



UNIVERSIDAD DE CHILE

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO DEL
TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

EL PLURIEMPLEO Y SUS RESTRICCIONES

Análisis particular de la obligación de no competencia en el
contrato de trabajo

Memoria para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales

ALEJANDRA VANIA CAJAS ULLOA

PROFESOR GUÍA:
LUIS LIZAMA PORTAL

SANTIAGO DE CHILE
2015

*A mi madre,
quien siempre me acompaña y guía mis pasos.*

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN.....	1
CAPÍTULO I.....	5
EL PLURIEMPLEO Y SUS RESTRICCIONES	5
1.1 APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE PLURIEMPLEO.....	5
1.1.1 Delimitaciones conceptuales.	6
1.1.2 El pluriempleo en el ordenamiento jurídico español.	11
1.1.3 Distinción entre pluriempleo y pluriactividad en el ordenamiento jurídico chileno. Antecedentes históricos del Sistema de Seguridad Social.	14
1.1.4 Síntesis y conclusiones sobre los conceptos de pluriempleo y pluriactividad.	19
1.2 CONCEPTO, CARACTERÍSTICAS Y ELEMENTOS DEL PLURIEMPLEO.	22
1.3 EL PLURIEMPLEO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CHILENO.....	24
1.3.1 Marco constitucional.....	25
1.3.2 Normas legales referidas al pluriempleo.....	28
1.4. RESTRICCIONES AL PLURIEMPLEO.....	56
1.4.1 Limitaciones legales.....	57
1.4.2 Limitaciones convencionales.....	64
CAPÍTULO II.....	67
EL DEBER DE NO COMPETENCIA EN LA LEGISLACIÓN CHILENA.....	67
2.1. CAUSAL DE DESPIDO DEL ARTÍCULO 160 N° 2 DEL CÓDIGO DEL TRABAJO.	67
2.1.1. Oportunidad para invocar la causal.....	70

2.1.2. Autorización o tolerancia del empleador de los hechos constitutivos de la causal.	74
2.1.3. Cambio de causal.	77
2.1.4. Desafuero laboral fundado en la causal de negociaciones incompatibles. .	81
2.2. CONTENIDO, ANÁLISIS Y ALCANCES DEL ARTÍCULO 160 N° 2 DEL CÓDIGO DEL TRABAJO.	82
2.2.1. Negociaciones ejecutadas por el trabajador.	84
2.2.2. Dentro del Giro del negocio del empleador.	118
2.2.3. Obligación de escriturar la prohibición.	128
2.3. Aplicación de otras causales de despido.	143
2.3.1. Negociaciones incompatibles e incumplimiento grave de las obligaciones.	145
2.3.2. Negociaciones incompatibles y falta de probidad.	158
2.4. Fundamento de la Prohibición de Ejecutar Negociaciones Incompatibles.	163
2.4.1. Posición Mayoritaria: Aplicación del principio de buena fe.	164
2.4.2. Posición Minoritaria: Improcedencia de la función integradora de la buena fe o del contenido ético-jurídico del contrato de trabajo.	174
CAPÍTULO III.	179
LIMITACIONES CONVENCIONALES AL PLURIEMPLEO: CLÁUSULAS DE NO COMPETENCIA Y OTROS PACTOS EN EL CONTRATO DE TRABAJO.	179
3.1. Antecedentes de Contexto.	179
3.2. Cláusula de no competencia o Prohibición de Competencia Desleal.	183
3.2.1. Antecedentes Históricos de la Prohibición de Competencia Desleal.	183
3.2.2. Concepto de obligación de no competencia.	185
3.2.3. Fundamento de las obligaciones laborales de no competencia.	186
3.2.4. Objeto de protección: intereses competitivos del empleador.	191

3.2.5. Ámbito de aplicación de las obligaciones de no competencia.	193
3.2.6. Relación entre la obligación de no competencia y el Artículo 160 N° 2 del Código del Trabajo.....	197
3.3. Cláusula de no competencia post contractual.	198
3.3.1. Requisitos del pacto de no competencia post contractual.	202
3.3.2. Cualificación del Trabajador como criterio delimitador de las cláusulas de no competencia post contractuales.	230
3.3.3. Análisis jurisprudencial. Procedencia del procedimiento de tutela de derechos fundamentales y aplicación de criterios de validez de la cláusula de no competencia post contractual.....	231
3.4. Cláusula de exclusividad.....	243
3.5. Obligaciones relacionadas con las cláusulas restrictivas del pluriempleo.	252
3.5.1. Declaración de conflictos de intereses.	252
3.5.2. Obligación de Confidencialidad.	262
3.6. Aplicación del principio de proporcionalidad.	267
3.7. Aspectos procesales.....	270
3.7.1. Tribunal competente.....	270
3.7.2. Demanda reconvencional.....	273
3.7.3. Aplicación del Procedimiento de Tutela de Derechos Fundamentales.	279
CONCLUSIONES	286
BIBLIOGRAFÍA.....	291

INTRODUCCIÓN

El desempeño de varios empleos o de diferentes actividades lucrativas en forma simultánea, es una medida adoptada por algunas personas como forma de incrementar sus ingresos. Inciden en este fenómeno, entre otros factores, la escasa remuneración que percibe la mayor parte de la población laboralmente activa¹ y la existencia de una única e insuficiente fuente de ingresos para el sustento económico del grupo familiar.

Además de la necesidad de percibir un salario extra, pueden existir motivaciones de otra índole, como el deseo de desarrollar paralelamente un trabajo o actividad que se desea, si se configuran los elementos propicios para ello (por ejemplo, la compatibilización horaria). En este sentido, la cualificación y especialización profesional contribuyen en la actualidad a que en, múltiples ocasiones, los trabajadores sean sus propios gestores en cuanto a las oportunidades que el mercado laboral demanda. Esto puede influir en la decisión de una persona de emplearse en un segundo trabajo o de desarrollar paralelamente una actividad en forma independiente, ya sea en el mismo rubro de su empleador o en uno diferente.

¹ De acuerdo a la última Encuesta Laboral publicada por la Dirección del Trabajo (ENCLA 2011), el 45,7% de los trabajadores percibe 2 Ingresos Mínimos Mensuales (IMM). En línea: http://www.dt.gob.cl/documentacion/1612/articles-101347_recurso_1.pdf. p. 157.

Nuestro ordenamiento jurídico no reconoce expresa ni sistemáticamente este fenómeno. Sin embargo, es posible encontrar diversas normas que se refieren a aquellos trabajadores que se desempeñan para distintos empleadores o que desarrollan diferentes actividades económicas en forma independiente. En estas normas no existen, en principio, impedimentos legales ni constitucionales para ello. Por el contrario, en virtud de la consagración de la libertad de trabajo y la libertad de empresa en la Constitución Política de la República, toda persona posee el derecho fundamental de iniciar labores o actividades lícitas para efectos de obtener beneficios económicos.

El denominado *pluriempleo* es ejercido por un importante número de trabajadores, especialmente en períodos de crisis económica. No obstante, más frecuente que el desarrollo de distintos empleos o actividades simultáneamente, lo son los pactos que tienen por objeto anticipar y evitar esta posibilidad.

En efecto, como veremos en el desarrollo de esta investigación, las principales limitaciones al pluriempleo derivan de pactos que las partes incorporan en el contrato de trabajo, mediante los cuales los trabajadores se obligan a no realizar actividades que pertenezcan al mismo giro del negocio de su empleador o bien se obligan a desempeñar sus labores en forma exclusiva.

Pese a que el fundamento económico de este tipo de prohibiciones es claro, pues radica en el interés de las empresas de proteger su información técnica y

comercial, no lo es tanto el fundamento jurídico, debido a que su aplicación en múltiples ocasiones puede pugnar con la libertad de trabajo.

Surge así la necesidad de estudiar si la normativa vigente resulta suficiente a la hora de intentar determinar la validez de los pactos limitativos del pluriempleo, lo que se efectuará en el desarrollo de este trabajo principalmente en base al análisis de la jurisprudencia existente sobre la materia.

Se acotará la investigación en dos sentidos: por una parte, sólo se centrará el análisis en los trabajadores del sector privado, excluyendo a aquellos que se rigen por contratos de trabajo especiales y, por otra, se abarcará sólo la situación actual de la legislación chilena, sin perjuicio de efectuar algunas referencias a la doctrina y normativa extranjera.

Ahora bien, en lo que respecta a la estructura de la presente investigación, ésta se divide en tres capítulos. En el primero de ellos se efectuará una descripción sobre la forma cómo nuestra Constitución y nuestras leyes reconocen y regulan el pluriempleo, para luego determinar si este reconocimiento es permisivo o restrictivo. Asimismo, se mencionarán las limitaciones que es posible encontrar en diversas leyes especiales.

En el segundo capítulo, se abordará la principal limitación legal al pluriempleo, establecida en el artículo 160 N° 2 del Código del Trabajo, describiendo sus principales características, fundamentos y consecuencias, de

acuerdo a cómo está tratada en la ley. En el desarrollo de esta sección, se analizarán fallos sobre la materia, con el objeto de dar a conocer la aplicación práctica y delimitar los alcances de esta causal de caducidad.

En el tercer capítulo, se describirán pactos que en la práctica se insertan en los contratos de trabajo y que restringen directa o indirectamente el pluriempleo. El análisis se centrará en las cláusulas de no competencia, atendida su mayor aceptación por parte de nuestra doctrina y jurisprudencia. El objeto de estudio se enfocará en determinar su validez, además de establecer su relación con otros pactos, con la finalidad de precisar sus alcances. Finalmente, se abordarán algunos aspectos procesales que pueden tener relevancia al momento de enfrentar los conflictos derivados de estos pactos, sobre todo teniendo en consideración la posible aplicación del procedimiento de tutela de derechos fundamentales.

CAPÍTULO I
EL PLURIEMPLEO Y SUS RESTRICCIONES

1.1 APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE PLURIEMPLEO.

Como primera aproximación al concepto de *pluriempleo*, acudiremos al significado que de este término da el Diccionario de la Real Academia Española, que lo define como la “situación social caracterizada por el desempeño de varios cargos, empleos, oficios, etc., por la misma persona”.

A su vez, la expresión *cargo* es definida como “dignidad, empleo u oficio”, *empleo* como “trabajo, ocupación u oficio” y *oficio* como “ocupación habitual”. Si bien se pueden reconocer matices entre estos términos, en definitiva, los tres intentan aludir a la misma idea, esto es, la de una actividad realizada habitualmente por un individuo.

En este sentido, el pluriempleo consiste en el desempeño de una pluralidad de actividades productivas en forma simultánea por una misma persona.

Esta definición nos otorga una noción sobre este fenómeno pero, debido a su amplitud, no nos permite colegir si las ocupaciones que configuran el pluriempleo se enmarcan siempre en el concepto de trabajo subordinado,

regulado por el Derecho Laboral con especiales características; o si bien, se debe entender que engloba también aquellas actividades desarrolladas en forma independiente.

1.1.1 Delimitaciones conceptuales.

Con el objeto de delimitar el concepto de pluriempleo y comprender cómo puede enmarcarse en nuestro ordenamiento jurídico, efectuaremos previamente algunas precisiones conceptuales.

Para estos efectos, pese a que las expresiones “cargo”, “empleo” y “oficio” contenidas en la definición suelen utilizarse como sinónimos de “trabajo”, intentáremos enunciar algunas diferencias que existen entre estos conceptos.

1.1.1.1 Cargo y Trabajo.

La voz *cargo* puede tener diferentes significados. En nuestra legislación, generalmente se utiliza en referencia a las funciones de una persona y a los límites de su competencia.

A modo de ejemplo, el Artículo 154 N° 6 del Código del Trabajo establece que, en el caso de empresas de doscientos trabajadores o más, el Reglamento Interno de Orden, Higiene y Seguridad, deberá contener “un registro que consigne los diversos cargos o funciones en la empresa y sus características

técnicas esenciales” (subrayado agregado). Se alude de esta forma al puesto que detenta cada trabajador, definido en razón del conjunto de tareas que le corresponden dentro de la empresa.

