la obligación del trabajador, vigente la relación laboral, y concluida ésta, de no efectuar actividades relacionadas con el trabajo que desempeña para la demandada, para la competencia**. También la obligación de no proporcionar la información obtenida en la empresa, para la competencia. **Es lo que se llama “cláusulas de exclusividad o de no competencia”**.

Además, menester es indicar que **las referidas cláusulas se encuentran inmersas en un finiquito legalmente celebrado, puesto que contiene todas las formalidades del artículo 177 del Código del Trabajo, a saber, consta por escrito, fue firmado por el interesado y ratificado por el trabajador ante un ministro de fe, que en el caso de autos, fue un notario público. Dable es mencionar que el fundamento de esta demanda no se basa en un vicio del consentimiento del actor, o sea, que el trabajador haya suscrito el documento basado en un error, o por estar sometido a fuerza, o que éste haya sido víctima de dolo. Atendido lo anterior, nos encontramos ante un finiquito legalmente celebrado, sin tacha alguna, y en que el cuestionamiento no viene dado al documento ni su origen o circunstancias de suscripción, sino que al contenido de las cláusulas 4° a 7° del mismo**.

Que del tenor de las pruebas rendidas, en particular la cláusula 10° del contrato de trabajo, las liquidaciones de remuneraciones de los años 2001 a 2004, el anexo de contrato del año 2005, y las liquidaciones de remuneraciones de los años 2009 y 2010, unido a la prueba confesional y testimonial, aparece que durante la vigencia de la relación laboral, el actor percibió de manera ininterrumpida un “bono de exclusividad”, que se pactó originalmente en la suma de \$950.000 pesos mensuales imposables, y que al concluir la relación laboral, se aumentó a la suma de \$1.640.568 pesos. **A su vez, en el referido**

finiquito, el actor suscribe en la cláusula 6° que el pago de esta cantidad de dinero compensa total y holgadamente las obligaciones asumidas en la cláusula por el lapso señalado, y reconoce también que su incumplimiento irrogaría perjuicios de su exclusiva responsabilidad a su ex empleador. Por lo anterior, están de acuerdo en avaluar anticipadamente los perjuicios que causaría a la empresa el incumplimiento del actor de la obligación asumida en esta cláusula, en la cantidad de \$85.059.848, más sus correspondientes reajustes e intereses máximos convencionales, los que correrán desde la fecha del correspondiente incumplimiento y hasta el de su pago efectivo.

Que atendido lo anterior, el centro del debate está en determinar la legalidad o ilegalidad de las referidas cláusulas.

Que en primer lugar, este juez no puede desatender el hecho que durante todo el tiempo que duró la relación laboral, esto es, del 27 de Marzo del año 2001 al 24 de Febrero del año 2010, es decir, por prácticamente 9 años, **la demandada pagó por concepto de “bono de exclusividad” una suma de dinero que formaba parte de la remuneración del actor, con el objeto de “compensar el eventual lucro cesante que pudiere significar para el trabajador guardar reserva, exclusividad y confidencialidad acerca de la información que reciba” (Cláusula 10° del Contrato de Trabajo).** La referida cláusula agrega que el bono será pagado bajo la condición resolutoria de que si el trabajador violare las obligaciones emanadas de ésta, el trabajador devolverá las sumas percibidas líquidas a título del referido bono al empleador.

De esta manera, aparece que **el actor supo, desde el momento mismo de suscripción de su contrato de trabajo, de la existencia de esta obligación de no hacer, de que se le pagarían un bono por exclusividad, y que en el evento de incumplir la obligación, debería devolver los montos recibidos por este concepto.**

Posteriormente, al momento de concluir su relación laboral, con fecha 24 de Febrero del año 2010, **el actor suscribió libremente un finiquito en que asume la obligación durante 3 años a contar de esa fecha de no desarrollar personalmente ni por interpósita persona actividad profesional o civil, ni negocio alguno relacionado**

directa o indirectamente con el giro del ex empleador o, que signifique competir en el mercado nacional o internacional con este último. Dicha obligación comprende expresamente la prohibición de desempeñarse como empleado, asesor, director, o a cualquier otro título o algo, remunerado o no, de empresas, o de sus subsidiarias, o matrices, o demás entidades relacionadas con ellas, o de personas naturales, dentro del plazo estipulado en la cláusula, que desarrollen actualmente o en el futuro mientras dure esta obligación, un giro igual o similar al del ex empleador, o signifiquen en algún grado competencia para este último, sea en Chile o en el extranjero.

En la referida cláusula además, se menciona que el actor ya ha recibido las referidas sumas a las que se ha hecho mención precedentemente, y que ellas “compensa total y holgadamente las obligaciones asumidas en la cláusula por el lapso señalado, y reconoce también que su incumplimiento irrogaría perjuicios de su exclusiva responsabilidad a su ex empleador”. Finalmente, se establece como cláusula penal en el evento de incumplimiento, a favor de la empresa, de una suma de \$85.059.848.

Que en segundo lugar, analizando la legislación laboral, **aparece que el artículo 160 del Código del Trabajo señala que “el contrato de trabajo termina sin derecho a indemnización alguna cuando el empleador le ponga término invocando una o más de las siguientes causales:**

2.- Negociaciones que ejecute el trabajador dentro del giro del negocio y que hubieren sido prohibidas por escrito en el respectivo contrato por el empleador”.

Al respecto, la misma normativa laboral permite que, vigente la relación laboral, el empleador le ponga término sin derecho a indemnización alguna, si el trabajador ejecuta negociaciones propias del negocio, que estaban prohibidas por escrito por el empleador, entendiéndose con ello, que está efectuando una vulneración a su deber de confianza y de confidencialidad de la información que obtiene por el desempeño de sus funciones dentro de la empresa. No debe olvidarse que estando vigente la relación laboral, rige en plenitud la norma del artículo 5 del Código del

Trabajo, que señala que “los derechos establecidos por las leyes laborales son irrenunciables, mientras subsista el contrato de trabajo”.

Este juez entiende entonces, **que por la vía de la convención, estando vigente la relación laboral, pueden las partes limitar la Libertad de Trabajo del trabajador, al impedir que trabaje en otro lugar o que dé cuenta de información que obtuvo de la empresa, teniendo siempre presente que está bajo el principio de la irrenunciabilidad de los derechos laborales.**

Si se sigue con este análisis, entonces, **cabe preguntarse por qué no puede el trabajador, ahora concluida la relación laboral, y por ende, no estando sujeto al principio de la irrenunciabilidad de los derechos laborales, establecer una cláusula en que pacta una obligación de no hacer, consistente precisamente en mantener por un lapso determinado su ya antigua obligación de exclusividad y confidencialidad.**

Al respecto, la Excm. Corte Suprema ha manifestado: **“Que aun cuando las restricciones a las actividades que pueda desarrollar el trabajador con posterioridad al término de su contrato no están reguladas en nuestra legislación, no hay impedimento legal ni constitucional para que las partes puedan convenir cláusulas de exclusividad o no competencia que rijan durante el periodo en que la relación laboral permanezca vigente”.** *Rol 3985/09, de 12 de noviembre de 2009.*

Que atendido a que la demandante percibió sumas de dinero durante toda la relación laboral, las que aceptó libremente y teniendo plena conciencia de lo que estaba recibiendo y la causa de su recepción; que al momento de ser finiquitado, **el actor firmó nuevamente un documento en que se establece la misma obligación por 3 años, a contar del cese de la relación laboral, en que se establece una cláusula penal en caso de incumplimiento, dejando constancia de haber recepcionado sumas de dinero mensuales como compensación por el eventual lucro cesante por cumplir con esta obligación, y además, percibiendo una suma de \$72.084.400 como “indemnización voluntaria” de parte de la empresa, la que si bien no se señala expresamente, atendido a que la relación laboral concluye por mutuo acuerdo de las partes, y por ende, no da derecho a indemnización alguna, no puede menos que entenderse que se**

trata también de una compensación por lucro cesante ante la obligación de no hacer que se ha impuesto el trabajador; este juez entiende que las referidas cláusulas no son inválidas ni atentan contra la Constitución ni contra las leyes, ni contra los convenios internacionales que versan sobre la materia y que se encuentran ratificados por Chile y vigentes, sino que son una manifestación libre y soberana del actor de sujetarse a una prohibición y de renunciar, tras la conclusión de su relación laboral, a trabajar en determinadas áreas productivas, bajo sanción de que si lo hace, se ve expuesto a la aplicación de una cláusula penal por parte de su ex empleador.

Así, el actor se limitó (no renunció de manera indeclinable) de propia iniciativa, y de manera soberana, por un tiempo determinado a ejecutar un derecho consistente en acceder libremente a cualquier tipo de trabajo, puesto que se limitó a ejecutar las labores propias del giro de la empresa demandada, estando debidamente compensado por ello, lo que legitima su actuar y el de la empresa con el que pactó el finiquito, dejando indemne de toda tacha las cláusulas cuestionadas del instrumento de 24 de Febrero del año 2010.

Con relación a la petición subsidiaria de que en el evento que las cláusulas se declaren válidas, se condene a la demandada al pago de la suma de \$207.027.270 por concepto de lucro cesante, más reajustes, intereses y costas, **aparece a este tribunal que la referida petición carece de todo fundamento, máxime si como se ha mencionado claramente en la cláusula 10° del contrato de trabajo, y en la cláusula 6° del finiquito, se ha “compensado el eventual lucro cesante” que pudiere significar para el actor el cumplir la obligación de reserva, exclusividad y confidencialidad de información obtenida durante su desempeño en la empresa demandada, y ha manifestado posteriormente que la recepción de dicho dinero compensan total y holgadamente las obligaciones asumidas por el plazo indicado de 3 años.** Bajo ese punto de vista, a juicio de este juez, al haberse compensado adecuadamente al actor, es improcedente condenar a la demanda al pago de suma de dinero alguna por concepto de lucro cesante.

B. EN CUANTO A LA DEMANDA RECONVENCIONAL:

Que atendido a que la demanda reconvencional fue intentada para condenar a la demandante por el pago de la suma de \$718.240.670 pesos en el evento que se acoja la

demanda, debido al rechazo de la acción principal, se rechaza igualmente la demanda reconvenzional intentada por la parte demandada”.

Esta sentencia sin dejo a dudas, es la que mayor contenido doctrinal posee en torno a la temática de los pactos de no competencia post contractual laboral, pudiendo estar o no de acuerdo con las conclusiones a las que arriba el sentenciador. Entre las más destacadas, y que ameritan algún comentario, es posible enumerar las siguientes:

- Conceptualmente es errado sinonimizar “exclusividad” con no competencia post contractual laboral: es el mismo error que ya se observaba y estudiaba en el caso “Silva Carvacho con Industria y Comercial Adhesit Ltda”. Se remite a los comentarios efectuados a propósito de aquel, a este juicio.
- El finiquito conforma una bisagra elemental en torno a la temática de los Derechos Fundamentales en la relación de trabajo: del fallo se observan ciertas consideraciones de relevancia en este punto. La primera de ellas, apunta a la suscripción formalmente perfecta y carente de vicios de un finiquito el 24 de Febrero de 2010. Ya en segundo lugar, la cláusula 6° del finiquito expresa que el pago de las cantidades de dinero allí indicadas compensan total y holgadamente las obligaciones asumidas por el lapso señalado, reconociéndose que su incumplimiento irrogaría perjuicios de su exclusiva responsabilidad a su ex empleador. Renglón seguido, son las propias partes las que avalúan anticipadamente los perjuicios irrogables a la empresa por el incumplimiento del actor de la obligación asumida en esta cláusula. Concluye el juez que desde la suscripción del contrato de trato, Behrmann siempre supo de la obligación y de un pago aparejado a su cumplimiento (bono por exclusividad), y que si incumplía con ella, debía devolver los dineros pagados por ese concepto. Agrega que en aquel finiquito, el demandante asume libremente extender la obligación durante 3 años a contar de esa fecha. Señalado ello, el adjudicador se coloca en un escenario analítico que comprende las negociaciones incompatibles como causal de terminación de la relación de trabajo y la irrenunciabilidad de los derechos laborales vigente el contrato. Se cuestiona el por qué no podría el

trabajador tras el término de la relación de trabajo acordar una cláusula que implique mantener por un cierto lapso la obligación de no competencia. Para responder esa interrogante, el Tribunal trae a colación un fallo de la Corte Suprema ya citado a propósito de la confusión terminológica en la que incurre al hacer equivalentes los pactos de exclusividad con los de no competencia post contractual, “Silva Carvacho con Adiserv S.A y Adicorp S.A.”.Y lo hace, citando un pasaje de aquel que señala que “no hay impedimento legal ni constitucional para que las partes puedan convenir cláusulas de exclusividad o no competencia que rijan durante el periodo en que la relación laboral permanezca vigente”.

Teniendo presente lo anterior, y existiendo en el proceso constancia de haber el actor recepcionado dineros mensuales como compensación por el eventual lucro cesante por cumplir con esta obligación, la indemnización voluntaria por \$72.084.400 de parte de la empresa, y la conclusión por mutuo acuerdo de las partes de la relación de trabajo, el Tribunal termina concluyendo que las cláusulas no quebrantan la Constitución ni las leyes, ni mucho menos los convenios internacionales que versan sobre la materia. Estos pactos serían una manifestación libre y soberana del actor de sujetarse a una prohibición y de renunciar, tras la conclusión de su relación laboral, a trabajar en determinadas áreas productivas, bajo sanción de que si lo hace, se ve expuesto a la aplicación de una cláusula penal por parte de su ex empleador.

Los cuestionamientos que cabe efectuar tras estas consideraciones, apuntan a la extensión asignada por el Tribunal a la irrenunciabilidad de los Derechos Laborales tras la suscripción de un finiquito. Variadas consideraciones se han efectuado en relación a este punto en esta investigación⁵⁴⁸, las que tras una observación del panorama jurisprudencial en relación a la autonomía de la voluntad y sus efectos tras el término del contrato de trabajo, determinan que es posible que el trabajador renuncie a sus derechos laborales aun cuando estos excedan la mera esfera individual. Pensando, por cierto, en que lo que se estaría renunciando, es la Libertad de Trabajo, Derecho Fundamental establecido en beneficio de la comunidad. Pues bien, el presente caso es un ejemplo más de una

⁵⁴⁸ Véase el Capítulo I, puntos 2.2.1 y 2.2.2.

asentada lectura jurisprudencial que, en primer término, se desentiende de la categorización que distingue entre derechos necesarios absolutos y relativos, y que en segundo lugar, habilita que la aplicación del artículo 5 del Código del Trabajo de pie, para que en conjunto con la autonomía de la voluntad dotada de legalidad tras las formas de un finiquito, limite la vigencia del sistema de Derechos Fundamentales en su esencia⁵⁴⁹. Congruente con lo anterior, evidente es concluir que el finiquito “no tiene la fuerza jerárquica suficiente para desplazar las garantías fundamentales de titularidad del trabajador que lo suscribe”⁵⁵⁰.

- El finiquito y la autonomía de la voluntad representan una barrera infranqueable para el análisis de los requisitos particulares de las cláusulas de no competencia post contractual: exigencias todas, que a pesar de no ser vinculantes, fueron claramente enunciadas por la Corte Suprema en “Adiserv S.A. y Adicorp S.A. con Bordachar”. Podría parecer contradictorio tratar este aspecto, e incardinarlo en este caso, tras concluir en el anterior matices que resultarían a su vez contrapuestos con la búsqueda de un asentamiento de condiciones de validez de pactos que en una lectura tradicional, conllevarían la renuncia de un derecho necesario absoluto. No obstante ello, la ausencia de normativa en relación a las cláusulas objeto de esta investigación y su cotidianidad en instrumentos contractuales laborales, amerita al menos considerar explorar salidas dogmáticas que desde el instrumental positivo permitan encontrar algo de certeza en su aplicación. Así, y al menos desde lo tocante a las contingencias que surgen desde la vigencia de los Derechos Constitucionales, por el surgimiento del poder liberatorio del finiquito, el artículo 5 del Código del Trabajo y la irrenunciabilidad de los derechos laborales, debe reforzarse como concepto central en contextos como éste, que a pesar de

⁵⁴⁹ Hay fallos que, con todo, han estimado que “aún terminada la relación laboral, la renuncia formulada por el trabajador es ineficaz en la medida que se vincula no con el puro interés patrimonial individual del actor, sino con un bien jurídico o interés colectivo, como es el derecho a la integridad física y psíquica establecido en el artículo 19 N° 1 inciso primero de la Constitución Política de la República, el que, dado su carácter de garantía constitucional, es indisponible entre las partes y, en consecuencia, no puede ser objeto de renuncia, pues su proyección trasciende al mero ámbito individual del sujeto”, THOMAS MAC MILLAN, Humberto. *Terminación del contrato de trabajo. Manual práctico*. Santiago, Chile: Editorial Edimatri, 2008, p. 722.

⁵⁵⁰ GAMONAL CONTRERAS, Sergio y GUIDI MOGGIA, Caterina. “Efectos del finiquito en relación al procedimiento de tutela de Derechos Fundamentales”, en: *Revista Laboral Chilena* (2011), p. 83.

estar en presencia de un finiquito formalmente perfecto y carente de vicios del consentimiento, la autonomía de la voluntad no puede ser un catalizador para desentenderse de los Derechos Fundamentales. Tal es la razón por la cual comparadamente se fueron especificando requisitos de validez para estos pactos, a fin de evitar entre otros entorpecimientos, el que la voluntad de las partes absorba todo miramiento a aquellos.

El juez de la instancia en un procedimiento ajeno al de Tutela de Derechos Fundamentales⁵⁵¹, llega a una conclusión que más allá de darle eficacia al poder liberatorio del finiquito y vigencia plena a la autonomía de la voluntad de las partes para pactar obligaciones desentendidas del contenido del artículo 5 del Código del Trabajo, no efectúa un razonamiento particularizado arrimado a los ya mentados prerrequisitos. En honor a la verdad, si hace una mención al interés corporativo en su establecimiento y la justeza de la indemnización, mas, lo efectúa de un modo descriptivo acrítico, justamente tan solo buscando justificar sus conclusiones al alero de las resultas de un finiquito libremente suscrito y acuerdos contractuales legitimados por el comportamiento contractual del actor⁵⁵². No indagando, en rigor, la verificación de su constitucionalidad. Por ende, no es raro observar dentro de la sentencia que no se realice anotación alguna en torno a los límites territoriales del pacto, que incluyen tanto el territorio nacional como el extranjero⁵⁵³. No hay antecedentes en el proceso que comprueben la necesidad por parte de Chep Chile S.A. de también extender la prohibición fuera de Chile y sin excepción alguna, asumiéndose sin más como dicta la doctrina y jurisprudencia comparadas, que el

⁵⁵¹ Recuérdese que el presente juicio se inició por una demanda en un procedimiento de aplicación general de cobro de prestaciones.

⁵⁵² De forma no explícita, empero si desde la dialéctica empleada por el Tribunal, se aplica la teoría de los Actos Propios en un sentido muy similar al planteado por la demandada en su libelo de contestación.

⁵⁵³ Debe traerse a colación la cláusula sexta del finiquito del actor: “El ex trabajador asume la obligación durante 3 años a contar de esta fecha de no desarrollar personalmente ni por interpósita persona actividad profesional o civil ni negocio alguno relacionado directa o indirectamente con el giro del ex empleador o, que signifique competir en el mercado nacional o internacional con este último. Dicha obligación comprende expresamente la prohibición de desempeñarse como empleado, asesor, director, o a cualquier otro título o cargo, remunerado o no, de empresas, o de sus subsidiarias, o matrices, o demás entidades relacionadas con ellas, o de personas naturales, dentro del plazo estipulado en esta cláusula, que desarrollen actualmente o en el futuro mientras dure esta obligación, un giro igual o similar al del ex empleador, o signifiquen en algún grado competencia para este último, **sea en Chile o en el extranjero**”.

área geográfica de actuación de la empleadora es todo el mundo. Estas cavilaciones espaciales podrían llegar a tener especial incidencia en la suficiencia de la compensación o el tiempo de duración de la prohibición. A mayor abundamiento, piénsese que la indemnización pagada junto con la remuneración mensual del actor está definida según parámetros nacionales para trabajadores con su cargo, no pudiendo extraerse de los libelos de las partes reparo alguno a su idoneidad para satisfacer un estándar de validez del pacto. Por lo demás, de los instrumentos contractuales acompañados al proceso, se discurre que no se distingue en las mal llamadas cláusulas de exclusividad la tutela a los bienes corporativos durante la relación de trabajo como tras ella, pudiendo razonablemente concluir que la suma pagada al actor, indubitablemente inferior a una remuneración mensual, abarcaba ambas parcelas. Tan solo la validación del señor Behrmann en el finiquito y cláusulas contractuales es la que culmina legitimando pagos de dinero que por ejemplo, en Francia, podrían perfectamente ser catalogados como irrisorios, declarar que la época del pago no es correcta pues su naturaleza es indemnizatoria post contractual y no compensatoria salarial, no estando obligado a restituir el señor Behrmann lo percibido.

- El Tribunal diferencia entre “limitación” y “renuncia indeclinable” a la Libertad de Trabajo: este punto es absolutamente conectable con el primero tratado a propósito de este fallo. De la distinción efectuada por el adjudicador, se entiende que se está en presencia de una situación contractual que significa una restricción de la Libertad de Trabajo, que es posible calificar en grados diferentes, redundantes ya sea en una limitación o una renuncia indeclinable, determinándose en la sentencia del presente caso que se está ante una simple limitación. Restricción que sería de menor entidad que una renuncia indeclinable, absoluta si así se le quiere conceptuar. Esta limitación, por lo demás, se da en el actor de *motu proprio* y soberanamente, afectando únicamente el acceso a laborar en tareas propias del giro de Chep Chile S.A., estando debidamente compensado por ello. Todo esto, legitimaría la conducta de las partes, el finiquito y sus cláusulas.

Pues bien, en Behrmann con Chep Chile S.A. nos encontramos con una limitación de tipo fáctica sustentada por un Tribunal del Trabajo, con toda la carga contraria al ordenamiento jurídico que conlleva. El tema toma visos de notoria entidad,

particularmente si se tiene presente que las cláusulas de no competencia post contractual representan una institución no regulada en la legislación laboral en nuestro país. Razónese, en fin, que estos pactos son en su esencia una afectación a la Libertad de Trabajo cuya inconstitucionalidad, tras verse morigerada por requisitos comparados que tibiamente habían sido asimilados por los Tribunales de Justicia, se ve reverdecida con limitaciones como la legitimada en este fallo del Primer Juzgado del Trabajo de Santiago. El Derecho Laboral es, sin dejo a dudas a partir de lo expuesto, un dispositivo maleable por las judicialización de conflictos de esta naturaleza.

La parte demandante interpone recurso de nulidad en contra de la sentencia de primera instancia, basado en la causal del artículo 477 del Código del Trabajo, al infringirse con la dictación de la sentencia Derechos Fundamentales. La Corte de Apelaciones de Santiago, en Rol Reforma Laboral N° 1367-2010, mediante sentencia de 3 de Marzo de 2011 desestima dicho recurso, haciendo suyos los criterios del Primer Juzgado del Trabajo de Santiago. De esta manera, se determina que la cláusula es válida básicamente pues no se afectaría la Libertad de Trabajo contenida en el artículo 19 N° 16 de la Constitución, en base a las siguientes consideraciones:

“6°.-Que el trabajador acordó libremente percibir una suma como paliativo por la inactividad laboral a la que se sujetaría y percibió efectivamente lo estipulado por tal concepto.

7°.-Que al actor se le pagó anticipadamente una cantidad en dinero efectivo por abstenerse de desarrollar la actividad que se menciona en el número sexto del finiquito, de manera que si se anula el fallo y se accede a las peticiones del actor, la totalidad de lo percibido por el demandante por dicho rubro carecería de motivo. Sin duda se trataría de un enriquecimiento sin causa.

8°.-Que en cuanto a la supuesta transgresión al principio constitucional contemplado en el artículo 19 n°16 de nuestra Constitución Política, cabe tener presente que la abstención del trabajador de ejecutar negociaciones dentro del giro del empleador que hubieren sido prohibidas por escrito, es un pacto que el artículo 160 del Código del Trabajo permite **expresamente durante la vigencia del contrato y ello, sin que sea necesario contemplar compensación alguna para el trabajador.**

La situación sub lite es similar a la anterior, **con la diferencia que al trabajador se le paga anticipadamente para que se abstenga de desarrollar una determinada actividad afinada que sea la relación laboral.**

9°.-Que en opinión de la Corte y de acuerdo a lo expresado precedentemente, se concluye que el fallo recurrido por la parte del demandante don Jorge Behrmann, no incurre en el vicio de nulidad que dicha parte le atribuye, ya que, tal como dice la sentencia del tribunal a quo, **lo pactado no impide que el trabajador pueda desempeñarse, sino que sólo restringe su actividad laboral a cambio de una compensación económica libremente acordada y que conforme a los antecedentes de autos fue íntegramente percibida por el trabajador.**

10°.- Que de lo anterior se concluye que no ha existido la transgresión al derecho constitucional relativo a la Libertad de Trabajo, ni la vulneración de las normas legales invocadas por la parte recurrente, por cuyo motivo el recurso de nulidad debe rechazarse”.

La Corte, lisa y llanamente, incurre en exactamente los mismos errores del Tribunal de Primera instancia. Centradas en la autonomía de la voluntad de las partes y la extensión de un finiquito todo poderoso que es capaz de sobrepasar la vigencia de los Derechos Fundamentales por aplicación de una norma de rango legal como el artículo 5 del Código del Trabajo, sentencias como las dictadas en el presente caso son el reflejo de una constante en la gestación de un Derecho del Trabajo que conforme se complejiza, busca solución en reductos privatistas que le son ajenos. Lo que mayores contradicciones

arroja infortunadamente, es la respuesta del Derecho del Trabajo y sus operadores jurisdiccionales, que no asumen en serio esta rama.

2.2.2. “Vey con Tradition Chile Agente de Valores Ltda.”, RIT N° T-11-2010, Segundo Juzgado del Trabajo de Santiago. Sentencia de 14 de Mayo de 2010.

Este juicio se inicia con ocasión de la interposición por parte de don Enrique Vey Moyano, don Héctor Vásquez Núñez, don Rodrigo Atenas Veliz, don Felipe Rodríguez Ramos y don Eduardo Fernández Fuentes, de una denuncia de Tutela por vulneración de Derechos Fundamentales en contra de Tradition Chile Agente de Valores Ltda. Solicitan que se declare, en lo pertinente, que la relación laboral se reguló en forma completa y suficiente por el contrato de trabajo suscrito con fecha veintiséis de Marzo de dos mil siete; y conforme a ello, se declare la nulidad del *employment agreement* o contrato de trabajo extranjero firmado entre las partes, o en su defecto, al menos la invalidez de la cláusula de no competencia inserta en aquel, entre otras.

Fundan su solicitud en que a su ingreso a prestar servicios para la Tradition Chile como operadores de mesa de dinero, se celebró el respectivo contrato de trabajo, acorde a la normativa chilena, empero, señalan que adicionalmente se les habría forzado a suscribir un “*employment agreement*”, con el cual también se pretendía, por la demandada, regular la relación laboral. Hacen notar que los servicios para los cuales fueron contratados fueron íntegramente prestados en Chile, sin perjuicio de los viajes al extranjero. Agrega que dentro de las cláusulas de dicho contrato extranjero, se incluía una cláusula no competencia, en virtud de la cual se le obliga a abstenerse de celebrar contratos de trabajo con cualquier empresa del rubro de Tradition, dentro de los ciento veinte días hábiles siguientes al término de la vigencia del mismo. Esto difería de la contenida en el contrato nacional, la cual limitaba esta obligación de no competencia únicamente al tiempo que los trabajadores se encontrasen con relación laboral vigente. Culminan los antecedentes de

hecho en torno a este pacto, señalando que la cláusula inmersa en el “*employment agreement*” carecía de regulación en lo tocante a la compensación monetaria, declarando tan solo que quien lo firmaba sería suficientemente compensado.

Dentro de las argumentación jurídicas de su pretensión, señalan que dichas cláusulas serían vulneratorias del derecho consagrado en el artículo 19 N°16, concretamente en su dimensión de libertad de contratación. Suman a ello, que el artículo 160 N°2 del Código del Trabajo solo tal prohibición estando vigente el contrato de trabajo. Por ende, no sería lícito tal pacto una vez extinguida la relación laboral. La jurisprudencia nacional, finalmente, muy restrictivamente ha aceptado tales cláusulas, en la medida que se cumplan ciertos requisitos, los que estiman en este caso incumplidos.

Tradition Chile contestó la demanda solicitando su rechazo íntegro. Parte explicando las dinámicas corporativas de la empresa. Primeramente, indica que Tradition Chile sería una filial de Tradition North America, siendo su giro la intermediación financiera altamente sofisticada, en operaciones que involucran a grandes instituciones, la mayoría de ellas con alcances internacionales. Caracteriza su mercado como uno con pocos clientes, pocas firmas que se dedican a lo mismo y pocos ejecutivos que prestan el servicio, mas, muy calificados en finanzas e idioma inglés. Su labor es juntar compradores y vendedores con intereses comerciales recíprocos, recibiendo una comisión por una o ambas partes. Concluye el apartado diciendo que el principal activo de la empresa es el conocimiento de los mercados y, concretamente, las relaciones que sus ejecutivos logran establecer con sus clientes, naciendo de ello la exigencia de instaurar recaudos a nivel contractual. Sus ejecutivos eran 10.

Estos 10 ejecutivos, a pesar de mantener contratos en los que se obligaban a no emplearse en empresas de la competencia por un cierto tiempo mediando una alta contraprestación, renunciaron masivamente el día 7 de Diciembre de 2009. Y de inmediato, se emplearon en la competencia, ICAP. Subraya que a la fecha de su renuncia,

todos los demandantes mantenían con Tradition dos contratos. Uno básico en castellano y de plazo indefinido, y otro más amplio en inglés aplicable tanto en Chile como en el extranjero, denominado “*employment agreement*” o contrato marco, de plazo fijo y renovable. Agrega este último sólo se celebraba con los ejecutivos de mayor rango y confianza, contemplando un bono discrecional, gastos de representación, diversos beneficios, y finalmente, una cláusula de no competencia contenida en el ítem 5 letra D, subpárrafos II y III.

Dicha cláusula sería plenamente válida en el derecho chileno. Particulariza sus argumentos expresando que no habría vicios en la formación del consentimiento (lo contratos se renovaron constantemente), que los trabajadores reciben amplia contraprestación por la renuncia a cualquier derecho a cuestionar la misma, que dicha cláusula tendría una justificación lícita, que su extensión es razonable, que recae sobre ejecutivos calificados con acceso a información muy relevante de Tradition Chile. Complementa el tema de la compensación económica diciendo que la compensación económica consistía en el pago de un bono discrecional hasta por dos veces al año, en los meses de agosto y Febrero, contenido en la cláusula 3 del “*employment agreement*”, el cual no habrían recibido si sólo se hubiesen regido por sus contratos de trabajo en castellano. Contrato en inglés cuya causa, por lo demás, dista de ser ilícita dada la consensualidad de aquel y la comprensión de su alcance por parte de los firmantes, ahora demandantes.

En relación a la Libertad de Trabajo, tampoco se estaría vulnerando la Libertad de Trabajo de los demandantes, pues no hay una limitación inválida a aquel, no habiéndose en paralelo afectado su núcleo esencial. Trae a colación los pronunciamientos jurisprudenciales que han permitido las cláusulas de no competencia post contractual en nuestro país.

El Segundo Juzgado del Trabajo de Santiago concentra en un solo considerando, y a propósito de la validez del “*employment agreement*”, el análisis de la validez de la cláusula de no competencia. Los aspectos más destacables son reforzados en su transcripción:

“DÉCIMO SEXTO: Razonamiento en relación a la validez del contrato en idioma inglés o de alguna de sus cláusulas.

El análisis siguiente conviene que sea comenzado desde los principios sustanciales del Derecho del Trabajo, donde vale la pena especialmente atender dos o tres de ellos. Primero, **el principio protector**, inspirador de toda la legislación laboral, por el cual se pretende la protección de la parte contratante más débil al asumir que en la relación de trabajo, **no prima la autonomía de la voluntad como en otros contratos, o al menos debe reconocerse que está muy disminuida**. Es en virtud del referido principio protector, que el legislador establece normas de orden público con contenido mínimo, logrando la conexión, con otro de los principios que se pretendía referir, cual es el de **irrenunciabilidad de los derechos laborales**, el cual incluso algunos doctrinarios sostienen que no sería sino una manifestación más del principio protector. Como sea, ambos principios, establecen un piso o mínimo para las partes que están obligadas a respetar, siendo indisponibles o innegociables para ellas dichas normas básicas. **Así lo consigna el artículo 5° del Código del Trabajo al señalar que los derechos establecidos por las leyes laborales son irrenunciables mientras subsista el contrato de trabajo. Luego la infracción de estos pisos mínimos, significa la transgresión de una norma prohibitiva de orden público, que conforme al artículo 10 del Código Civil son nulos y de ningún valor.**

Además, **se encuentran prohibidas por el inciso primero del artículo 5° citado, el ejercicio de facultades empresariales, cuando afecten el núcleo esencial de los derechos garantidos por la constitución** y que asisten al trabajador en tanto y en cuanto, pese a su condición de trabajador, no pierde la de ciudadano, siendo plenamente aplicable

el amplio gramado de garantías que reconoce nuestra Constitución Política de la República.

Luego de la prueba rendida se estableció que en el anexo contractual en inglés, ya asentado que como tal en su conjunto no es inválido, existía una serie de cláusulas impugnadas por los demandantes por su dudosa procedencia o validez, así respecto a:

1°.- La cláusula relativa a la obligación de no competir, emplearse en la competencia, entrevistarse o tener intereses en el mercado que desarrolla Tradition por un lapso de ciento veinte días, si ponían término a la relación laboral con anterioridad a la fecha prefijada para el término de dichos contratos. Dicha cláusula es válida a juicio de este sentenciador ya que en la forma en que fue pactada y atendidas las circunstancias concomitantes a ellas, como por ejemplo, características del mercado, beneficios recibidos por los firmantes y extensión moderada de la restricción, no afectaba en su esencia el contenido esencial o núcleo irreductible del único derecho fundamental que podía verse afectado por ella, cuál era la libertad de trabajo. En efecto, antes de analizar la prueba rendida valga las siguientes reflexiones: ¿tenía sentido la cláusula en cuestión después de analizar lo que ocurrió en la práctica?, ¿es legítimo tratar de evitar que un día siete de diciembre de dos mil nueve, con concierto, sin posibilidad alguna de reacción, se presente una renuncia masiva de todo el equipo de bróker, literalmente levantados por la competencia? **Pareciera que serían conductas dignas de tratar de evitar, para prevenir conductas depredadoras en los mercados y luchas despiadadas por posicionamientos en mercados.**

Con todo lo primero que se debe determinar, antes de hacer el examen de constitucionalidad, es si primero dicha cláusula está prohibida por el ordenamiento legal. Al respecto, la única norma que se refiere a ello es el artículo 160 N°2, que precisamente protege la libertad de emprendimiento y de trabajo, refiere dicha norma que el contrato de trabajo termina sin derecho a indemnización alguna cuando el empleador le ponga término invocando N°2 negociaciones que ejecute el trabajador dentro del giro del negocio y que hubieren sido prohibidas por escrito en el respectivo contrato por el empleador. Luego una correcta lectura, permite concluir, que **si se prohíbe por el empleador una**

negociación fuera del giro del negocio, dicha prohibición, no es que sea nula necesariamente, ya que no hay una prohibición, sino que el resultado de ello es que dicha prohibición al ser invocada no justifica la decisión de despido, por considerar el legislador que es irrelevante tal prohibición atendido el giro del negocio. Conclusión, es que el legislador estima que **la restricción a la libertad de trabajo, que es la protección que está detrás de la norma, debe ser legítima, proporcionada, fundada y, adicionalmente por mandato constitucional, no afectar el derecho en su esencia.** Luego ¿es legítimo para el legislador alguna restricción?, desde ya lo es aquella que recae dentro del giro del negocio, otras serán legítimas, en principio no, salvo que lo justifique el giro del negocio. **Es posible su pacto para una vez terminada la relación laboral, en principio no, salvo que lo justifique el giro del negocio, que sea por tanto legítima, proporcionada y no afecte el derecho en su esencia.**

Luego no hay duda que al existir **esta prohibición de ciento veinte días posteriores a la vigencia del contrato, el punto de partida es considerar que puede ser atentatoria de derechos fundamentales, salvo que se acredite su legitimidad, proporcionalidad y que no afecta la libertad de trabajo en su esencia.**

La prueba rendida mostró las siguientes características sustanciales para determinar tal legitimidad, proporcionalidad y respeto del núcleo irreductible del derecho:

a) **Existencia de un mercado especialísimo, reducido, altamente competitivo, complejo,** en el cual se manejaba la mayoría de las veces información confidencial, muchas veces relativa a relevantes operaciones financieras, donde participaban importantes instituciones públicas y privadas, donde se debía respetar el secreto, siendo sustancial la confianza generada, donde las empresas invertían en fidelizar al cliente y al bróker, donde era el bróker quien era el activo principal, de quien dependía la mantención del cliente, si fallaba el bróker se perdía el cliente.

b) **El bróker es un activo importante y escaso,** las empresas compiten por los mercados, pagan grandes sumas para retener este activo, sus remuneraciones escapan a la media nacional, son estimados como ejecutivos calificados.

c) A los bróker **se les pagan bonos millonarios en forma semestral, dichos bonos están asociados generalmente a su producción**, siendo la mayoría de las veces por ello coincidentes con la toma de resguardos por parte de la empresa, en este caso Tradition, destinados a reconocer el trabajo y su importancia dentro de la estructura de la empresa, dichos bonos no responden en su cuantificación a la suma de las remuneraciones obtenidas, existen otros factores que se toman en cuenta.

d) **El tiempo que se pactó como restricción es razonable, ciento veinte días**, cada uno de los bróker, con el bono que hubiesen recibido de haber terminado en mejores condiciones su relación con la demandada y con el bono de incorporación que les pagó ICAP podían perfectamente esperar ese tiempo.

e) **Necesariamente el tiempo de restricción estaba asociado a una condición legítima**, poder adoptar la afectada las medidas necesarias para no perder clientes o para que la información que se obtuvo por el desempeño de los bróker pierda relevancia.

f) Al suscribir el anexo en inglés donde se pactó esta cláusula al señor Vey **se le pagó un bono excepcional de varios millones, además la empleadora les garantizaba respetarles el contrato por un determinado tiempo, uno o dos años, lo que significaba que si ésta decidía despedirlos, debía pagarle los sueldos caídos. En conclusión los bróker eran suficientemente compensados por dicha restricción. (...)**".