En este sentido, el término “cargo” permite delimitar las funciones propias de un trabajo, por lo que se podría considerar que este último concepto comprende al primero. Sin perjuicio de ello, se debe tener presente que pueden existir cargos en todo tipo de organizaciones y que ellos no siempre se desarrollarán en función de una relación laboral.

Además, si se utiliza la expresión “varios cargos” para aludir a la situación de una persona que se desempeña para diversos empleadores simultáneamente, se puede producir una confusión respecto a la situación de un trabajador que, en virtud de un mismo contrato de trabajo, desarrolla distintos cargos o funciones.

Esta última posibilidad fue reconocida en la Ley N° 19.759, vigente a partir del 01 de diciembre de 2001, que agregó al Artículo 10 N° 3 del Código del Trabajo la siguiente oración final:

"El contrato podrá señalar dos o más funciones específicas, sean éstas alternativas o complementarias".

De esta manera, el legislador incorporó el concepto de *polifuncionalidad*, que consiste en la estipulación en el contrato de trabajo de dos o más funciones específicas como obligaciones del trabajador, las que pueden ser alternativas o complementarias. Así, por ejemplo, un profesor de un colegio, que a su vez ejerce el cargo de inspector en el mismo establecimiento, desarrolla funciones distintas en virtud de una misma relación laboral, pero ello no puede considerarse como un caso de pluriempleo sino de polifuncionalidad.

La diferencia radica básicamente en que, en caso de pactarse la polifuncionalidad, las distintas funciones que deba realizar el trabajador se ejecutarán en razón de un mismo contrato de trabajo, mientras que en el caso del pluriempleo los cargos desempeñados por una misma persona deben obedecer a relaciones laborales distintas.

En definitiva, si bien la expresión “cargos” es utilizada en la definición de pluriempleo del Diccionario de la Real Academia Española, en nuestra legislación este término resulta más adecuado para definir las características esenciales de un puesto de trabajo o función dentro del mismo y no para referirse al desempeño de actividades laborales simultáneas. En razón de ello, para evitar confusiones entre los conceptos de pluriempleo y polifuncionalidad, excluirémos la utilización de la expresión “varios cargos” para efectos de aludir al primero.

1.1.1.2 Empleo y Trabajo.

Estos términos suelen ser usados como sinónimos, no obstante, es posible reconocer diferencias semánticas entre ellos.

Para el autor francés Gerard Lyon-Caen, “la expresión "trabajo" está ligada al derecho del trabajo, es decir a una disciplina social que garantiza al trabajador una serie de tutelas, mientras que "empleo" es un término vinculado básicamente a la economía de mercado y se refiere a la actividad laboral inserta en el sistema económico”².

Esta diferencia no es menor, pues el término empleo, cuando se utiliza desde el punto de vista económico, alude a un dato estadístico para determinar los índices de ocupación, refiriéndose de esta forma a cualquier actividad que reporte ingresos. Así, por ejemplo, en la Clasificación Internacional de la Situación en el Empleo (CISE) adoptada por la Organización Internacional del Trabajo (OIT), el concepto de empleo involucra tanto a los trabajadores por cuenta propia como por cuenta ajena, distinguiendo para estos efectos entre empleos independientes y empleos asalariados, respectivamente.

² LYON-CAEN, Gerard. ¿Derecho del Trabajo o Derecho del Empleo?, en Evolución del Pensamiento Juslaboralista, Estudios en homenaje al Prof. Héctor-Hugo Barbagelata. Montevideo, 1997. p. 270. Citado por RASO DELGUE, Juan. Derecho del Trabajo y Derecho del Empleo: de la protección del trabajo subordinado a la tutela de los “trabajos” [en línea] <http://www.sindominio.net/afe/dos_rentabasica/dertrabajo.pdf>. p. 10.

En este sentido, el término empleo comprende todas aquellas actividades productivas que permiten obtener ingresos a los individuos que las realizan, ya sean efectuadas en forma subordinada a un empleador o bien en forma independiente.

El autor uruguayo Juan Raso Delgue va más allá respecto a la distinción entre empleo y trabajo. Rememorando una antigua discusión respecto a si el Derecho del Trabajo debe o no comprender y proteger el trabajo independiente además del trabajo subordinado, se pronuncia a favor del reconocimiento de un *Derecho del Empleo*, comprensivo de ambas modalidades y que se erige en forma independiente al Derecho del Trabajo. En sus palabras, “el Derecho del Empleo es el derecho de "los trabajos", mientras que el Derecho del Trabajo es un conjunto de normas focalizado a un determinado tipo de trabajo, el trabajo subordinado y por cuenta ajena”³.

De conformidad a esta visión, el Derecho del Empleo es una disciplina general que regula todas las actividades ocupacionales existentes en la sociedad y no sólo aquellas desempeñadas en forma subordinada, como lo ha hecho tradicionalmente el Derecho del Trabajo.

³ Ibid. p. 13.

Sin embargo, se debe tener en cuenta que la discusión respecto a la diferencia entre empleo y trabajo no ha sido zanjada por la doctrina, y que las normas laborales excluyen de su regulación a los trabajadores independientes⁴.

1.1.1.3 Oficio y Trabajo.

La expresión *oficio* se refiere, como ya hemos indicado, a una ocupación habitual de una persona. A mayor abundamiento, el término suele utilizarse para hacer referencia a aquella actividad física o manual que no requiere de estudios formales.

Esta actividad podría desarrollarse o no bajo vínculo de subordinación y dependencia y, por lo tanto, el término “oficio” podrá utilizarse para referirse tanto a trabajadores dependientes como a trabajadores independientes, por lo que no contribuye a precisar la relación entre pluriempleo y trabajo subordinado.

1.1.2 El pluriempleo en el ordenamiento jurídico español.

En la legislación española se regula expresamente el pluriempleo, considerando dentro de este concepto sólo aquellos trabajos desarrollados por un trabajador dependiente o por cuenta ajena y no aquellas actividades

⁴ LIZAMA PORTAL, Luis. Derecho del Trabajo. Santiago, Chile. Lexis Nexis, 2005. p. 10.

productivas realizadas en forma independiente. Estas últimas son comprendidas dentro del concepto de *pluriactividad*.

No obstante, la diferenciación entre pluriempleo y pluriactividad no sólo se determina en razón de la naturaleza (dependiente o independiente) de las actividades desarrolladas por una misma persona, sino también en función de la cantidad de Regímenes de Seguridad Social a los que dan lugar dichas actividades⁵.

Para comprender este último criterio de distinción, es necesario tener en cuenta una particularidad del Sistema de Seguridad Social español, que dice relación con la contribución al sistema: los sujetos que se afilian a él son clasificados de acuerdo a la actividad que desarrollan⁶. En virtud de ello, dentro del sistema de seguridad social existen varios regímenes especiales, tales como el Agrario, el de Empleados de Hogar, el de los Trabajadores del Mar, el de la Minería del Carbón y el de los Trabajadores Autónomos. De esta manera, si bien la afiliación al sistema es única y general, una vez que las personas se encuentran afiliadas a él, deben incorporarse obligatoriamente a un régimen particular, en razón de la naturaleza del trabajo que realizan.

⁵ ALARTE MAYORDOMO, Carmen María. Pluriempleo y pluriactividad en el sector privado español. Tesis doctoral. Murcia, España. Universidad de Murcia, Facultad de Derecho, 2010. p. 29.

⁶ *Ibid.* pp. 253 y 254.

A partir de estas características, el pluriempleo es definido como la situación del trabajador por cuenta ajena que presta servicios profesionales a dos o más empresarios distintos y en actividades que dan lugar a su incorporación en un mismo Régimen de la Seguridad Social⁷. De acuerdo a esta definición, se encontrará en situación de pluriempleo el trabajador que desempeñe dos trabajos distintos, si ambos son efectuados bajo un mismo régimen especial como, por ejemplo, el de la minería del carbón.

Por exclusión, en caso que las distintas actividades desempeñadas simultáneamente por la misma persona den lugar a diferentes Regímenes dentro del Sistema de Seguridad Social y/o se trate de actividades desarrolladas por un trabajador independiente, se enmarcarán dentro del concepto de pluriactividad.

La pluriactividad puede definirse como la situación del trabajador, ya sea por cuenta propia o ajena, cuyas actividades dan lugar a su incorporación en dos o más Regímenes distintos del Sistema de la Seguridad Social⁸. Por ejemplo, si

⁷ El Reglamento General de Cotización se encarga de definir el pluriempleo, en la primera parte de su Artículo 9.1.4º del Real Decreto 2064/1995: “A los efectos previstos en este Reglamento, se entenderá por pluriempleo la situación del trabajador por cuenta ajena que preste sus servicios profesionales a dos o más empresarios distintos y en actividades que den lugar a su alta obligatoria en un mismo Régimen de la Seguridad Social”.

⁸ La segunda parte del Artículo 9.1.4º del Real Decreto 2064/1995 establece que: “...se entenderá por pluriactividad la situación del trabajador por cuenta propia y/o ajena cuyas actividades den lugar a su alta obligatoria en dos o más Regímenes distintos del sistema de la Seguridad Social”.

una persona desarrolla una actividad bajo el régimen de la minería del carbón y se emplea adicionalmente para una empresa del área agraria, se encontrará en situación de pluriactividad.

La principal consecuencia de la distinción entre pluriempleo y pluriactividad radica en los diferentes beneficios que el sistema de seguridad social español otorga en uno y otro caso. En efecto, “la pluriactividad puede dar lugar a diversas prestaciones, si se dan los requisitos para causar derecho a las mismas de forma independiente en cada régimen implicado”⁹; mientras que en el pluriempleo, dada la existencia de un solo régimen de seguridad social, se devengará una única prestación.

1.1.3 Distinción entre pluriempleo y pluriactividad en el ordenamiento jurídico chileno. Antecedentes históricos del Sistema de Seguridad Social.

La distinción entre pluriempleo y pluriactividad que efectúa la legislación española no es aplicable directamente al ordenamiento jurídico chileno, ya que en él actualmente no existen regímenes distintos dentro del sistema de seguridad social que se clasifiquen de acuerdo a la naturaleza de las actividades de los trabajadores, como ocurre en el sistema español. En las

⁹ ALARTE MAYORDOMO, Carmen María. Op. Cit. p. 48

próximas líneas relataremos brevemente los fundamentos históricos de esta afirmación.

Ya en la Época Romana puede encontrarse un antecedente remoto de un sistema segmentado por oficios, cuyo objeto fuera la protección de ciertas contingencias sociales de sus miembros. Se trataba de los Colegios Romanos, que se encargaban de agrupar personas que ejercían un mismo oficio, a fin de cubrir necesidades de sus integrantes, especialmente aquellas derivadas de su enfermedad o muerte¹⁰.

Sin perjuicio de ello, una fuente más directa de este tipo de sistemas se encuentra en el modelo creado en Alemania a fines del siglo XIX, por el canciller Otto von Bismarck: el denominado *Programa Social*, que consistió en seguros sociales obligatorios para las respectivas categorías de trabajadores y comprendió la dictación de diferentes leyes relativas a enfermedades, accidentes del trabajo, invalidez y vejez¹¹. Este sistema luego sería emulado en Europa y gradualmente en el resto del mundo.

Posteriormente, el Gobierno Británico encomendó a una Comisión, presidida por William Beveridge, la formulación de recomendaciones para una reforma del sistema de seguros sociales. En el año 1942, dicha comisión publicó sus

¹⁰ NOVOA FUENZALIDA, Patricio. Derecho de Seguridad Social. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile, 1977. p. 14.

¹¹ *Ibíd.* pp. 14 a 21.

resultados, mediante el denominado "Informe Beveridge", que tuvo como principal consigna extender los beneficios contemplados en el sistema a todas las personas¹².