Los comentarios que cabe efectuar a la sentencia en el apartado que interesa, el de las cláusulas de no competencia post contractual, apuntan a que los criterios empleados a fin de determinar la legalidad del pacto, son principalmente sus circunstancias concomitantes, su proporcionalidad, legitimidad y estar correctamente fundada. Ello, pensando ciertamente en la esencia de la garantía supuestamente afectada. Clave en esa línea, es la afirmación del sentenciador tras referirse a la única norma que trata el tema de la competencia dentro de la relación de trabajo, el artículo 160 N° 2 del Código del Trabajo: "es posible su pacto para una vez terminada la relación laboral, en principio no, salvo que lo justifique el giro del negocio, que sea por tanto legítima, proporcionada y no afecte el derecho en sus esencia". Tras ésta, se encuentra la raíz misma de la justificación

de la cláusula en comento desde la vereda del empleador, ciñéndose a la proporcionalidad, legitimidad y razonabilidad en su establecimiento: que la limitación material se circunscribe a las actividades propias del giro de la empresa, lo cual incardina con el comportamiento acreditado de los actores al finalizar la relación de trabajo. Juegan así un rol importante en esta determinación, las condiciones coyunturales de las partes.

A su vez, la limitación temporal se extendió por 120 días tras el término del contrato. En relación a ella, el adjudicador estructura la procedencia de estos requisitos internos de proporcionalidad, legitimidad y razonabilidad (que redundan en que no se afecte el artículo 19 N° 16 de la Constitución en su esencia) nuevamente desde las circunstancias particulares de los firmantes del contrato de trabajo. Concluye que este tiempo era razonable, ligando aquella prudencia a la condición legítima que se configura con la arista material recién expuesta, sus cuestiones anexas de confidencialidad y la tutela de la cartera de clientes perseguida por la empleadora.

Finalmente, la compensación económica se entendería satisfecha, a pesar que no se establece en el “*employment agreement*” de forma expresa. El Tribunal la termina desglosando desde la realidad y circunstancias de los contratantes, concretamente por los bonos que le eran pagados semestralmente a los *brokers*, remuneraciones superiores a la media nacional, las condiciones que aseguraban a éstos estabilidad laboral, la especialidad del mercado, etc.

Lo sugestivo de las apreciaciones del Tribunal es que conectan los requisitos comparados con los contextos típicos de las partes y las lógicas características del principio de proporcionalidad. Más allá de los ya anticipados ataques al mecanismo de la ponderación y la asumida, mas poco cavilada, existencia efectiva de colisiones de Derechos Fundamentales, lo que cabe en este punto recalcar son los resultados de un estudio excesivamente centrado en las particularidades de los contratantes, el contexto del término de relación de trabajo y el mercado en el que se despliega la que es siempre la parte más fuerte de la relación de trabajo.

En primer término, no es menor que sea tenido como irrelevante el que, a pesar de no estar establecida la contraprestación compensatoria en favor del trabajador en términos

suficientes (indiscutible es que carece de certeza la mención “suficientemente compensado”), igualmente en razón de las peculiaridades del mercado y pagos cuya causa no se relaciona con esta obligación post contractual, el Tribunal asume la existencia y validez de ésta. Y con ello, no se afectaría la esencia de la Libertad de Trabajo. La clave en este raciocinio estriba en los cabos que deja abiertos la proporcionalidad cuando su campo de aplicación es una institución que no está regulada y cuya aplicación conlleva una afectación de Derechos Fundamentales, dotando a las cavilaciones jurisdiccionales de un halo de racionalidad más fáctica que jurídicamente coherente.

Al alero de lo anterior, y ya en segundo lugar, puntualmente curioso es el exordio basado en el principio protector y la irrenunciabilidad de los derechos laborales, que realiza el Tribunal antes de ingresar de lleno a sus cavilaciones. El mensaje global es que, aun cuando es evidente la disponibilidad de los Derechos Fundamentales en el presente caso, el contexto que rodea a aquella justifica su legalidad tras el fin de la relación de trabajo y habilita la posibilidad de su renuncia, pasando incluso por alto el orden público que les define. La argumentación referida a encuadrarla en la retórica de la no incidencia en el núcleo esencial de la Libertad de Trabajo, emplea el bagaje de la proporcionalidad con resultados ya criticados, infiriéndose por lo demás, que el principio protector en esta racionalidad se satisfecería.

Finalmente, ya en tercer lugar y también coligado con las reflexiones anteriores, debe destacarse el hecho que gran parte de la coyuntura que alimenta a la proporcionalidad empleada por el Tribunal en este caso viene dada por el escenario del despido, o las prestaciones que hubieren nacido de haber proseguido la relación de trabajo. Se insiste: el ejercicio de proporcionalidad efectuado por el Tribunal ensombrece las posibilidades de efectiva tutela al terminar confundiendo las circunstancias propias del fin del contrato de trabajo con las que se suceden tras aquel.

2.2.3. “Campos con Prolam Young & Rubicam S.A”, RIT N° T-111-2011 (acumulada RIT N° T-112-2011), Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago; Rol Reforma

Laboral N° 1501-2011, Corte de Apelaciones de Santiago. Sentencia de 4 de Noviembre de 2011.

Don Antonio Sarroca y don Juan Carlos Meza, ambos publicistas y directores creativos de la demandada de autos, interponen demanda en procedimiento de tutela por vulneración de garantías constitucionales con ocasión del despido en contra de Prolam Young & Rubicam S.A. Solicitan se declare que la demandada ha efectivamente incurrido en conductas que lesionan derechos fundamentales, y se anulen al ser contrarios al derecho público, o bien se sentencie la inaplicabilidad de los pactos de no competencia suscritos entre las partes, garantizando el inmediato cese de las conductas lesivas a los derechos fundamentales (Libertad de Trabajo y libre contratación).

Los demandantes expresan se han visto conminados a firmar 2 acuerdos de no competencia. El primer pacto fue firmado en el año 2004, y el segundo en 2009, por medio de un contrato civil llamado acuerdo de no competencia entre Inversiones CI S.A y sociedades de propiedad de sus clientes creadas para este efecto a solicitud del empleador demandado. De los pactos mencionados, los trabajadores demandantes, durante y ya terminada la vigencia de la relación se obligan a no desarrollar actividades vinculadas con su trabajo como directores creativos generales de Prolam Young & Rubicam S.A., y a no desempeñar labor de naturaleza alguna para la competencia que pusiera en peligro la exclusividad de la información recibida en el ejercicio de su prestación de servicios. Del segundo acuerdo, con precisión de su cláusula tercera, se deduce que los trabajadores se obligaron a no desempeñar para la competencia labores similares a las encomendadas en virtud del contrato de trabajo, durante los 2 años siguientes al término de la relación laboral, prohibiéndoles captar clientes y contratar empleados, también por 2 años. Agregan que la misma cláusula, define lo que debe entenderse por “cliente”, asimilando a tal noción una concepción amplísima, axioma que las partes entienden como arbitraria e ilegal, no dejándoles margen para poder ejercer una actividad económica con personas naturales o jurídicas vinculables al giro del emprendimiento del empleador. Finalmente,

al amparo de la cláusula séptima del acuerdo de 2009, cualquier vulneración de las obligaciones contraídas en virtud de este pacto implica un incumplimiento al mismo, dando derecho al empleador a título de indemnización de perjuicios el pago de una suma avaluada de manera anticipada, por \$95.706.357. No es posible, según los actores, que a la hora de pretender proteger al empleador, se pueda aplicar una medida desproporcionada.

Por su parte, la demandada expone que con fecha 28 de octubre de 2004, entre Cavendish e Inversiones Chile S.A celebraron un contrato de compraventa de acciones de la sociedad Inversiones CI S.A, en virtud del cual Inversiones Chile S.A vendió \$3.348.015.000 en acciones. A ese contrato los demandantes comparecen en su calidad de accionistas de Inversiones Chile S.A., es decir, en calidad de accionistas indirectos de Prolam. Aquello encuentra justificación en el hecho que, con este acuerdo, los demandantes recibieron miles de dólares, encontrándose justificado el que se pacten acuerdos en virtud de los cuales los publicistas que llevan el negocio permanezcan vinculados a la compañía o al menos no levanten a ejecutivos al constituir aquello el negocio. Las partes aceptaban que el acuerdo de no competencia era condición esencial para su celebración; cuestión que se materializó en anexos del contrato, en sus cláusulas segunda, tercera y cuarta.

Alega Prolam que los demandantes se autodespidieron el mismo día, empleando idénticas cartas de término de contrato e iguales fundamentos de hecho, compareciendo representados por el mismo abogado. Estima hay una estrategia comercial común oculta bajo la apariencia de un autodespido y conflicto laboral para obtener la anulación en sede laboral de obligaciones civiles convenidas con ellos como accionistas de Prolam, recibiendo en tal calidad miles de dólares.

En lo que respecta a la vulneración misma de los derechos fundamentales de Sarroca y Meza, la demandada expresa que esta solo pudo haberse producido en el periodo

en que su contrato de trabajo estuvo vigente pero, en caso alguno con ocasión del despido. La limitación inconstitucional e ilegal de estos derechos o garantías encontraría su origen en la suscripción de supuestas cláusulas abusivas e ilegales contenidas en el contrato de compraventa de acciones de 2004, y en el acuerdo de no competencia entre Inversiones CI S.A e Inversiones Versus S.A suscrito en el año 2009. Estos, son actos jurídicos civiles realizados fuera lo laboral, obedeciendo a contratos de compraventa de acciones y acuerdos de no competencia que fueron suscritos por los actores en su calidad de accionistas y no como trabajadores dependientes y subordinados de Prolam. Suma a sus dichos, que los actos vulneratorios a los derechos fundamentales de los demandantes no los habría realizado Prolam, sino en cualquier caso, las sociedad Cavendish e Inversiones CI S.A con quienes suscribió en calidad de accionista de Prolam tales contratos civiles en el periodo en que los actores mantuvieron vigente su relación laboral con Prolam, años antes de verificarse el autodespido de los demandantes. Agrega que incluso en el entendido que se restringiera un derecho fundamental amparado por la acción de tutela, igualmente debe concluirse que la medida contenida en los pactos es proporcionada.

El Tribunal, en 4 considerandos, con precisión desde el undécimo al décimo tercero, agregándose el décimo sexto, concentra el núcleo de su sentencia en relación el resultado lesivo de derechos fundamentales a partir del establecimiento de pactos de no competencia post contractuales:

“UNDECIMO: Que, el artículo 485 del Código del Trabajo establece: “El procedimiento contenido en este Párrafo se aplicará respecto de las cuestiones suscitadas en la relación laboral por aplicación de las normas laborales, que afecten los derechos fundamentales de los trabajadores, entendiéndose por éstos los consagrados en la Constitución Política de la República en su artículo 19, números 1º, inciso primero, siempre que su vulneración sea consecuencia directa de actos ocurridos en la relación laboral, 4º, 5º, en lo relativo a la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada, 6º, inciso primero, 12º, inciso primero, y 16º, en lo relativo a la Libertad de Trabajo, al derecho a su libre elección y a lo

establecido en su inciso cuarto, cuando aquellos derechos resulten lesionados en el ejercicio de las facultades del empleador.

También se aplicará este procedimiento para conocer de los actos discriminatorios a que se refiere el artículo 2° de este Código, con excepción de los contemplados en su inciso sexto.

Se entenderá que los derechos y garantías a que se refieren los incisos anteriores resultan lesionados cuando el ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador limita el pleno ejercicio de aquéllas sin justificación suficiente, en forma arbitraria o desproporcionada, o sin respeto a su contenido esencial. En igual sentido se entenderán las represalias ejercidas en contra de trabajadores, en razón o como consecuencia de la labor fiscalizadora de la Dirección del Trabajo o por el ejercicio de acciones judiciales.

Interpuesta la acción de protección a que se refiere el artículo 20 de la Constitución Política, en los casos que proceda, no se podrá efectuar una denuncia de conformidad a las normas de este Párrafo, que se refiera a los mismos hechos.”

DUODECIMO: Que la disposición transcrita, **delimita el ámbito de aplicación del procedimiento de tutela a las cuestiones suscitadas en la relación laboral por aplicación de las normas laborales, que afecten los derechos fundamentales (que la disposición detalla) de los trabajadores cuando aquellos derechos resulten lesionados, cuando en el ejercicio de las facultades que la ley reconoce al empleador limita el pleno ejercicio de aquellos sin justificación suficiente, en forma arbitraria o desproporcionada, o sin respeto a su contenido esencial.**

DECIMO TERCERO: Que de lo expuesto en la consideración décima **no resulta acreditado que los pactos de no competencia cuestionados por los actores mediante la acción de tutela, se susciten en la relación laboral que ligaba a las partes por actos ejecutados por la empleadora en ejercicio de las facultades que la ley laboral le reconoce.** En efecto, los pactos celebrados en el año 2004, de acuerdo a lo declarado por

las partes en dicha convención lo fueron **a causa de la compraventa de acciones celebrada con fecha 28 de octubre de 2004, en que los actores manifiestan actuar en su calidad de accionistas, no existiendo prueba suficiente para desvirtuar este hecho claramente establecido en los documentos acompañados.** Respecto a los pactos suscritos con fecha 28 de mayo de 2009, estos se celebraron entre sociedades, por una parte CISA S.A., que tenía la participación mayoritaria en la empresa demandada, y por la otra dos sociedades de inversión, sociedades anónimas, dotada por tanto de personalidad jurídica, en que los actores comparecen en representación de dichas sociedades, no existiendo comparecencia personal de éstos y resultando obligada una sociedad de inversión que evidentemente y conforme a lo establecido en el artículo del Código del Trabajo no es parte de la relación laboral. Así las cosas cabe concluir que procede desestimar la acción de tutela con ocasión del despido ejercida en autos por no encontrarse los actos impugnados dentro del ámbito protegido por el referido procedimiento (...).

DECIMO SEXTO: Que en relación al hecho expuestos en el número 6 de la comunicación del auto despido se estará a lo ya razonado en la consideraciones décima a duodécima, en orden a que no ha resultado acreditado que los pactos de no competencias hayan sido suscritos como parte del contrato de trabajo de los demandantes”.

Esencialmente, es posible decir en relación a la sentencia cuyos considerandos de relevancia se han transcrito, los siguientes conceptos:

- El Juzgado incardina a la lógica argumentativa el alcance temporal del artículo 485 del Código del Trabajo: transcribiéndolo íntegramente para luego concluir que el ámbito de aplicación del procedimiento de tutela a las cuestiones suscitadas en la relación laboral por aplicación de las normas laborales, que afecten los derechos fundamentales de los trabajadores cuando aquellos derechos resulten lesionados, cuando en el ejercicio de las facultades que la ley reconoce al empleador limita el pleno ejercicio de aquellos sin

justificación suficiente, en forma arbitraria o desproporcionada, o sin respeto a su contenido esencial.

Continua expresando que no resulta acreditado que los pactos de no competencia cuestionados por los actores mediante la acción de tutela, se susciten en la relación laboral que ligaba a las partes por actos ejecutados por la empleadora en ejercicio de las facultades que la ley laboral le reconoce. En relación a la compraventa de acciones de 2004, señala que el pacto de competencia lo fue a causa de dicho contrato, manifestando los actores su actuar en calidad de accionistas, no existiendo prueba suficiente que desvirtúe este hecho. Los pactos de 2009 se celebraron entre sociedades, por un lado Inversiones CI S.A que tenía participación mayoritaria en Prolam, y por el otro 2 sociedades de inversión, en que los actores comparecen en representación de dichas sociedades, no existiendo comparecencia personal de éstos y resultando obligada una sociedad de inversión que evidentemente y conforme a lo establecido, no es parte de la relación laboral. En resumidas cuentas, no ha resultado acreditado que los pactos de no competencia hayan sido suscritos como parte del contrato de trabajo de los actores.

La matriz de la resolución señalada tiene su base en una restringida y formalista comprensión de la que es el ámbito de aplicación del procedimiento de tutela laboral. Apegándose estrictamente a la letra del artículo 485 del Código Laboral, el Tribunal acoge la idea que el procedimiento de tutela es únicamente aplicable a las cuestiones suscitadas en la relación laboral por aplicación de las normas laborales, que afecten los derechos fundamentales de los trabajadores. Un análisis de tal interpretación previo a efectuar su crítica resulta así necesario, tanto tras el prisma fáctico que nos ofrece el caso comentado como por sus potenciales secuelas.

En primer término, particular hincapié debe realizarse en la valoración que el juez hace conjunción *en* dentro de la frase *en la relación laboral*, pues para el sentenciador el sentido temporal que debe otorgársele es la de ceñir la tutela a los acontecimientos dables dentro de la misma. En otras palabras, los que se dan entre el inicio y el término de la vigencia del contrato de trabajo. Aplicando de manera apegada incluso esto al caso traído a colación, valdría indicar que el señor Sarroca comenzó a prestar servicios desde junio

de 1992 a Prolam, mientras que el señor Meza desde el 10 de Enero de 1994 para el mismo empleador, terminando ambos su relación laboral a partir de su autodespido el 4 de Marzo de 2011. Por ende, lo que el juez laboral en el presente caso hizo fue observar para fijar el acoplo de estos hechos al contenido normativo del artículo 485 del Código del Trabajo, y consecencialmente hacerles aplicable el procedimiento de tutela, es si durante el derrotero de la relación laboral habida entre tales fechas, en primer lugar hubo relación laboral entre las partes, y en segundo lugar, si se dio la violación de los derechos fundamentales indicada por los demandantes.

Copulativa a la exigencia recién indicada, en segundo término, se señala en el artículo 485 del Código Laboral que el procedimiento de tutela de derechos fundamentales se aplicará respecto de cuestiones suscitadas en la relación laboral por aplicación de las normas laborales, que afecten los derechos fundamentales de los trabajadores. Por ende, tal vulneración a los derechos fundamentales del trabajador debe darse fruto de una norma de naturaleza laboral, de lo contrario, si se solicita la aplicación del procedimiento que establece los artículos 485 y siguientes a partir de la transgresión de una cuya entidad sea diversa, aquel no será aplicable.

En dicha lógica, resulta del todo evidente el corolario expuesto en la sentencia: negarles la tutela a los trabajadores dependientes, pues los acuerdos de no competencia tuvieron como causa una compraventa de naturaleza civil de acciones en el año 2004, en la cual los trabajadores actuaron como accionistas. Ya en el 2009, los pactos de exclusividad post contractual se originaron a partir de contratos civiles entre sociedades, representada una de las partes por los actores. En consecuencia, tales actos no se dan ni en el contexto de la relación de trabajo, ni tampoco por aplicación de normas laborales: estamos en presencia de un acto civil, causados por una ratio diversa a la laboral, a los que les son aplicables normas de talante privado civil-comercial, descartándose las laborales en su utilización, no pudiendo discurrirse que estas puedan, en definitiva, afectar los derechos fundamentales de los demandantes.

Los resultados que acarrea una lectura como la expuesta, altamente formalista, como se ve, son preocupantes. No por la consecución, la que en verdad es dable en todo

juicio de tutela (traducible en que tal sea acogida o rechazada, amparando o no), sino por el recorrido efectuado para llegar a aquella, reducible a la manera en que los elementos tenidos en consideración en el proceso comentado no pudieran haber sido encauzados de manera diversa para arribar a un resultado más tutelar que el dado como en esta circunstancia.

- Debe estarse a la denominación que las partes le han dado al instrumento contractual, más allá del contexto global, aun cuando éste sea laboral: La primera cuestión a revisar guarda relación a cómo entiende el Tribunal debe definirse el ámbito de aplicación del procedimiento de tutela. Respecto al caso, vale preguntarse algo muy sencillo, ¿en el contexto de qué tipo de relación se dieron estos acuerdos civiles, que incluían cláusulas con repercusiones laborales, es decir, los pactos de no competencia post contractual? La respuesta es igualmente inteligible: en el contexto de una laboral, que unía a los actores con la demandada Prolam. Al amparo de aquello, deviene en irrelevante la caracterización efectuada por el Tribunal de los trabajadores como accionistas, pues más allá de la calidad en la que tales actuaron y de los réditos que tales pudieran haber contingentemente adquirido, en estos acuerdos civiles se incorporaron cláusulas con evidente contenido laboral que tuvieron palmarias consecuencias en su devenir laboral, tanto en la vigencia de la relación como de forma posterior a aquella, restringiendo el ejercicio de su Libertad de Trabajo. La primera prescripción normativa del artículo 485 se ve plenamente satisfecha, dado que las cuestiones que han originado este juicio, y que fundamentarían la tutela, se han dado *en* la relación laboral, teniendo también por causa, la misma.

Tal vez, el gran punto en contra de una argumentación como la propuesta, más allá de los razonamientos del Tribunal, empero prosiguiendo con una línea formalista, radica en que pactos de este tipo de acuerdo con lo prescrito por el artículo 10 número 7 del Código del Trabajo, deben estar contenidos en el contrato de trabajo. Es evidente que el citado artículo no se hace cargo del caso en que estos acuerdos se encuentren insertos, o estén causados en razón de unos de tipo civil. Ahora bien, ¿es que acaso la tutela del Derecho Laboral en casos como el presente debe necesariamente acabar en la medida que

la autonomía de la voluntad termine traducida en un arreglo de naturaleza diversa a la laboral? La respuesta a dicha pregunta debiera ser negativa, pensando en una efectiva tutela de los Derechos Fundamentales al margen de la calificación jurídica del instrumento en el que estos se desenvuelvan. De dicha forma, debiera recurrirse en casos como el presente, en que la limitación a los derechos fundamentales se encuentra en un instrumento ajeno a lo laboral, a una interpretación proclive a su protección, superponiendo el contenido laboral de dicho acuerdo a su finalidad última, que en este caso era la venta de unas acciones. Tal, debiera partir por asumir que la dimensión laboral inserta en pactos ajenos a dicha condición debe entenderse como propia de la relación de trabajo, estimándose por lo anterior al modo del artículo 485 del Código, como cuestiones suscitadas en la relación de trabajo. Se trata en el fondo de sobrepasar la formalidad del contrato de trabajo y sus fronteras, y configurar desde el juez en última instancia un entramado complejo que organice de la relación de trabajo, cuyas fuentes pueden ser, como en este proceso, ciertamente diversas.

En segundo lugar, nos encontramos con la segunda parte del enunciado normativo que delimita el ámbito de aplicación del procedimiento de tutela: que las cuestiones que afecten los derechos fundamentales del trabajador se den por aplicación de las normas laborales. En realidad, y siguiendo tanto juicios doctrinales como los de la Dirección del Trabajo, lo relevante para efectos de valerse del procedimiento de tutela reseñado estriba en que debe tratarse de una lesión de derechos fundamentales suscitada en la relación laboral. “En efecto, la vulneración de derechos fundamentales no puede ser consecuencia de la ‘aplicación de las normas laborales’. Precisamente al contrario, dicha lesión constituye la consecuencia de un hecho totalmente independiente de las normas laborales”⁵⁵⁴. A mayor abundamiento, la Dirección del Trabajo ha precisado el espectro temporal del ámbito de aplicación del procedimiento: “la norma exige que la vulneración tenga lugar en la relación laboral, y por aplicación de las normas laborales, con lo que debe entenderse que sólo se encuentran tuteladas por este procedimiento, los específicos

⁵⁵⁴ GARCÍA DÍAZ, Iván. “Aplicación del procedimiento de tutela de derechos fundamentales en el suministro de trabajadores”, en: *Revista Ius et Praxis*, Año 16, N° 2 (2010), p. 359.

derechos reseñados en la norma cuando son afectados en el ámbito del trabajo, con ocasión del trabajo o como consecuencia del mismo”⁵⁵⁵. Lo relevante de la interpretación del ente administrativo es que, al delimitar el mencionado procedimiento a las afectaciones dables en el ámbito del trabajo, con ocasión o como consecuencia de aquel, refuerza lo sugerido anteriormente: el que los trabajadores hayan actuado como accionistas o representantes de una sociedad, resulta secundario, pues tales pactos de tipo civil en los se incardinaban los pactos de no competencia post contractual, así como la calidad en la que los demandantes actuaron, se dan con ocasión y en el ámbito de las relación laboral. Tanto es así, que tales compromisos tenían repercusiones de dicho carácter, atentatorias a los derechos fundamentales, más allá, se insiste, del lucro percible y derivado de los efectos obligacionales de los contratos civiles celebrados. No es menor entonces, el condicionamiento esencial que tenía la firma de los anexos que contenían los compromisos de no competencia, para que las compraventas de acciones surtieran sus efectos.

Tal vez el gran resultado que tiene una lectura como la trazada por el Primer Juzgado del Trabajo de Santiago, tolerante a superponer la denominación contractual por sobre el contenido del instrumento, es abrir la puerta a veladas vulneraciones fundamentales, maquilladas tras el velo de un vínculo no laboral. Negar la tutela en esta sede por tener los demandantes la doble calidad de accionistas y trabajadores, es efectuar una realmente odiosa discriminación en virtud del legítimo lucro obtenible en operaciones civiles celebrables durante la vigencia de la relación de trabajo. Cuestión que si bien se aleja de la calidad de trabajador, no termina por desconocerla, manteniendo incólume en fin, los derechos que vienen a tutelarlos aun cuando la causa del pacto que transgrede sus derechos fundamentales, sea uno de naturaleza no laboral.

Ambas partes interponen sendos recursos de nulidad a esta sentencia, a fin que la Corte de Apelaciones los resuelva. Por la demandada, Prolam Young & Rubicam S.A., se dedujo recurso de nulidad fundado en las causales contempladas en los artículos 477 y

⁵⁵⁵ Dirección del Trabajo, Orden de Servicio N° 9, de 31 de Diciembre de 2008, p. 16.

478 letra b) del Código del Trabajo, las que interpone en forma subsidiaria. En torno a la primera causal esgrimida se señala, en lo sustancial, que el fallo impugnado habría sido dictado con infracción a los artículos 1545 y 1546 del Código Civil y 9 y 11 del Código del Trabajo. Ya en lo concerniente a la segunda causal de invalidación explica que el fallo de primera instancia se habría dictado con infracción manifiesta de las normas sobre apreciación de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica, vulnerándose los artículos 456 y 459 N° 4, ambos del Código del Trabajo. Funda ello en que la sentencia omitiría el análisis de determinada prueba, lo cual no estaría debidamente fundamentado. Como se advierte, nada ataca los fundamentos del Tribunal para descartar la existencia de una vulneración amparable por el procedimiento de Tutela. La Corte rechaza su recurso.

Mientras, la parte demandante funda su recurso en las causales contempladas en las letras b) y c) del artículo 478 del Código del Trabajo, pues en su concepto la sentencia habría sido pronunciada con infracción manifiesta a las normas de apreciación de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica; mientras que la segunda, por considerar necesaria la alteración de la calificación jurídica de los hechos, sin modificar las conclusiones fácticas del tribunal inferior. Solicita la invalidación de “la sentencia...en cuanto rechaza la tutela solicitada...dictando la de reemplazo en lo pertinente, o lo que S.S.I. estimare en equidad y justicia”.

Sin perjuicio que el Tribunal advierte de inmediato un vicio formal (el no haber indicado si las causales se interponen de forma subsidiaria o conjunta), igualmente se hace cargo de las causales, rechazándolas también no efectuando análisis del fondo de interés.

2.2.4. “Pérez con South Consulting Signature Chile S.A.”, RIT N° T-167-2016, Segundo Juzgado del Trabajo de Santiago; Rol Reforma Laboral N° 1089-2016, Corte de Apelaciones de Santiago. Sentencia de 5 de Agosto de 2016; y Rol Reforma Laboral N° 65280 – 2016, Corte Suprema (en tramitación a la fecha).

En contexto de un despido basado en el artículo 160 N° 2 del Código del Trabajo, el señor Renier Pérez solicita al Tribunal que declare ha existido una vulneración con ocasión del despido a las garantías constitucionales establecidas en el artículo 19 N° 16 y 26. Lo anterior, puesto que en las cláusulas 6ta y 8va del contrato de trabajo del señor Pérez, se indicaba lo siguiente:

“Cláusula sexta: “DE LA PROHIBICIÓN DE TRABAJAR. Queda prohibido al trabajador ejercer cualquier actividad permanente o transitoria, remunerada o no, para otras entidades o empresas del giro de la empresa, y/o actividades anexas o afines a ésta. La contravención de esta prohibición producirá el término del contrato sin derecho a indemnización alguna, según lo establecido en el artículo 160 N°.2 del Código del Trabajo. Además, estas obligaciones subsistirán una vez extinguido el contrato por cinco años contados desde su término. El incumplimiento de esta obligación generará la responsabilidad civil que corresponda.

Cláusula octava: “CONVENIO DE NO COMPETENCIA. El trabajador se obliga a no involucrarse, directa o indirectamente, en ningún negocio, dando, ofreciendo o vendiendo cualquier servicio o producto (o componentes) que comprendan o pudieran comprender en el futuro, una parte material de la Información Confidencial de la empresa, ya sea como propietario, socio, inversionista, accionista, empleado, agente o consultor, o cualesquier otra relación.

La protección prevista en esta cláusula busca evitar no solo la competencia directa, sino también todas las formas de competencia indirecta, tales como consulta para negocios competidores, la prestación de servicios como contratista independiente para negocios competidores, o cualquier tipo de asistencia o transmisión de información confidencial o de cualquier tipo o naturaleza, cualquiera que sea que implique la asistencia material a un competidor”.

Señala que ha existido por parte de la empresa la vulneración a las garantías fundamentales del artículo 19 número 16 de la Constitución Política de la República, a través del establecimiento de una cláusula de no competencia post contractual absolutamente desproporcionada y sin retribución alguna, que deja absolutamente atado de manos al señor Pérez para poder ejercer profesión, mermando totalmente su desarrollo profesional. Esto, adicional y complementariamente, atentaría contra el artículo 19 número 26 de la Constitución, al afectarse el contenido esencial del derecho antedicho.

Profundiza su tesis expresando el estado del arte en nuestro país, citando jurisprudencia administrativa y judicial atinente. En lo tocante a esta última, alude al establecimiento de ciertos requisitos recogidos desde la experiencia comparada, los que llevados al presente caso no es posible entender como satisfechos: no se afectaría la Libertad de Trabajo a la luz de las características del mercado, beneficios recibidos por los contratantes y extensión moderada de la prohibición y la mala fe de los trabajadores al intempestivamente emplearse en la competencia. También, si es que se prohíbe por el empleador una negociación fuera del giro del negocio, dicha proscripción no es que sea nula necesariamente al no existir prohibición en su instauración, existiendo únicamente vulneración a la Libertad de Trabajo en caso que aquella sea ilegítima, desproporcionada y no fundada. Se suma a los argumentos la suficiencia de la compensación, y finalmente la existencia de un mercado especialísimo, reducido, altamente competitivo y complejo en el que se maneja información confidencial de empresas, tanto públicas como privadas, en las que debe mantenerse el secreto, siendo sustancial la confianza generada, donde el trabajador es el activo principal del segmento productivo.

En relación al presente caso, continua expresando sobre la base de los sustentos jurisprudenciales enunciados en el ya analizado caso RIT T-11-2010 del Segundo Juzgado del Trabajo de Santiago, que es ineludible enfatizar que en un mercado laboral como el chileno de proporciones objetivamente limitadas y tratándose de profesionales especializados mas no irremplazables como los ingenieros informáticos (profesión que

detenta el señor Renier Pérez), la restricción como está planteada adquiere visos de notoria entidad, al extremo que, en los hechos, puede importar una cesantía obligada o la necesidad de emplearse en actividades ajenas a las competencias del trabajador⁵⁵⁶. El actor insiste se le está imponiendo no poder trabajar en los próximos 5 años al amparo del amplísimo giro de su ex empleador (que él interpreta a la luz del S.I.I. en su carta de despido), no pudiendo involucrarse directa o indirectamente, en ningún negocio (lo cual incluye lo gratuito y oneroso, lo cual es derechamente desproporcionado), dando, ofreciendo o vendiendo cualquier servicio o producto (o componentes) que comprendan o pudieran comprender en el futuro, una parte material de la Información Confidencial de la empresa. Así es como el establecimiento de una cláusula de no competencia, al amparo del contexto descrito, deviene en ilegítima, desproporcionada e infundada. Recuerda en este punto el demandante, jurisprudencia de tribunales inferiores sobre los límites a los derechos fundamentales⁵⁵⁷.

Finalmente, justifica su denuncia de tutela en la vulneración al contenido esencial del artículo 19 N° 26 que significaría la fijación de una cláusula de naturaleza post contractual como la fijada. Tras reproducir el texto expreso de dicha garantía, llama a poner atención en su centro, esto es, en la seguridad de que *los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza*. Pregunta si es que existe algún precepto legal que autorice una limitación en el sentido como el propuesto por las cláusulas de no competencia post contractuales, y en específico, del modo efectuado por la establecida en el contrato de trabajo del señor Pérez; respondiendo que no hay norma que regule las cláusulas de no competencia post contractual en las relaciones *interprivatos* en Chile. Remata diciendo que la habilitación se encuentra en el 10 N° 7 del Código del

⁵⁵⁶ En el mismo sentido, como podrá recordarse, se pronuncia la Corte Suprema en su Rol N° 3985-2009.

⁵⁵⁷ “El límite a los derechos fundamentales debe ser racional tanto respecto del objeto de la medida como en cuanto a sus efectos. La libre iniciativa económica y el derecho de propiedad del empleador no pueden preterir a otros derechos básicos de los trabajadores en una sociedad democrática, en caso contrario la medida adoptada será desproporcionada”, RIT N° T-10-2010, Juzgado de Letras del Trabajo de Temuco.

Trabajo, empero, rebate aquella afirmación sobre la base que aquella apertura del legislador al acuerdo de las partes no puede en absoluto vulnerar los derechos fundamentales, ni pasar por alto la frontera legal establecida en los artículo 2 y 5 del Código del Trabajo.

Por su parte, la demandada South Consulting Signature Chile S.A. previo a contestar la demanda, opone excepción de caducidad basada en que el hecho fundante de la tutela se refiere a lo ocurrido al momento de iniciarse la relación laboral. Es decir, se coloca en el supuesto que si se considerara que las cláusulas establecidas entre las partes constituyen una infracción a un derecho fundamental., el hecho ocurrió el 1 de Enero de 2014 y no con ocasión del despido. Razón por la cual, la denuncia estaría caduca.