Con la influencia de la obligatoriedad de los seguros sociales de Bismarck y de las orientaciones de universalización de la seguridad social formuladas en el Informe Beveridge, entre 1924 y la década de los 70, Chile fue configurando un complejo sistema de seguridad social. Para ello, se dictaron numerosas leyes y se crearon múltiples instituciones y programas.

El Sistema de Pensiones operaba bajo el esquema financiero de reparto, por cuanto las pensiones que se pagaban a las personas que ya se habían retirado de la fuerza de trabajo eran financiadas con los aportes que realizaban fundamentalmente los trabajadores activos¹³.

Las Cajas de Previsión eran las entidades encargadas de recolectar las cotizaciones y de pagar los beneficios que otorgaba el sistema. Cada trabajador "se encontraba adscrito a una según la labor que desarrollase"¹⁴, lo que permitía configurar regímenes especiales en base a la naturaleza de las actividades desarrolladas.

¹² HUMERES NOGER, Héctor. Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Tomo III. 17º ed. Santiago, Chile. Editorial Jurídica, 2005. Op. Cit. p. 16.

¹³ Ibid. p. 231.

¹⁴ Ibid. p. 233.

En el marco de dicho modelo de seguridad social, dada la coexistencia de variados regímenes de pensiones que se clasificaban según los grupos ocupacionales, se podrían haber aplicado los conceptos de pluriempleo y pluriactividad en los términos descritos por la normativa española. No obstante, probablemente se hubiera tratado de una distinción injusta, debido a que los requisitos de los distintos sistemas y los beneficios que se otorgaban variaban mucho en cada caso.

En efecto, si bien el sistema presentaba una cobertura elevada y otorgaba protección en diversos ámbitos, contenía marcadas diferencias tanto en la estructura administrativa como en los beneficios otorgados¹⁵.

Estas desigualdades se debían fundamentalmente a la gran proliferación institucional, lo que se tradujo en que, al término de los años sesenta, el sistema contara con 35 Cajas de Previsión y 150 regímenes previsionales distintos¹⁶.

El régimen militar que asumió el gobierno en 1973, inició una profunda transformación económica que, en base a un modelo neoliberal, llevó a cabo

¹⁵ ARENAS DE MESA, Alberto. Historia de la reforma previsional chilena: una experiencia exitosa de política pública en democracia. Santiago, Chile. Oficina Internacional del Trabajo, 2010. pp. 19 y 20.

¹⁶ ARRAU COROMINAS, Fernando. El Sistema Previsional en Chile. Serie Informes, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, Departamento de Estudios, Extensión y Publicaciones N° 145, 27 de abril de 2005. pp. 1 y 2.

sustanciales reformas en Chile, entre otros ámbitos, en el sistema de seguridad social¹⁷.

A partir de 1974, se comenzaron a incorporar las primeras modificaciones, preparando el camino hacia una reforma de carácter estructural, con miras a una mayor uniformidad del sistema. Las principales medidas adoptadas en este sentido fueron la igualación de las pensiones mínimas y de las asignaciones familiares, la creación del Fondo Único de Prestaciones Familiares para administrar estas últimas prestaciones, el establecimiento de un sistema general y uniforme de subsidios de cesantía, la homogeneidad de los mecanismos de reajustabilidad de las pensiones y de los requisitos de edad mínima para pensionarse por vejez (65 años los hombres, 60 años las mujeres)¹⁸.

Con la dictación del Decreto Ley 3.500 de 1981, se estableció un nuevo sistema previsional, financiado con un régimen de capitalización individual. Esta reforma pudo llevarse a cabo en forma drástica debido las condiciones políticas del país, en un contexto de restricciones al debate democrático¹⁹, en

¹⁷ MÁRQUEZ LIZANA, Isabel. Impacto de la Reforma Previsional de 1981 en los Beneficios de los Afiliados. Tesis (Magíster en Ciencias Sociales, mención Sociología de la Modernización). Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Ciencias Sociales, 2004. pp. 22 a 24

¹⁸ ELTER, Doris. Sistema de A.F.P. chileno, injusticia de un modelo. Santiago, Chile. LOM Ediciones, 1999. p. 85.

¹⁹ ARENAS DE MESA, Alberto. Op. Cit. p. 20.

que no fue posible discutir ni evaluar las alternativas. Se produjo así la privatización del sistema de pensiones, entregándose la administración de los fondos previsionales de la población a instituciones específicas, denominadas Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP).

En este sistema, que aún subsiste, no se distingue entre los trabajadores según su oficio, profesión o actividad, razón por la cual no resulta directamente aplicable en Chile la clasificación que se configura en el ordenamiento jurídico español entre pluriempleo y pluriactividad a partir de los distintos regímenes que integran el sistema de seguridad social.

1.1.4 Síntesis y conclusiones sobre los conceptos de pluriempleo y pluriactividad.

A partir de todo lo expuesto, es posible afirmar que:

- La expresión “*cargos*” resulta inadecuada para referirse al pluriempleo pues, en nuestra legislación, este término generalmente es utilizado para definir las características esenciales de un puesto de trabajo o función dentro del mismo y, al ser usado en plural, puede confundirse con la polifuncionalidad.
- El término “*empleo*” generalmente es utilizado como sinónimo de “trabajo”. No obstante, para una parte de la doctrina el empleo sería un

concepto más amplio, comprensivo de todas aquellas actividades productivas que permiten obtener ingresos a los individuos que las realizan, ya fueren efectuadas en forma subordinada o bien en forma independiente; mientras que el concepto de trabajo estaría acotado a la prestación de servicios subordinada, protegida especialmente por el ordenamiento jurídico. Sin embargo, no se trata de una discusión zanjada y, en múltiples ocasiones, empleo y trabajo se utilizan indistintamente.

- El término “*oficio*” puede utilizarse para referirse tanto a trabajadores dependientes como a trabajadores independientes, por lo que no contribuye a precisar la relación entre pluriempleo y trabajo subordinado.

- En la legislación española, el *pluriempleo* es definido como la situación del trabajador por cuenta ajena que presta servicios profesionales a dos o más empresarios distintos y en actividades que dan lugar a su incorporación en un mismo Régimen de la Seguridad Social. La *pluriactividad*, por su parte, es definida como la situación del trabajador, ya sea por cuenta propia o ajena, cuyas actividades dan lugar a su incorporación en dos o más Regímenes distintos del Sistema de la Seguridad Social.

- Esta distinción entre pluriempleo y pluriactividad no es aplicable directamente al ordenamiento jurídico chileno, ya que en él actualmente no existen regímenes distintos dentro del sistema de seguridad social, que se clasifiquen de acuerdo a la naturaleza de las actividades de los trabajadores, como ocurre en el sistema español.

En atención a estas precisiones, al enmarcar el concepto de pluriempleo en nuestro ordenamiento jurídico, se podría estimar que éste puede comprender tanto las actividades por cuenta propia como por cuenta ajena.

Sin embargo, se debe considerar también que, en general, a los trabajadores dependientes y a los trabajadores independientes no resulta aplicable la misma regulación, fundamentalmente porque estos últimos se encuentran excluidos de la protección de las normas laborales. Además, respecto a los trabajadores independientes, es menor la cobertura del sistema de seguridad social.

En razón de ello, y considerando sus virtudes pedagógicas, en esta investigación adoptaremos la distinción entre pluriempleo y pluriactividad, para efectos de diferenciar las situaciones en que se pueden encontrar los trabajadores subordinados y los trabajadores independientes, con el objeto de evitar confusiones respecto a la normativa aplicable en cada caso²⁰.

²⁰ Esta distinción resulta especialmente relevante en esta investigación, pues el objeto de estudio está acotado únicamente al trabajo subordinado del sector privado y, por consiguiente,

1.2 CONCEPTO, CARACTERÍSTICAS Y ELEMENTOS DEL PLURIEMPLEO.

Atendido a que, como hemos expuesto, en nuestro ordenamiento jurídico no es posible fundar la diferencia entre pluriactividad y pluriempleo en los regímenes del sistema de seguridad social a los que pueden dar lugar, sólo se efectuará la distinción entre ambos conceptos desde el punto de vista de la naturaleza de las actividades desarrolladas por una misma persona.

Por consiguiente, en la presente investigación, nos referiremos al *pluriempleo* para aludir al desempeño simultáneo de dos o más trabajos por un mismo trabajador; mientras que hablaremos de *pluriactividad* para representar el desarrollo de diversas actividades productivas por una misma persona en forma independiente o, bien, para referirnos a la situación de un trabajador dependiente que desarrolla al mismo tiempo una o más actividades en forma autónoma que le reportan ingresos.

Como consecuencia de ello, el sujeto activo del pluriempleo será siempre el trabajador dependiente²¹ que presta servicios para dos o más empleadores,

sólo nos referiremos al pluriempleo y sus restricciones, sin perjuicio de efectuar algunas referencias a las situaciones de pluriactividad.

²¹ El trabajador dependiente es definido en el Artículo 3 inciso 1º letra b) del Código del Trabajo como “*toda persona natural que preste servicios personales intelectuales o materiales, bajo dependencia o subordinación, y en virtud de un contrato de trabajo*”.

mientras que el sujeto activo de la pluriactividad podrá ser tanto el trabajador dependiente como el independiente²², que desarrolle distintos trabajos y/o actividades en forma simultánea.

A partir del referido concepto de pluriempleo, se puede destacar como elemento esencial del mismo, que los distintos trabajos desempeñados en forma simultánea por una persona deben dar lugar a relaciones de trabajo diferentes.

En otras palabras, cada trabajo ejercido por una misma persona debe cumplir los requisitos propios de una relación laboral y, por tanto, será necesario que se trate de múltiples servicios prestados por un mismo trabajador bajo vínculos de subordinación y dependencia, en forma personal, voluntaria, remunerada y por cuenta ajena²³.

Finalmente, cabe precisar que existen dos situaciones que no deben asimilarse al pluriempleo:

- La primera de ellas la adelantamos al referirnos a la expresión “varios cargos”, oportunidad en la cual señalamos el que el pluriempleo

²² El trabajador independiente se encuentra definido en el Artículo 3 inciso 1º letra c) del Código del Trabajo como “*aquel que en el ejercicio de la actividad de que se trate no depende de empleador alguno ni tiene trabajadores bajo su dependencia*”, y en la primera parte del inciso 1º del Art. 89 del DL 3500 como “*toda persona natural que, sin estar subordinada a un empleador, ejerce una actividad mediante la cual obtiene un ingreso*”.

²³ LIZAMA PORTAL, Luis. Op.Cit. pp. 8 a 10.

no debe confundirse con la polifuncionalidad, vale decir, con el desarrollo de múltiples funciones en virtud de un mismo contrato de trabajo.

- La segunda situación consiste en “la contratación de un trabajador para el servicio simultáneo de varios empleadores”²⁴. En otros términos, no se debe considerar como pluriempleo el caso de un trabajador que tiene “varios jefes” a propósito de una misma relación laboral.

En virtud de todo lo expuesto, se pueden sintetizar los elementos que definen el pluriempleo de la siguiente manera: (1) desempeño de dos o más empleos por una misma persona, (2) cada empleo debe ser desarrollado en el marco de una relación de carácter laboral, y (3) la persona que los efectúa debe ser un trabajador dependiente o por cuenta ajena.

1.3 EL PLURIEMPLEO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CHILENO.

Como he adelantado, nuestro ordenamiento jurídico no regula en forma expresa ni sistemática el pluriempleo.

Sin perjuicio de ello, es posible encontrar diversas normas que se refieren a la posibilidad de prestar servicios para dos o más empleadores, o bien que, sin

²⁴ PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. Los principios del Derecho del Trabajo. Buenos Aires, Argentina. Editorial Depalma, 1998. p. 41.

referirse expresamente a esta circunstancia, la permiten o la restringen, según veremos en cada caso.