En cuanto a la tutela y la extensión de los 5 años, parte reiterando los argumentos para impetrar la excepción de caducidad recién expuestos. Continúa expresando la demandada que si se estimara dicha vulneración se produjo con ocasión del despido, aquella sería válida. La figura de las cláusulas de no competencia post contractual, dice, no se encuentra regulada en el país, pero se ha transformado en una práctica habitual al momento de escriturar contratos de trabajo para cargos que por su importancia estratégica impliquen manejo de información relevante para el desarrollo de los negocios de la compañía. Lo anterior dado que el trabajador lleve consigo información reservada de la empresa que podría ser puesta a disposición de un nuevo empleador o bien ser utilizada por el trabajador para iniciar una nueva empresa.

Complementa lo expuesto, trayendo a colación los hechos que motivaron el despido del señor Pérez: mientras el trabajador se encontraba prestando servicios para la demandada, utilizó información para iniciar y desarrollar su propia empresa. Con mayor razón, continúa expresando, toma importancia la segunda parte de la cláusula contractual, ya que si tuvo este comportamiento durante la vigencia de la relación laboral, no existiría ningún tipo de escrúpulos para divulgar o utilizar información una vez quebrada la misma.

Luego, indica que en relación a la cláusula existe variada doctrina y jurisprudencia que se refiere al tema, rechazándola o acogéndola lo que explicita. En cuanto al requisito de compensación se señala que variada jurisprudencia se inclina por considerar no indispensable aquella para validar la cláusula dado que el convenio de no competencia tiene un carácter acotado al giro social de la empresa.

La sentencia del Segundo Juzgado del Trabajo de Santiago, en RIT N° T-167-2016, reposa sus argumentos en el considerando quinto que se transcribe:

“QUINTO: En cuanto a la excepción de caducidad se rechaza. Se estima que al momento de interponer la acción se ha presentado aquella dentro de los plazos legales y con ocasión del despido del demandante, resultando la argumentación de la contraria un tema de fondo y que dice relación con que si al momento de aplicar la causal de despido los fundamentos esgrimidos finalmente vulneran la garantía invocada lo que se analizará a continuación.

A juicio de este tribunal **al momento del despido no se ha vulnerado las garantías que invoca. En efecto se ha levantado contractualmente una cláusula de no competencia post contractual y durante la vigencia de la relación laboral, que se refiere en específico al giro de la empresa demandada, esto es, la facturación electrónica. Esta prohibición se encuentra contemplada en el Código del Trabajo como causal de caducidad y si bien su contenido y requisitos efectivamente no se encuentran regulados, la manera y forma de redacción en el contrato de trabajo así como el comportamiento de la empresa en cuanto al emprendimiento del actor, dan cuenta que no se ha vulnerado la Libertad de Trabajo ni menos se ha vulnerado su contenido esencial.**

Primero desde **un punto de vista teórico y práctica la cláusula en cuestión no impidió que el demandante siguiera con su emprendimiento, estando la empresa demandada en conocimiento de su existencia y además que en aquella participaban dos socios gerentes de la misma, por lo que en este sentido no ha habido restricción alguna del actor de continuar con su negocio.**

Segundo **la eventual expropiación de trabajar en el rubro por 5 años, es una consecuencia tan eventual como si la empresa decidiera ejercer las acciones civiles, pero la discusión en la especie no se refiere a los 5 eventuales años de cesantía del actor, se refiere a si el despido se ajusta a los hechos indicados en la carta, y del contenido de la misma no hay referencia alguna a este punto.** En efecto, no existe constancia alguna que se hubieren ejercidos acciones porque se fue a trabajar a otra empresa del giro en contravención a las cláusulas contractuales, lo que ha ejercido la demandada son acciones penales por un ilícito en específico como se detalla en la querrela presentada. Es más el demandante ha incorporado acta de término de giro de su empresa, de lo que se puede presumir que ha sido una decisión voluntaria no continuar en ella.

Tercero **los hechos que el actor manifiesta como indicios de la vulneración más bien dicen relación con la impugnación a la carta y la circunstancia de pretender acreditar que entre su empresa y la empresa demandada hubo relaciones comerciales en calidad de partners lo que no dice relación con vulneración alguna sino con la justificación o no de la medida.**

Por lo expuesto se rechaza la tutela denunciada.

Mismas argumentaciones para rechazar la petición de nulidad de las cláusulas contractuales invocadas, agregando que resulta extemporáneo e impertinente, en atención a las imputaciones referidas en la carta de despido, pretender calificar en esta sede lo arbitrario o abusivo del plazo establecido contractualmente, cuando no se ha acreditado perjuicio alguno al respecto”.

Los comentarios que merece la sentencia dictada por el Segundo Juzgado del Trabajo de Santiago, son los siguientes:

- La confusa redacción del considerando transcrito lleva a que se embrolle la terminación de contrato de trabajo con las garantías que se pueden ver afectadas con ocasión del despido: aspecto que se extrae del segundo párrafo del considerando quinto, desde el instante que el adjudicador de forma poco feliz señala que “se ha levantado

contractualmente una cláusula de no competencia post contractual y durante la vigencia de la relación laboral, que se refiere en específico al giro de la empresa demandada, esto es, la facturación electrónica. Esta prohibición se encuentra contemplada en el Código del Trabajo como causal de caducidad y si bien su contenido y requisitos efectivamente no se encuentran regulados, la manera y forma de redacción en el contrato de trabajo así como el comportamiento de la empresa en cuanto al emprendimiento del actor, dan cuenta que no se ha vulnerado la Libertad de Trabajo ni menos se ha vulnerado su contenido esencial”. ¿Qué da a entender el Tribunal con esto? ¿Que las cláusulas de no competencia post contractual reflejan una prohibición establecida en la normativa del trabajo como causal de caducidad cuyo contenido y requisitos no están regulados, o bien está aludiendo únicamente a la restricción contractual del artículo 160 N° 2 del Código del Trabajo? ¿O es que basta netamente que se configure de forma correcta la causal de caducidad de negociaciones incompatibles para que sea irrelevante lo que post contractualmente se haya acordado?

La verdad sea dicha, ninguna de las 2 preguntas puede ser contestada de forma absoluta, sin obviar elementos que incidan contradictoriamente en la otra. De esta manera, si bien podría argüirse en orden a descartar la posibilidad de un fallo sustentado en una norma inexistente, que jamás el adjudicador pensó en la posibilidad que los pactos en estudio sean estimados como una causal de caducidad establecida en el Código del Trabajo, el señalar que su contenido y requisitos no están contemplados hace al menos levantar un halo de duda en torno a los efectivos sustentos positivos de la sentencia y sobre lo que consecuentemente quiso decir el juez. Ello, pues el tenor y requisitos de la causal de caducidad es indesmentible que si están regulados. Otra cosa es que sobre su texto existan diversas interpretaciones y cabidas, como bien se estudiaba al inaugurarse el capítulo II de esta investigación, mas, erróneamente podría afirmarse que “el contenido y requisitos” de la causal de caducidad no están expresamente regimentados. Por ende, la posibilidad que resta sin caer, y no sin poca dificultad al amparo de lo expuesto, en un fallo estructurado en una inopia normativa, es que los cotos de razonamiento del Tribunal

acerca de la eventual infracción a los derechos establecidos en el artículos 19 N°s 19 y 26 se arrimen a la procedencia del despido.

La hipótesis deviene en correcta desde el párrafo tercero del considerando quinto, desde que se centra en circunstancias conexas con la legitimidad del despido sufrido por el actor. Dicho de otra forma, pareciera ser que en la medida el despido sea perfecto, el análisis fáctico, documental y sobretodo positivo dirigido a acreditar la inconstitucionalidad del pacto de no competencia es anodino, pues lo único importante es que la causal sea acreditada. Tal es, simplemente, la razón por la cual al Juzgado del Trabajo no se detuvo en la textualidad de las cláusulas impugnadas, mucho menos los indicios de manera diligente, y con ello, analizar siquiera la proporcionalidad de la mismas, o arrimarse a la doctrina sobre la materia que tanto la literatura nacional como jurisprudencial han seguido en torno a éstas.

Finalmente, menester es hacer un comentario en torno a la arista positiva que el Tribunal desestimó en su razonamiento: la prueba indiciaria. El artículo 493 del Código del Trabajo expresa que *“cuando de los antecedentes aportados por la parte denunciante resulten indicios suficientes de que se ha producido la vulneración de derechos fundamentales, corresponderá al denunciado explicar los fundamentos de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad”*. Revisada la demanda, el señor Pérez señala como indicios una serie de correos electrónicos que acreditaría la relación comercial entre su empleador y la empresa que formó, y su contrato de trabajo haciendo hincapié en sus cláusulas sexta y octava. South Consulting Signature Chile S.A. al contestar la demanda se hace cargo señalando, primero, cuestiones propias del despido por negociaciones incompatibles, y luego aspectos dogmáticos y jurisprudenciales judiciales de las cláusulas de no competencia, arguyendo su interés en establecerlas. Sin embargo, no dedica línea alguna a la extensión de 5 años y la ausencia de contraprestación al trabajador. El Tribunal hace caso omiso al contrato de trabajo y sus cláusulas como indicio, extrayéndose y comprendiéndose de esa inadvertencia la carencia de todo análisis relacionado con la libertad vulnerada con el pacto.

- La restricción pactada a la Libertad de Trabajo es irrelevante, tomando importancia el actuar subsecuente de la empleadora: desde el cuarto párrafo se extrae esto, reflejo inevitable de los miramientos precedentes. El sentenciador centra la discusión, sin olvidar que para él desde ya no habría vulneración a los derechos reseñados, en el hecho que la imposibilidad de trabajar por 5 años en el rubro del empleador es una coyuntura tan eventual como si la empresa accionar civilmente. Tras ello, hace la cavilación que se advertía líneas atrás: que en verdad, lo único realmente importante es verificar si la empresa cumple con la legalidad del despido, acreditando los hechos de la carta que dependería, de cuya literalidad no hay mención alguna a la prohibición propia de la cláusula de no competencia post contractual. De esta forma para el Tribunal basta con que la empresa satisfaga la veracidad de los hechos contenidos en la carta de despido, no haga mención en ella a las obligaciones emanadas del pacto de no competencia, y no demande los perjuicios emanables de la infracción a la obligación de no competir post contractualmente, para no discutir absolutamente nada acerca de las facultades del empleador y sus limitaciones *bis a bis* los Derechos Fundamentales involucrados. Reflexiones acerca del interés comercial de la empresa, de compensación adecuada o de tiempo prudencial en la limitación, en este contexto, resultan ser una quimera.

La parte demandante interpone recurso de nulidad, basado en lo atingente en el artículo 477 del Código del Trabajo, por haberse infringido en la dictación de la sentencia el artículo 19 N°s 16 y 26 de la Constitución Política de la República. Esencialmente reitera las premisas proferidas en su libelo de demanda, fundando su causal en que el Tribunal no entiende que la institución del despido basado en el artículo 160 N° 2 del Código del Trabajo y un acuerdo de no competencia post contractual en esta sede son cosas distintas. Una cláusula de no competencia post contractual deficiente técnicamente no puede llevar a que un trabajador sea vea impedido de poder desarrollar actual y futuramente nada, y en específico al menos su profesión por 5 años y sin resarcimiento alguno. Aun cuando, por cierto, respecto de la causal invocada se haya acreditado su legalidad.

Agrega consideraciones acerca de un sesgado razonamiento del adjudicador de primera instancia en relación a los indicios, al no considerar el contrato y las cláusulas sexta y octava, en relación a la proporcionalidad y racionalidad de su contenido. Advierte que la empresa en punto alguno del juicio habría sido capaz de justificar esos criterios. El resultado, concluye la recurrente, es un fallo que atentaría contra los Derechos Fundamentales establecidos en el artículo 19 N° 16 y 26 de la Constitución, la rechazarse la tutela, al seguirse una hermenéutica abiertamente inconstitucional.

La Corte de Apelaciones de Santiago, en Rol Reforma Laboral N° 1089-2016, termina rechazando el recurso de nulidad intentado, sobre la base de yerros de forma al incoar aquel. No obstante ello, la Corte en su considerando quinto sentencia:

“Quinto: Que en tales condiciones solo procede rechazar la causal en estudio. Sin perjuicio de lo anterior cabe considerar que, **la eventual infracción que se denuncia por parte del recurrente, carece de influencia sustancial en su parte dispositiva, pues aquí lo que se reclama como sustento de esta causal es la cláusula contractual de no competencia post laboral y la acción que se ha deducido en autos dice relación con la vulneración de derechos fundamentales con ocasión del despido y la por despido injustificado, siendo ambas desechadas”**.

Lo que la Corte dice es que la infracción que se está denunciando por el recurrente, esto es, el haber fallado contra texto fundamental al rechazar la tutela al término de la relación de trabajo estableciendo una cláusula de no competencia post contractual inconstitucional, es una arista del conflicto que carecería de significación pensando en lo dispositivo del fallo. Como refuerzo de sus dichos, dice que el sustento de la causal sería el aludido pacto, y habiendo sido desechadas tanto las acciones de tutela de Derechos Fundamentales con ocasión del despido como la tocante al despido injustificado, no cabe otra opción que rechazar el recurso de nulidad.

Lo preocupante de un criterio como el expuesto por el Tribunal de Alzada de Santiago, es el *leitmotiv* latente y continuista ante circunstancias en las que confluyen despidos por negociaciones incompatibles y cláusulas de no competencia post contractual laboral, al modo del Segundo Juzgado del Trabajo de Santiago. Por lo demás, adiciona la Corte un elemento que refuerza los existentes en la sentencia de Primera instancia a propósito de la inexistencia de vulneración al producirse el despido: al haberse descartado la denuncia de tutela y la demanda de despido injustificado, con lo que en resumidas cuentas se rechaza el recurso y toda posibilidad de análisis de constitucionalidad de la cláusula en particular, lo que la Corte está fallando es que estas cláusulas, aun cuando sus efectos se comiencen a suceder tras el fin de la relación de trabajo, su constitucionalidad solamente podría cuestionarse por el trabajador dentro de los márgenes de un procedimiento ajeno al de tutela con ocasión del despido. Lo cual, sumado al rechazo la tutela en Primera instancia empleando elementos propios de la legalidad del despido lleva a concluir que, al menos en coyunturas en las que se entremezcle vulneración a la buena fe contractual, término contractual argüido en aquella y tutela a los intereses comerciales tras el fin del contrato a través de cláusulas de no competencia, la relevancia de los requisitos comparados asimilados por nuestra jurisprudencia y doctrina a fin de hacer perfectas éstas últimas es nula. Solo bastará, como ya se estaba pronosticando, que el despido cumpla con los parámetros de legalidad.

Cabe destacar que la parte demandante ha interpuesto recurso de Unificación de Jurisprudencia, el cual a la fecha en que se redactan estas líneas aún no se resuelve.

3. Análisis crítico al sistema de ponderación en sede laboral chilena. Su incidencia dentro de la tutela efectiva a la Libertad de Trabajo.

3.1. El contexto general: la conflictividad de Derechos Fundamentales y la ciudadanía en la empresa.

De la revisión recién efectuada a los casos sobre cláusulas de no competencia post contractual laboral y sus fallos, es posible configurar una bisagra que supera la frontera procesal que representa la promulgación y puesta en marcha de la Reforma Procesal Laboral en Chile y su procedimiento específico de Tutela de Derechos Fundamentales. Y tal es la aplicación a propósito de tal procedimiento del mecanismo de ponderación ante la existencia de conflictos de Derechos Fundamentales, más allá de una incidencia cierta y poco feliz advertida ya en los fallos de manera precursora a ella.

No deja de llamar la atención las entusiastas esperanzas puestas en su minuto por la doctrina en esta Reforma⁵⁵⁸, sustancialmente con su procedimiento de Tutela: “hoy, en el último giro de tuerca en la historia de esta disciplina, el Derecho del Trabajo ha asumido una nueva tarea: el reconocimiento y la protección de aquellos derechos que acertadamente fueran llamadas por la doctrina comparada como derechos laborales inespecíficos, esto es, aquellos otros derechos constitucionales de carácter general, y por ello, no específicamente laborales que uede ser ejercidos, sin embargo, por los sujetos de las relaciones de trabajo (los trabajadores en particular) en el ámbito de las mismas, tales como, al decir del rutilante artículo 5 de nuestro código del trabajo, la intimidad, la vida privada o la honra”⁵⁵⁹. Se habría de difundir la teoría en el laboralismo nacional, de la “ciudadanía en la empresa”, sustentada en la idea de la eficacia horizontal de los Derechos

⁵⁵⁸ La matriz de esto se encontraba en los excesos existentes por parte del empleador a la hora de ejercer su poder de dirección. “En este contexto la empresa -como expresión del poder privado- constituye un escenario poco amistoso para el ejercicio de los derechos fundamentales del trabajador, y los modelos de gestión empresarial, apuntan hacia una mayor implicación y adhesión del trabajador a los objetivos de la empresa, aumentando considerablemente la autoridad directiva en el seno de las relaciones laborales. La lógica empresarial determinada sustancialmente por la búsqueda de la eficiencia y de la maximización de los beneficios, puede convertirse en un serio y poderoso obstáculo en una amenaza, a veces insalvable, para el ejercicio de estos derechos”, MELIS VALENCIA, Christian. *Los derechos fundamentales de los trabajadores como límites a los poderes empresariales*. Santiago, Chile: Legal Publishing, 2010, p. 39.

⁵⁵⁹ UGARTE CATALDO, José Luis. “La tutela de Derechos Fundamentales y el Derecho del Trabajo: de erizo a zorro”, en: *Revista de Derecho de la Universidad Austral*, Vol. XX, N° 2 (2007), p. 51.

Fundamentales (*Dittwirkung der Grundrechte*⁵⁶⁰) con la cual se “hace referencia al efecto de los derechos fundamentales en las relaciones jurídicas entre los particulares, esto es, entre sujetos sin potestad estatal”⁵⁶¹. Efecto que se contrapone abstractamente al vertical, es decir, al que se da en un marco de relaciones jurídicas entre el Estado o sus entidades y los ciudadanos. En fin, “la doctrina laboral mayoritaria ha aceptado, sin mayor reflexión, el efecto horizontal directo de los derechos fundamentales, apoyada en tres disposiciones jurídicas, los artículos 6, 19 y 20 de nuestra Carta Fundamental, principalmente el artículo 6, inciso segundo, que señala literalmente que los preceptos de la constitución obligan a toda persona, declarando la misma que no se observa la necesidad de desarrollos legislativos ulteriores”⁵⁶².

La superación de una visión en torno a los Derechos Fundamentales como meros derechos de defensa ante el actuar estatal absoluto⁵⁶³ llevó a considerar un clivaje diverso en la aplicación de estos derechos frente a particulares, distanciándose éste de perspectivas tradicionales propias de un constitucionalismo liberal. Se da así el efecto de irradiación de la Constitución⁵⁶⁴, que hace a ésta una fuente de Derecho vinculante y aplicable de forma directa. Siguiendo a Marshall Barberán, este efecto tendría 2 líneas de justificación. “La primera, sostiene que los derechos fundamentales son conceptualmente

⁵⁶⁰ O “eficacia frente a terceros de derechos fundamentales”. Dicha denominación, introducida por Hans Peter Ipsen, de acuerdo a la propia dogmática alemana no resulta ser la más adecuada, a pesar de estar plenamente aceptada. Véase STERN, Klaus. *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Allgemeine Lehren der Grundrechte*. München, Alemania: C.H.Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1988, p. 1513.

⁵⁶¹ MARSHALL BARBERÁN, Pablo. “El efecto horizontal de los derechos y la competencia del juez para aplicar la Constitución”, en: *Estudios Constitucionales*, Año 8, N° 1 (2010), p. 44.

⁵⁶² HORMAZÁBAL VALDÉS, Mauricio. *La unidad del Derecho...* p. 94.

⁵⁶³ “La función de defensa de los derechos fundamentales se liga a la perspectiva que la doctrina normalmente asocia a los llamados derechos de libertad, o de primera generación o dimensión. Se relaciona a la prohibición de interferencia indebida en la esfera particular de su titular, ya sea derivada de acciones del Poder Público, ya sea de sujetos privados. Impone una conducta omisiva, de abstención del Estado”, HECHEM, Daniel Wunder. “Derechos Fundamentales Económicos y Sociales y la responsabilidad del Estado por omisión”, en: *Estudios Constitucionales*, Año 12, N° 1 (2014), p. 292.

⁵⁶⁴ Aquel, se entiende como “el desbordamiento de un derecho constitucional que ahora inunda el conjunto del ordenamiento; ya no se trata sólo de regular las relaciones entre los poderes del Estado, sino que casi podría decirse que todo conflicto jurídico, desde el horario de las panaderías al etiquetado de chocolate, encuentra alguna respuesta constitucional”, PRIETO SANCHIS, Luis. “Constitucionalismo y garantismo”, en: AA.VV. *Garantismo: Estudios en homenaje a Ferrajoli*. Madrid, España: Trotta, 2005, p. 48.

omnicomprensivos, esto es, que su vigencia vincula tanto al Estado como a todos los demás individuos. En esta línea, los derechos fundamentales vienen a reemplazar a la ley natural como vinculación supraconvencional del orden de la sociedad. Históricamente se puede comprender la justificación de esta concepción de los derechos fundamentales como la modernización discursiva de la filosofía jurídica teológica cristiana. La segunda línea de justificación del efecto horizontal argumenta un cambio de paradigma en los derechos fundamentales. Esta postura coincide con la versión tradicional, pero sostiene que políticamente es necesario que los derechos amplíen su eficacia y vinculen también a los particulares”⁵⁶⁵.

Volviendo entonces a la teoría de la eficacia horizontal de los Derechos Fundamentales, ésta plantea desde el segundo trazo justificativo “el pleno reconocimiento de los derechos fundamentales en el ámbito privado de las personas, es decir, en sus relaciones con terceros. Esto supone, entonces, que estos derechos rigen como derechos subjetivos incondicionales en las relaciones jurídicas entre privados, siendo oponibles, por tanto, no sólo a los poderes públicos, sino también a las personas privadas, desarrollando así una eficacia horizontal”⁵⁶⁶. De esta forma, se abre la ventana a que se *iusfundamentalice in abstracto* cualquier conflicto de naturaleza jurídica entre particulares, el cual sería adicional al generable en razón del actuar estatal y el ejercicio de las libertades y derechos por parte de los ciudadanos⁵⁶⁷. Todo, en nombre de la ampliación en clave horizontal de los Derechos Fundamentales.

⁵⁶⁵ MARSHALL BARBERÁN, Pablo. “El efecto horizontal de los derechos...”, pp. 44-45.

⁵⁶⁶ CAAMAÑO ROJO, Eduardo. “La eficacia de los Derechos Fundamentales en las relaciones laborales...”, p. 24.

⁵⁶⁷ “No hay indicador más revelador de la medida en que los conceptos jurídicos han penetrado el discurso popular y político que nuestra creciente tendencia a referirnos a lo que es más importante para nosotros en función de derechos, y a caracterizar casi todas las controversias sociales como un choque de derechos. Sin embargo, durante la mayor parte de nuestra historia, el discurso político no estuvo tan generosamente salpicado de referencias a los derechos como lo está en la actualidad, y el discurso relativo a los derechos no era tan legalista. El auge de los derechos sólo se dio en fecha relativamente reciente, impulsado por la evolución gradual de la función de los tribunales, y al mismo tiempo promoviéndola”, GLENDON, Mary Ann. “El lenguaje de los Derechos”, *en: Estudios Públicos*, N° 70 (1998), p. 81. En el presente caso, a propósito del auge de los Derechos Fundamentales al interior de la empresa, “se produce un conflicto de derechos fundamentales que el ordenamiento legal clásico no podía resolver de manera eficiente,

Surge con fuerza la temática del conflicto de Derechos Fundamentales, concepto por completo fundamental atendida la forma en que se han comprendido las características del procedimiento de Tutela de Derechos Fundamentales en nuestro país. Y por cierto, varias veces aludido en esta investigación. Se habla de ella entonces, “cuando el efecto jurídico de la protección iusfundamental alegada por un sujeto (titular del respecto derecho) es incompatible con el efecto jurídico perseguido por otro sujeto a partir de un alegato de protección iusfundamental”⁵⁶⁸.

Huelga destacar que la hipótesis de la existencia de estos conflictos ha sido discutida por parte de la doctrina, tanto nacional como extranjera. Dentro de quienes niegan su existencia, es posible citar a Martínez Estay, quién ya en 1997 señalaba que “por el hecho de tener cada derecho o libertad su propio límite en principio no debieran existir “choques” o “conflictos” entre distintos derechos. Y es que los límites fijan el contenido de los derechos y libertades, su sentido y alcance, lo que permite diferenciarlos de otros derechos y libertades. Se trata desde luego de una labor de interpretación, en la que deberá aplicarse el sentido común, y, si corresponde, la descripción que del derecho o libertad haga el constituyente, y los eventuales desarrollos legislativos del mismo”⁵⁶⁹. Desde un prisma apegado al procedimiento de Tutela, Ferrada Bórquez a propósito de un comentario a la sentencia recaída en el caso Kronos y tras citar el entusiasmo de la dogmática laboral que él denomina “más progresista” ante el procedimiento de Tutela,

predominando la limitación de los derechos constitucionales del trabajador frente al poder privado que los ordenamientos laborales reconocen al empleador, lo cual fue recogido por las soluciones jurisprudenciales de nuestro país, a propósito de los conflictos suscitados con ocasión de la terminación del contrato de trabajo”, DOMÍNGUEZ MONTOYA, Álvaro y MELLA CABRERA, Patricio. “Conflicto de derechos constitucionales y juicio...”, p. 182.

⁵⁶⁸ ALDUNATE LIZANA, Eduardo. “La colisión de Derechos Fundamentales”, *en: Derecho y Humanidades*, N° 11 (2005), p. 69. Cuestión diversa a la concurrencia de Derechos Fundamentales, la que surge a propósito de un escenario en que la pretensión del actor se funda en más de 2 derechos de esta naturaleza, aquel se resuelve en razón de la aplicación de la especialidad del derecho finalmente aplicable a la cuestión de hecho contingente. No supone un conflicto.

⁵⁶⁹ MARTINEZ ESTAY, José Ignacio. “Carácter absoluto y límites de los derechos y libertades”, *en: GARCÍA-HUIDOBRO, Joaquín, MARTÍNEZ, José Ignacio y NÚÑEZ, Manuel Antonio. Lecciones...*, p. 371.

efectúa una serie de críticas de las que precipita su rechazo a la idea de conflicto de Derechos Fundamentales en Chile. Señala (el destacado es propio): “En concreto, la sentencia en comento plantea la cuestión de la intervención y utilización de comunicaciones electrónicas en el marco de la proporcionalidad de la medida adoptada por el empleador y en su uso legítimo o no para justificar el despido por parte del empleador. Aún más, la discusión inicial **la plantea a partir de la ausencia de norma legal o reglamentaria interna de la empresa que resuelva el conflicto**, y como el empleador, a partir de dicha omisión, interviene la comunicación electrónica y despide a la trabajadora por el contenido mismo del mensaje. En mi opinión, **todo este razonamiento es completamente erróneo y revela un problema en el conocimiento de las categorías fundamentales del Derecho Constitucional**. En efecto, **el punto de partida de este conflicto –que, recuérdese, es de tutela de derechos fundamentales– debe hacerse a partir del derecho fundamental mismo invocado**, esto es, el derecho a la “inviolabilidad de toda forma de comunicación privada”, **la que sólo puede “interceptarse, abrirse o registrarse en los casos y formas determinados por la ley”** (Art. 19 N° 5 de la Constitución Política de la República)”⁵⁷⁰. Afirmándose de este comentario, Silva Irrázaval indica (nuevamente el destacado es propio): “Lo paradójico de este comentario (...) **es que el propio precepto constitucional en juicio (el artículo 19 N° 5) entrega a la ley la limitación del derecho fundamental. Esto significa que para constatar la vulneración del derecho a la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada el juez está obligado a examinar si existe en este caso alguna ley que autorizara al empleador para registrar los respaldos de la mensajería electrónica privada de la trabajadora**. De hecho, y quizá de manera inconsciente, el mismo Ferrada admite que la interrogante fundamental del caso planteado por la sentencia está determinada en parte “por la existencia de una ley que permita la interceptación, apertura o registro de esta comunicación”. Y como tal ley no existe, “el empleador no

⁵⁷⁰ FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos. “Abriendo camino en la Tutela de Derechos Fundamentales en materia laboral: buenas intenciones, malos instrumentos (Juzgado de Letras del Trabajo de Copiapó)”, en: *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*, Vol. XXI, N° 2 (2008), p. 269.

tenía fundamento (...) legal (...), lo que llevaría necesariamente a sostener la inconstitucionalidad de la medida por vulneración del Art. 19 N° 5 de la Constitución”⁵⁷¹.

Comparadamente, De Otto dice que “en realidad, el problema de los límites de los derechos fundamentales no puede plantearse en términos de colisión entre derechos o entre derechos y bienes, aceptando que éstos estén definidos en terminos tales que choquen entre sí, sino como un problema de interpretación de las normas en las que se trata de delimitar las fronteras de los derechos, de trazar los límites en los que la propia norma constitucional configura derechos fundamentales”⁵⁷². Serna Bermúdez aporta al debate, precisando que “la determinación teleológica del derecho convierte automáticamente en superfluas otras delimitaciones extrínsecas de los derechos, ya sea en orden a su ejercicio singular, ya sea desde la perspectiva del posible conflicto con otro”⁵⁷³.

Aldunate Lizana siguiendo a Martínez Pujalte, efectúa precisiones a esta postura, siendo la más interesante de rescatar aquella que indica la improcedencia de hablar de conflictos de Derechos Fundamentales, siendo riguroso con la terminología empleada. Para él, debiera hablarse de “pretensiones encontradas” de cada titular que invoca sus derechos, desprendiéndose de ello que “el modelo teórico de negación de las colisiones sólo implica en términos prácticos una propuesta metodológica para el juzgador enfrentado a demandas de tutela en sentidos recíprocamente excluyentes por parte de distintos titulares de derechos”⁵⁷⁴. En conclusión, y citando a Martínez Pujalte, “el proceder adecuado para resolver el aparente conflicto no consiste pues en la determinación

⁵⁷¹ SILVA IRARRÁZAVAL, Luis Alejandro. “Supremacía constitucional y...”, p. 41.

⁵⁷² DE OTTO Y PARDO, Ignacio. “La regulación del ejercicio de los derechos y libertades”, en: MARTÍN RETORTILLO, Lorenzo y DE OTTO Y PARDO, Ignacio. *Derechos Fundamentales y Constitución*. Madrid, España: Editorial Civitas, 1988, p. 135. El mismo autor al reafirmar sus dichos, expresa: “Lo que parece hacerse por respeto a los derechos fundamentales -dar tratamiento de limitación a lo que en realidad es normación de materia ajena al derecho- conduce así, paradójicamente, a facilitar un debilitamiento de la protección constitucional de los derechos y libertades públicas y a privar de eficacia a los requisitos y exigencias que son capitales para la verdadera limitación”, *Ibid.*, p. 151

⁵⁷³ SERNA BERMÚDEZ, Pedro. “Derechos fundamentales: El mito de los conflictos. Reflexiones teóricas a partir de un supuesto jurisprudencial sobre intimidad e información”, en: *Suplemento Humana iura de derechos humanos, Persona y derecho*, N° 4 (1994), p. 229.

⁵⁷⁴ ALDUNATE LIZANA, Eduardo. “La colisión de...”, p. 72.

del derecho prevalente (...) sino en la delimitación adecuada del contenido de los derechos aducidos, para así poder concluir cuál entra realmente al juego y cuál no, quien se encuentra realmente bajo la protección del derecho que invoca y quién se ha extralimitado en el ejercicio de su derecho”⁵⁷⁵.

Desde la otra vereda, es decir, aquella que tolera la posibilidad de colisión de Derechos Fundamentales se ofrece un abanico de soluciones para determinar cuál derecho debiera prevalecer respecto del otro. En primer término, se observa aquella que se centra en la existencia de un orden de prelación abstracto. Por ejemplo, si bien Cea Egaña señala que “debe buscarse la conciliación entre esos derechos asumiendo, como regla general, que la colisión entre ellos es sólo aparente y resoluble”⁵⁷⁶, únicamente en la medida que el resultado efectuado tras ese ejercicio sea infructuoso deberá jerarquizarse entre derechos⁵⁷⁷. Posición seguida también por Verdugo, Nogueira y Pfeffer a partir de una interpretación efectuada a lo señalado por los comisionados, de acuerdo a las Actas de la C.E.N.C⁵⁷⁸. Luego, se observa el postulado de la concordancia práctica, también llamado de la armonización. Según éste, “no se debe sacrificar ningún derecho, principio o bien constitucional. No se dice con esto nada sustancial, sino que es algo que orienta al intérprete en una dirección clara. La Constitución es un todo orgánico y debe lograrse la debida correspondencia y armonía, excluyendo toda posibilidad de anular o privar de

⁵⁷⁵ MARTÍNEZ PUJALTE, Antonio Luis. *La garantía del contenido esencial de los Derechos Fundamentales*. Madrid, España: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 135, citado por ALDUNATE LIZANA, Eduardo. “La colisión de...”, p. 73.

⁵⁷⁶ CEA EGAÑA, José Luis. *El sistema constitucional de Chile. Síntesis crítica*. Valdivia, Chile: Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Austral de Chile, 1999, pp. 171-175.

⁵⁷⁷ La tesis llamada “numerológica” de Cea Egaña ha sido criticada especialmente por su carácter omnicompreensivo por RUIZ TAGLE, Pablo. “Apuntes sobre la Libertad de Expresión y la censura en Chile”, en: *Derecho y Humanidades*, N° 5 (1997), pp. 21-52. Desde la literatura laboral, Ugarte critica con fuerza esta construcción, señalando que “se trata de una tesis muy difícil de aceptar tanto en términos científicos –no existe tal orden– como normativos –no debería existir tal orden– y con resultados prácticos absurdos²². De ahí que haya sido fruto de numerosas críticas”, UGARTE CATALDO, José Luis. “Privacidad, trabajo y Derechos Fundamentales”, en: *Estudios Constitucionales*, Año 9, N° 1 (2011), p. 25.

⁵⁷⁸ Cuestión vertida en VERDUGO MARINKOVIC, Mario, PFEFFER URQUIAGA, Emilio y NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. *Derecho Constitucional. Tomo I...*, p. 197.

eficacia a parte de ese todo”⁵⁷⁹. Es por ello que resultan rectores en esta dinámica, la razonabilidad y proporcionalidad ante una limitación que se observa como recíproca, debiendo estarse a las particulares circunstancias del caso en cuestión, operándose con eficacia⁵⁸⁰. Y finalmente, está la idea de ponderación en el caso concreto.

3.2. El método de ponderación y el procedimiento de Tutela de Derechos Fundamentales. Su incidencia en la Libertad de Trabajo desde las cláusulas en estudio.

Siguiendo la lógica conflictualista ya referida, una lectura común a su trasvasije procesal indica que la llamada a resolver el conflicto en un caso concreto será la función jurisdiccional. Será el juez entonces quién mediante la aplicación del juicio de ponderación, hipotéticamente, satisfará la obtención de la solución correcta ante un eventual conflicto de Derechos Fundamentales. “De lo que se trata en definitiva es que el juez laboral en cada caso realice un análisis específico de la decisión adoptada por el empleador y disponga su validez, sobre la base de los criterios o principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto”⁵⁸¹. En efecto, “la cultura jurídica interna relacionada directamente con el Derecho Laboral ha acogido el método ponderativo de Robert Alexy como método jurídicamente idóneo para la solución de colisión de derechos fundamentales en sede laboral”⁵⁸². El tablado en el que se instala esta noción es el de la constitucionalización del Derecho del Trabajo⁵⁸³, siendo posible de encuadrar éste al

⁵⁷⁹ RISSO FERRAND, Martín. “Hacia una nueva interpretación constitucional. La realidad en Uruguay”, en: *Estudios Constitucionales*, Año 12, N° 1 (2014), p. 261.

⁵⁸⁰ En profundidad, HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid, España: Centro de Estudios Constitucionales, 1992, pp. 45 y ss.