En primer lugar, me referiré al marco constitucional y legal que se debe tener presente al momento de definir y determinar la legitimidad de ejercer el pluriempleo en Chile. En segundo lugar, mencionaré y describiré las normas chilenas que regulan distintas eventualidades que pueden ocurrir cuando los trabajadores se desempeñan en múltiples empleos simultáneamente. En tercer lugar, para finalizar este capítulo, enunciaré aquellas normas y hechos que, refiriéndose o no directamente al pluriempleo, implican una admisión o restricción de este fenómeno.

1.3.1 Marco constitucional.

En nuestra Carta Fundamental no existe norma alguna que se refiera expresamente al pluriempleo, ya sea en forma permisiva, restrictiva o prohibitiva. No obstante, de conformidad al marco regulatorio del trabajo en general, en principio no habría impedimentos a la posibilidad que tiene una persona de desarrollar dos o más actividades laborales paralelamente.

En efecto, la Constitución Política de la República asegura a todas las personas, en el inciso primero de su Artículo 19 N° 16, “la libertad de trabajo y su protección”.

Esta disposición, en términos amplios y generales, reconoce la autonomía - tanto de trabajadores dependientes como independientes- de realizar cualquier actividad productiva lícita²⁵.

En palabras de Pedro Irureta, se trata de la libertad “—entendida como la ausencia de impedimentos, limitaciones o resistencias- para escoger el trabajo en sus diversas especies, sin que a nadie pueda imponérsele un trabajo determinado, como tampoco se le pueda impedir la realización de un trabajo lícito que desee hacer”²⁶.

En razón de ello, ninguna clase de trabajo puede ser prohibida, salvo si concurre alguna de las situaciones que la misma disposición prescribe, a saber:

- Se pueden prohibir trabajos que se opongan a la moral, a la seguridad o a la salubridad públicas, o en virtud de la exigencia del interés nacional, siempre que una ley así lo declare.
- La ley puede exigir la nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos.

²⁵ IRURETA URIARTE, Pedro. Constitución y orden público laboral: un análisis del art. 19 no. 16 de la constitución chilena. Santiago, Chile. Colección de investigaciones jurídicas Nº 9, Universidad Alberto Hurtado, 2006. p. 47.

²⁶ Ibid. p. 50.

- La ley puede determinar las profesiones que requieren grado o título universitario y las condiciones que deben cumplirse para ejercerlas.

Asimismo, en el inciso primero del Artículo 19 N° 21, la Carta Fundamental consagra el derecho de todas las personas a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen.

La garantía constitucional de la libertad de trabajo se refleja a nivel legal en el inciso 1° del Artículo 2 del Código del Trabajo, que reconoce la libertad de las personas para contratar y dedicarse a una labor lícita.

Tanto la libertad de trabajo como la libertad de empresa del trabajador se encuentran amparadas por el Artículo 5° del Código del Trabajo. El inciso 1° de esta disposición establece que el ejercicio de las facultades del empleador, “tiene como límite el respecto de las garantías constitucionales de los trabajadores, en especial cuando pudieran afectar la intimidad, la vida privada o la honra de éstos”. Esta norma reconoce que los derechos fundamentales protegen en todo momento al trabajador, ya que por su condición de trabajador no pierde la de ciudadano²⁷ y, en consecuencia, le resultan plenamente aplicables las garantías que consagra la Constitución Política de la República.

²⁷ UGARTE CATALDO, José Luis. Los derechos fundamentales y las relaciones laborales: el mundo de las palabras. Anuario de Derecho del Trabajo y Seguridad Social N° 3.

De esta forma, el trabajador, amparado en las garantías constitucionales de los números 16 y 21 del artículo 19, se encuentra facultado para llevar a cabo todo trabajo o actividad económica lícita fuera de la empresa a la cual pertenece. A contrario sensu, salvo las limitaciones referidas al trabajo en general, no existe impedimento constitucional *per se* al pluriempleo.

Así, teniendo presente que cualquier limitación al pluriempleo será en realidad una limitación a la libertad de trabajo, deberá ser siempre interpretada restrictivamente.

1.3.2 Normas legales referidas al pluriempleo.

En nuestro ordenamiento jurídico no existe ninguna disposición que defina qué se entiende por pluriempleo ni las situaciones que deben ser comprendidas dentro de este concepto.

Sin perjuicio de ello, es posible encontrar en forma dispersa algunas disposiciones referidas a este fenómeno:

1.3.2.1) Sistema de Pensiones de Vejez, de Invalidez y Sobrevivencia.

El Decreto Ley 3.500 de 1980 creó el Sistema de Pensiones de Vejez, de Invalidez y Sobrevivencia derivado de la capitalización individual, cuyas características he señalado someramente en la sección anterior.

El inciso 1º del artículo 16 de dicho decreto fijó como tope de imponibilidad a este sistema un máximo de 60 Unidades de Fomento²⁸. Este límite se considera para efectos de deducir de la remuneración o renta mensual del trabajador afiliado la cotización correspondiente.

El inciso 4º de la referida disposición establece expresamente qué ocurre con este tope en caso de que una persona se encuentre pluriempleado. En efecto, dispone que si un trabajador percibe simultáneamente remuneraciones de dos o más empleadores todas ellas se sumarán para efectos de aplicar el referido tope imponible²⁹. En consecuencia, el máximo de 60 Unidades de Fomento, se aplicará para deducir respecto a la suma de todas las remuneraciones

²⁸ De acuerdo a la misma norma, este valor debe ser reajustado considerando la variación del índice de remuneraciones reales determinadas por el Instituto Nacional de Estadísticas entre noviembre del año anteprecedente y noviembre del precedente, respecto del año en que comenzará a aplicarse, es decir, la cantidad medida en Unidades de Fomento aumenta cada año en proporción al incremento real de las remuneraciones.

²⁹ Inciso 4º Artículo 16 DL 3.500: *Si un trabajador percibe simultáneamente remuneraciones de dos o más empleadores o además declara renta como trabajador independiente, todas las remuneraciones y rentas se sumarán para los efectos señalados en el inciso anterior, debiendo la Superintendencia determinar la forma en que se efectúen y enteren las cotizaciones que señala la ley. En todo caso, aquella parte de la cotización adicional destinada al financiamiento del seguro a que se refiere el artículo 59, deberá ser pagada por cada uno de los empleadores, de manera proporcional al monto que éstos paguen por concepto de remuneraciones imponibles al respectivo trabajador, sobre el total de dichas remuneraciones.*

percibidas mensualmente por el trabajador la cotización correspondiente y no en relación a cada una de las remuneraciones considerada individualmente.

Lo anterior se explica por las características de la afiliación al sistema, las cuales se establecen en el inciso 3º del artículo 2º del decreto en comento. De acuerdo a esta norma, la afiliación es única y permanente, pues una vez que se ha efectuado la adscripción al Sistema, ésta subsiste durante toda la vida del afiliado, ya sea que se mantenga o no en actividad, que ejerza una o varias actividades simultáneas o sucesivas, o que cambie de institución dentro del Sistema.

En virtud de dichas características, se establece en el inciso 4º del artículo 2º que cada trabajador, aunque preste servicios a más de un empleador, sólo podrá cotizar en una Administradora de Fondos de Pensiones, lo que implica, en términos prácticos, que el trabajador no puede abrir una cuenta de capitalización individual por cada empleador.

1.3.2.2) Accidentes del trabajo.

La Ley 16.744 sobre Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales, en el inciso 1º de su artículo 5º, señala que se entiende por accidente del trabajo toda lesión que una persona sufra a causa o con ocasión del trabajo, y que le produzca incapacidad o muerte. El inciso 2º de la misma disposición

establece que son también accidentes del trabajo los ocurridos en el trayecto directo, de ida o regreso, entre la habitación y el lugar de trabajo.

Tradicionalmente la Superintendencia de Seguridad Social ha afirmado que, para calificar de esta forma el accidente, es necesario que el trayecto sea directo, esto es, racional y no interrumpido o desviado por intereses personales o extraños a las necesidades de la vida ordinaria o independiente del trabajo³⁰.

Ahora bien, imaginemos el caso de un médico que termina su jornada de trabajo en una clínica y debe trasladarse a otra donde trabaja por las tardes. En el trayecto sufre un accidente en el medio de transporte en que se desplaza ¿Se considera accidente de trayecto?

De acuerdo a la interpretación restringida de las autoridades administrativas, y a los requisitos establecidos por la propia ley, esta situación no estaría cubierta por el seguro o al menos su aplicación sería dudosa y discutible. Esto se debe a que en la referida norma el legislador supuso la existencia de un solo empleador.

Sin embargo, la Ley N° 20.101, publicada el 28 de abril de 2006, modificó el inciso segundo del artículo 5° de la Ley N° 16.744, ampliando el concepto de accidente de trayecto. En efecto, a partir de dicha modificación, la disposición

³⁰ Véanse, a modo de ejemplo, los Oficios N° 2.148 de 1994 y N° 14.369 de 1997 de la Superintendencia de Seguridad Social.

citada señala que son también accidentes laborales de trayecto aquellos que ocurran en el desplazamiento directo entre dos lugares de trabajo, aunque correspondan a distintos empleadores. De esta manera, se extendió expresamente la norma a aquellos trabajadores que se desempeñen simultáneamente para dos o más empleadores.

Para estos efectos, se dispuso que se considerará que el accidente dice relación con el trabajo al que se dirigía el trabajador al ocurrir el siniestro. Por consiguiente, el organismo administrador obligado a otorgar las prestaciones correspondientes será aquél al que se encuentre adherida o afiliada la entidad empleadora del lugar de trabajo hacia donde se desplazaba el accidentado.

Durante la tramitación del proyecto de ley, se aclaró expresamente que con esta modificación no se pretendía cambiar el estatus jurídico de los accidentes que ocurren en el trayecto entre dos lugares de trabajo que pertenecen al mismo empleador³¹, pues esta situación ya está prevista en la ley, siendo considerados accidentes con ocasión del trabajo.

³¹ Historia de la Ley N° 20.101. CHILE. Amplía el concepto de accidente de trabajo contemplado en la ley N° 16.744, sobre Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales. Biblioteca del Congreso Nacional, 28 de abril de 2006 [en línea] <<http://www.bcn.cl>>. pp. 43 a 45.

1.3.2.3) Seguro de Cesantía.

La Ley N° 19.728 incorporó el Seguro de Cesantía, mediante un sistema que conjuga el ahorro individual obligatorio -destinado a una Cuenta Individual de Cesantía- y un componente de seguro social, a través del acceso al Fondo de Cesantía Solidario.

La forma de financiamiento de estas modalidades del sistema depende del tipo de contrato de trabajo.

En el caso de los *trabajadores con contrato indefinido*, el aporte consiste en un 0,6% de la renta imponible de cargo del trabajador, el que se complementa con una cotización de cargo del empleador de un 1,6%, con un tope de remuneración imponible de 90 Unidades de Fomento (UF), ambos destinados a la Cuenta Individual de Cesantía del trabajador. Adicionalmente, el empleador debe aportar un 0,8% de la remuneración imponible del trabajador y el Estado un monto equivalente a 225.792 Unidades Tributarias Mensuales, para financiar el Fondo de Cesantía Solidario.

En el caso de los *trabajadores con contrato a plazo fijo, o contratados para una obra, trabajo o servicio determinado*, el aporte es totalmente de cargo del empleador, correspondiendo al 3% de la remuneración imponible con tope de 90 UF, cuyo monto es destinado en su totalidad a la Cuenta Individual de Cesantía del correspondiente trabajador.

Las cotizaciones al seguro de cesantía son obligatorias por cada uno de los contratos de trabajo vigentes que tenga el trabajador y no por cada individuo, como ocurre en el Sistema de Pensiones. Por lo tanto, si un trabajador ha sido contratado para desempeñarse en dos o más empleos afectos al seguro de cesantía, debe afiliarse a este seguro por cada uno ellos y realizar las cotizaciones correspondientes respecto a cada una de sus remuneraciones, hasta el tope máximo equivalente a 90 Unidades de Fomento³².

De esta manera, la Ley N° 19.728 reconoce el pluriempleo y considera, para efectos de la cotización al seguro de cesantía, cada relación laboral en forma independiente. Por esta razón, el tope imponible rige respecto de las remuneraciones correspondientes a cada uno de los contrato de trabajo que mantenga el trabajador.

Cabe preguntarse cuándo el trabajador pluriempleado podrá acceder a las prestaciones del seguro. Al respecto, el inciso final del Artículo 7° de la Ley N° 19.728, establece que “para poder impetrar en forma independiente el derecho al beneficio de cesantía, los requisitos a que se refiere el artículo 12, deberán cumplirse respecto del empleo correspondiente”.

³² De acuerdo al Art. 6° de la Ley 19.728, este tope de 90 UF se reajustará anualmente de acuerdo a la variación del Índice de Remuneraciones Reales determinadas por el Instituto Nacional de Estadísticas o el Índice que lo sustituya, entre noviembre del año anteprecedente y noviembre del año precedente al que comenzará a aplicarse el reajuste. El tope imponible así reajustado, comenzará a regir el primer día de cada año.

De acuerdo a esta norma, para que el trabajador pueda acceder a la prestación de cesantía, se deben cumplir los requisitos respecto al empleo correspondiente, vale decir, respecto a aquel contrato de trabajo que terminó.

Esta disposición podría dar a entender que cada término de contrato de trabajo se debe considerar en forma independiente y que, en consecuencia, si una de las relaciones laborales termina pero el trabajador mantiene contratos de trabajo vigentes con otros empleadores, podría acceder de todas formas al seguro de cesantía. Esto, sin embargo, no es del todo cierto.

El Artículo 12 al que se remite la citada disposición establece requisitos específicos que deben cumplirse para acceder a las prestaciones por cesantía con cargo a la cuenta individual. Estos requisitos varían según el tipo de contrato de que se trate. Si es un contrato indefinido, el trabajador debe tener acreditadas 12 cotizaciones mensuales continuas o discontinuas. En el caso de los trabajadores con contrato de duración a plazo, por obra, servicio o trabajo determinado, el trabajador debe acreditar el pago de al menos 6 cotizaciones, continuas o discontinuas a la cuenta individual de cesantía. Para estos efectos, las cotizaciones se cuentan desde la afiliación del trabajador al Seguro o desde la fecha en que se devengó el último giro a que hubieren tenido derecho.

Además de los requisitos exigidos para cada caso, dicha norma establece requisitos comunes a todo tipo de contrato: (1) Que la relación laboral haya

terminado por cualquiera de las causales establecidas en el Código del Trabajo³³ y (2) Que el trabajador esté cesante al momento de solicitar de la prestación.

Respecto a este último requisito, surge la interrogante sobre si es posible considerar que un trabajador que ha perdido una de sus fuentes laborales, pero que mantiene otras vigentes, se encuentra cesante. Esto se relaciona directamente con el dilema planteado anteriormente, en cuanto a si es posible que el trabajador pluriempleado acceda a las prestaciones del seguro del seguro de cesantía si sólo uno de sus contratos de trabajo termina.

El Artículo 16 de la Ley 19.728 resuelve el problema disponiendo que aquel trabajador que habiendo terminado una relación laboral mantiene otra u otras vigentes, tendrá las siguientes opciones:

a) Retirar el monto correspondiente a la prestación a que hubiese tenido derecho en ese mes, en el caso de haber permanecido cesante.

b) Mantener dicho saldo en la cuenta.

³³ La norma dispone textualmente: *Que el contrato de trabajo haya terminado por alguna de las causales señaladas en los artículos 159, 160 y 161, o por aplicación del inciso primero del artículo 171, todos del Código del Trabajo (Art. 12 letra a).* Vale decir, señala todas las causales en virtud de las cuales se puede poner término a un contrato de trabajo, lo que convierte a las prestaciones del seguro con cargo a la cuenta individual de cesantía en beneficios a todo evento.

Por consiguiente, como es lógico, esta norma establece implícitamente que el trabajador pluriempleado que pierde una de sus fuentes laborales no puede considerarse cesante. Pese a ello, le permite hacer uso de la prestación del seguro de cesantía de su cuenta individual, aunque no totalmente, sino sólo respecto al primer giro que le hubiere correspondido en el caso de haber permanecido efectivamente cesante.

Asimismo, se establece que, cualquiera sea la alternativa que elija el trabajador, mantendrá para un próximo período de cesantía el saldo no utilizado en su cuenta.

Finalmente, la ley creó el Fondo de Cesantía Solidario para el financiamiento de las prestaciones de cesantía de aquellos trabajadores con contrato a plazo indefinido que no contaran con los recursos suficientes para financiar completamente los beneficios establecidos en la ley, excluyendo a aquéllos con contrato a plazo fijo, por obra o faena. Para acceder a los beneficios de este fondo se deberán cumplir los siguientes requisitos:

a) Registrar 12 cotizaciones mensuales en el Fondo de Cesantía Solidario desde su afiliación al Seguro o desde que se devengó el último giro a que hubieren tenido derecho conforme a esta ley, en los últimos 24 meses anteriores contados al mes del término del contrato. Las tres últimas cotizaciones realizadas deben ser continuas y con el mismo empleador.

b) Que el contrato de trabajo termine por alguna de las causales previstas en los números 4, 5 y 6 del artículo 159 o del artículo 161, ambos del Código del Trabajo;

c) Que los recursos de su cuenta individual por cesantía sean insuficientes para obtener una prestación por cesantía por los períodos, porcentajes y montos señalados en el artículo siguiente, y

d) Encontrarse cesante al momento de la solicitud.

De esta manera, la ley ha establecido requisitos más estrictos para acceder a las prestaciones del Fondo de Cesantía Solidario que a las de la Cuenta Individual de Cesantía.

Atendido lo requerido en las letras c) y d), sólo sería imaginable que un trabajador pluriempleado accediera a los beneficios del Fondo de Cesantía Solidario en el evento que todos los contratos de trabajo que mantiene terminen en un mismo momento, además de cumplirse los otros requisitos que la ley establece.

Considerando las características expuestas del Seguro de Cesantía, fundamentalmente en cuanto se exige al trabajador afiliarse y cotizar al seguro respecto de cada empleador, es posible utilizar sus estadísticas para

determinar, al menos parcialmente, cuántas personas en Chile trabajan para más de un empleador.

Número de afiliados según número de empleadores, tipo de contrato y sexo

Tipo de contrato y sexo		Sin empleador	Con un empleador	Con dos empleadores	Con tres empleadores	Con cuatro empleadores o más
Contrato indefinido	Masculino	506.992	974.184	386.013	136.494	77.912
	Femenino	433.132	648.463	232.467	73.095	32.033
	Sin información de sexo	42	135	24	4	0
	TOTAL	940.166	1.622.782	618.504	209.593	109.945
Contrato de plazo fijo y contrato para una obra, trabajo o servicio determinado	Masculino	819.424	759.788	248.553	88.994	70.778
	Femenino	697.406	546.283	147.847	43.348	21.115
	Sin información de sexo	37	92	9	2	0
	TOTAL	1.516.867	1.306.163	396.409	132.344	91.893
Total informado	Masculino	1.326.416	1.733.972	634.566	225.488	148.690
	Femenino	1.130.538	1.194.746	380.314	116.443	53.148
	Sin información de sexo	79	227	33	6	0
	TOTAL	2.457.033	2.928.945	1.014.913	341.937	201.838

Fuente: Superintendencia de Pensiones www.safp.cl

En efecto, de acuerdo a las estadísticas de la Superintendencia de Pensiones, del total de afiliados en Agosto de 2011, un 22,4% se encuentra contratado por 2 o más empleadores. Entre los trabajadores pluriempleados, un 60% tiene contratos indefinidos, mientras que el 40% restante tiene contratos a plazo fijo o por obra, faena o servicio determinado.



Fuente: Elaboración propia, según estadísticas Superintendencia de Pensiones.

No obstante, al momento de revisar estas cifras, es preciso tener en cuenta que ellas no reflejan la realidad del todo el mercado laboral chileno, principalmente por dos razones:

- En primer lugar, el grupo objetivo incorporado en el Seguro de Cesantía es limitado, pues está constituido únicamente por los trabajadores dependientes mayores de 18 años de edad regidos por el Código del

Trabajo, con excepción de los trabajadores sujetos a contrato de aprendizaje, trabajadores de casa particular y los pensionados, salvo que, en el caso de estos últimos, la pensión se hubiere otorgado por invalidez parcial. Dada estas condiciones, también quedan excluidos los trabajadores independientes y los funcionarios del sector público.

- En segundo lugar, la incorporación al sistema no es absoluta, debido a que se ha ido efectuando en forma gradual. En efecto, sólo están obligados a afiliarse aquellos trabajadores que hayan iniciado o reiniciado actividades laborales a partir del 02 de octubre de 2002, fecha de entrada en vigencia del Seguro de Cesantía. Los trabajadores con contratos iniciados con anterioridad a esa fecha pueden afiliarse voluntariamente. De esta manera, la incorporación se produce sólo en la medida que se inicie una nueva relación laboral, o bien por la afiliación voluntaria solicitada por el trabajador, en caso que éste no esté obligado a incorporarse³⁴.

³⁴ “Al analizar las formas de afiliación se puede observar que un 98% de las afiliaciones han sido por nuevos contratos, lo que indicaría una alta creación de contratos en Chile, y tal vez una preocupación por la baja afiliación de los trabajadores que tenían contratos vigentes, probablemente por falta de información”. BERSTEIN, Solange. CONTRERAS, Carmen. BENVIN, Evelyn. Valoración del Seguro de Cesantía en Chile: Simulación de Beneficios con Datos Individuales. Documento de Trabajo N° 27. Serie de Documentos Superintendencia de Administradoras de Fondos de Pensiones, diciembre 2008 [en línea] <<http://www.safp.cl/files/doctrab/DT00027.pdf>> p. 6.

Estas particularidades, unidas al hecho que el seguro de cesantía se encuentra operando hace relativamente poco tiempo, hacen que las cifras reflejen mayoritariamente las relaciones laborales de breve duración, capturando “con mayor probabilidad al tipo de trabajadores que rotan mucho y al tipo de empresas que utilizan en mayor medida contratos cortos”³⁵.

Por la misma razón, se observa que la mayoría de los afiliados y cotizantes son personas jóvenes, que tienen entre 25 y 30 años de edad. “Lo anterior es esperable por cuanto ellos presentan una natural mayor movilidad laboral, no sólo porque es el tramo de edad en que muchos jóvenes terminan sus estudios y comienzan a participar en el mercado laboral, sino también porque todavía no han adquirido competencias específicas a un trabajo lo que colabora a una menor estabilidad en sus empleos y por lo tanto a una más rápida incorporación al Seguro de Cesantía”³⁶.

Si bien estas circunstancias no invalidan completamente la información, obligan a ser cuidadosos en su análisis, considerando que no resulta

³⁵ REYES, Gonzalo. Duración de las Relaciones Laborales de los Afiliados al Seguro de Cesantía: Análisis y Problemas Metodológicos. Documento de Trabajo N° 11. Serie de Documentos Superintendencia de Administradoras de Fondos de Pensiones, noviembre 2005 [en línea] <<http://www.safp.cl/files/doctrab/DT00011.pdf>> p. 4.

³⁶ BERSTEIN, Solange; FAJNZYLBBER, Eduardo; GANA, Pamela, y POBLETE, Isabel. Cinco Años de Funcionamiento del Seguro de Cesantía en Chile: Diagnóstico y Desafíos para su Perfeccionamiento. Documento de Trabajo N° 23. Serie de Documentos Superintendencia de Administradoras de Fondos de Pensiones, diciembre 2007 [en línea] <<http://www.safp.cl/files/doctrab/DT00023.pdf>> p. 16.

representativa de la totalidad del mercado laboral ni de las formas de trabajo existentes en la sociedad chilena, abarcando principalmente, en el largo plazo, al segmento de trabajadores que se encuentran en relaciones laborales formales.