⁵⁸¹ WALTER DÍAZ, Rodolfo y FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos. “La protección de los derechos fundamentales de los trabajadores en el nuevo procedimiento de tutela laboral”, en: *Revista de Derecho de la Universidad Austral*, Vol. XXIV, N° 2 (2011), p. 101.

⁵⁸² RUAY SÁEZ, Francisco. “Una crítica al juicio de ponderación de Alexy a propósito del procedimiento de Tutela Laboral”, en: *Revista de Derechos Fundamentales*, N° 12 (2014), p. 134.

⁵⁸³ Revítese UGARTE CATALDO, José Luis. “La constitucionalización del Derecho del Trabajo: la Tutela de Derechos Fundamentales”, en: *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, N° 7 (2008), pp. 249-273.

amparo de sus características dentro de la corriente neoconstitucionalista, estableciéndose en vistas a la consecución de la solución al conflicto señalado, el procedimiento de Tutela de Derechos Fundamentales. La descrita perspectiva merece particulares y comentarios, resumibles y reconducibles todos, esencialmente, hacia una sólo idea marco en clave crítica: que mediante el procedimiento de Tutela no se resuelven conflictos de Derechos Fundamentales, sino que en verdad disyuntivas concretas entre el trabajador y las facultades de su empleador⁵⁸⁴, mediante el rol adjudicador del juez.

La temprana vinculación que se hizo de la teoría de Alexy sobre el mecanismo de ponderación ha alimentado su éxito y escasa crítica en nuestro país. Como ya se expresaba en su minuto, la labor de la Dirección del Trabajo en la expansión y radicación de los conceptos de Alexy, ha resultado ser esencial en la entrega directa, y sin mediar norma infraconstitucional alguna, entrega la resolución del conflicto al juez mediante la aplicación de la teoría en comento. Subyace tras esto, la ya relatada teoría de vinculación directa e inmediata de los particulares frente a los Derechos Constitucionales. Teoría que, como bien constata la más autorizada literatura constitucional en Chile, ni siquiera comparadamente tiene asidero, específicamente en Alemania como referente en esta materia, al establecerse en aquel país una *ratio* de mediatez (*mittelbare Drittwirkung*)⁵⁸⁵, teniéndose meramente como un deber del Estado a través de la judicatura aplicar la normativa existente y atingente al caso en particular, debiendo considerarse las normas

⁵⁸⁴ En el mismo sentido, WALTER DÍAZ, Rodolfo y FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos. “La protección de los derechos fundamentales...”, p. 92.

⁵⁸⁵ “Esta representada por Günter Dürig y sostiene que los derechos fundamentales tienen una eficacia mediata o indirecta. Sus planteamientos al respeto han sido orientadores. Después de puntuales observaciones en 1953 y 1954, ha sido su contribución de 1956 “*Grundrechte und Zivilrechtsprechung*”, donde ha delineado los puntos básicos de esta tesis. Según ella, los derechos fundamentales al ser desarrollados por la ley, deben interpretarse en la forma en la que el legislador ha deparado su contenido, alcances y límites. Pero, además, los derechos fundamentales serían necesarios puntos de partida para la interpretación de la legalidad ordinaria, tendrían una eficacia interpretativa. Vale decir, la legalidad deberá ser interpretada conforme al sentido de aquéllos. De otra parte, serían los “conceptos abiertos” y las “cláusulas generales” del derecho civil enunciadas en los artículos 138°, 242° y 826° del Código Civil alemán-, como especie de “puntos de penetración” (*Einbrückstellen*), a través de los cuales, los derechos fundamentales ejercerían influjo en el derecho privado”, MENDOZA ESCALANTE, Mijail. “La eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares”, en: *Pensamiento Constitucional*, N° 11 (2005), pp. 222-223.

constitucionales en tal ejercicio⁵⁸⁶. No le resulta posible al adjudicador en esta línea, ni reemplazar ni sustituir el bagaje positivo infraconstitucional a través del constitucional; lo cual llevado al ámbito específico de lo laboral, una lectura como la presente impediría resolver conflictos de este talante ante particulares obviando la normativa no constitucional, *v.gr.*, del Código del Trabajo, siendo obligatorio un ejercicio hermenéutico de ésta bajo el prisma de la contenida en la Carta. Es por ello que, desde la base que supone que todo derecho es manifestación del ejercicio de libertad de las personas, Aldunate Lizana indica que como su límite “lo fija el derecho, la solución a la colisión de derechos tiene que ser buscada en el ordenamiento jurídico subconstitucional, por cuanto el enfrentamiento entre derechos fundamentales significa, desde el punto de vista normativo constitucional, sólo una cosa: la existencia de dos ámbitos de libertad igualmente protegidos”⁵⁸⁷. Resulta más conveniente hablar, al modo ya citado de Martínez Pujalte, de “pretensiones encontradas” en el ejercicio de la libertad de los individuos en conflicto, las que deberán ser resueltas por el juez mediante la determinación de los límites de cada derecho en juego desde la interpretación de la batería normativa vigente, y no mediante un ejercicio de ponderación supuestamente racional. Un ejercicio como el propuesto podría perfectamente ayudar en la determinación de criterios tendientes a la objetividad cuando se trata de garantizar el ejercicio de un Derecho Fundamental y resolver situaciones como la expuesta, escapando de la subjetiva valoración tendenciosamente moral que puede desarrollar un juez, quién cubre con sus decisiones el halo de racionalidad pretendido por la proporcionalidad.

El neoconstitucionalismo⁵⁸⁸ que rezuma la labor del juez al resolver estas “pretensiones encontradas” es patente. Zagrebelsky, argumentando el modelo implementado sobre su base, señala que “hoy, ciertamente, los jueces tienen una gran

⁵⁸⁶ Se sigue a ALDUNATE LIZANA, Eduardo. *Derechos fundamentales*. Santiago, Chile: Editorial Legal Publishing, 2008, pp. 213-214.

⁵⁸⁷ ALDUNATE LIZANA, Eduardo. *Derechos fundamentales...* p. 278.

⁵⁸⁸ Denominación que tiene diversos sentidos. Desarrollándolos, ALDUNATE LIZANA, Eduardo. “Aproximación conceptual y crítica al neoconstitucionalismo”, *en*: *Revista de Derecho*, Vol. XXIII, N° 1 (2010), pp. 82-86.

responsabilidad en la vida del Derecho, desconocida en los ordenamientos del Estado Legislativo de Derecho. Pero los jueces no son los señores del Derecho en el mismo sentido en que lo era el legislador en el pasado siglo. Son más exactamente los garantes de la complejidad estructural del Derecho en el Estado Constitucional, es decir los garantes de la necesaria y dúctil coexistencia entre ley, derechos y justicia”⁵⁸⁹. Así, “la aplicación del Derecho a casos concretos estará siempre teñida por los hechos del caso. Pero además del texto normativo, ellos acudirán a consideraciones de integridad y equidad. A la sabiduría. A sus ojos, la Constitución, repleta de cláusulas abiertas y abstractas requiere una interpretación especial”⁵⁹⁰. Rezuma el entramado, la búsqueda de la superación de un positivismo estricto que descarta el mecanismo de subsunción por ser extremadamente mecánico al resolver conflictos o colisiones entre Derechos Fundamentales (que por cierto ahora tienen el carácter de principios y en cuanto tales, son mandatos de optimización, siguiendo la teoría de Alexy⁵⁹¹), reemplazándolo por el de la ponderación.

Lo preocupante viene de la mano cuando se quiere llevar a la práctica esto por parte de un juez laboral en Chile, más allá de la raigambre tutelar de esta rama del Derecho. Éste, mutado en uno constitucional en el marco del procedimiento de Tutela de Derechos Fundamentales y enfrentado a la búsqueda de una solución al teórico choque de estos derechos, efectúa una comprensión de la Carta que distanciada de lo deóntico se termina centrando en lo axiológico mediante el mecanismo de ponderación. El adjudicador en dicha traza, culmina fundando sus sentencias en sus muy particulares preferencias nociones políticas, morales e incluso religiosas, descartando inclusive en su ejercicio

⁵⁸⁹ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Madrid, España: Trotta, 2008, p. 153.

⁵⁹⁰ NÚÑEZ LEIVA, José Ignacio. “Explorando el neoconstitucionalismo a partir de sus tesis principales: “Black holes & Revelations””, en: *Revista Ius et Praxis*, Año 21, N° 1 (2015), p. 336. Guastini dirá que las Constituciones “pueden producir efectos directos y ser aplicadas por cualquier juez con ocasión de cualquier controversia”, GUASTINI, Riccardo. “La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, en: CARBONELL, Miguel (coord.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid, España: Trotta, 2003, p. 55.

⁵⁹¹ ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid, España: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 87

intelectivo los propios derechos que él mismo está llamado a guarnecer. Es por ello, que la utilidad estricta del mecanismo de ponderación vendría de la mano con su incardinación a la perspectiva publicista de la labor jurisdiccional, en la que el dispositivo de interpretación de Alexy vendría más bien a ser uno funcionalmente argumentativo a la particular teoría del juez de turno, bañándola de verdad y legitimación al atribuirse la sentencia al ejercicio de un poder del Estado⁵⁹². En dicha línea, se ha descrito a la ponderación como un método “más apto para que los tribunales cumplan con los requisitos de una argumentación exigente, pues en él se ven más claros los pasos en que la racionalidad exige argumentación expresa de las decisiones determinantes del resultado final”⁵⁹³. Los corolarios de una lectura más crítica son, sin ser taxativos, en primer lugar y eventualmente, la gestación de fallos más racionales con una determinada concepción o ideología, mas no necesariamente coherentes con los límites a los Derechos Fundamentales y el sistema de fuentes nacional. Ya en segundo lugar, y diluído de lo notado recién, que la complejización interpretativa no necesariamente lleva a resultados que engarzan correctamente con los mandatos contenidos en la Constitución. Como bien indica Aldunate Lizana, “la distinción entre reglas y principios solo es posible para una teoría que no distingue entre textos normativos y norma como entidad de significado resultante de un proceso de construcción normativa”⁵⁹⁴. En verdad, y sin desconocer la veracidad de tal crítica, más que apegar aquella hacia el factor de “lo posible” tal debiera tornarse hacia “lo necesario”, pues la subsunción, aquella que resulta renegada por el método de la ponderación, es empleada por éste en la totalidad de sus etapas. No es un tema este de pesaje relativo de derechos o principios. “De hecho, en cada uno de los pasos desarrollados en el principio de proporcionalidad, si es que pudiese aplicarse de manera correcta y racional, habría que ir subsumiendo hechos, conceptos o medidas, a la

⁵⁹² Cuestión no menor, pues lo único que importa dentro de los marcos procesales en una línea publicista, es aquello que “el juez ha tenido por verdadero y perderá relevancia aquello que es verdadero (en el supuesto que difieran)”, NUÑEZ OJEDA, Raúl. “El sistema de recursos procesales en el ámbito civil en un Estado democrático deliberativo”, en: *Ius et Praxis*, Año 14, N° 1 (2008), p. 210

⁵⁹³ GARCÍA AMADO, Juan Antonio. “El juicio de ponderación y sus partes. Una crítica”, en: ALEXY, Robert. (coord.). *Derechos sociales y ponderación*. Madrid, España: Fundación Coloquio Europeo, 2009, p. 317.

⁵⁹⁴ ALDUNATE LIZANA, Eduardo. “Aproximación conceptual...”, p. 91.

comprensión de determinadas categorías”⁵⁹⁵. Y finalmente en tercer término, que rehuir de la ponderación y aproximarse a categorías más familiares con el propio sistema constitucional chileno, es afianzar la existencia de un Debido Proceso desde el control mismo que las partes puedan efectuar al juez en relación a sus argumentos y lógicas por él empleadas al resolver un conflicto de tipología *iusfundamental* laboral. En definitiva, la decisión justa y legítima, descartado el método de Alexy y reconociendo una subsunción que transparente el proceso intelectual del juez, vendrá a ser el resultado de la orientación del proceso hacia una verdad que “no asoma de manera misteriosa sino que es fruto de un procedimiento cognoscitivo estructurado y racional, susceptible de ser controlado y compartido entre los sujetos”⁵⁹⁶, abriendo las puertas hacia una mayor comprensión de su fallo.

A esta altura, es evidente la predilección por una labor jurisdiccional que en el marco del procedimiento de Tutela de Derechos Fundamentales reconozca que “la protección de los derechos fundamentales del trabajador está mediatizada por la ley; que la aplicación de la Constitución en el juicio de tutela es indirecta: se realiza a través de la ley”⁵⁹⁷. La incidencia de la Carta Fundamental en las fronteras de este procedimiento debe darse, pues, desde la iluminación que ésta pueda dar al interpretar la normativa laboral, no así desde una aplicación directa de la misma. De esta forma, la ambigüedad con la que se podría inicialmente calificar la incidencia del principio de Supremacía Constitucional en el procedimiento de Tutela del Código del Trabajo luego de observar algunos de los planteamientos aquí vertidos, debiera verse atenuada ostensiblemente desde la incidencia de la Carta en las lecturas que del ordenamiento laboral el juez debiera efectuar. “De ahí que resulte fundamental el rol de los jueces en relación a la supremacía de la Constitución, pues al resolver los pleitos deben no sólo considerar la ley o reglamento que resulte

⁵⁹⁵ RUAY SÁEZ, Francisco. “El juicio de ponderación en el procedimiento de Tutela Laboral”, en: *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Vol. 2, N° 4 (2011), p. 161

⁵⁹⁶ TARUFFO, Michele. “Consideraciones entre prueba y motivación”, en: *Jueces para la Democracia*, N° 69 (2007), p. 76.

⁵⁹⁷ SILVA IRARRÁZAVAL, Luis Alejandro. “Supremacía constitucional y...”, p. 45.

aplicable. Como la supremacía constitucional supone la sujeción del poder al Derecho, al momento del fallar deberán velar porque las normas positivas aplicables al caso se ajusten al texto constitucional, a la equidad y los principios jurídicos”⁵⁹⁸.

Posando en definitiva los antecedentes expuestos a lo largo de punto sobre la institución de la cláusula de no competencia post contractual en lo laboral, claro es que el análisis de su legalidad y conformidad con el texto constitucional debe partir por examinar si acaso el empleador está autorizado por el ordenamiento jurídico para limitar la Libertad de Trabajo del ex trabajador a través de su establecimiento, al amparo del ejercicio de su Libertad de Empresa y tutelando en correspondencia con ellas la competencia diferencial. Como reiteradamente se ha expuesto en esta investigación, la normativa infraconstitucional no reconoce ni regula en sede laboral estos pactos con incidencia post contractual en la Libertad de Trabajo. Una lectura desde la Carta consecuente con las libertades constitucionales en comento, sin dejo a incertidumbres rechazaría su inclusión dentro de sus márgenes al alejarse de los límites que la propia Constitución fija para aquellas, al arremeter indefectiblemente en la coraza que representa su contenido esencial. Las cláusulas son, que duda cabe, inconstitucionales cualquiera sea la arista mediante la cual se pretenda alterar esta conclusión dentro de los predicamentos del Estado de Derecho. Sin embargo, la ampliación que sufre el Orden Público laboral mediante el Derecho Procesal a través del procedimiento de Tutela de Derechos Fundamentales, abre la puerta para que la Libertad de Trabajo mediante la aplicación del método de la ponderación se vea derechamente compelida en su núcleo. Totalmente atingente al respecto resulta la reflexión de Palavecino Cáceres sobre el instituto de Tutela Laboral de Derechos Fundamentales: “la tutela judicial directa de los derechos fundamentales, en lugar de jugar a favor de su protección, termina muchas veces atentado contra las libertades. Nacidos para proteger al individuo frente a la insaciable voluntad de poder del

⁵⁹⁸ VIVANCO MARTÍNEZ, Angela y MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio. “Acerca de la supremacía de la Constitución”, en: *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, N° 18 (1997), p. 68.

Leviatán, los derechos fundamentales terminan siendo la mejor excusa para que el Estado-Juez restrinja arbitrariamente las libertades de los privados”⁵⁹⁹.

La aceptación irreflexiva de aquel mecanismo ha llevado que las muy escasas investigaciones sobre estas cláusulas en Chile terminen aceptando criterios comparados de legalidad que definirían tendenciosamente su constitucionalidad. Éstos, si bien como se tuvo oportunidad de revisar habilitan a su legalidad ya sea mediante legislación expresa o construcción de los jueces, un examen apegado a los límites constitucionales de las libertades en Chile sobre las cuales los agentes fundan sus posiciones tiende a precisamente lo contrario. La judicialización de los conflictos gestados con ocasión de la ejecución de estos pactos, demuestra la complicidad del Estado a través de una judicatura laboral que define su aceptación a partir de la inclusión de requisitos analizados desde el método de la ponderación. Aquello, adicionalmente, cimenta una limitación fáctica contraria totalmente a la Constitución y a la Libertad de Trabajo, alimentado todo mediante los engranajes del publicismo y el neoconstitucionalismo.

⁵⁹⁹ PALAVECINO CÁCERES, Claudio. “El procedimiento de tutela de Derechos Fundamentales del trabajador en Chile”, en: CALVINHO, Gustavo, BRUNETTI, Andrea, *et al. Derecho Procesal, Garantista y Constitucional: Proceso, garantía y libertad*. Medellín, Colombia: Corporación Universitaria Remington, 2014, p. 126.

CONCLUSIONES.

Tendrá que recordarse el punto de partida de la presente investigación, el cual no es sino su hipótesis de trabajo: la cláusula de no competencia laboral post contractual es una institución fruto de los procesos de flexibilización estructural y operacional del Derecho del Trabajo, que empero, se instituye sobre una base jurídica y discursiva que no reconoce sus bases epistémicas, y que se valida por la prosecución de las dinámicas de la libre competencia, sin análisis ni equilibrio suficiente de los bienes en juego.

Pues bien, el planteamiento transcrito se considera ha sido satisfecho a lo largo del trabajo, pudiendo disgregarse las conclusiones fundantes de esta afirmación de la siguiente forma. En primer lugar, se tratan cuestiones estructurales del Derecho Laboral flexible que traicionan una respuesta por parte de éste realmente coherente con sus principios identitarios, aludiendo a algunos rasgos doctrinales y positivos que de inmediato se ponen de manifiesto en relación a Chile. Ya en segundo lugar, se observan los resultados de la revisión comparada efectuada a las cláusulas de no competencia postcontractual laboral, para luego en tercer término, revisar los principales lineamientos que ofrece lo nacional respecto de estos pactos. Se concluye, en definitiva, con algunas consideraciones y proyecciones.

1. El Derecho del Trabajo asume la forma de un dispositivo que autopoieticamente se va configurando sin mayor consideración a su nivel de emergencia.

No obstante la autonomía relativa del Derecho del Trabajo y sus afanes de adaptación sistémica, el trabajo en clave jurídica tiene una funcionalidad dispositiva indudable a partir de su flexibilidad, fenómeno del cual éste no se hace cargo

apropiadamente, pensando en las repercusiones que desde su coherencia epistémica se avizoran. La aplicación de la Teoría de Sistemas en clave luhmanniana provee de una batería conceptual elemental para el examen desde este prisma del Derecho Laboral, tenido como un subsistema derivado del sistema social Derecho, y del que se deduce tal conclusión.

La autopoiesis *iustlaboral* no ha sido capaz de retraducir en su estructura y principios, las irritaciones y tensiones que le provoca el entorno dentro del cual se inserta, no pudiendo a su vez, satisfacer de forma apropiada la reducción de la complejidad jurídica que esta derivación sistémica debiera reducir. Básico en esta línea argumental, es señalar el deficiente proceso de selección y recogimiento por parte de este derecho de las posiciones consideradas como legítimas, pues será en virtud de ellas, yendo más allá de los abjurados núcleos tutelares principales, que será posible identificar las sinceradas expectativas de conducta que efectivamente el Derecho del Trabajo procura tutelar. Y, finalmente, precisar su real nivel de emergencia, el que da cuenta de su ineficiencia al cimentar los equilibrios y su incapacidad de respuesta a las tensiones de manera afín a su propia coherencia interna.

La cláusula de no competencia postcontractual es el perfecto reflejo de una tensión mal resuelta, planteándose el susodicho pacto en este derrotero de ideas y conceptos tanto como un desafío como un riesgo para el Derecho Laboral que éste no supo retraducir. Desafío, ciertamente inadvertido, pues aquel no consideró que en su propio seno la resonancia de la flexibilidad se ha instrumentalizado estratégicamente desde su construcción de sentido primaria. Motivo por el cual la irritación que representa para este Derecho la incidencia de los intereses corporativos de defensa de la posición de mercado en pro de la libre competencia en su núcleo identitario, fácilmente le genera un quiebre en su coherencia invisibilizado por un discurso que inserto en él, muta de peregrino en natural. El riesgo implícito en una aceptación de estos pactos poco discurrida en este escenario, abre las puertas a efectos ajenos e indeseables para el Derecho del Trabajo. Mal

que mal, se está en presencia de un pacto cuyas bases operacionales encuentran reducto en una autonomía de la voluntad cuyo nuevo brazo armado es capaz de extender sus efectos tras el término de la relación de trabajo, incidir en la Libertad de Trabajo, el desarrollo profesional y la libertad para desarrollar una actividad económica; todo, sin reacción epistémica alguna. En definitiva, el poder simbólico de una idea mutada en dispositivo, como es la flexibilidad laboral, fuerza los significados del dirigismo y la irrenunciabilidad, y se desentiende abruptamente del nivel de emergencia del Derecho del Trabajo.

En esta investigación, se trae a colación el concepto de flexibilidad operacional de López Oneto; noción que sobre el cimientamiento de la advertida debilidad estructural y dogmática, descarta por los peligros involucrados, un talante transaccional de lo privado desbocado. A su vez, una de las virtudes de esta flexibilidad en clave operacional, es que no se esconde de la indiscutible realidad y demandas del entorno. Su función primordial radica en recordarle permanentemente al Derecho del Trabajo su coherencia existencial tutelar dentro de dinámicas constantes de equilibrio. En esa racionalidad, hay 3 estadios en los que su incidencia es esencial: en impedir la generación de estructuras a contrapelo de su esencia; en la identificación de normativa vigente, vacíos normativos e interpretaciones que afecten aquel núcleo, y finalmente en el proceso de adjudicación judicial.

2. La irrenunciabilidad de derechos necesarios absolutos es una posibilidad cierta a partir de la labor de la autonomía privada ejercida por las partes.

La flexibilidad laboral dispositivizada encubre bajo la función político-económica del Derecho del Trabajo, la arremetida a una de las más potentes garantías que recubre su médula existencial: la irrenunciabilidad de los derechos laborales. A pesar de la matización que significa una adscripción absoluta a aquella, a partir de la distinción entre derechos absolutos, relativos y discrecionales, en nada resta valor a la conclusión arribada

la apertura al hecho que las partes puedan, ejercitando su autonomía negocial, alterar los pisos tutelares de base. Ello, pues que si bien la teoría sólo demarcaría la posibilidad antedicha únicamente a la normativa relativa y discrecional, la práctica del artículo 10 N° 7 del Código del Trabajo de Chile y la inclusión de pactos tales como el de permanencia, confidencialidad o no competencia postcontractual, son credenciales suficientes para afirmar la flexibilidad del Orden Público Laboral.

El pacto de no competencia postcontractual implica, de buenas a primeras, una renuncia prohibida al ejercicio de la Libertad de Trabajo, al tratarse de una abdicación que más allá de tratarse de una no contemplada en el artículo 12 del Código Civil, es una que trata de un derecho establecido en favor de la comunidad, que trasciende la mera individualidad. Esta constatación, efectuada tempranamente en esta investigación, abre un primer camino en la determinación fundada de la inconstitucionalidad flagrante de esta figura, carácter obnubilado por la muy tenue recepción por parte de nuestros tribunales de Justicia de esta diferenciación, abriéndose así la puerta para la disponibilidad de Derechos Fundamentales desde la supuestamente libre autonomía privada en sede laboral.

Preocupante es, que además del desentendimiento jurisprudencial de la lógica de los derechos necesarios absolutos recién expuesta, aquel se ha engarzado con una lectura del artículo 5 inciso 2° del Código del Trabajo que, además de conciliarse con tal actitud, encuentra apoyo en la hermenéutica originalista y privatista de la Constitución de 1980 y un desarrollo legal afín. En esta línea, una norma de rango legal pone en jaque la vigencia de los Derechos Fundamentales, haciendo del término de la relación de trabajo una bisagra en su eficacia. En términos simples, la interpretación a la que se alude llevándola al escenario de los pactos de no competencia postcontractual, trata que terminado el contrato de trabajo es totalmente legítima la disposición de la Libertad de Trabajo por parte del, ahora, ex trabajador en beneficio de los intereses de su ex empleador.

3. Las incongruencias reveladas a propósito del bien jurídico tutelado acreditan la ilegalidad de la causa.

La disponibilidad de los Derechos Fundamentales tras el fin del contrato del trabajo a través de estos pactos de no competencia ultraactiva, y la tolerancia desplegada por el Derecho del Trabajo en dirección a su admisibilidad, es muestra evidente de un acomodo hermenéutico que no respeta afanes tutelares. Cooperan a aquel la ausencia de normativa en sede laboral, la continuidad de una lógica acoplada a la buena fe al mismo modo que lo dado a propósito de la no competencia contractual, y la superposición tutelar anticipada de la posición de mercado por parte de un competidor contingente respecto de las posibilidades gestables desde la Libertad de Trabajo y el desarrollo profesional en el ámbito de desarrollo de su ex empleador.

La dirección propuesta en esta tesis en relación al bien jurídico protegido mediante la figura en estudio, asume un cariz crítico de la misma. Se descarta la posibilidad que sea la competencia leal lo protegido, al resultarle ajeno al Derecho del Trabajo que prosiga cautelando intereses empresariales tras la finalización de los servicios dependientes, sobre la base de la buena fe calibrada al modo de la causal de caducidad del artículo 160 N° 2 del Código, próxima a un comunitarismo atemporal. Es por ello que no resulta correcto pensar este tema bajo lógicas contractuales sino más bien estrictamente extracontractuales, basados en la competencia prohibida, con precisión, en la diferencial.

Ahora bien, una cosa es que el bien jurídico protegido a través de una figura sea tal y otra diversa, empero, conexas, es que los fines proseguidos con ella tengan una causa lícita. El análisis efectuado en la presente investigación da cuenta que es posible reengazar la licitud particular de lo pretendido por el empresario mediante estas cláusulas con implicancias laborales, con la extrínseca propia del resto del ordenamiento jurídico. El rol que pasa a jugar la causa lícita es el de supervigilar la justeza de los actos efectuados por las partes, considerando los intereses perseguidos por éstas con su establecimiento. Se

concluye que son los intereses de la parte más fuerte de la relación de trabajo, el empleador, los que culminan por invisibilizar los del trabajador, pudiendo la causa retornar al análisis de los reales fundamentos y motivos ocultos tras la formalidad contractual. Con ello se inserta a la institución en un sentido operacional y orientativo el componente tutelar obviado por el poder simbólico de la posición empresarial, y simultáneamente, una visión comprehensiva de todo el ordenamiento jurídico, que descarte una estructuración unívoca de su legalidad. Cuestión de suma relevancia y que debe ser considerada en un país como Chile, atendida la ausencia de regulación directa de estas cláusulas y su entusiasta aceptación desde lo jurisprudencial.

Se exploró cuan relevante resulta ser la influencia de reduccionismos axiomáticos en la temprana composición de instituciones como ésta, que al igual que los axiomas no se encuentran formulados en texto positivo alguno. En particular, la revisión de la fórmula “en Derecho Privado puede hacerse cuanto no esté prohibido, mientras que en Derecho Público sólo aquello que esté permitido”, demuestra que la pertenencia del Derecho del Trabajo a ambos sectores complejiza la gestación de constructos coherentes, sean estos positivos, dogmáticos o jurisdiccionales. La disminución epistémica de esta dificultad revela un cierto modelo o patrón de resolución de las mismas, el cual a propósito de estos pactos de no competencia post contractual en sede laboral demuestra que el Derecho del Trabajo se acoge a las dinámicas del Derecho Privado, al centrarse éste más en la perfección formal de los acuerdos que en la licitud general de los intereses reductibles a posiciones amparables por la generalidad del sistema jurídico. Las consecuencias de la liviandad analítica y reconducción del carácter tutelar hacia lo privado, coincidente con el talante dispositivo de la rama jurídica laboral, acarrearán la admisibilidad de escenarios como el presente, en el que la manutención de la libre competencia hace tolerable restricciones esenciales a la libertad y desarrollo profesional de alguien que ya no se encuentra bajo subordinación y dependencia.

4. La alienación del ex trabajador fuera de la noción de subordinación. La extensión tutelar a través de la dependencia económica.

Reiteradamente, los estudios dogmáticos laborales dan cuenta de la imposibilidad del concepto de subordinación de retraducir las dinámicas de poder implícita en la relación de trabajo. La matización de las posibilidades de ejercicio de la autonomía privada es una cuestión que se ve evadida por la frontera que representa, en nuestro país, el término de la relación de trabajo. Dicho de otro modo, la aspiración de protección a la parte más débil del Derecho Laboral se ve estancada por el establecimiento del artículo 5 inciso 2° del Código del Trabajo en Chile, resultando totalmente posible establecer que la subordinación es el mecanismo que permite operar a la norma jurídica laboral vigente que esté el contrato de trabajo, finalizando dicha finalidad desde que éste termine. De esta forma, depositar en la insuficiente noción de subordinación las esperanzas de construcciones tutelares ante irritaciones externas, provoca reducir las posibilidades de retroalimentación del sistema únicamente al escenario de vigencia de la relación laboral, descartando las gestables a su término.

Se concluye, en coincidencia plena con lo observado en sede comparada esencialmente, que la admisibilidad de este tipo de pactos ya sea desde una regulación positiva explícita como de un reonomiento jurisprudencial, amerita compensar la restricción a la Libertad de Trabajo sufrida por el trabajador. Retribución que, por cierto, coopera con la idea de fortalecimiento del centro protector del Derecho del Trabajo, a través la incorporación de la dependencia económica como factor de reconocimiento de elementos de laboralidad, buscando ampliar la faz subjetiva de los acreedores de protección de este derecho. Indicios todos que, vale la pena insistir, se descartan en un escenario de subordinación. Esta traza revitaliza la eficacia de lo jurídico laboral habilitando el rechazo, o al menos la posibilidad de determinar ante quién corresponda, la insuficiencia de la compensación financiera en beneficio del trabajador que termina suscribiendo una cláusula con incidencias postcontractuales. Se incorpora en fin a su

justificación, la carencia o inexistencia de aquella, pensando en la factible carestía de medios para subsistir del ahora ex trabajador. La preocupación por ello es fruto de la dependencia económica como criterio definidor del Derecho del Trabajo fuera de los tradicionales límenes del contrato.

Una lectura reduccionista de la normativa operacional de estos derechos constitucionales, fundamentalmente el ya varias veces nombrado artículo 5 inciso 2° del Código del Trabajo, acota las posibilidades del Derecho del Trabajo de instalarse como un efectivo bastión de defensa a espacios en los que lo laboral por su orientación proverbial no tiene incidencia. Continuar exclusivamente con el paradigma de la subordinación como factor aglutinante de la estructura jurídica laboral, define un plano subjetivo que, al anquilosar sus posibilidades de ampliación en dicho nicho, aliena a los ciudadanos en el ejercicio de sus Derechos Fundamentales con tintes laborales, cercando sus posibilidades de reingreso al mercado de trabajo y de desarrollo. La dependencia económica en los términos expuestos en esta investigación busca, en efecto, concentrar la posibilidad de evitar transgresiones al ordenamiento jurídico general gestadas por constructos tales como los pactos de no competencia postcontractual; y, a su vez, resolver problemáticas que de proseguir con el raciocinio de la subordinación, serían naturalmente obviadas por el Derecho del Trabajo.

5. La asimilación comparada por parte del Derecho del Trabajo de las cláusulas de no competencia postcontractual laboral. Requisitos de validez.

Una revisión a la variopinta forma en la que el Derecho del Trabajo comparado ha digerido la necesidad de protección a los intereses corporativos a través de las cláusulas de no competencia postcontractual, da cuenta de una generalizada aceptación e integración. Salvo puntuales casos, como el colombiano, la tolerancia epistémica del Derecho del Trabajo encuentra en la regulación específica de estos pactos y su admisibilidad jurisprudencial, manifestaciones ciertas de una dispositividad de lo laboral

que en ocasiones no esconde la tensión propia y la predilección por los intereses empresariales insertos en ellos. Si bien no es extraño que Alemania regule estas cláusulas en el Código de Comercio, y que en Holanda o Italia aquello se observe en su Código Civil, su examen revela estándares tutelares laborales ciertamente contraintuitivos. No obstante tal constatación, la gran mayoría de las legislaciones analizadas describe el desarrollo de estos pactos radicado en su normativa rigurosamente laboral.

Tras los requisitos de la necesidad de pacto escrito como solemnidad objetiva y de mayoría de edad del trabajador con el que se suscribe aquel, se encuentra una triada encuadrable bajo la idea de “razonabilidad” en el establecimiento de la cláusula. El primero de ellos, de naturaleza material es uno compartido tanto por países que reglamentan positivamente la figura como por aquellos cuyos tribunales han ido puliéndola. El sentido es idéntico en el desarrollo de ambas fuentes: la efectividad del interés industrial o comercial por parte del empresario, siendo rasgo común en la normativa analizada el que no se le define y que la terminología empleada en su planteamiento es abstracta, cupiéndole a los Tribunales su precisión a partir de la casuística. De esta forma, las jurisprudencias de España y Brasil han asentado que no existirá tal interés si es que la actividad desempeñada por el trabajador carece de coincidencia con la de su ex empleador. A su vez, tanto Holanda como España han determinado un ámbito subjetivo en torno a este requisito, puesto que no se configurará este requisito material si es que el trabajador con el cual se acuerde este pacto no desarrolló funciones que lo mantuvieran próximo a los intereses competitivos del empleador. Se acota se esta forma que el requisito se verá satisfecho únicamente si es que se está en presencia de un gerente o si este trabajador dentro del organigrama de la empresa se encuentra dentro de la llamada alta dirección. Portugal agrega el elemento de la peligrosidad implícita del trabajador desde la perspectiva de la competencia diferencial; lo cual llevado al juego aludido en relación a las subjetividades, hace que *prima facie* un trabajador de mayor posición decisional dentro de la empresa sea más temible en su eventual comportamiento ultraactivo, que uno que se encuentra dentro de rangos

inferiores. Menester es indicar que únicamente será factible pensar en la pérdida de este interés por parte del empleador, por un lado, si es que éste justifica ante los Tribunales competentes y antes del término del contrato de trabajo, que su justificación ha desaparecido. Lo que sencillamente no se admite es que la mera declaración o renuncia unilateral de voluntad del empleador pueda entenderse como válida. En España, se sigue una línea similar si es que es el trabajador el que pierde su interés en perseverar con el pacto.

Alemania y Austria, en una senda que tiende al equilibrio de los intereses generales de las partes, si bien sus respectivas normativas (Código del Comercio para el caso alemán y la AngG. para el austriaco) señalan explícitamente que el pacto de competencia postcontractual no será vinculante si es que tal no tiene por objeto la tutela de un interés comercial legítimo, también expresan que paralelamente no lo será si contiene una desventaja injusta para el trabajador pensando en su desarrollo profesional. Factor este último que Alemania lo incardina con el emolumento compensatorio, a la luz del tiempo de vigencia de la cláusula, el ámbito espacial y la extensión de los intereses comerciales vistos como requisito materiales. Esta forma de plantear, al menos desde el cariz normativo los equilibrios necesarios en un pacto que por su esencia laboral carga con una autonomía privada con una mayor tendencia al desequilibrio consustancial de las partes, resulta ser una primicia pensando en la relativa homogeneidad normativa positiva observable en los diversos países revisados.

El requisito temporal, ya en segundo lugar, ha sido delineado de 2 formas. La primera, discierne entre trabajadores. España, a modo ejemplar, regula en el Estatuto de los Trabajadores una duración superior de máximo 2 años para quienes sean técnicos y de 6 meses para quienes no lo sean. Italia, por su parte, aumenta el rango de restricción, fijándolo en un tope de 5 años para los ejecutivos y 3 para los demás trabajadores, argumentando su máximo Tribunal que este requisito encuentra su base en los artículos 4 y 35 de la Constitución, los que sucintamente tratan el Derecho al Trabajo y la tutela al

trabajo en todas sus formas. Por su parte, la jurisprudencia brasilera ha fijado en un lineamiento como tope máximo el de 2 años sin distinción, no obstante otro describe la relevancia del área económica en la que se compite y labora, siendo la determinación de un rango justo una tarea que deberá verse caso a caso. La segunda, *a contrario sensu*, no se forma diferenciando entre trabajadores, al establecer un parámetro de tiempo único sin distinción. De esta manera, Alemania y Austria lo fijan en 2 años.