En definitiva, estas estadísticas permiten aproximarnos a una cuantificación de las personas que se encuentran pluriempleados, pero se debe tener en consideración que existe una gran cantidad de personas que, por las características propias del sistema, se encuentran excluidas de estas cifras, ya sea porque tienen relaciones vigentes anteriores a octubre de 2002; trabajan para dos o más empresarios en virtud de relaciones laborales informales, o bien se desempeñan en un trabajo en forma dependiente y paralelamente realizan alguna actividad en forma autónoma que les reporta ingresos adicionales. Estas dos últimas situaciones, para efectos del presente análisis, son relevantes desde el punto de vista de las limitaciones que se puedan aplicar al pluriempleo, especialmente –como veremos- al momento de determinar la legitimidad y los alcances de las cláusulas de no competencia o de exclusividad.

1.3.2.4 Subsidio previsional a trabajadores jóvenes.

La Ley N° 20.255, que incorporó distintas modificaciones al Sistema Previsional en el año 2008, estableció -entre otros beneficios- el denominado Subsidio Previsional a Trabajadores Jóvenes.

Este beneficio contiene dos subsidios de cargo fiscal. Por una parte, un *subsidio a la contratación*, destinado a aquellos empleadores que contraten a trabajadores que tengan entre 18 y 35 años, cuyas remuneraciones sean iguales o inferiores a 1,5 veces el ingreso mínimo mensual³⁷. Estos empleadores recibirán un monto equivalente a la mitad de la cotización previsional obligatoria, calculada sobre la base de un ingreso mínimo mensual³⁸.

Por otra parte, se establece un *subsidio a la cotización*, cuyos beneficiarios son los trabajadores jóvenes. Si éstos cumplen los mismos requisitos señalados en el párrafo anterior, recibirán mensualmente un subsidio de igual monto que el previsto para los empleadores, pero que se integrará directamente en su cuenta de capitalización individual.

³⁷ Inciso 1º del Artículo 82 de la Ley N° 20.255.

³⁸ El Reglamento para la aplicación del Subsidio Previsional a los Trabajadores Jóvenes establece que el monto del subsidio en el Inciso 2º de su Art. 2º en los siguientes términos: “*El monto de este subsidio será equivalente al cincuenta por ciento de la cotización previsional obligatoria establecida en el inciso primero del artículo 17 del Decreto Ley N° 3.500, de 1980, calculada sobre la base de un ingreso mínimo mensual*”.

Ambos subsidios se extienden durante las primeras 24 cotizaciones, continuas o discontinuas, que registre el respectivo trabajador en el Sistema de Pensiones³⁹.

De acuerdo al Artículo 4º de la referida ley, es posible mantener estos subsidios en el caso que la remuneración imponible del trabajador se incremente por sobre 1,5 veces un ingreso mínimo mensual y en cuanto dicha remuneración no supere los dos ingresos mínimos mensuales, siempre que este incremento se verifique a contar del décimo tercer mes en que se perciban dichos subsidios.

El Artículo 7º del Decreto N° 54, que aprobó el Reglamento para la aplicación de este subsidio, estableció expresamente qué sucede con este beneficio en caso que el trabajador se desempeñe simultáneamente para dos o más empleadores. En efecto, esta disposición establece que:

“En el caso que alguno de los trabajadores a que se refiere el artículo 82 de la Ley mantenga relaciones laborales con más de un empleador de manera simultánea, en el mes respectivo, el Instituto de Previsión Social pagará el

³⁹ Se debe tener presente que el empleador sólo recibirá el pago del subsidio a la contratación respecto de aquellos meses en que efectivamente entere las cotizaciones de seguridad social correspondientes al respectivo trabajador, de conformidad a lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 82 de la Ley N° 20.255.

subsidio a la contratación de manera proporcional a cada empleador, en atención a la proporción que representen las remuneraciones pagadas por el correspondiente empleador, sobre el conjunto de remuneraciones percibidas por el trabajador en dicho mes”.

Lo establecido en la citada disposición debe relacionarse con lo dispuesto en el Artículo 6ª del mismo reglamento:

“El Instituto de Previsión Social verificará el monto del conjunto de remuneraciones percibidas por el trabajador en el mes respectivo, para efectos de comprobar el cumplimiento del requisito de tener una remuneración máxima de 1,5 ó 2 ingresos mínimos mensuales, según el caso, para acceder a los subsidios a que se refiere el presente reglamento”.

Por consiguiente, en virtud de las normas citadas, para determinar si el trabajador pluriempleado y sus correspondientes empleadores tienen derecho al pago del subsidio, se deben distinguir dos situaciones:

- Si se trata de la regla general, es decir, en aquellos casos en que el beneficio es otorgado durante los primeros 24 meses de cotizaciones, el total de las remuneraciones percibidas por el trabajador en virtud de

sus distintas relaciones laborales no debe exceder de 1,5 ingresos mínimos mensuales durante este período.

- En cambio, si se trata del caso en que la remuneración imponible del trabajador fue incrementada por sobre 1,5 veces un ingreso mínimo mensual a partir del décimo tercer mes desde que se hayan comenzado a percibir los subsidios, la suma de sus remuneraciones no debe exceder de 2 ingresos mínimos mensuales.

El Instituto de Previsión Social es la entidad encargada de verificar mensualmente todas las remuneraciones percibidas por el trabajador para efectos de determinar si el total excede de los límites establecidos.

Cumpliendo los respectivos requisitos, el subsidio a la contratación será percibido por cada empleador en proporción al porcentaje que representen las remuneraciones pagadas por cada uno de ellos sobre el conjunto de remuneraciones percibidas por el trabajador.

De acuerdo al Mensaje Presidencial que dio origen a la tramitación del proyecto de esta ley, al establecer la figura del Subsidio Previsional a Trabajadores Jóvenes se tuvieron en mira los siguientes objetivos: en el caso del subsidio a la contratación, cuyo beneficiario es el empleador, se buscó

fomentar la contratación juvenil e incentivar la formalización del trabajo; mientras que con el subsidio a la cotización, cuyo beneficiario es el trabajador, se intentó aumentar la cobertura previsional y los fondos de pensiones de este grupo de trabajadores y, por lo tanto, sus pensiones futuras⁴⁰.

Además, el reconocimiento implícito a la posibilidad que tienen los jóvenes de mantener diversas relaciones laborales a la vez no es menor, pues los principales sujetos activos del pluriempleo son precisamente los trabajadores jóvenes.

1.3.2.5) Trabajadores de casa particular.

De acuerdo al Artículo 146 del Código del Trabajo, se consideran trabajadores de casa particular las personas naturales que se dedican en forma continua, a jornada completa o parcial, al servicio de una o más personas naturales o de una familia en trabajos de aseo y asistencia propios o inherentes al hogar.

En materia de indemnizaciones, el legislador alude a la posibilidad de que los trabajadores de casa particular se encuentren pluriempleados.

⁴⁰ Historia de la Ley N° 20.255. CHILE. Establece Reforma Previsional. Biblioteca del Congreso Nacional, 17 de marzo de 2008 [en línea] <<http://www.bcn.cl>> p. 21.

En efecto, la Ley N° 19.010 estableció, a contar del 1 de enero de 1991, una indemnización a todo evento para los trabajadores de casa particular cuyo contrato termine por cualquier causa. Para ello los empleadores deben, obligatoriamente y por un máximo de 11 años, enterar un aporte de indemnización de su cargo, equivalente al 4,11% de la remuneración mensual imponible⁴¹.

El límite imponible respecto a las remuneraciones percibidas por el trabajador es de 60 Unidades de Fomento. Este tope, a diferencia de lo que ocurre en el Sistema de Pensiones, se aplica respecto a cada empleador que tenga vínculo laboral con el trabajador de casa particular.

1.3.2.6) Jornada de Trabajo.

De conformidad a lo previsto en el artículo 10 N° 5 del Código del Trabajo, la duración y la distribución de la jornada de trabajo se encuentran entre las estipulaciones mínimas de todo contrato de trabajo.

⁴¹ Artículo 163 inciso 4° del Código del Trabajo.

La legislación laboral contempla distintos tipos de jornada de trabajo, que se pueden dividir en jornada normal u ordinaria y jornadas especiales⁴². Nos referiremos sólo a la primera, atendido que constituye la regla general.

En cuanto a la duración de la jornada ordinaria de trabajo, el inciso 1º del Artículo 22 el Código del Trabajo establece que no puede exceder de 45 horas semanales⁴³. Esta limitación se aplica, por regla general, a todos los trabajadores que se rigen por la jornada ordinaria de trabajo, salvo ciertos casos que la ley establece expresamente.

En efecto, el Código del Trabajo excluye de esta restricción temporal a ciertos trabajadores respecto a los cuales, por las características de su cargo, actividad o lugar en el que prestan sus servicios, se dificulta o imposibilita ejercer control sobre el cumplimiento de una jornada predeterminada e incluso sobre su asistencia al lugar de trabajo⁴⁴.

Entre estos trabajadores exceptuados de la limitación de jornada de trabajo, el Artículo 22 contempla en la primera parte del inciso 2º a aquellos “que

⁴² GAMONAL CONTRERAS, Sergio y GUIDI MOGGIA, Caterina. Manual del Contrato de Trabajo. 2ª ed. Santiago, Chile. Legal Publishing, 2010. p. 124.

⁴³ Diariamente, la jornada de trabajo no puede sobrepasar de 10 horas (Art. 28 inciso 2º). A su vez, el máximo semanal de 45 horas no puede distribuido en más de seis ni en menos de cinco días (Art. 28 inciso 1º) y, al límite diario de 10 horas se pueden sumar otras dos, por concepto de jornada extraordinaria (Art. 31 inciso 1º).

⁴⁴ MELIS VALENCIA, Christian y SÁEZ CARLIER, Felipe. El contrato individual de trabajo en los dictámenes de la Dirección del Trabajo. Santiago, Legal Publishing Chile, 2009. p. 292.

presten servicios a distintos empleadores”. De esta manera, el legislador ha establecido que los trabajadores que se encuentren en situación de pluriempleo no están afectos al referido máximo de 45 horas semanales de trabajo.

La doctrina ha señalado que las principales consecuencias de la exclusión a la limitación de jornada de trabajo son: (a) que estos trabajadores no generan horas extraordinarias y (b) que respecto a ellos no rige el control de la asistencia⁴⁵.

Sin embargo, imponer dichos efectos no parece haber sido la intención del legislador al aplicar esta normativa a los trabajadores que prestan servicios a distintos empleadores.

En efecto, el principal problema que se produce respecto al pluriempleo es que, al sumar las distintas jornadas que el trabajador deba cumplir en virtud de sus distintos contratos de trabajo, lo más probable es que el resultado exceda del máximo establecido para la jornada ordinaria. Por tanto, es este hecho el que fundamenta que se haya excluido a los trabajadores pluriempleados de la limitación.

Al respecto, Melis y Sáez señalan que “el fundamento de incluir a estos trabajadores en la norma sobre limitación de jornada de trabajo está en la

⁴⁵ LANATA FUENZALIDA, Gabriela. El Contrato Individual de Trabajo. Santiago, Legal Publishing Chile, 2009. pp. 130 a 132

necesidad de establecer, de manera expresa en la ley, que la jornada de trabajo de estos dependientes debe ser considerada y contabilizada por separado para cada uno de los empleadores con los que mantenga su relación laboral”⁴⁶.

Por esta razón, ambas jornadas consideradas conjuntamente pueden exceder de 45 horas semanales, sin perjuicio que se aplique este límite a cada jornada. En relación a esto último, los autores citados señalan que el “trabajador, respecto de sus relaciones laborales individualmente consideradas, está afecto al límite semanal de cuarenta y cinco horas de labor, y no es lícito que las exceda teniendo en consideración la excepción a la limitación de jornada del artículo 22 del Código del Trabajo”⁴⁷.

Con todo, cabe tener presente que, sin importar que el trabajador se encuentre excluido de la limitación en virtud del inciso 2º del Artículo 22, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 42 letra a) del Código del Trabajo, se presumirá que está afecto a jornada ordinaria de trabajo en las siguientes hipótesis:

- Cuando debiere registrar a través de cualquier medio y en cualquier momento del día el ingreso o salida de sus labores.

⁴⁶ MELIS VALENCIA, Christian y SÁEZ CARLIER, Felipe. Op. Cit. p. 292.

⁴⁷ Ibid.

- Cuando el empleador efectúe descuentos por atrasos en que incurriere el trabajador.

- Cuando el empleador, por intermedio de un superior jerárquico, ejerciere una supervisión o control funcional y directo sobre la forma y oportunidad en que se desarrollen las labores, entendiéndose que no existe tal funcionalidad cuando el trabajador sólo entrega resultados de sus gestiones y se reporta esporádicamente, especialmente en el caso de desarrollar sus labores en Regiones diferentes de la del domicilio del empleador.

Si se tiene presente que los trabajadores pluriempleados generalmente prestan servicios bajo vínculos de subordinación y dependencia⁴⁸ y que, respecto a ellos, en principio, no existen impedimentos para que registren su asistencia cuando concurren a los distintos lugares de trabajo, en la práctica lo más probable es que se les deba aplicar esta presunción.

Esta norma, que establece los casos en que se debe presumir que un trabajador excluido de la limitación de jornada está afecto de todas formas a ella, fue incorporada por la Ley N° 20.281, que modificó el Código del Trabajo en materia de sueldo base. Pese a que dicha ley fue publicada con fecha 21 de julio de 2008, la Dirección del Trabajo había concluido con anterioridad a la

⁴⁸ GAMONAL CONTRERAS, Sergio y GUIDI MOGGIA, Caterina. Op. Cit. p. 130.

entrada en vigencia de esta normativa que los trabajadores que prestan servicios a diferentes empleadores deben registrar su asistencia.

En efecto, en Ord. N° 3561/133, de fecha 10 de agosto de 2004, estableció que “no cabe sino concluir que en la especie, encontrándose el personal por el cual se consulta, afecto a una jornada determinada en sus contratos de trabajo, se encuentran igualmente obligados a registrar su asistencia y a determinar sus horas de trabajo en alguno de los sistemas previstos por el legislador para tales efectos”, concluyendo que “los trabajadores que laboran afectos a una jornada de trabajo y, por tanto, sujetos a limitación de la misma, se encuentran obligados a registrar su asistencia y determinar sus horas de trabajo, en el sistema de registro que, para tales efectos, tenga implementado su empleador”.

Esto ratifica la idea de que el legislador, al incluir a los trabajadores pluriempleados entre aquellos exceptuados de la limitación de jornada, no tuvo en vista excluirlos del registro de asistencia o del pago de horas extraordinarias, sino solamente evitar que se sumaran todas las horas trabajadas, excediendo del máximo legal.

1.3.2.7) Causal de término del contrato de trabajo del Artículo 160 N° 2 Código del Trabajo.

El artículo 160 N° 2 dispone 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”.

Esta norma regula un caso particular de trabajos concurrentes, cual es, aquel en que los servicios prestados por el trabajador en forma paralela a la relación laboral de que se trata, se efectúan en el mismo giro que el de su empleador. En consecuencia, el impedimento de ejecutar negociaciones únicamente podría estar acotado a las actividades que simultáneamente quiera desarrollar el trabajador en la misma área o rubro de su empleador.

Posteriormente profundizaremos el análisis de esta causal de término del contrato de trabajo. Por ahora podemos adelantar que, de acuerdo a los términos de la norma, se trata de una restricción que no siempre forma parte de la relación laboral, pues si bien tiene origen en la ley, otorga al empleador la facultad de decidir si establecerla o no en el respectivo contrato de trabajo. Así, si el empleador no estipula la prohibición en el respectivo contrato de trabajo, el trabajador podría ejecutar negociaciones en el mismo giro sin restricciones. Sin embargo, como veremos, el requisito de escrituración ha sido considerado prescindible por parte de la doctrina y de la jurisprudencia, ya que la prohibición

de competencia derivaría del deber de buena fe que debe regir en toda relación laboral.

1.4. RESTRICCIONES AL PLURIEMPLEO.

Carmen Alarte destaca que “el fenómeno del desempleo está íntimamente relacionado con los ciclos económicos y fluctúa según el carácter de los mismos”⁴⁹. Frente a ello, la autora española señala que los gobiernos podrían intentar intervenir en el desarrollo del pluriempleo, ya sea prohibiéndolo o fomentándolo, para efectos de incidir en el mercado de trabajo. En Chile no se ha optado por establecer medidas en ese sentido.

De conformidad a la normativa constitucional, el principio general sobre el modo en que debe desarrollarse toda prestación laboral es la libertad de trabajo y, como consecuencia de ello, en principio, no habría impedimentos a la posibilidad que tiene una persona de desarrollar dos o más actividades laborales simultáneamente. De esta forma, se trata de una permisividad derivada de la forma en que está regulado el trabajo en general, pero no de una medida adoptada específicamente en relación al pluriempleo.

⁴⁹ ALARTE MAYORDOMO, Carmen María. Pluriempleo y pluriactividad en el sector privado español. Tesis doctoral. Murcia, España. Universidad de Murcia, Facultad de Derecho, 2010. p. 32.

1.4.1 Limitaciones legales.

A nivel legal, he mencionado algunas de las normas que se refieren en ciertos aspectos del pluriempleo, las cuales se pueden agrupar -de acuerdo a la materia- en normas de seguridad social, normas referidas a la jornada de trabajo y normas en materia de despido.

1.4.1.1) Normas de Seguridad Social.

En las disposiciones que regulan el sistema de pensiones, los accidentes del trabajo, el seguro de cesantía y el subsidio previsional de trabajadores jóvenes, que se refieren en ciertos aspectos al pluriempleo, a mi juicio, no es posible reconocer una intención del legislador de aplicar una política en torno a este fenómeno, sino sólo la necesidad de regular ciertos aspectos para evitar problemas prácticos que eventualmente podrían producirse respecto a un trabajador que se desempeña para dos o más empleadores.

Se trata evidentemente de un reconocimiento al fenómeno del pluriempleo. No obstante, no obedece en ningún caso a una expresión política que busque aumentar las fuentes de ingresos de algunas personas en momentos de crisis económica. Tampoco obedece a medidas que pretendan restringir o prohibir esta posibilidad por considerar, por ejemplo, que es perjudicial para la salud de los trabajadores.

Esto se puede percibir en el hecho que las normas de seguridad social descritas no regulan el pluriempleo en forma especial ni con particulares características sino que, en general, se limitan a extender las normas contempladas originalmente para las personas que prestan servicios a un empleador a aquellos que se desempeñan para dos o más.

Así, por ejemplo, en el Decreto Ley N° 3.500, respondiendo a las características propias de la afiliación al Sistema de Pensiones, se optó por aplicar el tope imponible respecto a todas las remuneraciones percibidas por cada trabajador; mientras que en el seguro de cesantía, que establece una afiliación respecto a cada empleador al que preste servicios el trabajador, el legislador estableció que la cotización correspondiente debe efectuarse en virtud de cada contrato de trabajo.

De esta forma, las referidas disposiciones en materia de seguridad social no importan un obstáculo ni una promoción al pluriempleo sino que se presentan como consecuencias necesarias para aquel trabajador que se desempeña simultáneamente para dos o más empleadores.

1.4.1.2) Normas en materia de jornada de trabajo.

En materia de jornada de trabajo, se puede percibir que el legislador, al aplicar las limitaciones temporales de la jornada ordinaria a los trabajadores pluriempleados, constató el obstáculo que se presentaría al contabilizar las horas trabajadas conjuntamente. Por ello, con el objeto de evitar a los empleadores de aquellos trabajadores que mantienen distintos vínculos laborales la carga de tener que coordinarse para efectos de no exceder el máximo legal de 45 horas semanales, los excluyó de esta limitación⁵⁰.

Esta norma permite el pluriempleo pero produce otro efecto que resulta contraproducente: El trabajador que opte por desempeñarse en diversos trabajos podría superar excesivamente el tiempo apropiado para resguardar su salud.

No debe olvidarse que los límites a la jornada de trabajo no sólo importan una medida del legislador para otorgar certeza a las partes en la relación laboral, sino que principalmente buscan proteger al trabajador.

Al respecto, Sergio Gamonal señala que “un trabajador que presta servicios a distintos empleadores podría superar el límite máximo de 45 horas semanales dispuesto por el Código del Trabajo, lo que no pareciera lo más adecuado para

⁵⁰ MELIS VALENCIA, Christian y SÁEZ CARLIER, Felipe. Op. Cit. p. 292.

tutelar su integridad física. El pluriempleo no debiera desproteger la salud del trabajador y, por ende, se precisa una política legislativa que les brinde una protección adecuada”⁵¹.

Pese a que las normas en materia de jornada de trabajo no establecen limitaciones temporales, se produce una restricción evidente de carácter fáctica en cuanto no es posible que una persona esté en dos lugares al mismo tiempo o realizando numerosas actividades para diversos empleadores en un mismo momento. Sin embargo, esto no obsta a que se puedan producir abusos en relación al exceso de trabajo, incluso por decisión del propio trabajador que, por necesidades económicas apremiantes, no tome en cuenta su integridad física y psíquica al momento de emplearse para distintos empresarios.

Así, en atención a las necesidades humanas básicas de descanso y recreación, surge la necesidad de una modificación normativa en esta materia o que se implementen mecanismos eficientes de control⁵².

Además, debido a que el legislador se limitó a considerar a los trabajadores pluriempleados entre aquellos excluidos de la limitación de jornada, no se regularon otros conflictos que pueden provocarse -por ejemplo, en materia de *ius variandi* o de feriado anual-, lo que demuestra que, en general, las normas

⁵¹ GAMONAL CONTRERAS, Sergio y GUIDI MOGGIA, Caterina. Op. Cit. p. 130.

⁵² GAMONAL CONTRERAS, Sergio y GUIDI MOGGIA, Caterina. Manual del Contrato de Trabajo. 2ª ed. Santiago, Chile. Legal Publishing, 2010. p. 130.

del Código del Trabajo están pensadas para ser aplicadas a trabajadores que prestan servicios a un solo empleador.

1.4.1.3) Normas en materia de despido.

En relación a lo expuesto en materia de jornada de trabajo, se debe tener presente que el exceso de trabajo puede provocar una disminución en la productividad del trabajador, producto del estrés y el cansancio. Por esta razón, cabe preguntarse si el empleador puede poner término al contrato de trabajo de un trabajador que, debido a que presta servicios para otros empleadores, disminuye su rendimiento laboral.

Si bien no existe ninguna causal de término de contrato de trabajo que contemple expresamente esta hipótesis, en algunos casos se ha invocado la de necesidades de la empresa, establecimiento o servicio, contemplada en el Artículo 161 inciso 1º del Código del Trabajo. No obstante, la jurisprudencia mayoritaria ha estimado que no es procedente la aplicación de dicha norma en estos casos.

Así, la Corte Suprema ha señalado que sin perjuicio que el trabajador haya experimentado una disminución en su rendimiento laboral “esta circunstancia no configura la causal establecida en el inciso primero del artículo 161 del Código del Trabajo, que (los jueces del grado) definen como una causal objetiva; por

regla general independiente de la sola voluntad del empleador; que debe fundarse en hechos que hagan inevitable la separación de uno o más trabajadores; y que diga relación con circunstancias económicas graves y permanentes que afecten al desenvolvimiento de la empresa"⁵³.