A este respecto, en esta investigación se ha latamente expuesto que si bien pueden existir razones poderosas para diferenciar entre trabajadores en torno al plazo de vigencia del pacto, e incluso para definir la aplicabilidad de estas cláusulas a trabajadores calificados y/o con incidencia decisional en la empresa, tales deben ser rápidamente descartadas. Ello, principalmente por razones coligadas a la discriminación arbitraria: no existen razones que *a priori* justifiquen diferenciar en sentido alguno entre trabajadores, al caerse en reduccionismos que podrían terminar afectando contradictoriamente el bien jurídico perseguido proteger mediante su regulación o asimilación. Se asume en aquellas legislaciones que distinguen, con un dejo discursivo simbólico no menor ceñido a la peligrosidad anotada por Portugal, que hay trabajadores más perniciosos que otros, siendo ello los de mayor rango en la empresa, que pueden afectar de mayor forma la posición de mercado del ex empleador si compiten con éste, si se emplean en la competencia o bien forman su propio negocio con giro idéntico al de aquel. Se descarta así a los trabajadores de primera línea, es decir, aquellos que ponen en marcha con un componente más físico que intelectual, los procedimientos operativos e información confidencial de su empresa, suprimiendo conceptual e ideológicamente de los riesgos preferibles a quienes carecen de influencia en lo decisional. Una posición próxima a la ausencia de distinción temporal hace frente precisamente a argumentos diferenciadores que destilan una discriminación basada en una soterrada visión de trabajadores “más importantes que otros”, sin en verdad poner atención a la relevancia particularizada de éstos en el proceso de producción, su empleo de herramientas tecnificadas o la capacitación recibida por su empleador, al margen de su posición en el organigrama. Esta última tal vez tendría bríos de relevancia

desde la óptica de la posición de garante, empero, sustentar desemejanzas en ella es hasta contradictorio, como ya se ha señalado.

Pasando a otro punto dentro del requisito temporal, si bien inicialmente es posible decir que estos plazos se contabilizan desde que finaliza el contrato de trabajo, aquella afirmación requiere precisar que para se que dé tal escenario, menester es que todos los requisitos de validez del pacto se entiendan satisfechos. Se extrae entonces tanto su inexigibilidad al no darse en la especie los requisitos, además de la imposibilidad de pensar en la retroactividad del pacto si es que solamente *ex post* (es decir, al terminar el contrato y/o tras celebrarse la cláusula) se han cumplido las exigencias, no cupiendo responsabilizar en el tiempo intermedio al trabajador que lo incumple, pues en rigor, nada ha infringido.

El tercer requisito de validez es el económico, traducido en una compensación económica adecuada al trabajador, no definiéndose qué entender por aquello, ni tampoco entregándose parámetros de fijación o cuantificación en los ordenamientos positivos revisados. Holanda le entrega expresamente la responsabilidad a sus Tribunales de ir definiendo caso a caso si acaso la indemnización brindada por el empleador al trabajador es justa, e incluso, si la primera de esas partes puede pagar en cuotas. La literatura italiana ha señalado que si el pacto nada dice en relación a esta exigencia, su determinación deberá tener presente la actividad desarrollada por el empleador, que es la que se busca impedir mediante la obligación de no hacer.

Ante la indefinición general de los elementos que estructuran este requisito, ciertas legislaciones como la portuguesa agregan a la discusión general parámetros interesantes de ser tenidos en cuenta, y cuya relevancia supera lo estrictamente referido a la institución en revisión. El que Portugal considere que lo invertido en formación por el empleador con fondos propios, en la medida que sea considerable, pueda ser reducido de manera equitativa de la compensación a recibir por el trabajador, es reflejo de una técnica

legislativa que entremezcla a propósito de este punto, tanto los requisitos de tipo material, temporal como económico. El incentivo a la capacitación debiera ser fuerte, sobre todo si es que el ejercicio de proyección de productividad del trabajador le coloca en un punto superior al que estaría de no haberse instruido, y del que profita su empleador tanto con el contrato de trabajo vigente como terminado, al poder rebajar los costos de capacitación a la indemnización fruto del pacto de no competencia ultraactiva.

La “adecuación” de la cláusula, en tanto concepto, es uno que por su indefinición ha habilitado la aminoración del talante tuitivo y la posibilidad de ir equilibrando los intereses en juego. Por ejemplo, los juzgados españoles han asumido que la idea central del presente pacto se encuentra en el desagravio a la empresa por los eventuales daños que le pueda provocar el trabajador al competir contra ella, siendo la indemnización que ella debe pagarle, una con carácter disuasivo, que llame a trabajador a abstenerse. No resultarán raras entonces aquellas sentencias que no consideran una compensación basada en la remuneración que estaba percibiendo al trabajador al terminar el contrato, pues la restricción formulada mediante este pacto a la Libertad de Trabajo no es absoluta, pudiendo el ex dependiente desarrollar cualquier otra actividad. Una hermenéutica así hace devenir en inútil cualquier consideración al desarrollo profesional del trabajador, su nicho personal de intereses y, como es ya evidente, a las oportunidades de emprendimiento acordes a su bagaje de conocimientos.

Francia luego del 10 de Julio de 2002 sufre en torno a este requisito una vuelta de tuerca que merece ser destacada a partir de ciertas sentencias dictadas por la *Cour de Cassation*, al hacer esencialmente hacer ineludible a la contrapartida financiera en beneficio del trabajador. Además, en la *ratio* de estos fallos está en restarle toda caracterización salarial a la indemnización, lo cual trae repercusiones en lo tocante al momento en que la compensación debe ser pagada: al término del contrato laboral, siendo nula la cláusula que determine su pago mientras esté vigente éste, no estando finalmente

obligado el trabajador a reintegrar lo percibido en dicho tiempo, lo cual tendrá el carácter ya sea de mero aumento remuneracional o parte integrante de aquel.

La contrapartida financiera en Francia no toma en consideración la forma en la que termina el contrato, no obstante si asume el que no puede ser irrisoria. La irrisoriedad se construye desde la base de los requisitos tradicionales y la proporcionalidad, y para el caso que no se hubiere establecido, ello significará la nulidad del pacto. Será el juez por otro lado, quién teniendo presente los promedios de remuneraciones del trabajador, sus reales posibilidades y capacidades de desarrollar una actividad profesional, el que decidirá si la compensación es o no justa. Declaración que, por cierto, no le permitirá al juez suprimir lo querido por las partes del pacto, sustituyendo con su voluntad lo pretendido por ellas. Con todo, el juez puede perfectamente fijar los perjuicios ocasionados en virtud de la declaración de nulidad del pacto.

Huelga finalmente destacar, un requisito que muy rara vez se encontró en la legislación comparada de forma patente y reiterada. La limitación espacial, tal vez por su ordenación federativa, tiene una especial importancia en Brasil, cuya jurisprudencia ha decidido que el ámbito territorial del pacto debe ir de la mano, por mandato de la proporcionalidad, con el espacio dentro del cual el empleador se desarrolla.

6. El caso colombiano demuestra que la restricción a los Derechos Fundamentales siempre ha de ser tenida como la última *ratio* de intrusión y sólo en la medida que la propia Constitución lo autorice.

Colombia pretendió regular el pacto de no competencia postcontractual laboral en el artículo 44 de su Código Sustantivo del Trabajo, empero, la Corte Suprema declaró inexecutable aquella parte en Julio de 1973. Ya como resabio histórico, aquel artículo trataba la cláusula de no concurrencia, fijando un marco temporal de hasta por 1 año cuando se trate de trabajadores técnicos, industriales o agrícolas, debiendo pactarse una

indemnización que jamás podría ser inferior a la mitad del salario. Si se quiere, la técnica legislativa empleada en su minuto por el legislador colombiano solamente tuvo en consideración a trabajadores que, a diferencia del ámbito subjetivo revisado con antelación, no se encuentran dentro los rangos de mayor nivel dentro de la empresa.

Lo sugestivo de la decisión de la Corte radica en la argumentación que ella conforma para rechazar la conformidad de la norma a la Constitución. Lo primero es que la ley jamás podrá inhibir la obligación de trabajar inserta en el Derecho al Trabajo, pues tal ley iría contra la Carta, la que por lo demás no contempla excepciones ni habilita al legislador fijarlas. Lo segundo, en un análisis más formal, es que la disposición afectaría diversas normas constitucionales, puntualmente la que contiene la Libertad de Trabajo, la que no permite que el legislador a través de la ley la regule, y mucho menos restringiéndola como en la norma cuya inexecutable se plantea, por cierto lapso y diferenciando entre trabajadores. En tercer término, la Corte se hace cargo de los argumentos de necesidad de la cláusula de no competencia, la que vendría a restringir la posibilidad se divulguen secretos, procedimientos industriales e informaciones confidenciales. Señala el Tribunal que la textualidad de la norma no menciona deberes de reserva ni que las actividades prohibidas al trabajador sean similares a las ejercidas por el empleador. Esencial es la mención efectuada en relación a normativa contenida en los Códigos del Trabajo, Penal y Comercial, además de la legislación civil, las que remediarían los riesgos aludidos e incluso, habilitarían al ofendido a solicitar los perjuicios que le fueran proferidos por parte del ex dependiente. Concluye la Corte que es indispensable una ley autorice obligaciones de no trabajar, las que indubitablemente deberán estar conformes con el texto constitucional. Tan fuerte ha calado esta sentencia en la cultura jurídica interna de Colombia, que a pesar de la inclusión de pactos de este tipo en la actualidad, tales se han configurado como ineficaces, y que incluso, de intentarse alguna acción por parte del empleador en contra de su ex trabajador aquella se conceptuará como temeraria.

Las lecciones del modelo colombiano de restricción a este tipo de cláusulas son interesantes de ser consideradas al momento de examinar las respuestas del Derecho del Trabajo en nuestro país. El concepto central de la Corte Colombiana es posible de resumir en que la defensa de la Constitución no tolera construcciones legales cuyos límites no admita. En esta lógica, debe ciertamente concluirse que en la medida que la propia Constitución autorice explícitamente la restricción de los principios y derechos que ella misma asegura, el desarrollo legal de esta limitación deberá estar conforme a ésta.

7. El desarrollo jurisprudencial en Chile ampara una limitación de tipo fáctica que encubre a su vez, una inconstitucionalidad flagrante.

Chile no contempla regulación explícita sobre las cláusulas de no competencia postcontractual laboral. Sin perjuicio de lo anterior, la actitud dogmática y el talante de la jurisprudencia judicial y administrativa denotan una laxitud y permisividad en sus análisis al amparo del sistema de fuentes nacional, particularmente constitucional, que ha hecho que estos pactos logren insertarse como una herramienta corporativa en lo laboral sin mayor reflexión. Es por ello que la relevancia del actuar jurisprudencial ha sido central en el establecimiento de los cantos que definen la admisibilidad o no del pacto, pensando en el caso particular a resolver.

Sin embargo, el fértil escenario actual para esta cláusula no siempre fue tal. Una primera etapa de rechazo, que por cierto se mantiene hasta el día de hoy, viene representada por la labor de la Dirección del Trabajo, quién negó absolutamente su validez basándose en la inconstitucionalidad de las mismas, al ir contra el contenido del artículo 19 N° 16 de la Constitución. Este inicial argumento, de Agosto de 1992, habría de sumar otro el año 2001, época en la que el ente estatal arguye la ilegalidad e inconstitucionalidad de estos pactos fundándose en el efecto horizontal de los Derechos Fundamentales, incidiendo éstos directamente en las relaciones entre particulares. Ya en Junio de 2009, la Dirección del Trabajo elabora un dictamen elemental en que suscribe de manera explícita

la existencia de colisiones de derechos constitucionales (de los que en todo caso la entidad ya hablaba a mediados de la década de 1980), la noción de proporcionalidad y sus subprincipios y cotos de las potestades empresariales, resolviendo tales conflictos sobre la base de la conjugación de tales conceptos. Considerando aquello, ya en Julio del 2009 se termina resolviendo a través de la aplicación de la proporcionalidad y sus subprincipios, una consulta relativa a la legalidad del pacto, señalando además que este tema significa una colisión de Derechos Fundamentales que el legislador no resuelve.

En paralelo, los Tribunales de Justicia en Chile también le negaban valor y legalidad a esta institución. Hay una primera fase de fines de la primera década del 2000, en la que el Tribunal que fue llamado a resolver los conflictos era uno con competencia en lo civil, no haciendo éste observación alguna en relación al plazo de vigencia de la obligación de no competencia incardinada en el contrato del trabajador, si acaso el pacto se encontraba conforme al Derecho Público chileno, si acaso su arista espacial estaba definida, o si el monto indemnizatorio fijado en beneficio de él era el correcto. Ahora bien, con el caso Bordachar se incorpora dentro de la argumentación de rechazo del Tribunal civil particularmente la idea de nulidad absoluta inserta en el artículo 1462 del Código Civil, al existir en la cláusula objeto ilícito, declaración que efectuó el juez de primera instancia de oficio al aparecer de manifiesto, al amparo de lo prescrito por el artículo 1683 del Código Civil. Ya en la Corte se confirmó la sentencia, empero, agrega la sentencia elementos interesantes. El primero, es que su considerando sexto resulta atractivo al ofrecer como indicio la necesidad de una compensación en favor del trabajador, con lo cual se anticipa su inclusión como requisito de validez; y el segundo, que no toma en cuenta de forma explícita y directa a la Libertad de Trabajo como el Derecho Fundamental atacado a través de esta cláusula, sino más bien a la libre elección y a la libre contratación.

La segunda etapa a nivel jurisprudencial se inaugura con el fallo que resuelve el recurso de casación interpuesto por las empresas en el caso de Pedro Pablo Bordachar, dictado el 27 de Enero de 2011. Fallo que, por cierto, les es favorable a las recurrentes y

que tras analizar los requisitos comparados de validez más tradicionales, los menciona: la determinación de un plazo de vigencia, que se trate de una restricción parcial de la actividad, y contemple una contraprestación en favor del ex empleado que carga con la obligación de no desarrollar la actividad en competencia. No incorpora, extrañamente, el interés comercial o industrial (requisito material), elemento central a fin de acreditar si es que en verdad resulta necesaria la afectación a la libertad del trabajador. Empero, y tal vez más preocupante que dicha ausencia, es el hecho que la Corte diga que no hay contravención alguna al artículo 19 N° 16 de la Constitución si es que se cumple con dichos requisitos comparados de validez, no haciendo análisis ni revisión alguna al entramado constitucional *bis a bis* aquellos. Además, la desprolijidad analítica de la Corte Suprema, que se queda claro está en el “copiar-pegar” de lo extranjero, le lleva a decir que la compensación del trabajador se elaboraría y satisfecería con su elevada remuneración, no siendo necesario ni justo el establecimiento o fijación de una. Algo impensado revisando la doctrina y jurisprudencia extranjera, particularmente francesa y española.

Lo que nos ofrecen a nivel dogmático las resoluciones de los Tribunales Superiores de Justicia en Chile es sin dejo a dudas, el fruto de su continúa y sistemática incomprensión de las cláusulas de no competencia postcontractuales. Ejemplos de ella, se ven en el caso Silva Carvacho, en el que la Corte Suprema confunde dedicación exclusiva (exclusividad) con no competencia post contractual, no comprendiendo que trata de 2 pactos diferentes. A su vez, asimila la lógica de no competencia contractual a la post contractual, con lo que se termina extendiendo el discurso de la subordinación a una fase postcontractual en la que el discurso tradicional de la irrenunciabilidad traiciona las chances de tutela al ejercicio del poder empresarial. Y finalmente, el máximo Tribunal acota la determinación de validez del pacto al hecho que sus partes meramente cumplan con aquello a lo que se comprometieron. Otro tanto es lo que se observará y revisará en el siguiente punto, puntualmente con las resoluciones de los tribunales de primera instancia y de alzada mediante la agregación del procedimiento de Tutela de Derechos Fundamentales en sede laboral, y la incardinación del discurso de la proporcionalidad en ellas.

Empero, necesario resulta desde ya es en este punto traer a colación la mención de la Corte Suprema en “Adiserv S.A. y Adicorp S.A contra Bordachar”, en lo tocante a que si se dan los requisitos de origen comparado por ella transcritos, no habría vulneración al artículo 19 N° 16 de la Constitución. El simplismo destilado por la Corte Suprema en dicha afirmación, mutada en un Tribunal Constitucional, es alarmante. Primero, pues como bien ya se decía, no hace revisión alguna del mencionado artículo, ni repara en las limitaciones que él mismo enuncia. En efecto, olvida que es la propia Constitución la que pule los límites de sus derechos, con efectos ciertos y directos para el resto del ordenamiento jurídico; carácter del que no es excepción la Libertad de Trabajo, al expresarse 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”*. Segundo, y habiéndose ya advertido lo anterior, deberá verificarse que en la obligación de no hacer del trabajador que acuerda este pacto, se encuentra una prohibición de competencia que las partes supuestamente acuerdan (con toda la carga que significa la autonomía de la voluntad en materia laboral), y cuyos efectos se producen tras el término de la relación de trabajo. Por ello, el ejercicio que la Corte tendría que haber efectuado es, primeramente, haberse imbuido de las dinámicas propias de una cláusula como la que es objeto de estudio, y observar que le resulta consustancial la prohibición de un trabajo. Luego, revisar si acaso ese trabajo se opone a la moral, a la seguridad o a la salubridad públicas, o si acaso la proscripción de la labor se opone al interés nacional, siendo menester que una ley así lo declare. Por ende, no encuadrándose el trabajo en las hipótesis de limitación de la Libertad de Trabajo, lo cual se suma a que tampoco existe regulación infraconstitucional que conforme a los parámetros de la Carta faculte al empleador a limitarla postcontractualmente, es que desde ya estos pactos son inconstitucionales. Más allá, por cierto, de la afectación al núcleo esencial del derecho conculcado y de la legitimidad del fin; cuestiones de las que se podrá formar discusión, pero no así de lo que el propio texto constitucional señala y prescribe, guste o no. La incorporación de los requisitos comparados de validez por parte de la Corte Suprema, si

bien puede ser interpretada como una salida y aceptación pragmática de los pactos, deja al descubierto tanto la ignorancia de la Corte a propósito de las categorías constitucionales, como la ya tantas veces citada dispositividad del Derecho del Trabajo, que no repara en la forma en la que sus procesos de irritación y retroalimentación sistémica son resueltos tanto a nivel positivo como jurisprudencial.

El corolario anunciado en el título de este punto es una consecuencia institucional potente, basada en la aceptación y legitimidad por parte de los Tribunales de Justicia de estas cláusulas, que representan una restricción a los Derechos Fundamentales que carece de los elementos para su validez. Se está en presencia de una limitación de tipo fáctica, conformada por esta triada de requisitos de validez comparados cuyo contentamiento por parte de esta entidad estatal, en la especie, determinará la legalidad del pacto. El enraizamiento discursivo de fallos que limitan de la forma señalada derechos de naturaleza constitucional en beneficio de la libre competencia, además de reflejar el éxito de la gramática corporativa y la dispositividad del Derecho del Trabajo, acreditan un Poder Judicial permeable a requerimientos que no buscan encuadrarse en el sistema.

Ya con la Reforma Procesal Laboral en marcha, del caso “Behrmann con Chep Chile S.A.” dimana abundante contenido doctrinal, no necesariamente el más feliz. Destacable es la extensión dada por el Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago (seguida íntegramente por la Corte de Apelaciones de Santiago) a la irrenunciabilidad de los Derechos Laborales habiéndose suscrito finiquito, al habilitarse que mediante el ejercicio de la autonomía de la voluntad sea legítimo renunciar a Derechos Fundamentales del mismo modo que si fueran éstos derechos establecidos exclusivamente en favor del renunciante, y no de la comunidad entera. A su vez, necesario resulta rescatar la ausencia total de consideraciones sobre los límites territoriales del pacto, avalando la extensión de la restricción a todo el mundo. Omisión curiosa la del Tribunal, esencialmente pues lo anterior tiene repercusiones en la calificación de suficiencia de la compensación económica que, además de haber sido pagada durante la vigencia de la relación de trabajo,

abarcó tanto la competencia contractual como la extracontractual. Recuérdese a este respecto el rechazo de la jurisprudencia francesa en relación a los pagos efectuados mientras el contrato estuviere vigente teniendo por causa lo extracontractual; lo cual tenía por causa el talante compensatorio y no salarial de esta reparación. Finalmente, el Tribunal se hunde en una distinción que carece finalmente de importancia al amparo de la limitación fáctica que representa este pacto: aquella que diferencia entre “limitación” y “renuncia indeclinable” a la Libertad de Trabajo, efectuando el juez una graduación de su restricción. Para el adjudicador, este pacto representa una mera limitación a dicha libertad, al afectarse tan sólo el acceso a trabajar en tareas ligadas al giro de Chep Chile S.A. La verdad sea dicha, podría llegarse a admitir una graduación en la afectación de los Derechos Fundamentales a propósito de esta figura si estuviera regulada conforme a los parámetros constitucionales, y definiera diversos rangos de afectación. Pero como ya se ha hecho ver, ello no es así.

8. El procedimiento de Derechos Fundamentales no resulta ser eficiente si lo pretendido resguardar es la Libertad de Trabajo. La problemática de la ponderación se matiza por la racionalidad ideológica del discurso.

El fallo “Vey Moyano contra Tradition Chile S.A.” encarna la primacía de los criterios eficientistas y discernidores entre trabajadores que representan en si mismos y por su escasez, el activo más importante en la operatividad del giro. Arranca de esto, no pudiendo obviarse el que el derrotero procedimental en el presente caso haya sido el de tutela de Derechos Fundamentales, la excesiva relevancia de las singularidades de las partes, al punto que llegan a modalizar la propia aplicación y vigencia de los derechos constitucionales a través de la aplicación de la proporcionalidad. Los argumentos dados por el Tribunal para rechazar la acción de tutela son prueba evidente de dicha afirmación.

Sublima de la lectura del anterior fallo, puntualizando, que son las circunstancias propias de la actividad desarrollada por los trabajadores demandantes, el mercado dentro

del cual estos se desempeñan y las remuneraciones por estos percibida, los antecedentes que terminan rechazando la acción de tutela. O, si se quiere, circunstancias fácticas externas al sistema jurídico que limitan la efectividad de los Derechos Fundamentales, aun cuando como ya se examinaba, tales no podrían sustentar argumento alguno que culmine constriñéndolos. La pregunta que surge entonces, tras notar que las propias circunstancias extrañas a lo jurídico laboral y al sistema Derecho pueden traicionar su aplicabilidad general, es si acaso la operatividad de la estructura interna del Derecho del Trabajo puede también ponerlos en jaque, particularmente a través de su propio procedimiento de tutela.

La respuesta viene dada por lo decidido en el caso “Pérez con South Consulting Signature Chile S.A” del Segundo Juzgado del Trabajo de Santiago. En aquel, la adjudicadora termina resolviendo que al momento del despido no se han vulnerado las garantías consagradas en el artículo 19 N° 16 Y 26 de la Constitución, aun cuando de los antecedentes del caso queda absolutamente claro que el demandante de autos estaba sujeto a una cláusula de no competencia postcontractual amplia por 5 años y sin compensación alguna. El argumento de fondo empleado por el Tribunal radica en la perfección de la causal de despido del artículo 160 N° 2 del Código del Trabajo; por lo que, en términos diversos, como se ha configurado correctamente dicha causal resulta ser irrelevante que el pacto con naturaleza postcontractual afecte Derechos Fundamentales. Lo cual perfectamente podría llevar a conjeturar que incluso el procedimiento gestado para resguardar estos derechos mute en inservible. Casi de forma irónica, de lo expresado por la adjudicadora se extrae que a pesar que el contenido y requisitos de la causal de caducidad de negociaciones incompatibles postcontractuales no esté en el Código del Trabajo, como la causal del artículo 160 N° 2 se da en la especie, no hay afectación de las garantías reclamadas. La inopia del Tribunal, para terminar su justificación para rechazar la Tutela, se ve reflejada plenamente desde que culmina señalando que la prohibición para trabajar 5 años es una cuestión tan eventual como si la empresa decidiera ejercer las acciones civiles. En definitiva, de estos 2 fallos en los que el procedimiento de Tutela de Derechos Fundamentales se entremezcló con los intereses de las partes, es dable concluir

que la forma en la que se terminaron incardinando las circunstancias de los demandantes con las expectativas de defensa al encaminar sus intereses en tal procedimiento, dista de ser satisfactoria.

Si bien en el caso Pérez no se atisban, de lo cual podría llegar a ponerse en duda si acaso el Tribunal hubiera tomando un rumbo diverso en su sentencia de haberse éstos aplicado, abunda en los casos previos a él la aplicación de la teoría de la proporcionalidad y sus subprincipios, en la que se tiene por cierta la existencia de un conflicto o choque de Derechos Fundamentales que les baña. En esta investigación se han latamente expuesto argumentos doctrinales nacionales que descartan la idea de un choque de estos derechos, al desconocer ésta la limitación misma de la Libertad de Trabajo y la supremacía de la Constitución. Al no asumir que la tutela de los Derechos Fundamentales está mediatizada por una ley que debe necesariamente estar conforme a la Constitución, la equidad y los principios jurídicos, el ropaje constitucional que asume el Juez del Trabajo le lleva a contradictoriamente mediante sus sentencias a restringir las libertades fundamentalizadas en casos en los que se ve involucrada una cláusula de no competencia postcontractual. La instalación del discurso jurídico publicístico y neoconstitucionalista, propio de una ponderación que exige una complejización de la argumentación para el caso en ciernes, fortalece la racionalidad interna de un fallo que culmina más bien apegado a una cierta ideología que al sistema de fuentes, y que a las partes les resulta más difícil de controlar.

Vistos así los diversos razonamientos y evidencias que justificarían el rechazo a una teoría de la ponderación y una subsecuente colisión de Derechos Fundamentales, en particular debe tratarse el principio de ponderación estricto al encuadrar en sus límites una serie de errores conceptuales que se aglutinan al mismo tiempo en los subprincipios de adecuación y necesidad. Bajo el subprincipio de ponderación estricto, la intervención a la Libertad de Trabajo devendría en lícita si es que, en primer término, efectivamente el interés que persigue la empresa con su fijación es legítimo y que mediante ella se logre razonablemente (principio de adecuación). En esta tesis, se observó que existen diversas

normas desperdigadas en nuestro ordenamiento jurídico, que no obedeciendo a una lógica conflictualista como la dada, permiten atender a esos fines buscados “razonablemente”. Se insiste en la razonabilidad, dado que el incentivo que superar dicho parámetro es poderoso a fin de mutarlo y hacerlo concordante con un criterio que cautele los intereses que realmente se buscan proteger. No resultará raro que la muy escasa doctrina nacional al respecto, termine sincerando posiciones, e indique que el pacto de no competencia es la medida más efectiva, la única, para evitar que el trabajador no se transforme en un competidor de su ex empleador, olvidándose de la razonabilidad que significaría no terminar afectando los Derechos Fundamentales de un ex trabajador. Es evidente que, por ejemplo, el artículo 284 del Código Penal visto individualmente es insuficiente pensando en la tutela perseguida por su escasa penalidad, mas, en conjunto con la regulación del régimen de responsabilidad contemplado en la ley N° 19.039, tal consideración cambia radicalmente. Al mismo tiempo, y más allá de su potencial inconstitucionalidad, los artículos 404 a 406 del Código de Comercio claramente no son suficientes, empero la ley N° 18.046 sobre Sociedades Anónimas y la ley N° 18.045 sobre Mercado de Valores, complementan claramente el cuerpo de una normativa exigua.

El principio de necesidad tiene que ver con que sean solamente trabajadores calificados los que puedan ser objeto de este pacto, y que se cumplan con los requisitos de tipo material, temporal y económico. Extensos comentarios y críticas se han efectuado en relación a cada uno de estos elementos, cuya realización en el contexto final permite concluir la desproporcionalidad en sentido estricto de la cláusula estudiada. En el fondo, resumidamente jamás podría llegar a hablarse de una compatibilización de la institución con la Libertad de Trabajo, pues no puede calificarse a ella como una que incluso desde el principio de proporcionalidad, incida en ella de manera adecuada, razonable, y proporcionalmente, terminándola por afectar en su núcleo esencial.

9. La necesaria regulación de las cláusulas de no competencia postcontractual laboral. Nociones necesarias.

Evidente es que el espíritu que inspira la presente investigación se encuentra en la necesaria complejización de las lecturas gestables desde un Derecho del Trabajo acoplado estructuralmente con lo económico. Las instituciones que se van dando en el entorno, asumidas como irritaciones sistémicas, deben ser resueltas teniendo en vista un horizonte congruente. La idea es fortalecer la estructura sistémica del Derecho Laboral, sin dejar de hacerla coyuntural con los requerimientos.

Es ineludible plantear, ante la limitación fáctica y la inconstitucionalidad que representa la operatividad de la cláusula de no competencia postcontractual laboral en un sistema jurídico como el nacional, una adenda constitucional que habilite restringir legalmente la Libertad de Trabajo, y así pasar por alto normas tales como las de la nulidad absoluta contemplada en el artículo 1462 del Código Civil, o 12 del mismo cuerpo legal. Luego de ello, torna en elemental una ley que reformando el Código del Trabajo, la regule derechamente. La idea en lo sucesivo, en aventurar algunas cuestiones que al amparo de todo lo revisado en esta tesis, debieran ser parte de la discusión.

Aterrizando en lo que sería la normativa dedicada a este pacto, se consideran positivos los requisitos que comparadamente se han expuesto a fin de determinar la validez del pacto: material, temporal, territorial y compensatorio. En relación al primero de aquellos, éste debiera plantear la obligación de incorporar dentro del pacto por parte del empleador, los antecedentes que hagan necesario el pacto, que justifiquen dicho de otro modo, su interés comercial y/o industrial. Hasta el día de hoy, y sobre todo en la paradigmática sentencia recaída en el caso Bordachar, es una cuestión que se asume, y que ni siquiera en ese fallo que revisó lo comparado al momento de su dictación, fue incorporado. Huelga para terminar este requisito, hacer mención a la protección que debiera dar el sistema laboral a las perspectivas de desarrollo profesional del trabajador. En esta línea, y al modo alemán, el pacto no debiera tenerse por vinculante si es que

implícito en él hay una desventaja injusta para su carrera; cuestión conexas con el tema indemnizatorio.

Ya en torno al segundo requisito, se estima que el tope temporal máximo debiera ser de 2 años sin distinción de trabajadores en relación a criterio alguno, a diferencia del modelo español por ejemplo, siendo coherente con la regulación establecida en el artículo 284 del Código Penal y 160 N° 2 del Código del Trabajo que no diferencian entre trabajadores de mayor o menor relevancia corporativa. 2 años es el plazo especulado, pensando en el plazo máximo de prescripción de los derechos laborales en Chile. Por cierto, la contabilidad del plazo debiera empezar a contabilizarse desde el momento en que todos los requisitos se entienden perfectos.

La tercera exigencia, de naturaleza espacial, es una cuestión de gran incidencia probatoria que tal como los antecedentes materiales de validez, debieran estar acreditadas al momento de suscribirse este acuerdo. De esta forma, si la empresa tiene un giro que desarrolla a lo largo de Chile y lo logra demostrar, pues bien, será el territorio nacional el ámbito espacial del pacto. Idéntica solución para el evento que la expansión de la parte empleadora abarque un continente, o puntuales países.

Finalmente el cuarto requisito, el de tipo compensatorio, del todo necesario a fin de evitar vacilaciones como las observadas en Chile. Esta exigencia, como tuvo chance de examinarse, tiene variadas aristas las que se han perfilado en esta propuesta así:

- Es de naturaleza compensatorio, no salarial: al modo francés. Por lo que todo pago que efectúe el empleador vigente que esté la relación de trabajo, sólo podría entenderse como ya sea indemnizatorio de una no competencia contractual, o derechamente salarial. Respecto de todo pago que el empleador hubiera efectuado durante el contrato de trabajo, el trabajador no estará obligado a reintegrar suma alguna al carecer el pago del trabajador, al menos, de causa.

- La suficiencia de la compensación es una cuestión de hecho que debe revisarse caso a caso: debiendo considerar el Juez del Trabajo cuestiones tales como la extensión de la vigencia de la relación de trabajo, la incidencia específica del trabajador en los procesos corporativos, su importancia en la definición de la información determinada como confidencial por parte de la empresa, su especialización financiada de manera relevante por parte de la empresa y la capacitación proveída por el propio trabajador, etc. En el fondo, debieran ser parte de los elementos a ser tenidos en cuenta todos los factores que incidan en la definición de la peligrosidad del trabajador, al modo portugués.

La constitucionalidad de la compensación es un factor que se ve alimentado dogmáticamente desde la garantía de una justa retribución.

- Para el evento que el juez determina la irrisoriedad, únicamente para el evento que el trabajador lo solicite, este podrá definir el quantum reparatorio adicional al acordado por las partes.
- La compensación no puede estar en función a la causal que dio origen al término del contrato de trabajo: sea aquella alguna o algunas de las contempladas en el artículo 159, 160 o 161 del Código.
- Para el evento que las compensaciones hayan sido establecidas en un contrato o convenio colectivo, tal igualmente deberá reunir los requisitos recién expuestos.

La temática de la responsabilidad es interesante de ser analizada. Es evidente que al amparo de lo prescrito en el artículo 420 letra a) y d) del Código del Trabajo, el llamado a resolver los conflictos suscitables en razón de estos pactos sean los Juzgados del Trabajo por una cuestión dada con ocasión de la relación de trabajo. En estos juicios podría perseguirse tanto la responsabilidad de la parte infractora, como la del tercero que profita del incumplimiento del ex trabajador.

BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA.

I. Referencias bibliográficas de libros y artículos de revistas.

1. ABELIUK MANASEVICH, René. *Las Obligaciones. Tomo II*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2014.
2. ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian. “Futuros posibles: el Derecho Laboral en la encrucijada”, en: *Revista de Derecho de la Universidad de Palermo*, año 2, N° 1 (1997).
3. ACKERMAN, Mario. *Tratado de Derecho del Trabajo*. Buenos Aires, Argentina: Rubinzal-Culzoni Editores, 2005.
4. ACKERMAN, Mario y TOSCA, Diego. *Tratado de Derecho del Trabajo. Teoría General del Derecho del Trabajo. Tomo I*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Rubinzal-Culzoni, 2005.
5. ACOSTA SÁNCHEZ, Juan Domingo. “El delito de comunicación fraudulenta de secretos de fábrica”, en: *Revista Chilena de Derecho*, Vol. XV, N° 1 (1988).
6. ADAME GODDARD, Jaime. “¿Deben ser válidas las cláusulas de no competencia en el derecho mexicano?”, en: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, N° 102 (2001).
7. AGACINO ROJAS, Rafael. “Acumulación, distribución y consensos en Chile” [en línea], en: *Archivo Chile. Centro de Estudios Miguel Enríquez (CEME)*, (2006), [citado el 20 de Marzo de 2016] www.archivochile.com/Ideas_autores/agacino/agacino0021.pdf.
8. AGACINO ROJAS, Rafael. “Todo lo flexible se desvanece, el caso chileno”, en: AGACINO, Rafael y ECHEVERRÍA, Magdalena. *Flexibilidad y Condiciones de Trabajo Precarias*. Santiago, Chile: Programa de Economía del Trabajo, 1995.
9. AGÜERO VARGAS, Francisco y TORO BOSSAY, Luis. “Límites a la potestad inspectoria de la Administración: el caso de la Fiscalía Nacional Económica”, en: *Revista de Derecho Económico de la Universidad de Chile*, N° 75 (2010).

10. AIMONE GIBSON, Enrique. “Concepto y contenido del derecho público económico”, en: *Revista de Derecho y Ciencias Sociales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales y Colegio de Abogados de Concepción*, N° 128 (1964).
11. ALARCON CARACUEL, Manuel Ramón. “La vigencia del principio pro operario”, en: AA.VV. *Cuestiones actuales del Derecho del Trabajo: Estudios ofrecidos por los catedráticos españoles de Derecho del Trabajo al Profesor Manuel Alonso Olea*. Madrid, España: MTSS, 1990.
12. ALBIZU, Eneka. *Flexibilidad laboral y gestión de los recursos humanos*. Barcelona, España: Editorial Ariel, 1997.
13. ALBORNOZ GARRIDO, Lorena y GATICA PIZARRO, Carolina. *El Comité de Directores en la sociedad anónima, funciones, responsabilidad y antecedentes de su existencia en Derecho Comparado*. Memoria para obtener el grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile. Santiago, Chile, 2007.
14. ALBURQUERQUE DE CASTRO, Rafael. *Derecho del Trabajo. Tomo I*. Santo Domingo, República Dominicana: Editora Lozano, 1995.
15. ALCALDE RODRIGUEZ, Enrique. “Los convenios sobre el voto y las limitaciones a la transferencia de acciones en la sociedad anónima: otra vuelta de tuerca a la autonomía privada”, en: *Revista Chilena de Derecho*, Vol.30, N° 1 (2003).
16. ALDUNATE LIZANA, Eduardo. “Aproximación conceptual y crítica al neoconstitucionalismo”, en: *Revista de Derecho*, Vol. XXIII, N° 1 (2010).
17. ALDUNATE LIZANA, Eduardo. *Derechos fundamentales*. Santiago, Chile: Editorial Legal Publishing, 2008.
18. ALDUNATE LIZANA, Eduardo. “La colisión de Derechos Fundamentales”, en: *Derecho y Humanidades*, N° 11 (2005).
19. ALDUNATE LIZANA, Eduardo. “La desconstitucionalización de la Constitución”, en: *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, N° 22 (2001).

20. ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. *De la Responsabilidad Civil Extracontractual en el Derecho Chileno. Tomo I.* Santiago, Chile: Editorial Jurídica Ediar-Conosur Limitada, 1983.
21. ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel y VODANOVIC HAKLICKA, Antonio. *Tratado de Derecho Civil: Partes Preliminar y General. Tomo I.* Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1998.
22. ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales.* Madrid, España: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
23. ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte.* Frankfurt, Alemania: Suhrkamp, 2001.
24. ALONSO, Luis Enrique. “Institucionalización y desinstitucionalización de la ciudadanía laboral” [en línea], en: *Departamento de Estudios Institucionales UAMC*, (2007), [citado el 22 de abril de 2016], http://laisumedu.org/DESIN_Ibarra/nuevoinst2007/borradores/Alonso.pdf.
25. ALONSO, Luis Enrique. *Trabajo y ciudadanía. Estudios sobre la crisis de la sociedad salarial.* Madrid, España: Editorial Trotta, 1999.
26. ALONSO OLEA, Manuel. “Trabajo libre y trabajo dependiente”, en: AA.VV. *Estudios sobre Derecho del Trabajo en homenaje al Profesor Mario Deveali.* Buenos Aires, Argentina: Editorial Heliasta, 1979.
27. ALONSO OLEA, Manuel y CASAS BAAMONDE, María Emilia. *Derecho del trabajo.* Madrid, España: Ediciones Civitas, 1998.
28. ALVEAR TÉLLEZ, Julio. “Hacia una concepción *comprehensive* de la libertad económica. Un paradigma a desarrollar”, en: *Estudios Constitucionales*, Año 13, N° 1 (2015).
29. ANTONMATTEI, Pierre-Henri. *Les clauses du contrat de travail.* París, Francia: Editions Liaisons, 2009.
30. ANTUNES VARELA, Joao de Matos. *Das Obrigacoes em geral, Vol. I.* Coimbra, Portugal: Almedina, 2000.

31. ARA PINILLA, Ignacio. “Presupuestos y posibilidades de la doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados”, en: *Anuario de Filosofía del Derecho*, N° 21 (2004).
32. ARNOLD, Rainer, MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio y ZÚÑIGA URBINA, Francisco. “El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en: *Estudios Constitucionales*, año 10, N° 1 (2012), pp. 65-116.
33. ARÓSTICA MALDONADO, Iván. “Acción de amparo económico: un recuento jurisprudencial”, en: *Revista de Derecho Universidad Fines Terrae*, N° 2 (1998).
34. ARÓSTICA MALDONADO, Iván. *Derecho Administrativo Económico. La libre iniciativa privada y actividad empresarial del Estado*. Santiago, Chile: Escuela de Derecho Universidad Santo Tomás, 2001.
35. ARRIAGA ÁLVAREZ, Emilio. “La teoría de Niklas Luhmann”, en: *Revista Convergencia*, N° 32, 2003.
36. ATRIA LEMAITRE, Fernando. “Participación y alienación política: el problema constitucional” [en línea], en: *Boell-latinoamerica*, (2010) [citado el 29 de julio de 2015], http://www.boell-latinoamerica.org/downloads/En_el_nombre_del_pueblo.pdf.
37. ATRIA LEMAITRE, Fernando. “Ubi ius, ubi remedium, la relevancia jurídica de los derechos humanos”, en: *Revista de estudios de la Justicia*, N° 3 (2003).
38. BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. *Derecho Penal Económico: aplicado a la actividad empresarial*. Madrid, España: Ed. Civitas, 1979.
39. BALDESARRE, Antonio. *Los derechos sociales*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2001.
40. BALMACEDA HOYOS, Gustavo. “El delito de estafa en la jurisprudencia chilena”, en: *Revista de Derecho de la Universidad Austral*, Vol. XIV, N° 1 (2011).
41. BAMBACH SALVATORE, María Victoria. “Las cláusulas abusivas”, en: BARROS BOURIE, Enrique (coord.). *Contratos*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1991.
42. BARASSI, Ludovico. *Tratado de Derecho del Trabajo. Tomo I*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Alfa, 1953.

43. BARBAGELATA, Héctor, ROSENBAUM, Jorge, y GARMENDIA, Mario. *El contenido de los convenios colectivos*. Montevideo, Uruguay: Fondo de Cultura Económica, 1998.
44. BARCIA LEHMANN, Rodrigo. “La autonomía privada como principio sustentador de la teoría del contrato y su aplicación en Chile”, en: *Cuadernos de Análisis Jurídicos, Colección Derecho Privado III*. Santiago, Chile: Ediciones Universidad Diego Portales, 2006.
45. BARREIRO GONZÁLEZ, Germán. “Sobre la validez del pacto de competencia para después de extinguido el contrato de trabajo”, en: *Revista La Ley*, N° 2 (1992).
46. BARRIENTOS ZAMBRANO, Marcelo. “El sistema indemnizatorio del triple computo en la ley de propiedad industrial”, en: *Revista Ius et Praxis*, año 14, N° 1 (2007).
47. BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo, Brasil: LTr, 2009.
48. BARROS BOURIE, Enrique. *Tratado de responsabilidad extracontractual*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica, 2010.
49. BASCUÑAN RODRÍGUEZ, Antonio. “La regulación de la información privilegiada en el Mercado de Valores después de la Ley 20.382”, en: AA.VV. *Gobiernos corporativos. Aspectos especiales de las reformas a su regulación*. Santiago, Chile: Editorial Abeledo Perrot, 2011.
50. BASSA MERCADO, Jaime y ASTE LEIVA, Bruno. “Mutación en los criterios jurisprudenciales de protección de los derechos a la Salud y al Trabajo en Chile”, en: *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 42, N° 1 (2015).
51. BASSA MERCADO, Jaime y VIERA ÁLVAREZ, Christian. “Un nuevo giro hermenéutico de la Corte Suprema en la aplicación del recurso de amparo económico”, en: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 38 (2012).
52. BAYLOS GRAU, Antonio. *Derecho del Trabajo: Modelo para armar*. Madrid, España: Editorial Trotta S.A., 1991.

53. BAYLOS GRAU, Antonio. “Derecho del trabajo y política de empleo en España”, en: *Revista Pistas*, N° 1 (2000).
54. BAYLOS GRAU, Antonio. “La “huida” del Derecho del Trabajo: tendencias y límites de la deslaboralización”, en: ALARCÓN CARACUEL, Manuel Ramón y MIRÓN, María del Mar (coord.). *El trabajo ante el cambio de siglo: un tratamiento multidisciplinar*. Madrid, España: Editorial Marcial Pons, 2000.
55. BAYLOS MORALES, María y MERINO BAYLOS, Pedro. “Doctrina jurisprudencial sobre indemnización de daños y perjuicios en propiedad industrial e intelectual”, en: AA.VV. *Estudios sobre propiedad industrial e intelectual y derecho de la competencia homenaje a A. Bercovitz*. Madrid, España: Editorial Grupo español de la AIPII, 2005.
56. BAYÓN CHACÓN, Gaspar. “El concepto de dependencia en el Derecho del Trabajo”, en: *Revista de Derecho Privado*, T. XLV (1961).
57. BELL, Daniel. *El advenimiento de la sociedad industrial*, Madrid, Alianza Editorial, 1976.
58. BELSITO, Antonio. “Agenti e rappresentanti. Il patto di non concorrenza. Decorrenza”, en: *Revista Giuridica Telematica*, Año 2, N° 2 (2008).
59. BENDA, Ernst, MAIHOFER, Werner, VOGEL, Hans-Jochen, HESSE, Konrad y HEYDE, Wolfgang. *Manual de Derecho Constitucional*. Madrid, España: Instituto Vasco de Administración Pública y Editorial Marcial Pons, 1996.
60. BETTI, Emilio. *Teoría general del negocio jurídico*. Granada, España: Editorial Comares, 2000.
61. BLAKE, Harlan M. “Employee agreements not to compete”, en: *Harvard Law Review*, Vol. 73, N° 4 (1960).
62. BOBBIO, Norberto. *El tiempo de los derechos*. Madrid, España: Editorial Sistema, 1991.
63. BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre Derechos Fundamentales*. Baden-Baden, Alemania: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993.

64. BONNECASE, Julien. *Science du droit et romantisme. Le conflit des conceptions juridiques en France en 1880 à l'heure actuelle*. Paris, Francia: Recueil Sirey, 1928.
65. BORGA, Eduardo. *Buena Fe*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Bibliográfica Argentina, 1971.
66. BORGES BARBOSA, Denis. *Uma introdução à propriedade intelectual*. Rio de Janeiro, Brasil: Lumen Juris, 2003.
67. BORRAJO DA CRUZ, Efrén. *Introducción al Derecho Español del Trabajo*. Madrid, España: Editorial Tecnos, 1978.
68. BORRAJO DACRUZ, Efrén. “Reforma laboral o nuevo Derecho del Trabajo”, en: *Actualidad Laboral*, N° 34 (2004).
69. BOSCATI, Alessandro. *Patto di non concorrenza. Art. 2125*. Turín, Italia: Giuffré Editore, 2010.
70. BOURDIEU, Pierre. “La force du droit: éléments pour une sociologie du champ juridique”, en: *Actes de la recherche en sciences sociales*, N° 64 (1986).
71. BOURDIEU, Pierre y TEUBNER, Gunther. *La fuerza del derecho*. Bogotá, Colombia: Ediciones Uniandes-Instituto Pensar-Siglo del Hombre Editores, 2002.
72. BOURDIEU, Pierre. *Poder, Derecho y clases sociales*. Bilbao, España: Desclée de Brouwer, 2000.
73. BOURDIEU, Pierre. “Sur le pouvoir symbolique”, en: *Annales. Économies, Sociétés, Civilisations*, N° 3 (1977).
74. BORDALÍ SALAMANCA, Andrés. “La función social como delimitación interna e inherente del Derecho de Propiedad y la conservación del patrimonio ambiental”, en: *Revista de Derecho de la Universidad Austral*, Vol. IX (1998).
75. BRAVO VILLAGRA, Álvaro y SANDOVAL MOLINA, Sergio. *Derecho fundamental de protección del trabajo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas de la Universidad de Chile, Santiago, Chile, 2014.

76. BRONFMAN VARGAS, Alan; MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio y NÚÑEZ POBLETE, Manuel. *Constitución Política comentada. Parte Dogmática. Doctrina y Jurisprudencia*. Santiago, Chile: AbeledoPerrot, 2012, pp. 362-390.
77. BRUN, André y GALLARD, Henri. *Droit du Travail. Les rapports individuels de Travail. Tomo I*. Paris, Francia: Editorial Sirey, 1978.
78. BULNES ALDUNATE, Luz. “La libertad de trabajo y su protección en la Constitución de 1980”, en: *Revista de Derecho Público*, N° 29-30 (1981).
79. BUSCHE, Jan. *Privatautonomie und Kontrahierungszwang*. Tübingen, Alemania: Mohr Siebeck, 1999.
80. CARRIÓ, Genaro. *Notas sobre derecho y lenguaje*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Abeledo Perrot, 1994.
81. CAAMAÑO ROJO, Eduardo. “Análisis crítico sobre la aplicación de la doctrina de los Actos Propios en materia laboral”, en: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 32 (2009).
82. CAAMAÑO ROJO, Eduardo. “El contrato de trabajo a tiempo parcial en la actual normativa laboral”, en: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 23 (2003).
83. CAAMAÑO ROJO, Eduardo. *El derecho a la no discriminación en el empleo*. Santiago, Chile: Editorial Lexis Nexis, 2005.
84. CAAMAÑO ROJO, Eduardo. “La eficacia de los Derechos Fundamentales en las relaciones laborales y su reconocimiento por la Dirección del Trabajo”, en: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 27 (2006).
85. CAAMAÑO ROJO, Eduardo. “La tutela del derecho a la no discriminación por razones de sexo durante la vigencia de la relación laboral”, en: *Revista de Derecho de la Universidad Austral*, Vol. XIV (2003).
86. CAAMANO ROJO, Eduardo. “La ley de subcontratación y la tutela de los derechos fundamentales de los trabajadores de servicios transitorios”, en: *Ius et Praxis*, Vol 13, N° 2 (2007).

87. CAAMAÑO ROJO, Eduardo. “Seguro de Cesantía y Promoción del Empleo”, en: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 24 (2003).
88. CABANELLAS, Guillermo. *Introducción al Derecho Societario*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Heliasta, 1993.
89. CAJAS ULLOA, Alejandra. *El pluriempleo y sus restricciones. Análisis particular de la obligación de no competencia en el contrato de trabajo*. Tesis para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, Santiago, Chile, 2015.
90. CALLAHAN, Maureen B. “Pos-employment restraint agreements: a reassessment”, en: *University of Chicago Law Review*, N° 52 (1985), pp. 703-728.
91. CALSAMIGLIA, Albert. “Justicia, eficiencia y óptimo de la legislación”, en: *Documentación Administrativa*, N° 327 (1989).
92. CAMPS RUIZ, Luis Miguel. *Los principios de norma más favorable y de condición más beneficiosa en las fuentes del Derecho Español del Trabajo*. Madrid, España: Ministerio del Trabajo, 1976.
93. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra, Portugal: Ed. Almedina, 2006.
94. CÁRCOVA, Carlos María. “Jueces en la encrucijada: entre el decisionismo y la hermenéutica controlada”, en: *Jueces para la democracia*, N° 24 (1994).
95. CARRASCO ANDRINO, María del Mar. *La protección penal del secreto de empresa*. Barcelona, España: Ed. Cedecs, 1998.
96. CARRETERO MIRAMAR, José Luis. “La imparable crisis del derecho del derecho del trabajo”, en: *Nómadas, Revista crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas*, N° 19 (2008).
97. CARUSO, Bruno. “Las consecuencias de la globalización: ¿desintegración o transformación del derecho del trabajo?”, en: *AFDUDC*, N° 11 (2007).
98. CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, Jaime. *Prohibición de competencia y contrato de trabajo*. Madrid, España: Ed. Ministerio del Trabajo, 1977.

99. CASTRO SÁEZ, Bernardo. “Aportes de Niklas Luhmann a la teoría de la complejidad”, en: *Revista Polis*, N° 29 (2011).
100. CAZZETTA, Giovanni. “Trabajo y empresa”, en: FIORAVANTI, Maurizio (ed.). *El Estado moderno: instituciones y derecho*. Madrid, España: Editorial Trotta, 2003.
101. CEA EGAÑA, José Luis. *Derecho Constitucional Chileno, Tomo I*. Santiago, Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2002.
102. CEA EGAÑA, José Luis. *Derecho Constitucional. Tomo II*. Santiago, Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2004.
103. CEA EGAÑA, José Luis. *El sistema constitucional de Chile. Síntesis crítica*. Valdivia, Chile: Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Austral de Chile, 1999.
104. CEA EGAÑA, José Luis. “Notas sobre Orden Público Económico”, en: *Gaceta Jurídica*, N° 135 (2001).
105. CEA EGAÑA, José Luis. *Tratado de la Constitución de 1980*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1989.
106. CHARRO BAENA, Pilar. “El pacto de no competencia post contractual”, en: *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, N° 1 (1995).
107. COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES DE LA O.N.U. “Observación General Número 18, de 24 de Noviembre de 2005” [en línea], en: *University of Minnesota Human Rights Library*, (2006), [citado el 22 de abril de 2016], <http://hrlibrary.umn.edu/gencomm/epcomm18s.html>.
108. COMITÉ DE REGULACIÓN DE LA BOLSA DE COMERCIO DE SANTIAGO y COMITÉ DE AUTORREGULACIÓN DE LA BOLSA ELECTRÓNICA DE CHILE. “Reglas para prevenir y combatir el uso de información privilegiada y la manipulación de mercado” [en línea], en: *Bolsa Electrónica de Chile*, (2009) [citado el 2 de abril de 2016], http://www.bolchile.cl/media/recursos/normativas/autorregulacion/Reglas_sobre_Informacion_Privilegiada.pdf.
109. CORDERO VEGA, Luis. “Videovigilancia e intervención administrativa: las cuestiones de legitimidad”, en: *Revista de Derecho Público*, Vol. 70 (2015).

110. CORRAL TALCIANI, Hernán. “La reducción de la cláusula penal excesiva en el derecho civil de los países del Cono Sur”, en: *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 27 (Nº 3).
111. CORSI, Giancarlo, ESPOSITO, Elena y BARALDI, Claudio. *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*. Barcelona, España: Anthropos, 1996.
112. COUSIÑO, Carlos. “Populismo y radicalismo en el gobierno de la Unidad Popular”, en: *Estudios Públicos*, Nº 81 (2001).
113. CUMPLIDO CERECEDA, Francisco. “Alcances de la modificación del artículo 5º de la Constitución Política Chilena en relación a los Tratados Internacionales”, en: *Revista Chilena de Derecho. Tomo I*, Vol. 23 Nº 1 y 2 (1996).
114. D’ANTONA, Massimo. “I mutamenti del diritto del lavoro e il problema della subordinazione”, en: CARUSO, Bruno y SCIARRA, Silvana. *Massimo D’Antona, Opere*, Vol. 3, Tomo III, 2000.
115. D’ANTONA, Massimo. “La subordinazione e oltre, una teoría giuridica pero il lavoro que cambia”, en: AA.VV. *Lavoro subordinato e dintorni*. Bolonia, Italia: Ed. Il Mulino, 1989.
116. DAVIS, Arturo. *Sociedades civiles y comerciales*. Santiago, Chile: Carlos E. Gibbs Editor, 1963.
117. DE BUEN, Néstor. *La decadencia del contrato*. México DF, México: Editorial Porrúa, 1986.
118. DE CASTRO Y BRAVO, Federico. *El negocio jurídico*. Madrid, España: Editorial Civitas, 1991.
119. DE LA GARZA TOLEDO, Enrique. *La formación socioeconómica neoliberal. Debates teóricos acerca de la reestructuración de la producción y evidencia empírica para América Latina*. México D.F, México: Universidad Autónoma de México-Plaza y Valdés Editores, 2001.
120. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato en general. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil. Primera Parte (art. 1351 a 1413). Tomo I*. Lima, Perú: Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1991.

121. DE LA VILLA, Luis Enrique. “El papel de la ley en el sistema de relaciones laborales”, en: *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, N° 3 (1997).
122. DE LA VILLA, Luis Enrique. “La función del Derecho del Trabajo en la situación económica y social contemporánea”, en: *Revista del Trabajo*, N° 76 (1984).
123. DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, José Luis. “La buena fe en el título preliminar del Código Civil”, en: DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, José Luis. *Derecho civil. Método, sistemas y categorías jurídicas*. Madrid, España: Civitas, 1988.
124. DE OTTO Y PARDO, Ignacio. “La regulación del ejercicio de los derechos y libertades”, en: MARTÍN RETORTILLO, Lorenzo y DE OTTO Y PARDO, Ignacio. *Derechos Fundamentales y Constitución*. Madrid, España: Editorial Civitas, 1988.
125. DE VAL TENA, Ángel. “El pacto de no concurrencia en el derecho español”, en: *Sinossi internet di Diritto del Lavoro e della Sicurezza Sociale*, Vol. 5, N° 1 (2013).
126. DE VAL TENA, Ángel. *La prohibición de concurrencia entre empresario y trabajador*. Madrid, España: Tecnos, 1996.
127. DE VAL TENA, Ángel Luis y ALCAZAR ORTIZ, Sara. “Los pactos de dedicación exclusiva y permanencia en la empresa”, en: *Revista de Relaciones Laborales*, N° 3 (1995).
128. DEL REY GUANTER, Salvador. *Estatuto de los Trabajadores. Comentado y con jurisprudencia*. Madrid, España: Editorial La Ley, 2007.
129. DIAZ AMBRONA, María Dolores (dir.). *Derecho Civil Comunitario*. Madrid, España: Editorial Colex, 2001.
130. DÍAZ GARCÍA, Iván. “Ley chilena contra la discriminación. Una evaluación desde los derechos internacional y constitucional”, en: *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 40, N° 2 (2013).
131. DIAZ PLATA, Diana. *Prohibiciones a la competencia del trabajador*. Memoria para optar al Grado de Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Madrid, España: 2015.
132. DÍAZ TOLOSA, Regina. “Deber de los administradores de no competir con la sociedad anónima que administran”, en: *Revista de Derecho*, Vol. XX, N° 1 (2007).

133. DÍEZ PICAZO, Luis y GUILLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil, Volumen I*. Madrid, Editorial Tecnos: 1998.
134. DOMÍNGUEZ MONTOYA, Álvaro y MELLA CABRERA, Patricio. “Conflicto de derechos constitucionales y juicio de tutela laboral en Chile: Estado doctrinal, legal y jurisprudencial”, en: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 39 (2012).
135. DOMÍNGUEZ MONTOYA, Álvaro y MELLA CABRERA, Patricio. “Trabajo y derecho: un padre ausente, el conflicto social”, en: *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, N° 1 (2015).
136. DRUCKER, Peter. *La gerencia. Tareas, responsabilidades y prácticas*. Buenos Aires, Argentina: El Ateneo, 1985.
137. DUFF, Robin Antony y GREEN, Stuart P., *Defining Crimes. Essays on the Special Part of the Criminal Law*. Oxford, Inglaterra: Oxford University Press, 2005.
138. DURKHEIM, Emile. *De la división del trabajo social*. Buenos Aires, Editorial Shapiro: 1967.
139. DWORKIN, Ronald. *El imperio de la justicia*. Barcelona, España: Gedisa Editorial, 2008.
140. DWORKIN, Ronald. *Filosofía del derecho*. México D.F., México: Fondo de Cultura Económica: 1980.
141. EASTON, David. *Esquema para el análisis político*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Amorrortu, 1984.
142. ELGUETA NAVARRO, José Berardo. “Autonomía de la voluntad y derecho. Un enfoque”, en: *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, N° 8 (1984).
143. EMBID IRUJO, José Miguel. “Aspectos conceptuales y tipológicos de la regulación de las sociedades de capital en el Derecho español”, en: *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 40 N° 2.
144. ERMIDA URIARTE, Óscar. *La flexibilidad*. Montevideo, Uruguay: Fundación de Cultura Universitaria, 2000.

145. ERMIDA URIARTE, Óscar. “La flexibilidad en algunas experiencias comparadas”, en: AA.VV.: *Experiencias de flexibilidad normativa*. Santiago, Chile: Universidad Andrés Bello, 1992.
146. ERMIDA URIARTE, Óscar. “Protección, Igualdad, Dignidad, Libertad y No Discriminación”, en: *Derecho y Sociedad*, N° 37 (2011).
147. ESCADA PEREIRA, Diogo. *O pacto de não concorrência no contrato de trabalho –alguns aspectos*. Tesis para optar al grado de Magíster en Derecho Laboral de la Universidad de Coimbra. Coimbra, Portugal, 2014.
148. ESCUDERO, José Francisco, FRIGOLA, Joaquín, y CORBELLA, Teresa. *El principio de buena fe en el contrato de trabajo*. Barcelona, España: Editorial Bosch, 1996.
149. EVANS DE LA CUADRA, Enrique. *Los Derechos Constitucionales. Tomo III*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica, 1999.
150. FABRIS, Piera. *Il patto di non concorrenza nel rapporto di lavoro*. Milan, Italia: Ed. Giuffrè, 1976.
151. FERMANDOIS VÖHRINGER, Arturo. *Derecho Constitucional Económico. Tomo I*. Santiago, Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2001.
152. FERMANDOIS VÖHRINGER, Arturo. “Municipalidades, corporaciones sin fin de lucro y Estado empresario”, en: *Revista Chilena de Derecho*, N° 26 (1999).
153. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Miguel Ángel. “Aspectos Constitucionales de la nueva ley de OPAS”, en: *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 29, N° 3 (2002).
154. FERNÁNDEZ MARCOS, Leodegario. *Derecho Individual del Trabajo*. Madrid, España: Ed. Universidad Nacional de Educación a Distancia, 1993.
155. FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos. “Abriendo camino en la Tutela de Derechos Fundamentales en materia laboral: buenas intenciones, malos instrumentos (Juzgado de Letras del Trabajo de Copiapó)”, en: *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*, Vol. XXI, N° 2 (2008).
156. FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos. “La Constitución Económica de 1980. Algunas reflexiones críticas”, en: *Revista de Derecho de la Universidad Austral*, Vol. XI (2000).

157. FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos. “Nuevas restricciones a la nulidad de derecho público como proceso administrativo: Una jurisprudencia interesante, pero inconsistente”, en: *Anuario de Derecho Público U.D.P.*, (2010), pp. 189-203.
158. FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Madrid, España: Editorial Trotta, 1999.
159. FONT GALÁN, Juan Ignacio. *Constitución Económica y Derecho de la Competencia*. Madrid, España: Editorial Tecnos, 1987.
160. FOUCAULT, Michel. *Historia de la sexualidad I. La voluntad del saber*. Buenos Aires, Argentina: Siglo XXI, 2002.
161. FOUCAULT, Michel. *Nacimiento de la biopolítica*. Buenos Aires, Argentina: Fondo de Cultura Económica, 2010.
162. FOUCAULT, Michel. *Saber y verdad*. Madrid, España: Ediciones De la Piqueta, 1992.
163. FOUCAULT, Michel. *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*. México D.F., México: Siglo XXI, 2009.
164. FRIEDMAN, Lawrence. *The legal system. A social system perspective*. New York, Estados Unidos: Russell Sage Foundation, 1975.
165. FROMM, Erich. *Marx y su concepto del hombre*. México D.F., México: Editorial Fondo de Cultura Económica, 1966.
166. FUENTES PUELMA, Carlos. *Estudios sobre Derecho del Trabajo y relaciones laborales*. Valparaíso, Chile: EDEVAL, 1996.
167. FUSTER SÁNCHEZ, Nicolás. *El cuerpo como máquina. La medicalización de la fuerza de trabajo en Chile*. Santiago, Chile: Ceibo Ediciones, 2013.
168. GAETE BERRÍOS, Alfredo. *Tratado de Derecho del Trabajo chileno*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1960.
169. GALIANA MORENO, Jesús. “Crisis del contrato de trabajo”, en: *Revista de Derecho Social*, N° 2 (1998).
170. GAMONAL CONTRERAS, Sergio. *Fundamentos de Derecho Laboral*. Santiago, Chile: LegalPublishing, 2009.

171. GAMONAL CONTRERAS, Sergio. *Introducción al Derecho del Trabajo*. Santiago, Chile: Editorial Conosur, 1998.
172. GAMONAL CONTRERAS, Sergio. *El procedimiento de tutela de derechos laborales*. Santiago: Chile, LexisNexis, 2007.
173. GAMONAL CONTRERAS, Sergio. “La libertad de trabajo y el principio de no discriminación en la Constitución”, en: *Revista Laboral Chilena*, (Enero 2004).
174. GAMONAL CONTRERAS, Sergio y GUIDI MOGGIA, Caterina. “Efectos del finiquito en relación al procedimiento de tutela de Derechos Fundamentales”, en: *Revista Laboral Chilena* (2011).
175. GAMONAL CONTRERAS, Sergio y GUIDI MOGGIA, Caterina. *Manual de Contrato de Trabajo*. Santiago, Chile: Editorial LegalPublishing, 2010.
176. GARCÉS, Mario y MILOS, Pedro. *F.O.CH, C.T.C.H, C.U.T: Las centrales unitarias en el sindicalismo chileno*. Santiago, Chile: ECO, 1988
177. GARCÍA AMADO, Juan Antonio. “El juicio de ponderación y sus partes. Una crítica”, en: ALEXY, Robert. (coord.). *Derechos sociales y ponderación*. Madrid, España: Fundación Coloquio Europeo, 2009.
178. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás. *Curso de Derecho Administrativo. Tomo I*. Madrid, España: Civitas, 1998.
179. GARCÍA DÍAZ, Iván. “Aplicación del procedimiento de tutela de derechos fundamentales en el suministro de trabajadores”, en: *Revista Ius et Praxis*, Año 16, N° 2 (2010).
180. GARCÍA HUIDOBRO, Vladimir. *Legislación sobre propiedad industrial. Análisis, jurisprudencia y guía práctica*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1992.
181. GARCÍA PALOMINOS, Gonzalo. “La idealización y la administrativización de la punibilidad del uso de Información Privilegiada. Un análisis de los discursos penales en la doctrina chilena”, en: *Política Criminal*, N° 19 (2015).

182. GARCÍA PALOMINOS, Gonzalo. “Modelo de protección en normas administrativas y penales que regulan el abuso de Información Privilegiada en la legislación chilena”, en: *Política Criminal*, Vol. 8, N° 15 (2013).
183. GARCÍA VIÑA, Jordi. “El pacto de no concurrencia y permanencia en la empresa. Análisis de las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia de los años 1998 y 1999”, en: *Tribunal Social*, N° 111 (2000).
184. GARMENDIA ARIGÓN, Mario. *Orden público y Derecho del Trabajo*. Montevideo, Uruguay: Fondo de Cultura Económica, 2001.
185. GASPAR, José Antonio y ARAYA, Fernando. “Derecho Corporativo y de Libre Competencia. Comentarios de Jurisprudencia”, en: *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 17 (2011).
186. GERRING, John. *Social Science Methodology: A Criterial Framework*. Cambridge, Inglaterra: Cambridge University Press, 2001.
187. GHEZZI, Giorgio y ROMAGNOLI, Umberto. *Il rapporto di lavoro*. Bologna, Italia: Ed. Zanichelli, 1987.
188. GIERKE, Otto. *Las raíces del contrato de servicios*. Madrid, España: Ed. Civitas, 1982.
189. GIRÓN TENA, Jesús. *Derecho de Sociedades. Tomo I*. Madrid, España: Civitas, 1976.
190. GLENDON, Mary Ann. “El lenguaje de los Derechos”, en: *Estudios Públicos*, N° 70 (1998).
191. GOLDIN, Adrián. “Las fronteras de la dependencia”, en: *Relaciones laborales: Revista Crítica de Teoría y Práctica*, N° 2 (2001).
192. GOMES, Maria Irene. “Questões a propósito dos requisitos exigidos para a lícita constituição da cláusula de não concorrência no âmbito do contrato de trabalho”, en: *Veinte anos de Questões laborais*, N° 42 (2013).
193. GOMES CANOTILHO, José. *Metodología "fuzzy" y "camaleones normativos" en la problemática actual de los derechos económicos, sociales y culturales*. Madrid, España: Universidad Carlos III de Madrid. Instituto Bartolomé de las Casas, 1988.

194. GÓMEZ ABELLEIRA, Francisco Javier. “Pactos de no concurrencia y de permanencia (en torno de los artículos 5.d) y 21)”, en: *Revista española de Derecho del Trabajo*, N° 100 (2000).
195. GÓMEZ SANTAMARÍA, Sandra. “El derecho como creencia e imaginación: un acercamiento a los estudios culturales”, en: *Revista Estudios de Derecho*, Vol. 46, N° 147 (2009).
196. GOMEZ VALDEZ, Francisco. *La Ley Procesal de Trabajo. Análisis secuencial, doctrinario, jurisprudencial y comparado*. Lima, Perú: Editorial San Marcos, 2006.
197. GONÇALVES, Rodrigo Allan Coutinho. “A legalidade da cláusula de não-concorrência nos contratos de trabalho” [en línea], en: *Jus Navigandi*, (2012) [citado el 1 de Agosto de 2016], <https://jus.com.br/artigos/23210/a-legalidade-da-clausula-de-nao-concorrancia-nos-contratos-de-trabalho>.
198. GONZÁLEZ ORTEGA, Santiago. “La fidelidad a la empresa como obligación del trabajador: sentido y alcance en el marco de la relación laboral (nota a la STCT 13 de julio de 1977)”, en: *Revista de Política Social*, N° 118 (1978).
199. GONZÁLEZ REBOLLAR, Hipólito. “Nuevas orientaciones del Derecho; cuestiones y leyes sociales contemporáneas, con especial aplicación a España”, en: *Revista general de Legislación y Jurisprudencia*, Tomo 103 (1903).
200. GREEN, Stuart P.. *Mentir, hacer trampas y apropiarse de lo ajeno. Una teoría moral de los delitos de cuello blanco*. Madrid, España: Marcial Pons, 2013.
201. GREZ TOSO, Sergio. *La cuestión social en Chile, ideas y debates precursores (1804-1902)*. Santiago, Chile: DIBAM-Centro de investigaciones Diego Barros Arana, 1997.
202. GREZ TOSO, Sergio. *Los anarquistas y el movimiento obrero. La alborada de la “Idea” en Chile, 1893-1915*. Santiago, Chile: Lom Ediciones, 2007
203. GRZEGORCZYK, Christophe. “Système juridique et réalité: discussion de la théorie autopoïétique du droit”, en: *Archive de philosophie du droit*, N° 33 (1989).
204. GUAMÁN HERNÁNDEZ, Adoración. *Derecho del Trabajo y defensa de la competencia*. Tesis Doctoral. Valencia, España: Ed. Universitat de Valencia, 2007.

205. GUASTINI, Riccardo. “La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, en: CARBONELL, Miguel (coord.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid, España: Trotta, 2003.
206. GUERRERO BECAR, José Luis y BOFILL GENSZCH, Álvaro. “Acerca del concepto constitucional y legal de competencia”, en: *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, N° 16 (1995).
207. GUERRERO DEL RÍO, Roberto. “Orden Público Económico”, en: NAVARRO BELTRÁN, Enrique (editor). *20 años de la Constitución Chilena*. Santiago, Chile: Ed. Jurídica Conosur-Universidad Finis Terrae, Santiago, 2001.
208. GUTIÉRREZ ROSA, Ximena (coord.). *Modificaciones laborales y previsionales. Seminario “Modificaciones laborales y previsionales” 17 de Enero de 1985*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1985.
209. GUZMÁN ANRIQUE, Francisco. *Información privilegiada en el Mercado de Valores*. Santiago, Chile: Editorial LexisNexis, 2007.
210. GUZMÁN BRITO, Alejandro. *El Derecho Privado Constitucional de Chile*. Valparaíso, Chile: Ediciones de la Universidad Católica de Valparaíso, 2001.
211. GUZMÁN ERRÁZURIZ, Jaime. “El Sufragio Universal y la Nueva Institucionalidad”, en: *Estudios Públicos*, N° 42 (1991).
212. HECHER, Daniel Wunder. “Derechos Fundamentales Económicos y Sociales y la responsabilidad del Estado por omisión”, en: *Estudios Constitucionales*, Año 12, N° 1 (2014).
213. HENAO, Javier. *Panorama del Derecho Constitucional Colombiano*. Bogotá: Colombia, Editorial TEMIS S.A., 2013.
214. HEPPLER, Bob. “Restructuring employment rights”, en: *Industrial Law Journal*, Vol. 15, N° 2.
215. HERRERA BARRIGA, Cristián. *Los pactos de accionistas en la sociedad anónima*. Santiago, Chile: Colegio de Abogados de Chile A.G, 1997.
216. HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid, España: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

217. HORMAZÁBAL VALDÉS, Mauricio. *La unidad del Derecho como defensa de las expectativas del empleador en la aplicación del Orden Público Laboral*. Tesis para optar al grado de Magíster, Universidad de Chile, Santiago, Chile, 2011.
218. IGLESIAS MUÑOZ, Carmen. “Protección a los secretos empresariales en la nueva ley de propiedad industrial”, en: *Revista de Derecho de la Empresa*, N° 3 (2005).
219. IRURETA URIARTE, Pedro. “Consecuencias para la libertad de trabajo de un fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago”, en: *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 19, N° 3 (1992).
220. IRURETA URIARTE, Pedro. “El núcleo laboral del derecho constitucional a la libertad de empresa”, en: *Estudios Constitucionales*, Año 11, N° 2, 2013.
221. IRURETA URIARTE, Pedro. “La noción jurídica de empleador ante el Derecho del Trabajo”, en: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 42 (2014).
222. IRURETA URIARTE, Pedro. “Libertad de Trabajo en la Constitución Política de 1980”, en: TAPIA, Francisco y ROMAGNOLI, Umberto. *Derecho del Trabajo: Normas y Realidad. Estudios en homenaje al Profesor Ramón Luco Larenas*. Santiago, Chile: Ediciones Universidad Nacional Andrés Bello, 1993.
223. IRURETA URIARTE, Pedro. “Los colegios profesionales y el Derecho del Trabajo”, en: *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 21, N° 1 (1994).
224. IRURETA URIARTE, Pedro. “La prohibición de competencia y la buena fe contractual”, en: *Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Tomo I*. Santiago, Chile, Editorial LegalPublishing, 2012.
225. JACQUEMIN, Alex y SCHARNS, Guy. *Le droit économique*. Francia, Paris: Presses Universitaires de France, 1974.
226. JARA BAADER, Andrés. “Sociedades por acciones, ley 20.190”, en: *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 34, N° 2 (2007).
227. JAVILLIER, Jean Claude. *Derecho del Trabajo*. España, Madrid: Instituto de Estudios Laborales, 1982.

228. JAVILLIER, Jean Claude. *El futuro del Derecho del Trabajo*. Montevideo, Uruguay: Fondo de Cultura Económica, 1989.
229. JEAMMAUD, Antoine. “Cambios y futuro del derecho del trabajo en Francia”, en: *Revista Crítica de Derecho Social*, N° 1, 1997.
230. JELLINEK, George. *Teoría General del Estado*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Albatros, 1954.
231. JEQUIER LEHUEDÉ, Eduardo. “Premisas para el tratamiento de los grupos empresariales y administradores de hecho en el derecho chileno”, en: *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 41, N° 1 (2014).
232. JIMÉNEZ LARRAÍN, Fernando. “La noción de Orden Público en la Constitución Política”, en: *Revista de Derecho Público*, Vol. 63 (2001).
233. JUNTA DE GOBIERNO. *Actas oficiales de la Comisión Constituyente. Volumen VI*. Santiago, Chile: Talleres Gráficos de Gendarmería de Chile, 1981.
234. KAHN, Paul. *El análisis cultural del derecho. Una reconstrucción de los estudios jurídicos*. Barcelona, España: Editorial Gedisa, 2001.
235. KAHN FREUND, Otto. *Trabajo y Derecho*. Madrid, España: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1987.
236. KANT, Immanuel. *To perpetual peace: a philosophical sketch*. Indianapolis, Estados Unidos: Hacklett Publishing Company, 2003.
237. KEENEY, Bradford. *Estética del Cambio*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Paidós, 1987.
238. KOHLER, Thomas C. “Disintegration of Labor Law: Some Notes for a Comparative Study of Legal Transformation”, en: *Notre Dame Law Review*, Vol.73, N° 5 (1998).
239. KROTOSCHIN, Ernesto. *Tratado práctico de Derecho del Trabajo. Volumen I*. Buenos Aires, Argentina: Ediciones Depalma, 1968.
240. LACLAU, Ernesto y MOUFFE, Chantal. *Hegemony and socialist strategy: towards a radical democratic politics*. Londres, Inglaterra: Editorial Verso, 2001.

241. LAMPE, Ernst-Joachim. “La protección jurídico penal de la competencia económica en el anteproyecto de Código Penal español de 1983”, en: AA.VV. *La reforma penal: delitos socio-económicos*. Madrid, España: Ed. De Barbero Santos, 1985.
242. LANATA FUENZALIDA, Gabriela. *El Contrato Individual de Trabajo*. Santiago, Chile: Editorial LegalPublishing, 2009.
243. LARENZ, Karl. *Metodología de la ciencia del Derecho*. España, Barcelona: Ariel, 1966.
244. LARRAÍN HURTADO, Jose Antonio. *Protección constitucional del secreto comercial en la propiedad industrial*. Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas de la Universidad de Chile. Santiago, Chile, 2006.
245. LARROUMET, Christian. *Teoría general del contrato. Volumen I*. Bogotá, Colombia: Editorial Temis, 1999.
246. LARS, Hild. *Grenzen einer strafrechtlichen regulierung des Karpitalmarktes*. Frankfurt, Alemania: Peter Lang Verlag, 2005.
247. LASTRA LASTRA, José Manuel. “Paradojas de la autonomía de la voluntad en las relaciones de trabajo”, en: *Revista de Derecho Privado*, año II, N° 5, 2003.
248. LE CROM, Jean Pierre. “La liberté du travail en droit français. Essai sur l'évolution d'une notion á usages multiples”, en: *Diritto romano attuale*, N° 15 (2006).
249. LEISNER, Walter. *Grundrechte und Privatrecht*. Munich, Alemania: C. H. Beck, 1960.
250. LENTH, Claude. “Norway”, en: IUS LABORIS. *Non-compete clauses. An international guide*. Bruselas, Bélgica: Ius Laboris, 2010.
251. LEÓN HURTADO, Avelino. *La causa*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1961.
252. LIANOS, Ioannis. “Las implicancias de una teoría regulatoria de la propiedad intelectual (PI) para el derecho de la Libre Competencia: visión desde Europa”, en: *Revista de Derecho Económico de la Universidad de Chile*, N° 75 (2010).
253. LIZAMA PORTAL, Luis. *Derecho del Trabajo*. Santiago, Chile: Editorial Lexis Nexis, 2003.

254. LIZAMA PORTAL, Luis. “La Discriminación Laboral en Chile”, en: AA.VV. *Litigios y Políticas Públicas en Derechos Humanos, Cuadernos de Análisis Jurídico Universidad Diego Portales, Serie Publicaciones Especiales*, N° 14 (2002).
255. LIZAMA PORTAL, Luis y UGARTE CATALDO, José Luis. *Interpretación y derechos fundamentales en la empresa*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica ConoSur, 1998.
256. LÓPEZ FERNÁNDEZ, Diego. “¿Derecho del Trabajo o derecho del empleo? La nueva función de la legislación laboral y la reducción de los derechos en el trabajo”, en: *Nueva Sociedad*, N° 188 (2003).
257. LÓPEZ FERNÁNDEZ, Diego. “Flexibilidad laboral: bases para un acuerdo social posible”, en: *Serie en Foco*, N° 49 (2005).
258. LÓPEZ FERNÁNDEZ, Diego. *Los derechos de las personas: la fuerza de la democracia*. Santiago, Chile: Ediciones Universidad Alberto Hurtado, 2009.
259. LÓPEZ GANDIA, Juan. “Breve nota sobre el artículo 35 de la Constitución española (derecho al trabajo, libertad profesional y promoción en el trabajo)”, en: UNIVERSIDAD DE VALENCIA. *Estudios sobre la Constitución Española de 1978*. Valencia, España: Secretariado de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valencia, 1980.
260. LÓPEZ GANDÍA, Juan. *Contrato de trabajo y figuras afines*. Valencia, España: Tirant lo Blanch, 1999.
261. LÓPEZ ONETO, Marcos. *Flexibilidad laboral chilena y principio de protección de la fuente de empleo. Algunas hipótesis*. Tesis para optar al grado de Magíster en Derecho de la Universidad de Chile. Santiago, Chile, 1999.
262. LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge. *Los contratos. Parte General, Tomo I*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1998.
263. LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge. “Obligación contractual que supone aptitudes personales del deudor. Legislación sobre la libre competencia; ejecución forzada e indemnización de perjuicios (informe en derecho)”, en: *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, N° 1 (1977), pp. 43-75.

264. LORENZINI BARRÍA, Jaime. *El Régimen de propiedad Industrial en la O.M.C.* Santiago, Chile: Editorial Jurídica.
265. LOZANO, Wilfredo. “Desregulación laboral, Estado y mercado en América Latina: balance y retos sociopolíticos” [en línea], en: *Perfiles Latinoamericanos*, (1999) [citado el 25 de Enero de 2016], <http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=11501305>.
266. LUHMANN, Niklas. *Organización y Decisión. Autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo*. Barcelona, España: Editorial Anthropos.
267. LUHMANN, Niklas. “Positivität als selbstbestimmtheit des rechts”, en: *Rechtstheorie*, N° 19 (1988).
268. LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociales, lineamientos para una teoría general*. México D.F., México: Editorial Patria, 1993.
269. LUHMANN, Niklas y DE GIORGI, Raffaele. *Teoría de la sociedad*. México D.F., México: Universidad de Guadalajara-Universidad Iberoamericana-Instituto Tecnológico de Estudios Superiores de Occidente, 1995.
270. LYON-CAEN, Gérard. “La liberté du travail et le droit français du travail”, en: *La liberté du travail, congrès et colloques de l’université de Liège*, Vol. 53 (1969).
271. MALINOWSKI, Bronislaw. *Los argonautas del Pacífico Occidental*. Barcelona, España: Planeta-Agostini, 1986.
272. MALLET, Estêvão: “Cláusula de não-concorrência em contrato individual de trabalho”, en: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, Vol. 100 (2005).
273. MARCOS ABARZÚA, Sebastián y PIZARRO CONTRERAS, Sebastián. “La superación de la actual fundamentalidad Laboral: el rol de la desobediencia como fuente normativa”, en: TÓRTORA ARAVENA, Hugo (coord.). *Las fuentes formales del Derecho Público*. Santiago, Chile: Editorial Metropolitana, 2012.
274. MARÍN RODRÍGUEZ, Luis. “La libertad de contratación y el contrato de trabajo. Análisis comparativo del Derecho español y el estadounidense”, en: *Derecho y Opinión*, N° 9 (2001).

275. MARSHALL BARBERÁN, Pablo. “El efecto horizontal de los derechos y la competencia del juez para aplicar la Constitución”, en: *Estudios Constitucionales*, Año 8, N° 1 (2010).
276. MARTÍN CRIADO, Enrique. “El concepto de campo como herramienta metodológica”, en: *Revista española de investigaciones sociológicas*, N° 123 (2008).
277. MARTÍN RETORTILLO, Sebastián. *Derecho Administrativo Económico. Tomo I*. Madrid, España: Editorial La Ley, 1988.
278. MARTINEZ ESTAY, José Ignacio. “Carácter absoluto y límites de los derechos y libertades”, en: GARCÍA-HUIDOBRO, Joaquín, MARTÍNEZ, José Ignacio y NÚÑEZ, Manuel Antonio. *Lecciones de Derechos Humanos*. Valparaíso, Chile: Edeval, 1997.
279. MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio. “Los Derechos Sociales”, en: GARCÍA-HUIDOBRO, Joaquín, MARTÍNEZ, José Ignacio y NÚÑEZ, Manuel Antonio. *Lecciones de Derechos Humanos*. Valparaíso, Chile: Edeval, 1997.
280. MARTÍNEZ FONTS, Daniel. *Libre competencia y Derecho del Trabajo*. Madrid, España: Editorial La Ley, 2006.
281. MARTÍNEZ PUJALTE, Antonio Luis. *La garantía del contenido esencial de los Derechos Fundamentales*. Madrid, España: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
282. MARTÍNEZ VAL, José María. “Libertad de Empresa”, en: ALZAGA VILLAMIL, Óscar. *Comentarios de las leyes políticas. Constitución Española de 1978*. Madrid, España: Edersa, 1983.
283. MARTINS, Sergio Pinto. “Cláusula de Não-Concorrência inserida no Contrato de Trabalho”, en: *Repertório IOB de Jurisprudência, Caderno 2*, N° 7/01 (2001).
284. MASCAREÑO, Aldo. “Ética de la contingencia por medio del derecho reflexivo”, en: STAMFORD DA SILVA, Artur. *Sociología do Direito. Na prática da teorie*. Curitiba, Brasil: Jurúa, 2007.
285. MEJÍA, Óscar y GUZMÁN, Natalia. “La Corte Constitucional: entre la emancipación social y la eficacia sistémica”, en: *Pensamiento Jurídico*, N° 15 (2002).
286. MELICH ORSINI, José. “La causa en la teoría del contrato y sus diversas funciones”, en: *Anuario de Derecho Civil*, Tomo XXXVII, N° 1 (1984).

287. MELIS VALENCIA, Christian. “Derechos fundamentales y empresas: apuntes para una configuración dogmática jurídica”, en: *Derechos Fundamentales, Anuario de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, N° 3 (2004).
288. MELIS VALENCIA, Christian y SÁEZ CARLIER, Felipe. *Derecho del Trabajo, Tomo I*. Santiago, Chile: 2000.
289. MELIS VALENCIA, Christian. *Los derechos fundamentales de los trabajadores como límites a los poderes empresariales*. Santiago, Chile: Legal Publishing, 2010.
290. MENDOZA ESCALANTE, Mijail. “La eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares”, en: *Pensamiento Constitucional*, N° 11 (2005).
291. MENEZES CORDEIRO, António. *Manual de Direito do Trabalho*. Coimbra, Portugal: Edições Almedina, 1991.
292. MENGONI, Luigi. “La quistione della subordinazione in due trattazione recenti”, en: *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, N° 1 (1986).
293. MERCADO PACHECO, Pedro. “Derechos y orden económico: reflexiones sobre la “Constitución Económica””, en: BETEGÓN CARRILLO, Jerónimo, LAPORTA SAN MIGUEL, Francisco Javier, PRIETO SANCHÍS, Luis, y DE PÁRAMO ARGÜELLES, Juan Ramón (coords.). *Constitución y Derechos Fundamentales*. Madrid, España: Presidencia del Gobierno, Secretaría General Técnica, 2004.
294. MEZEY, Naomi. “Law as culture”, en: SARAT, Austin y SIMON, Jonathan (eds.). *Cultural analysis, cultural studies, and the law: moving beyond legal realism*. Durham, Estados Unidos: Duke University Press, 2003, pp. 37-72.
295. MICELI, Thomas. *Economics of the Law: torts, contracts, property, litigation*. Oxford, Inglaterra: Oxford University Press, 1997.
296. MIRAS, Jorge. “Concepto jurídico indeterminado”, en: OTADUY, Javier, VIANA, Antonio y SEDANO, Joaquín (eds.). *Diccionario General de Derecho Canónico*. Pamplona, España: Thomson Reuters Aranzadi, 2012, p. 346.
297. MONEREO PÉREZ, José Luis. *Introducción al Nuevo Derecho del Trabajo: Una reflexión crítica sobre el Derecho flexible del Trabajo*. Valencia, España: Tirant lo Blanch, 1996.

298. MONTOYA MELGAR, Alfredo. *Derecho del Trabajo*. Madrid, España: Editorial Tecnos, 1990.
299. MONTT DUBORNAIS, Luis. “Orden público económico y economía social de mercado: elementos para una formulación constitucional”, en: *Revista de Derecho Económico*, N° 41 (1978).
300. MONTT RETTIG, Paulo. “Validez de las cláusulas contractuales de no competir”, en: *Revista de Derecho Económico Universidad de Chile*, N° 75 (2010).
301. MORALES HUERTAS, Margarita. “La renovación del concepto de causa en el Derecho francés”, en: *Revista de Derecho Privado*, N° 16 (2009).
302. MORALES PRATS, Fermín. *La tutela penal de la intimidad: privacy e informática*. Barcelona, España: Editorial Destino, 1984.
303. MORENO DE TORO, Carmen. “El pacto de abstención postcontractual de la actividad competitiva”, en: *Revista Española de Derecho del Trabajo*, N° 68 (1994).
304. MORÓN LERMA, Esther. *La tutela penal del secreto de empresa, desde una teoría general del bien jurídico*. Tesis Doctoral en Derecho por la Universidad de Barcelona. Barcelona, España: 2002.
305. MÜCKLENBURGER, Ulrich. “Ridifinire la nozione si subordinazione? Il dibattito in Germania”, en: *Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali*, N° 86 (2000).
306. MUÑOZ LEÓN, Fernando. “Autonomía y responsividad: sobre la relación entre Derecho y sociedad”, en: *Anuario de Derecho Público UDP*, 2011.
307. MUÑOZ LEÓN, Fernando. “La interpretación originalista de nuestra Constitución: ¿es posible y deseable?”, en: *Revista de Derecho Público*, Vol. 69 (2007).
308. NADAL SERRI, Daniel. *El Despido en el Código del Trabajo*. Santiago, Chile: Editorial Lexis Nexis, 2003.
309. NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao Direito do Trabalho*. São Paulo: Brasil, LTr Editora, 1982.

310. NAVARRO BELTRÁN, Enrique. “Constitucionalización del Derecho Civil: la protección sobre las cosas incorporales”, en: AA.VV. *Obra Conmemorativa de 150 años del Código Civil*. Santiago, Chile: Editorial LexisNexis, 2005, pp. 517-531.
311. NAVARRO BELTRÁN, Enrique. “Protección y amparo de la libertad económica en Chile e Hispanoamérica”, en: *Revista Chilena de Derecho. Número especial*, 1998.
312. NELKEN, David. “Criminal law and criminal justice: some notes on their irrelation”, en: DENNIS, Ian (ed.). *Criminal law and criminal justice*. Londres, Inglaterra: Sweet and Maxwell, 1987.
313. NEVADO FERNÁNDEZ, María José. *Las restricciones a la competencia en el contrato de trabajo*. Madrid, España: Editorial Tecnos, 1998.
314. NEVES, Marcelo. “De la autopoiesis a la alopoiesis del Derecho”, en: *Doxa*, N° 19 (1996).
315. NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. “Aspectos de una Teoría de los Derechos Fundamentales: La Delimitación, Regulación, Garantías y Limitaciones de los Derechos Fundamentales”, en: *Revista Ius et Praxis*, Vol. N° 11, N° 2 (2005).
316. NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. *Derechos fundamentales y garantías constitucionales. Tomo IV*. Santiago, Chile: Editorial Librotecnia, 2010.
317. NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. “El derecho a la igualdad en la jurisprudencia constitucional”, en: *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, N° XVIII (1997), pp. 167-184.
318. NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. “Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos fundamentales efectivos en el constitucionalismo democrático latinoamericano”, en: *Estudios Constitucionales*, Año 7, N° 2 (2009).
319. NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. “Reforma constitucional de 2005 y control de constitucionalidad de tratados internacionales”, en: *Estudios Constitucionales*, Año 5 N° 1 (2007).
320. NOGUEIRA GUASTAVINO, Magdalena. *La prohibición de competencia desleal en el contrato de trabajo. Una singular manifestación del deber de buena fe contractual*. Madrid, España: Editorial Aranzadi, 1997.

321. NOGUEIRA GUASTAVINO, Magdalena. *Pacto laboral de no competencia*. Madrid, España: Editorial Mc Graw-Hill, 1998.
322. NOVOA GALÁN, Raúl y NOVOA MUÑOZ, Gabriela. *Derecho de Mercado de Capitales*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1995.
323. NÚÑEZ LEIVA, José Ignacio. “Explorando el neoconstitucionalismo a partir de sus tesis principales: “Black holes & Revelations””, en: *Revista Ius et Praxis*, Año 21, N° 1 (2015).
324. NÚÑEZ OJEDA, Raúl. “El sistema de recursos procesales en el ámbito civil en un Estado democrático deliberativo”, en: *Ius et Praxis*, Año 14, N° 1 (2008).
325. OECD. *Employment Outlook 2004*. Paris, Francia: OECD, 2004.
326. OGALDE MUÑOZ, Jorge. “La subsistencia de obligaciones del trabajador al término de la relación laboral”, en: UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO. *Colección de Tesis Magister en Derecho de la Empresa año académico 2001*. Concepción, Chile: Ediciones Universidad del Desarrollo, 2001.
327. OJEDA AVILÉS, Antonio. “Ajenidad, dependencia o control: la causa del contrato”, en: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Perú*, N° 60 (2007).
328. OLAVARRÍA ÁVILA, Julio. *Las sociedades colectivas*. Barcelona, España: Imprenta Clarasó, 1970.
329. OLIVER, Dawn. “Pourquoi n’y a-t-il pas vraiment de distinction entre droit public et droit prive en Angleterre?”, en: *Revue Internationale de Droit Comparé*, N° 2 (2001), pp. 327- 338.
330. ONFRAY VIVANCO, Arturo. “Ilícitos contra la información en las transacciones de valores”, en: *Revista de Derecho Consejo de Defensa del Estado*, N° 5 (2001).
331. OSSANDON WIDOW, María Magdalena. “Los elementos descriptivos como técnica legislativa. Consideraciones críticas en relación con los delitos de hurto y robo con fuerza”, en: *Revista de Derecho de la Universidad Austral*, Vol. XII, N° 1 (2009).
332. PAGÉS, Carmen y MONTENEGRO, Claudio. “¿Quién se beneficia de las regulaciones al mercado de trabajo? Chile, 1960-1998”, en: HECKMAN, J.James y

- PAGÉS, Carmen (ed.). *Regulación y empleo. Lecciones de América Latina y el Caribe*. Santiago, Chile: Alfabetas Artes Gráficas, 2005.
333. PAILLÁS PEÑA, Enrique. *Estudios de Derecho Probatorio*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1991.
334. PALAVECINO CÁCERES, Claudio. “El procedimiento de tutela de Derechos Fundamentales del trabajador en Chile”, en: CALVINHO, Gustavo, BRUNETTI, Andrea, *et al. Derecho Procesal, Garantista y Constitucional: Proceso, garantía y libertad*. Medellín, Colombia: Corporación Universitaria Remington, 2014.
335. PALAVECINO CÁCERES, Claudio. “La libertad de trabajo y su protección constitucional. Nueva lectura”, en: *Revista Laboral Chilena*, N° 219 (2013).
336. PALMA JARA, Juan Eduardo. “De los pactos de accionistas en las sociedades anónimas. Concepto, contenido y límites a la autonomía de la voluntad”, en: *Revista Chilena de Derecho Comercial*, año 3 N° 3.
337. PALMA ROGERS, Gabriel. *Derecho Comercial. Tomo II*. Santiago, Chile: Editorial Nascimento, 1940.
338. PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos. *Derecho del Trabajo e ideología*. Madrid, España: Editorial Tecnos, 1995.
339. PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos. “La función y la refundación del Derecho del Trabajo”, en: *Relaciones Laborales*, N° 13 (2000).
340. PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos. “Un compañero de viaje histórico del Derecho del Trabajo: la crisis económica”, en: *Revista de Política Social*, N°143 (1984).
341. PALOMO VÉLEZ, Rodrigo. “El rol de los principios en la aplicación del Derecho del Trabajo. Antecedentes conceptuales sobre el estado del arte en Chile”, en: *Revista Laboral Chilena*, N° 11 (2007).
342. PARESCHE, Enrico. *La dinamica del diritto. Contributi ad una scienza del diritto*. Milán, Italia: Giuffrè Editore, 1975.
343. PARSONS, Talcott. *La estructura de la acción social*. Madrid, España: Editorial Guadarrama, 1968.

344. PEDRAJAS MORENO, Abdón. “El pacto de no concurrencia postcontractual: aspectos prácticos para su instrumentación, desde la óptica jurisprudencial”, en: *Aranzadi Social*, N° 5 (2002).
345. PEREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco. “El trabajo subordinado como tipo contractual”, en: *Documentación Laboral*, N° 39 (1993).
346. PÉREZ LLEDÓ, Juan Antonio. *El movimiento Critical Legal Studies*. Madrid, España: Tecnos, 1996.
347. PETITBÒ, Amadeo y MARTÍNEZ LAGE, Santiago. *El Derecho de la Competencia en tiempos de crisis*. Madrid, España: Marcial Pons, 2010.
348. PETTITI, Christophe. “La Clause de non concurrence en droit du travail et l’applicabilité directe du Pacte International relatif aux Droits Economiques, Sociaux et Culturels du 16 Decembre 1966”, en: *Droits fondamentaux*, N° 7 (2008).
349. PFEFFER URQUIAGA, Emilio. “La nulidad de Derecho Público; tendencias jurisprudenciales”, en: *Revista de Derecho Público de la Universidad Diego Portales*, N° 67 (2005), pp. 129-144.
350. PFEFFER URQUIAGA, Francisco. “Concepto de información privilegiada y deberes de conducta de quienes están en posesión de ella, a la luz de la jurisprudencia emanada de la Excma. Corte Suprema”, en: *Revista de Derecho Comercial de la Universidad de Chile*, N° 1 (2010), pp. 155-181.
351. PIERRY ARRAU, Pedro. “Nulidad en el Derecho Administrativo”, en: *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, N° 15 (1993-1994), pp. 79-100.
352. PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio. “Algunos problemas del delito de uso de información privilegiada”, en: *Cuadernos de Extensión Jurídica*, N° 19 (2009), pp. 113-135.
353. PIÑERA ECHENIQUE, José. *La revolución laboral en Chile*. Santiago, Chile, Ed. Zigzag, 1990.
354. PIZARRO CONTRERAS, Sebastián. “Conciliación entre Derecho al Trabajo y Libertad de Trabajo desde la perspectiva de los Derechos Sociales, Económicos y

- Culturales”, en: *Revista de Actualidad Laboral del Departamento de Derecho Laboral, Universidad de Chile*, N° 83 (2009)
355. PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Los principios del Derecho del Trabajo*. Buenos Aires, Argentina: Depalma, 1998.
356. PLAZA VALLEJOS, María Paz y TELLO ANDRADE, María Fernanda. *Responsabilidades a las que da lugar la actividad empresarial: en especial en el Derecho Laboral y de la seguridad social*. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, 2014.
357. POLANYI, Karl. *La gran transformación*. Madrid, España: Editorial La Piqueta, 1989.
358. PRECHT PIZARRO, Jorge. “Las limitaciones a los derechos fundamentales en Chile y una cláusula general regulatoria de tales limitaciones”, en: *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 28, N° 2 (2001).
359. PRIETO NAVARRO, Evaristo. “Teoría de sistemas, funciones del derecho y control social. Perspectivas e imposibilidades para la dogmática penal” [en línea], en: *Doxa*, (2000) [citado el 8 de abril de 2016], http://www.lluisvives.com/servlet/SirveObras/doxa/12383873132368273109213/Doxa2_3_11.pdf.
360. PRIETO SANCHIS, Luis. “Constitucionalismo y garantismo”, en: AA.VV. *Garantismo: Estudios en homenaje a Ferrajoli*. Madrid, España: Trotta, 2005.
361. PRIETO SANCHÍS, Luis. *Ideología e interpretación jurídica*. Madrid, España: Editorial Tecnos, 1993.
362. PRIETO SANCHÍS, Luis. *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Madrid, España: Editorial Trotta, 2003.
363. PRIETO SANCHÍS, Luis. “La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura de sistema de libertades”, en: *Derechos y libertades*, N° 8 (2000).
364. PUELMA ACCORSI, Álvaro. “La legislación en materia de Derecho Comercial analizada por la aplicación que ella tiene en la realidad nacional y las necesidades

actuales”, en: AA.VV. *Orientaciones de Derecho Chileno*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1971.

365. PUELMA ACCORSI, Álvaro. *Sociedades*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica, 2001.

366. QUINTANA BENAVIDES, Augusto. “La garantía constitucional de una justa retribución y la garantía legal de un ingreso mínimo en el Orden Público Laboral chileno”, en: *Persona y Sociedad*, Vol. XIV, N° 3 (2000).

367. RADBRUCH, Gustav. *Introducción a la Filosofía del Derecho*. México D.F, México, 1985.

368. RADÉ, Christophe. *Droit du travail et responsabilité civile*. Paris, Francia: LGDJ, 1998.

369. REGLERO CAMPOS, Fernando. “Responsabilidad civil por daños a la propiedad industrial” en: AA.VV. *Tratado de Responsabilidad Civil*. Navarra, España: Editorial Thomson-Aranzadi, 2003.

370. REPÚBLICA DE CHILE. “Actas Oficiales de la Comisión Constituyente” [en línea], en: *Biblioteca del Congreso Nacional de Chile*, [citado el 21 de septiembre de 2016], http://www.bcn.cl/lc/cpolitica/constitucion_politica/Actas_comision_ortuzar/Tomo_VI_Comision_Ortuzar.pdf.

371. REPÚBLICA DE CHILE. “Actas Oficiales de la Comisión Constituyente” [en línea], en: *Biblioteca del Congreso Nacional de Chile*, [citado el 11 de septiembre de 2016], http://www.bcn.cl/lc/cpolitica/constitucion_politica/Actas_comision_ortuzar/Tomo_XI_Comision_Ortuzar.pdf.

372. REPÚBLICA DE CHILE. “Actas Oficiales de la Comisión Constituyente” [en línea], en: *Biblioteca del Congreso Nacional de Chile*, [citado el 11 de septiembre de 2016], http://www.bcn.cl/lc/cpolitica/constitucion_politica/Actas_comision_ortuzar/Tomo_XI_Comision_Ortuzar.pdf.

373. REPÚBLICA DE CHILE. “Historia de la Ley N° 19.010 Establece nuevas normas sobre terminación del contrato de trabajo y estabilidad en el empleo” [en línea], en: *Biblioteca del Congreso Nacional de Chile*, [citado el 21 de septiembre de 2016],

<https://www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursolegales/10221.3/22922/1/HL19010.pdf>.

374. REPÚBLICA DE CHILE. “Historia de la Ley N° 19.759.” [en línea], en: *Biblioteca del Congreso Nacional*, [citado el 22 de septiembre de 2016], <https://www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursolegales/10221.3/2421/1/HL19759.pdf>.

375. REPÚBLICA DE CHILE. “Proyecto de Ley, Modifica el Código de Trabajo, eliminando el límite a indemnización por años de servicios. Boletín 8757-13. Cámara de diputados” [en línea], en: *Cámara de Diputados*, [citado el 21 de septiembre de 2016], https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=9160&prmBL=8757-13.

376. REPÚBLICA DE CHILE. “Proyecto de ley que modifica el código del trabajo para efectos de eliminar el límite máximo de la indemnización por años de servicios. Boletín N° 9714-13. Cámara de diputados” [en línea], en: *Cámara de Diputados*, [citado el 21 de septiembre de 2016], https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=10133&prmboletin=9714-13.

377. REVET, Thierry. “La liberté du travail”, en: CABRILLAC, Rémy, FRISON-ROCHE, Marie-Anne y REVET, Thierry (dir.). *Libertés et droits fondamentaux*. Francia: Paris, Editorial Dalloz, 2004.

378. RIBAS FERRER, Vicenç. *Aproximación al estudio del deber de lealtad del administrador de sociedades*. Tesis para optar al grado de Doctor en Derecho de la Universidad Autónoma de Barcelona. Barcelona, España, 2004.

379. RIBERA NEUMANN, Teodoro. “La Protección Constitucional de la Empresa: la individualidad determinada y la teoría del levantamiento del velo”, en: AA.VV. *Sentencias Destacadas 2006*. Santiago, Chile: Ediciones Libertad y Desarrollo, 2007.

380. RIFKIN, Jeremy. *El fin del trabajo*. Barcelona, España: Ediciones Paidós, 1996.

381. RIPERT, Georges. *Tratado elemental de Derecho Comercial. Tomo II*. Buenos Aires, Argentina: Tipográfica Editora Argentina, 1954.

382. RISSO FERRAND, Martín. “Hacia una nueva interpretación constitucional. La realidad en Uruguay”, en: *Estudios Constitucionales*, Año 12, N° 1 (2014).

383. RIVERA RESTREPO, José. “Una mirada a la doctrina de la causa y sus distintas versiones en el Código Civil chileno”, en: *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Año 18, N° 2 (2011).
384. ROBLES MARTÍN-LABORDA, Antonio. *Libre competencia y competencia desleal*. Madrid, España: La Ley, (2001).
385. RODIÉRE, Pierre. *Droit Social de L'Union Européene*. Paris, Francia: Ed. LGDJ, 2014.
386. RODRÍGUEZ MANCILLA, Darío y ARNOLD, Marcelo. *Sociedad y teoría de sistemas*. Santiago, Chile: Editorial Universitaria, 1991.
387. RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge. *La negociación colectiva*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea, 199
388. RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel. “Diritto del lavoro e mercato”, en: *Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali*, N° 1 (1995).
389. RODRIGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, Miguel. *Flexibilidad, ¿un debate interesante o un debate interesado?*. Madrid, España, La Ley, 1987.
390. RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, Miguel. “Límites a la competencia y contrato de trabajo”, en: *Revista de Política Social*, N° 116 (1977).
391. ROJAS MIÑO, Irene. “La indemnización por término de contrato de trabajo: instrumento de protección ante el despido”, en: *Revista Ius et Praxis*, Año 20, N° 1 (2014).
392. ROJAS MIÑO, Irene. *Manual de Derecho del Trabajo. Derecho Individual*. Santiago, Chile: Ed. LexisNexis, 2004.
393. ROMAGNOLI, Umberto. “Divagaciones acerca de la relación entre la economía y el Derecho del Trabajo”, en: AA.VV. *Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución Española*. Madrid, España: Editorial La Ley, 2006.
394. ROMAGNOLI, Umberto. *El derecho del trabajo y la historia*. Madrid, España: Consejo Económico y Social, 1997.
395. ROMAGNOLI, Umberto. “La desindustrialización de los conflictos de trabajo y la ética de la responsabilidad”, en: VALDÉS DAL-RÉ, Fernando (coord.). *Sindicalismo y cambios sociales*. Madrid, España: CES, 1994.

396. ROMAGNOLI, Umberto. “La desregulación y las fuentes del Derecho del Trabajo”, en: *Cuaderno de Relaciones Laborales*, N° 1 (1992).
397. ROMAGNOLI, Umberto. “Weimar ¿y después?”, en: *Jueces para la democracia*, N° 14 (1991).
398. ROMÁN DE LA TORRE, María Dolores. *Poder de dirección y contrato de trabajo*. Valladolid, España: Ediciones Grapheus, 1992.
399. ROMANIK FONCEA, Katy. “La voluntad de las partes en el contrato individual de trabajo: análisis de algunas cláusulas especiales”, en: *Aporte al Debate Laboral*, N° 29 (2014).
400. ROMERO GUZMÁN, Juan José. *Ejecución y cumplimiento de un marco normativo de Libre Competencia*. Santiago, Chile: Thomson Reuters, 2014.
401. RÖPKE, Wilhelm. *La crisis social de nuestro tiempo*. Madrid, España: Editorial Revista de Occidente, 1956.
402. ROSENKRANTZ, Carlos. “La autoridad del derecho y la injusticia económica y social”, en: *Discusiones*, N° 6 (2006).
403. RUAY SÁEZ, Francisco. “El juicio de ponderación en el procedimiento de Tutela Laboral”, en: *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Vol. 2, N° 4 (2011).
404. RUAY SÁEZ, Francisco. “Una crítica al juicio de ponderación de Alexy a propósito del procedimiento de Tutela Laboral”, en: *Revista de Derechos Fundamentales*, N° 12 (2014).
405. RUIZ-TAGLE VIAL, Pablo. “Principios Constitucionales del Estado Empresario”, en: *Revista de Derecho Público*, N° 62 (2000).
406. RUPRECHT, Alfredo. *Los principios normativos laborales y su proyección en la legislación*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Zavala, 1994.
407. SALA FRANCO, Tomás. “Dos cuestiones mal resueltas: la naturaleza imperativa de las normas legales laborales y la complementariedad convencional de las mismas”, en: *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, N° 3, 1997.

408. SALAZAR, Gabriel. *Labradores, peones y proletarios. Formación de la sociedad popular chilena del siglo XIX*. Santiago, Chile: Lom Ediciones, 2000.
409. SÁNCHEZ GIL, Rubén. *El principio de proporcionalidad*. México D.F., México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2007.
410. SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo. *Derecho Comercial. Sociedades de personas y de capital*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2010.
411. SANGUINETTI RAYMOND, Wilfredo. “La dependencia y las nuevas realidades económicas y sociales: ¿un criterio en crisis”, en: *Temas Laborales*, N° 40 (1996).
412. SANTOS ALVES DA CUNHA, Maria Inês Moura. *Direito do Trabalho*. São Paulo, Brasil: Saraiva, 2010.
413. SCONAMIGLIO, Renato. *Diritto del Lavoro*. Nápoles, Italia: Ed. Eugenio Jovene, 1994.
414. SEBASTIÁN LLORENTE, Jesús. “El pacto de no competencia post contractual”, en: *Actualidad Laboral*, N° 20 (1992).
415. SEITZ, Natalie. “Austria”, en: IUS LABORIS. *Non-compete clauses. An international guide*. Bruselas, Bélgica: Ius Laboris, 2010.
416. SEPÚLVEDA GÓMEZ, María. “El Derecho del Trabajo y las relaciones laborales ante los cambios económicos y sociales” [en línea], en: *X Congreso Europeo de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, (2011), [citado el 22 de abril de 2014], <http://historico.tsj.gov.ve/informacion/miscelaneas/congresoeuropeo/01%20Primera%20ponencia/124%20SEPULVEDA%20GOMEZ.pdf>.
417. SERNA BERMÚDEZ, Pedro. “Derechos fundamentales: El mito de los conflictos. Reflexiones teóricas a partir de un supuesto jurisprudencial sobre intimidad e información”, en: *Suplemento Humana iura de derechos humanos, Persona y derecho*, N° 4 (1994).
418. SEVERÍN CONCHA, Juan Pablo. “Discriminación en el ámbito laboral y su tutela jurisdiccional”, en: *Revista de Derechos Fundamentales*, N° 7 (2012).
419. SIERRA HERRERO, Alfredo. “El pacto de permanencia en la relación laboral. Comentario a la sentencia de la Corte Suprema de 21 de Agosto de 2007, Rol 5581-2005,

- “Universidad de Concepción con Olmos Coelho””, en: *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Chile*, Vol. 4, N° 8 (2014).
420. SIERRA HERRERO, Alfredo. “La cláusula de no competencia post-contractual en el contrato de trabajo”, en: *Revista Ius et Praxis*, Año 20, N° 2 (2014).
421. SIERRA HERRERO, Alfredo: “Las cláusulas de confidencialidad en el contrato de trabajo”, en: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 41 (2013).
422. SIERRA HERRERO, Alfredo. “Trabajadores inventores: titularidad de sus creaciones y régimen retributivo”, en: *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, Año 18 N° 2 (2011), pp. 151-188.
423. SILVA BASCUÑÁN, Alejandro. *Tratado de Derecho Constitucional. Tomo II*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1963.
424. SILVA IRARRÁZAVAL, Luis Alejandro. “Supremacía constitucional y tutela laboral”, en: *Revista de Derecho de la Universidad Austral*, Vol. XXIV (2011).
425. SILVA SÁNCHEZ, Jesús. *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades post-industriales*. Madrid, España: Civitas, 2001.
426. SIMITIS, Spiros. “Is there a still a future for employment law?”, en: AA.VV. *5th European Regional Congress for Labour Law and Social Security*. Leiden, Holanda, 1996.
427. SIRVENT HERNÁNDEZ, Nancy. *El pacto de permanencia en la empresa*. Valencia, España: Ed. Tirant Lo Blanch, 2002.
428. SOLÉ FELIÚ, Josep. *La responsabilidad extracontractual del principal por hechos de sus auxiliares: principios y tendencias*. Madrid, España: Editorial Reus, 2012.
429. SOTO, Álvaro. *Flexibilidad laboral y subjetividades. Hacia una comprensión psicosocial del empleo contemporáneo*. Santiago, Chile: LOM Ediciones, 2008.
430. SOTO KLOSS, Eduardo. “La nulidad de Derecho Público: su actualidad”, en: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 18 (1997), pp. 347-355.

431. STERN, Klaus. *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Allgemeine Lehren der Grundrechte*. München, Alemania: C.H.Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1988.
432. SUPIOT, Alain. *Crítica del derecho del trabajo*. Madrid, España: Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales, 1996.
433. TADDEI, Emilio. "Prólogo", en: DE LA GARZA, Enrique (coord.). *Reestructuración productiva, mercado de trabajo y sindicatos en América Latina*, Buenos Aires, Argentina: CLACSO, 2000.
434. TAPIA HENRÍQUEZ, Lesly y SALGADO VÁSQUEZ, Juan Luis. *El finiquito y los derechos del trabajador despedido*. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, 2010.
435. TARUFFO, Michele. "Consideraciones entre prueba y motivación", en: *Jueces para la Democracia*, N° 69 (2007),
436. TEUBNER, Gunther: "El derecho cómo sujeto epistémico: hacia una epistemología constructivista del derecho" [en línea], en: *Doxa*, (2002), [citado el 30 de abril de 2015] http://www.lluisvives.com/servlet/SirveObras/doxa/23584061091481851665679/doxa25_17.pdf.
437. TEUBNER, Gunther. *Law as an autopoietic system*. Oxford, Inglaterra: Blackwell, 1993.
438. THAYER OJEDA, William. *Texto y comentario del Código del Trabajo*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2002.
439. THAYER, William y NOVOA, Patricio. *Manual de Derecho del Trabajo. Derecho Individual de Trabajo. Tomo III*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2008.
440. THOMAS MAC MILLAN, Humberto. *Terminación del contrato de trabajo. Manual práctico*. Santiago, Chile: Editorial Edimatri, 2008.
441. TOBÓN, Natalia. ¿Cómo proteger los secretos empresariales en el marco de un contrato laboral? [en línea], en: *Natalia Tobón.com* [citado el 15 de agosto de 2016]

<http://www.nataliatobon.com/uploads/2/6/1/8/26189901/proteccionsecretosencontratotrabajo.pdf>.

442. TOMASELLO WEITZ, Leslie. *La utilización de opciones en los Pactos de Accionistas de las Sociedades Anónimas*. Valparaíso, Chile: Edeval, 2006.

443. TÓRTORA ARAVENA, Hugo. “El Derecho a la Vida en la Jurisprudencia Constitucional: aproximación al análisis de su delimitación, limitación y configuración”, en: *Revista de Estudios Constitucionales*, Año 3 N° 2 (2005), pp. 199-247.

444. TÓRTORA ARAVENA, Hugo. “Las limitaciones a los derechos fundamentales”, en: *Estudios Constitucionales*, N° 2 (2010).

445. TRABUCCHI, Alberto. *Instituciones de Derecho Civil. Tomo I*. Madrid, España: Editorial Revista de Derecho Privado, 1967.

446. UGARTE CATALDO, José Luis. *El nuevo Derecho del Trabajo*. Santiago, Chile: Editorial Legal Publishing, 2011.

447. UGARTE CATALDO, José Luis. “La constitucionalización del Derecho del Trabajo: la Tutela de Derechos Fundamentales”, en: *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, N° 7 (2008), pp. 249-273.

448. UGARTE CATALDO, José Luis. “La tutela de Derechos Fundamentales y el Derecho del Trabajo: de erizo a zorro”, en: *Revista de Derecho de la Universidad Austral*, Vol. XX, N° 2 (2007).

449. UGARTE CATALDO, José Luis. “Los derechos en su nueva hora: la teoría externa de los derechos fundamentales”, en: *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Año 18, N° 2 (2011), pp. 361-373.

450. UGARTE CATALDO, José Luis. “Privacidad, trabajo y Derechos Fundamentales”, en: *Estudios Constitucionales*, Año 9, N° 1 (2011).

451. UGARTE CATALDO, José Luis. *Tutela de Derechos Fundamentales del Trabajador*. Santiago, Chile: Legal Publishing, 2009.

452. ULLOA ZAMBRANO, Víctor. “El movimiento sindical chileno” [en línea], en: *Mi dulce patria*, (2003), [citado el 23 de abril de 2016], www.midulcepatria.cl/web_antigua/web3/descargas/sindical.doc.

453. VALDÉS ROJAS, Juan Sebastián. *Aspectos de la competencia prohibida en sus ámbitos contractual y extracontractual: "competencia ilícita y competencia desleal"*. Tesis para optar al grado de Licenciado en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile. 2003.
454. VALDIVIA ORTIZ DE ZÁRATE, Verónica. "Estabilidad y constitucionalismo: las sombras de la institucionalidad chilena" [en línea], en: *Boell-latinoamerica*, (2010), [citado el 24 de julio de 2016], http://www.boell-latinoamerica.org/downloads/En_el_nombre_del_pueblo.pdf.
455. VARELA DEL SOLAR, Jorge. "Subsidiariedad, Orden Público económico y Seguridad nacional en la Constitución de 1980", en: *Revista Chilena de Derecho*, Vol XVI N° 2 (1989), pp. 379-390.
456. VÁSQUEZ, Rodolfo (comp.). *Derecho y Moral: Ensayos sobre un debate contemporáneo*. Barcelona, España: Editorial Gedisa, 2003.
457. VÁSQUEZ VIALARD, Antonio. *La responsabilidad en el Derecho del Trabajo*. Buenos Aires, Argentina: Ed. Astrea, 1988.
458. VÁSQUEZ VIALARD, Antonio. *Tratado de Derecho del Trabajo. Tomo II*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea, 1980.
459. VENEZIANI, Bruno. "La evolución del contrato de trabajo", en: HEPPLÉ, Bob (comp.). *La formación del Derecho del Trabajo en Europa, análisis comparado de la evolución de nueve países hasta el año 1945*. Madrid, España: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1994.
460. VERDUGO MARINKOVIC, Mario, PFEFFER VERDUGO, Emilio y NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. *Derecho Constitucional, Tomo I*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1999.
461. VERGARA BLANCO, Alejandro. "La *summa divisio iuris* público/privado de las disciplinas jurídicas", en: *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, N° 1 (2010).
462. VIAL DEL RÍO, Víctor. *Teoría General del Acto Jurídico*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2006.

463. VICENTE GIMÉNEZ, Teresa. *La exigibilidad de los derechos sociales*. Valencia, España: Tirant Lo Blanch, 2006.
464. VIEIRA GOMES, Júlio. “As cláusulas de não concorrência no Direito do Trabalho. Algumas questões”, en: *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, N° XIII (1999).
465. VIEIRA GOMES, Júlio. *Direito do Trabalho – Relações Individuais de Trabalho, Vol. I*, Coimbra, Portugal: Editorial Coimbra, 2007.
466. VIERA ÁLVAREZ, Christian. “Cuestiones relativas a la interna conexión entre filosofía y derecho”, en: *Revista de Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso*, N° 52 (2007).
467. VIERA ÁLVAREZ, Christian. “El contenido esencial de los Derechos Fundamentales: La libre iniciativa económica en España y Chile”, en: *Revista de Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso*, N° 62 (2013).
468. VITTOZ, Hubert. *Concurrence et droit du travail*. Mémoire effectué en vue de l’obtention du Master Droit et Pratique des Relation de Travail, Université Panthéon-Assas. Paris, Francia, 2011.
469. VIVANCO MARTÍNEZ, Angela y MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio. “Acerca de la supremacía de la Constitución”, en: *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, N° 18 (1997).
470. VON BAR, Carl Ludwig. *Geschichte des deutschen Strafrechts und der Strafrechtstheorien*. Berlín, Alemania: Aalen, 1992.
471. VON BERTALANFFY, Ludwig. *Teoría general de los sistemas*. México D.F., México: Editorial Fondo de Cultura Económica, 1976.
472. VON HAYEK, Friedrich. “Los principios de un orden social liberal”, en: *Estudios Públicos*, N° 6 (1982).
473. VON MISES, Ludwig. *La acción humana, Tratado de Economía*. Madrid, España: Unión Editorial, 2011.
474. WALD, Arnold y XAVIER, Alberto. “Pacto de não concorrência: validade e seus efeitos no direito brasileiro”, en: *Revista dos Tribunais*, Vol. 552 (1981).

475. WALKER ERRÁZURIZ, Francisco. “Análisis sucinto de las normas constitucionales vigentes en materia de Derecho Laboral en Chile” [en línea], en: *Repositorio Uchile*, [citado el 5 de septiembre de 2016], http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/127095/Trabajonormasconstitucional_es_FWalker.pdf?sequence=1.
476. WALKER LINARES, Francisco. “Legislación Social de Chile”, en: *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Vol. 13 (1948).
477. WALTER DÍAZ, Rodolfo y FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos. “La protección de los derechos fundamentales de los trabajadores en el nuevo procedimiento de tutela laboral”, en: *Revista de Derecho de la Universidad Austral*, Vol. XXIV, N° 2 (2011).
478. WEBER, Max. *Economía y Sociedad*. México D.F., México: Fondo de Cultura Económica, 1984.
479. WEBER, Max. *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*. Bogotá, Colombia: Fondo de Cultura Económica, 1997.
480. WELZEL, Hans. “Der verbotsirrtum im nebenstrafrecht”, en: *JZ* (1956).
481. WHISH, Richard. *Competition law*. Londres, Inglaterra: Butterworths, 1993.
482. WOLFF, Hans Julius. *Verwaltungsrecht*. Múnich, Alemania: Ed. Beck, 1967.
483. YÁÑEZ, Sonia. “La flexibilidad como eje de la producción y la reproducción”, en: TODARO, Rosalba y YÁÑEZ, Sonia. *El trabajo se transforma. Relaciones de producción y relaciones de género*. Santiago, Chile: Ediciones CEM, 2004.
484. YRARRÁZABAL COBARRUBIAS, Arturo. “Principios económicos en la Constitución de 1980”, en: *Revista Chilena de Derecho*, N° 14 (1987).
485. ZACHERT, Ulrich. “La estructura de las relaciones laborales en Alemania”, en: *AFDUDC*, N° 11 (2007).
486. ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Madrid, España: Trotta, 2008.
487. ZUMALABE MAKIRRIAIN, José María. “Acerca del carácter representacional de la mente. La mente representacional”, en: *Psychology, Society, & Education*, Vol.6, N° 2 (2014), pp. 125-144.

488. ZENHA MARTINS, João. “Os pactos de não concorrência no Código de Trabalho”, en: *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, N° 47 (2006).

489. ZÚÑIGA URBINA, Francisco. “Constitución económica y Estado empresario”, en: *Revista de Derecho Público*, N° 63 (2001).

II. Jurisprudencia (ordenada según fecha de dictación).

II.1. Judicial

II.1.1. Alemania.

- Corte Federal del Trabajo, AZR 884/93, de 1 de Agosto de 1995.

II.1.2. Brasil.

- Tribunal Regional Federal da 4° Região, N° 75.465, de 12 de Marzo de 2002.
- Tribunal Regional do Trabalho da 2° Região, N° 20020534536, de 13 de Agosto de 2002.
- Tribunal Regional Federal da 4° Região, N° 77.990, de 28 de Agosto de 2003.
- Tribunal Regional do Trabalho da 15° Região, N° 01533-2001-093-15-00-0, de 19 de Septiembre de 2003.
- Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, N° 02243.2000.3810200-9, de 18 de Mayo de 2004.
- Tribunal Regional do Trabalho da 9° Região, N° 1815420092908, de 17 de Agosto de 2010.
- Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, N° 70055224042, de 2 de Agosto de 2013.

- Tribunal Regional do Trabalho da 3º Região, N° 01184-2012-097-03-00-0, el 2 de Septiembre de 2013.
- Tribunal Superior do Trabalho, N° RR-1948-28.2010.5.02.0007, de 21 de Mayo de 2014.
- Superior Tribunal da Justícia, N° 2010/0127767-0, de 5 de Mayo de 2015.
- Superior Tribunal da Justícia, N° 1.203.109-MG, de 11 Mayo de 2015.
- Superior Tribunal da Justícia, N° 1345-74.2010.5.15.0109, de 12 de Agosto de 2015.

II.1.3. Chile.

- Tribunal Constitucional, Rol N° 207, de 10 de Febrero de 1995.
- Tribunal Constitucional, Rol N° 280-1998-INA, de 20 de Octubre de 1998.
- Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 113-2001, de 2 de Noviembre de 2001.
- 6º Juzgado del Trabajo de Santiago, Rol N° 3010-2002, de 25 de Mayo de 2004.
- Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 4096-2004, de 28 de Marzo de 2005.
- 1º Juzgado Civil de Santiago, Rol C-7528-2003, de 25 de Enero de 2006.
- Tribunal Constitucional, Rol N° 513-2006-INA, de 2 de Enero de 2007.
- Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 4152-2006, de 24 de Julio de 2007.
- Corte Suprema, Rol Civil N° 3364-2006 de 26 de Julio de 2007.
- Corte de Apelaciones de Punta Arenas, Rol N° 17-2007, de 24 de Agosto de 2007.
- Corte Suprema, Rol N° 4103-2005, de 24 de Septiembre de 2007.
- Corte Suprema, Rol N° 640-2008, de 22 de Abril de 2008.
- 3º Juzgado del Trabajo de Santiago, Rol L-323-2007, de 8 de Mayo de 2008.
- Juzgado de Letras del Trabajo de Copiapó, RIT N° T-1-2008, de 15 de Septiembre de 2008.
- Noveno Juzgado del Trabajo de Santiago, Rol L-58-2008, de 14 de Abril de 2009.
- Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 3354-2008, de 6 de Mayo de 2009.

- Corte de Apelaciones de Santiago, Rol Civil N° 8165-2006, de 18 de Junio de 2009.
- Corte Suprema, Rol N° 1276-2009 de 25 de Junio de 2009.
- Corte Suprema, Rol N° 5791-2009, de 20 de Octubre de 2009.
- Corte Suprema, Rol N° 6139-2009 de 29 de Octubre de 2009.
- Corte Suprema, Rol N° 3985-2009, de 12 de Noviembre de 2009
- Tribunal Constitucional de Chile, Rol N° 1273-2010, de 20 de Abril de 2010.
- Juzgado de Letras del Trabajo de Valparaíso, RIT N° O-731-2009, de 6 de Mayo de 2010.
- 2° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, RIT N° T-11-2010, de 14 de Mayo de 2010.
- 1° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, RIT N° O-1687-2010, de 23 de Septiembre de 2010.
- 1° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, RIT N° O-1643-2010 de 29 de Septiembre de 2010.
- Tribunal Constitucional de Chile, Rol N° 1413-2010, de 16 de Noviembre de 2010.
- Corte Suprema, Rol N° 249-2009, de 27 de Enero de 2011.
- Corte Suprema, Rol N° 5152-2009 de 27 de Enero de 2011.
- Corte Suprema, Rol N° 5563-2009, de 28 de Enero de 2011.
- Corte de Apelaciones de Santiago, Rol Reforma Laboral N° 1367-2010, de 3 de Marzo de 2011.
- Tribunal Constitucional de Chile, Rol N° 1852-2010, de 26 de Julio de 2011.
- 2° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, RIT N° O-602-2011, de 30 de Julio de 2011.
- 1° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, RIT N° T-111-2011, de 25 de Agosto de 2011.
- Corte de Apelaciones de Santiago, Rol Reforma Laboral N° 1501-2011, de 4 de Noviembre de 2011.

- Corte Suprema, Rol N° 14.656-2013 de 8 de Julio de 2014.
- 13 de Mayo de 2016.
- Corte de Apelaciones de Santiago, Rol Reforma Laboral N° 1089-2016, de 5 de Agosto de 2016.

II.1.4. Colombia.

- Corte Suprema de Justicia, acta N° 27 de 28 de Junio de 1973, sentencia dictada el 18 de Julio de 1973.
- Corte Constitucional de Colombia, N° C-145/94, de 23 de Marzo de 1994.
- Corte Constitucional de Colombia, N° C-055/95, de 16 de Febrero de 1995.
- Corte Constitucional de Colombia, T-149/95, de 4 de Abril de 1995.
- Corte Constitucional de Colombia, T-308/95, de 13 de Julio de 1995.
- Corte Constitucional de Colombia, T-443/95, de 3 de Octubre de 1995.
- Corte Constitucional de Colombia, T-001/97, de 21 de Enero de 1997.
- Corte Constitucional de Colombia, T-655/98 de 11 de Noviembre de 1998.
- Corte Constitucional de Colombia, Auto 086/01, de 14 de Marzo de 2001.
- Corte Constitucional de Colombia, N° C-618/01, de 13 de Junio de 2001.
- Corte Constitucional de Colombia, N° C-107/02, 14 de Febrero de 2002.
- Corte Constitucional de Colombia, T-824A/02, de 4 de Octubre de 2002.
- Corte Constitucional de Colombia, N° C-619/03, de 29 de Julio de 2003.

II.1.5. España.

- STC 120/1983, de 15 de Diciembre de 1983.
- STSJ de Madrid (Sala de lo Social), N° 138/1990, de 5 de Febrero de 1990.
- STS (Sala de lo Social), N° 5880/1991, de 10 de Julio de 1991.
- STSJ de Madrid (Sala de lo Social), N° 1509/2002, de 21 de Marzo de 2002.

- STSJ de Madrid (Sala de lo Social), N° 259/2002, de 2 de Abril de 2002.
- STSJ de Cataluña N° 2250/2003, de 8 de Abril de 2003.
- STS (Sala de lo Social), N° 3805/2002, de 2 de Julio de 2003.
- STSJ de Madrid (Sala de lo Social), N° 833/2004, de 30 de Noviembre de 2004.
- STSJ de Madrid (Sala de lo Social), N° 986/2005, de 20 de Diciembre de 2005.
- STSJ de Madrid (Sala de lo Social), N° 733/2007, de 12 de Septiembre de 2007.
- STSJ de Galicia (Sala de lo Social), N° 705/2008, de 7 de Abril de 2008.
- STSJ de Madrid (Sala de lo Social), N° 618/2009, de 6 de Octubre de 2009.
- STSJ de Cataluña (Sala de lo Social), N° 1566/2010, de 24 de Febrero de 2010.
- STSJ de Madrid (Sala de lo Social), N° 201/2010, de 22 de Marzo de 2010
- STSJ de Murcia (Sala de lo Social), N° 256/2010, de 12 de Abril de 2010.
- STSJ de Madrid (Sala de lo Social), N° 16189/2010, de 29 de Octubre de 2010.
- STSJ de Cataluña (Sala de lo Social), N° 7625/2010, de 23 de Noviembre de 2010.
- STSJ de la Comunidad Valenciana (Sala de lo Social), N° 452/2011, de 15 de Febrero de 2011.
- STSJ de Madrid (Sala de lo Social) N° 61/2012, de 30 de Enero de 2012.
- STSJ de Castilla y León (Sala de lo Social), N° 136/2012, de 1 de Marzo de 2012.
- STSJ de Castilla y León (Sala de lo Social), N° 283/2012, de 26 de Abril de 2012.
- STSJ de Cataluña (Sala de lo Social), N° 287/2013, de 15 de Enero de 2013.

II.1.6. Francia.

- Cour de Cassation de France (chambre sociale), N° 83-42.423, de 9 de Julio de 1985.
- Cour de Cassation de France (chambre sociale), N° 85-43.719, de 19 de Julio de 1988.
- Cour de Cassation de France (chambre sociale), N° 89-45.300, de 14 de Mayo de 1992.

- Cour de Cassation de France (chambre sociale), N° 93-40.287, de 20 de Junio de 1995.
- Cour de Cassation de France (chambre sociale), N° 94-43.792, de 28 de Octubre de 1997.
- Cour de Cassation de France (chambre sociale), N° 00-41.765, de 12 de Febrero de 2002.
- Cour de Cassation de France (chambre sociale), N° 99-43.334, de 10 de Julio de 2002.
- Cour de Cassation de France (chambre sociale), N° 99-43.335, de 10 de Julio de 2002.
- Cour de Cassation de France (chambre sociale), N° 99-43.336, de 10 de Julio de 2002.
- Cour de Cassation de France (chambre sociale), N° 00-45.135, de 10 de Julio de 2002.
- Cour de Cassation de France (chambre sociale), N° 00-45.387, de 10 de Julio de 2002.
- Cour de Cassation de France (chambre sociale), N° 99-46.136, de 18 de Septiembre de 2002.
- Cour de Cassation de France (chambre sociale), N° 01-41.602, de 22 de Enero de 2003
- Cour de Cassation de France (chambre sociale), N° 03-40.008, de 17 de Diciembre de 2004.
- Corte de Cassation de France (chambre sociale), N° 03-46.933, de 11 de Enero de 2006.
- Cour de Cassation de France (chambre sociale), N° 04-41.038, de 17 de Enero de 2006.
- Cour de Cassation de France (chambre sociale), N° 04-44.598, de 31 de Mayo de 2006.

- Cour de Cassation de France (chambre sociale), N° 04-45.862, de 24 de Octubre de 2006.
- Cour de Cassation de France (chambre sociale), N° 04-46.721, de 15 de Noviembre de 2006.
- Cour de Cassation de France (chambre sociale), N° 05-45.511, de 7 de Marzo de 2007.
- Cour de Cassation de France (chambre sociale), N° 05-45.657, de 10 de Octubre de 2007.
- Cour de Cassation de France (chambre sociale), N° 06-42.278, de 29 de Octubre 2008.
- Cour de Cassation de France (chambre sociale), N° 09-42.389, de 17 de Noviembre de 2010
- Cour de Cassation de France (chambre sociale), N° 09-71.567, de 22 de Junio de 2011.
- Cour de Cassation de France (chambre sociale), N° 09-72.876, de 22 de Septiembre de 2011.
- Cour de Cassation de France (chambre sociale), N° 10-11.590, de 25 de Enero de 2012.
- Cour de Cassation de France (chambre sociale), N° 11-10.760, de 16 de Mayo de 2012.
- Cour de Cassation de France (chambre sociale), N° 11-17.941, de 20 de Febrero de 2013.
- Cour d' Appel de Douai, N° 13-05.913, de 25 de Marzo de 2015.

II.1.7. Holanda

- Tribunal Supremo, Brabant/Van Uffelen, NJ 1979, 467 PAS, de 9 de Marzo de 1979.
- Corte de Amsterdam, RAR 2015/147, de 23 de Julio de 2015.

- Corte de Overijssel, RAR 2015/166, de 20 de Agosto de 2015.

II.1.8. Italia

- Corte di Cassazione, Sezione Lavoro, N° 949, de 13 de Junio de 2003.
- Corte di Cassazione, Sezione Lavoro, N° 212, de 8 de Enero de 2013.
- Corte di Cassazione, Sezione Lavoro, N° 24662, de 19 de Noviembre de 2014.

II.1.9. Portugal

- Acórdão do Tribunal Constitucional Portugal, N° 256/2004, de 14 de Abril de 2004.

II.2. Administrativa

II.2.1. Chile.

- Comisión Resolutiva, Resolución N° 56, de 7 de Enero de 1979.
- Comisión Resolutiva, Resolución N° 60, de 16 de Mayo de 1979.
- Dirección del Trabajo, Dictamen Ord. N° 4440, de 6 de Septiembre de 1984.
- Contraloría General de la República, Dictamen N° 26953, de 9 de Octubre de 1984.
- Dirección del Trabajo, Dictamen Ord. N° 252/15, de 13 de Enero de 1988.
- Dirección del Trabajo, Dictamen Ord. N° 2565/59, de 20 de Abril de 1990.
- Dirección del Trabajo, Dictamen Ord. 7572/255, de 15 de Noviembre de 1991
- Dirección del Trabajo, Dictamen Ord. N° 4329/187, de 6 de Agosto de 1992.
- Dirección del Trabajo, Dictamen Ord. N° 4958, de 28 de Agosto de 1992.
- Dirección del Trabajo, Dictamen Ord. N° 4842/300, de 15 de Septiembre de 1993
- Dirección del Trabajo, Dictamen Ord. N° 2790/133, de 5 de Mayo de 1995.
- Dirección del Trabajo, Dictamen Ord. N° 8273/337, de 19 de Diciembre de 1995.

- Dirección del Trabajo, Dictamen Ord. N° 4359/237, de 24 de Julio de 1997.
- Dirección del Trabajo, Dictamen Ord. N° 5620/300, de 22 de Septiembre de 1997.
- Dirección del Trabajo, Dictamen Ord. N° 1300/59, de 3 de Abril de 2001.
- Dirección del Trabajo, Dictamen Ord. N° 2856/162, de 30 de Agosto de 2002.
- Dirección del Trabajo, Dictamen Ord. N° 3278/195, de 7 de Octubre de 2002.
- Dirección del Trabajo, Dictamen Ord. N° 3.902/147, de 22 de Septiembre de 2003.
- Dirección del Trabajo, Dictamen Ord. N° 3704/134, de 11 de Agosto de 2004.
- Dirección del Trabajo, Dictamen Ord. N° 1279/19, de 17 de Marzo de 2006.
- Dirección del Trabajo, Orden de Servicio N° 9, de 31 de Diciembre de 2008.
- Dirección del Trabajo, Dictamen Ord. N° 2210/035, de 10 de Junio de 2009.
- Dirección del Trabajo, Dictamen Ord. N° 1185/016, de 10 de Marzo de 2010.
- Dirección del Trabajo, Dictamen Ord. N° 4731/081, de 3 de Noviembre de 2010.
- Dirección del Trabajo, Dictamen Ord. N° 5905, de 13 de Noviembre de 2015.

II.2.2. Colombia.

- Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia, Sentencia N° 005, de 3 de Abril de 2006, de la

II.3. Arbitral.

II.3.1. Chile.

- Cámara de Arbitraje de Santiago, N° 1220-2010 (árbitro arbitrador, Emilio Sahurie Luer), de 2 de Mayo de 2011.
- Cámara de Arbitraje de Santiago, Rol N° 1360-2011 (árbitro arbitrador, Roberto Guerrero del Río), de 3 de Julio de 2012.

ÍNDICE

CAPITULO I: EL DERECHO DEL TRABAJO COMO SISTEMA EN TORNO A LAS NOCIONES DE FLEXIBILIDAD LABORAL COMO DISPOSITIVO Y AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

Introducción	1
1. Contextualización	7
1.1. Sobre la ambivalencia funcional del Derecho del Trabajo: una cuestión de estructura.....	7
1.2. Flexibilización, coherencia existencial y sistémica del Derecho del Trabajo.....	15
1.2.1. Huir, sustituir y adaptar: Escenarios del Derecho del Trabajo.....	15
1.2.2. Adaptación y Derecho del Trabajo en clave crítica: la relevancia de la autonomía relativa del Derecho.....	18
1.2.3. El Derecho del Trabajo desde la Teoría de Sistemas.....	25
1.2.4. De la flexibilidad laboral en clave operativa y reflexiva: un análisis desde la noción de “dispositivo” hacia la libre competencia.....	34
2. Autonomía de la voluntad, Derecho del Trabajo y flexibilidad jurídica	47
2.1. Alcances de la autonomía privada en el contexto del Derecho Laboral.....	47
2.2. La flexibilidad laboral en torno a las clausulas permitidas del contrato de trabajo y la irrenunciabilidad.....	53
2.2.1. Dirigismo, autonomía privada e irrenunciabilidad en el contrato de trabajo.....	53
2.2.2. Tipos de cláusulas del contrato de trabajo, flexibilidad y término de la relación laboral.....	60

2.2.3. Algunas estipulaciones laborales especiales post contractuales: pacto de permanencia, cláusulas de confidencialidad y de dedicación exclusiva.....	67
---	----

CAPITULO II: CLÁUSULA DE NO COMPETENCIA POST CONTRACTUAL LABORAL. CUESTIONES DOGMÁTICAS Y POSITIVAS.

1. Contenido esencial y limitaciones a los Derechos Fundamentales. Su incidencia en la constitucionalidad de las cláusulas en estudio.....	72
2. Luces dogmáticas desde la causal de caducidad del artículo 160 N° 2 del Código del Trabajo.....	79
3. Congruencia, dispositividad, y bien jurídico tutelado.....	89
4. Finalidad del pacto de no competencia post-contractual laboral. Algunas luces desde la teoría de la causa y la división entre Derecho Público y Derecho Privado.....	95
5. Cuestiones desde las nociones de subordinación y dependencia: de límites y alienación.....	105
6. Incumplimiento de las obligaciones por las partes. Naturaleza de la responsabilidad del trabajador y posible responsabilidad de terceros. Situación del empleador.....	115
6.1. ¿De qué tipo sería la responsabilidad del trabajador para el evento que éste incumpla con sus obligaciones?.....	116
6.1. ¿Podría llegar a pensarse en la responsabilidad del tercero que se aprovecha del incumplimiento del ex trabajador? Escenario en Chile.....	126
6.2. Pérdida del interés por el empleador. Régimen de responsabilidad.....	131
7. Perspectivas comparadas de las cláusulas de no competencia post contractual laboral. De admisibilidades estructurales y jurisdiccionales.....	125

7.1.	Países en los que se admite positivamente la validez de estas cláusulas. Requisitos legales comparados.....	126
7.1.1.1.	Sistematización inicial según el cuerpo legal en el que se le regula a la cláusula.....	126
7.1.1.2.	El pacto debe constar por escrito.....	133
7.1.1.3.	El trabajador con el que se suscribe el pacto debe ser mayor de edad.....	135
7.1.1.4.	Requisitos ligables a la razonabilidad del pacto: material, temporal y económico.....	136
7.1.2.	Países en los que se admite jurisprudencialmente la validez de estas cláusulas.....	154
7.1.2.1.	El caso francés: la relevancia de la necesidad de la cláusula desde el principio de proporcionalidad.....	154
7.1.2.2.	Brasil: la inclusión jurisprudencial de criterios comparados y la proporcionalidad como principio.....	163
7.2.	Negación de validez de estos pactos: el caso colombiano.....	190

CAPÍTULO III: ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA Y JUDICIAL EN CHILE SOBRE LA CLÁUSULA DE NO COMPETENCIA POST CONTRACTUAL LABORAL. CUESTIONES SOBRE EL MECANISMO DE PONDERACIÓN.

1.	La Dirección del Trabajo y la negación de validez. Repercusiones de su jurisprudencia.....	200
2.	Jurisprudencia judicial nacional del Trabajo sobre Cláusulas de no Competencia post contractual laboral.....	209

2.1. Jurisprudencia previa a la puesta en marcha de la Reforma Procesal Laboral.....	209
2.1.1. Briones Muñoz con Teka Chile S.A., Rol L-58-2008, Noveno Juzgado del Trabajo de Santiago. Sentencia de 14 de Abril de 2009.....	210
2.1.2. “Adiserv S.A y Adicorp S.A. con Bordachar”, Rol C-7528-2003, Primer Juzgado Civil de Santiago; Rol Civil 8165-2006, Corte de Apelaciones de Santiago; y Rol 5152-2009, Corte Suprema. Sentencia de 27 de Enero de 2011.....	216
2.1.3. “Silva Carvacho con Industria y Comercial Adhesit Ltda.”, Rol L-323-2007, 3° Juzgado del Trabajo de Santiago; Rol 3354-2008, Corte de Apelaciones de Santiago; y Rol 3985–2009, Corte Suprema. Sentencia de 12 de Noviembre de 2009.....	238
2.2. Jurisprudencia con la Reforma Procesal Laboral en marcha.....	250
2.2.1. “Behrmann con Chep Chile S.A”, Rol Reforma Laboral, RIT N° O-1687-2010, Primer Juzgado de Letras del Trabajo; Rol Reforma Laboral N° 1367-2010, Corte de Apelaciones de Santiago. Sentencia de 3 de Marzo de 2011.....	250
2.2.2. “Vey con Tradition Chile Agente de Valores Ltda.”, RIT N° T-11-2010, Segundo Juzgado del Trabajo de Santiago. Sentencia de 14 de Mayo de 2010.....	270
2.2.3. “Campos con Prolam Young & Rubicam S.A”, RIT N° T-111-2011 (acumulada RIT N° T-112-2011), Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago; Rol Reforma Laboral N° 1501-2011, Corte de Apelaciones de Santiago. Sentencia de 4 de Noviembre de 2011.....	278
2.2.4. “Pérez con South Consulting Signature Chile S.A.”, RIT N° T-167-2016, Segundo Juzgado del Trabajo de Santiago; Rol Reforma Laboral N° 1089-2016, Corte de Apelaciones de Santiago. Sentencia de 5 de Agosto de 2016.....	289

3. Análisis crítico al sistema de ponderación en sede laboral chilena. Su incidencia dentro de la tutela efectiva a la Libertad de Trabajo.....	300
3.1. El contexto general: la conflictividad de Derechos Fundamentales y la ciudadanía en la empresa.....	301
3.2. El método de ponderación y el procedimiento de Tutela de Derechos Fundamentales. Su incidencia en la Libertad de Trabajo desde las cláusulas en estudio.....	308
Conclusiones.....	316
Bibliografía.....	343
Índice.....	395