Los argumentos de este criterio jurisprudencial se ven reforzados por el hecho de que "la falta de adecuación laboral o técnica del trabajador" se eliminó expresamente de la norma del Artículo 161 por la ley 19.759, publicada con fecha 05 de octubre de 2001.

Lo anterior no obsta a la aplicación de alguna de las causales imputables al trabajador del Artículo 160 del Código del Trabajo, siempre y cuando se cumplan los requisitos para ello, en aquellos casos en que la conducta del trabajador pluriempleado derive en un incumplimiento del contrato de trabajo.

Así, por ejemplo, los jueces han acogido en ciertos casos que el despido sea justificado en virtud de la causal de incumplimiento grave de las obligaciones, cuando existen deficiencias en el desempeño del trabajo.

Al respecto, en el juicio rol 371-2002 seguido ante el 8º Juzgado del Trabajo de Santiago, el empleador sostuvo que el trabajador había incurrido en

⁵³ Considerando tercero, Fallo Rol 201-2011, Corte Suprema, 12 de agosto de 2011. El mismo criterio ha sido compartido en el Fallo Rol 53-2007, Corte de Apelaciones de Concepción, 20 de agosto de 2007 y en el Fallo Rit O-72-2010, 1º Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, 14 de abril de 2010.

incumplimiento grave a las obligaciones impuestas en su contrato de trabajo, debido a que su trabajo presentaba graves deficiencias y había sido sorprendido prestando servicios para otros empleadores.

En la sentencia de primera instancia, se concluyó que el despido había sido justificado, atendidos los reiterados incumplimientos por parte del trabajador. Esta decisión fue confirmada por la Corte de Apelaciones, con el voto disidente del Ministro señor Haroldo Brito Cruz, “quien fue de parecer de revocar la sentencia apelada y hacer lugar a la acción de despido injustificado, mandando pagar las indemnizaciones correspondientes, porque en su concepto no obstante las reiteradas observaciones al trabajo del actor y el costo económico que debe suponerse ha sido consecuencia de los errores de que se trata, ello no importa incumplimiento grave a las obligaciones del contrato de trabajo, porque éstas comprenden desarrollar la labor comprometida, y aun siendo de esperar que las labores sean correctamente ejecutadas, no es posible asegurar que el trabajo será ejecutado con toda eficiencia, como lo ha exigido el empleador de estos autos”⁵⁴.

Atendido lo expuesto, la procedencia de alguna de las causales de término de contrato de trabajo imputables al trabajador no puede importar de modo

⁵⁴ Corte de Apelaciones de Santiago, 06 de agosto de 2004, Rol 6544-2003. Recurso de casación en el fondo rechazada, Corte Suprema, 13 de octubre de 2008, Rol 4168-2004.

alguno una sanción al pluriempleo en sí mismo, sino al incumplimiento derivado de la conducta del trabajador, cuya gravedad deberá analizarse en cada caso.

Es la causal del N° 2 del Artículo 160 la única norma legal que constituye un límite más directo al pluriempleo. En principio, esta restricción se produce sólo en la medida que se cumplan los requisitos que la misma norma establece, es decir, que el trabajador ejecute negociaciones dentro del giro del negocio del empleador y que este tipo de negociaciones hubieren sido prohibidas por escrito en el respectivo contrato de trabajo.

No obstante, a través de la lectura de jurisprudencia referida a la aplicación de esta causal, es posible observar que no existe uniformidad respecto a los alcances de esta norma. Por ello, para comprender en qué medida el Artículo 160 N° 2 importa un límite a los trabajadores que se desempeñen para dos o más empleadores, es preciso analizar los criterios que se han establecido respecto a esta causal de término del contrato de trabajo. Este análisis será realizado en el Capítulo II.

1.4.2 Limitaciones convencionales.

Además de la prohibición establecida en el artículo 160 N° 2, la doctrina y parcialmente la jurisprudencia han comenzado a aceptar que el trabajador y el empleador estipulen expresamente ciertos pactos destinados a restringir la

libertad que tiene el primero de emprender actividades económicas en forma paralela a su empleo.

Dado que se trata de cláusulas prohibitivas cuyos efectos se extienden más allá de los términos de la norma del Artículo 160 N° 2, se pueden producir conflictos respecto a su aplicación.

Dichos conflictos se suscitan especialmente en aquellos casos en que no se ha establecido expresamente la prohibición de efectuar negociaciones que se vinculen al giro del empleador. En estos casos, parte de la doctrina y de la jurisprudencia ha argumentado que el contenido ético-jurídico del contrato de trabajo permite sostener que de todas maneras el trabajador debe abstenerse de efectuar negociaciones que importen competencia desleal con la empresa en la que trabaja. Así, sería la infracción a dicho deber lo que justificaría el despido del trabajador por las causales de falta de probidad o de incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato.

También se producen conflictos en los casos en que se ha estipulado expresamente la prohibición pero en términos diferentes a los establecidos en la causal de caducidad. Así, por ejemplo, si las partes prohíben todo tipo de trabajo desarrollado fuera de la empresa por el trabajador, configurando la denominada *cláusula de exclusividad*. O bien, extienden la aplicación de la

prohibición de competencia desleal a hechos ocurridos una vez terminada la relación laboral, configurando la *cláusula de no competencia post contractual*.

En Chile, el criterio jurisprudencial para resolver los conflictos derivados de este tipo de cláusulas no ha sido uniforme. Por ello, a través del análisis de los fallos referidos a esta materia y de la interpretación de las normas aplicables, se intentará determinar la validez de ellas, especialmente de la cláusula de no competencia, a lo que estará abocado el Capítulo III.

CAPÍTULO II

EL DEBER DE NO COMPETENCIA EN LA LEGISLACIÓN CHILENA

2.1. CAUSAL DE DESPIDO DEL ARTÍCULO 160 N° 2 DEL CÓDIGO DEL TRABAJO.

El Código del Trabajo establece, entre las causales de término del contrato de trabajo, el haber ejecutado el trabajador negociaciones dentro del giro del negocio del empleador, siempre que se hubiere establecido expresamente esta prohibición en el respectivo contrato de trabajo.

Esta causal, denominada también causal de '*negociaciones incompatibles*', se encuentra entre aquellas que la doctrina ha denominado 'causales de caducidad del contrato de trabajo', las cuales se encuentran enumeradas en el Artículo 160 del Código del Trabajo y pueden ser invocadas por el empleador para justificar el despido por hechos imputables a la persona o conducta del trabajador⁵⁵.

Sergio Gamonal señala que se trata de "una facultad, dado que no basta con el incumplimiento, sino que a éste debe adjuntarse la decisión del empleador de

⁵⁵ LIZAMA PORTAL, Luis. Derecho del Trabajo. Santiago, Lexis Nexis, 2005. p. 172

terminar el contrato”⁵⁶. En caso que el empleador decida ejercer esta facultad, invocando fundadamente la o las causales de caducidad correspondientes, se produce el término del contrato de trabajo sin derecho a indemnización alguna por parte del trabajador.

En cuanto a las formalidades, el Artículo 162 del Código del Trabajo establece que el empleador debe comunicar la decisión de poner término al contrato por escrito al trabajador, personalmente o por carta certificada enviada al domicilio señalado en el contrato, dentro de los tres días hábiles siguientes al de la separación del trabajador. Dicho aviso debe contener la causal invocada y los hechos en que se funda.

De conformidad al Artículo 168 del Código del Trabajo, si el trabajador despedido estima que la aplicación de la causal invocada por el empleador es indebida, puede recurrir al juzgado competente, a fin de que éste así lo declare.

En el transcurso del juicio, de acuerdo al Artículo 454 N° 1 del Código del ramo, le corresponde al demandado acreditar la veracidad de los hechos imputados en la comunicación sobre aviso de término de contrato de trabajo, sin que pueda alegar hechos distintos como justificativos del despido.

⁵⁶ GAMONAL CONTRERAS, Sergio y GUIDI MOGGIA, Caterina. Manual del Contrato de Trabajo. 2ª ed. Santiago, Chile. Legal Publishing, 2010. p. 273.

- **1º Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, 13 de junio de 2011, Rit O-714-2011.**

En este caso, en la contestación de la demanda, la empresa imputó al trabajador hechos constitutivos de la causal segunda del Artículo 160, cuales fueron haber ejecutado en beneficio propio negocios particulares durante su jornada de trabajo, utilizando la infraestructura de su empleador, estándole expresamente prohibido en su contrato de trabajo.

El sentenciador estimó que si bien todos esos incumplimientos habrían motivado el despido del actor, al no ser alegados por la empleadora en la carta sobre aviso de término de contrato de trabajo, no podían servir como fundamento del despido. En razón de ello, en el considerando undécimo concluyó que *“constituyendo la comunicación del despido una (sic) acto jurídico unilateral de la parte del empleador, que produce efectos de derecho, esto es, el término de la relación laboral que ha vinculado a las partes, debe tenerse al despido como carente de justificación, puesto que esta se debe fundar en los hechos que se le atribuyen al trabajador, que si no se expresan en la comunicación respectiva, no respaldan la causal invocada”*.

2.1.1. Oportunidad para invocar la causal.

El legislador no ha establecido un plazo para que el empleador pueda invocar las causales de caducidad. No obstante, la doctrina ha señalado que “la aplicación de las causales disciplinarias debe ser oportuna y, en caso contrario, se presume el perdón tácito de la misma”⁵⁷.

Esto ocurre en virtud del denominado ‘*Perdón de la Causal*’, institución que ha tenido gran desarrollo en la jurisprudencia y que se aplica en aquellos casos en que si bien se producen las situaciones descritas por las causales de término del contrato de trabajo, el empleador no las invoca o no lo hace oportunamente⁵⁸.

Evidentemente nada obsta a que el empleador permita la ejecución de las negociaciones expresamente y, en tal caso, sería la autorización explícita del empleador la que impediría la aplicación de la causal⁵⁹.

- **Corte Suprema, 25 de abril de 2007, Rol 5638-2005.**

Tres trabajadoras se desempeñaban como manipuladoras de alimentos para una empresa dedicada a servicios integrales de alimentación. Las funciones de

⁵⁷ GAMONAL CONTRERAS, Sergio y GUIDI MOGGIA, Caterina. Op. Cit. p. 274.

⁵⁸ MELIS VALENCIA, Christian y SÁEZ CARLIER, Felipe. El contrato individual de trabajo en los dictámenes de la Dirección del Trabajo. Santiago, Legal Publishing Chile, 2009. p. 120.

⁵⁹ GAMONAL CONTRERAS, Sergio y GUIDI MOGGIA, Caterina. Op. Cit. p. 280.

estas trabajadoras consistían en manipular, preparar, acondicionar y servir las raciones de alimentos para el almuerzo de los alumnos de un colegio.

En sus respectivos contratos de trabajo, se estipuló una cláusula en virtud de la cual se les prohibió desarrollar dichas funciones para otras personas o entidades, sin importar si recibían o no remuneración por ello, ya fuere durante o fuera de su jornada de trabajo. Específicamente se estableció la prohibición respecto a prestar servicios a la Dirección de la Escuela en donde se desempeñaban, a su cuerpo docente o administrativo y a la comunidad escolar, incluido el centro de padres o apoderados.

Luego de un poco más de un año de servicios, la empresa les puso término a sus contratos de trabajo, imputándole a las trabajadoras haber infringido la referida prohibición, por cuanto habrían estado trabajando paralelamente para el colegio en el que se desempeñaban. Así, mientras para la empresa empleadora se encargaban del almuerzo de los alumnos, para los funcionarios y alumnos del mismo colegio preparaban el desayuno y la once. Esto último no formaba parte de sus funciones.

Las demandantes reconocieron que en sus contratos de trabajo se estipuló una cláusula que impedía desempeñar funciones en el mismo giro que la empresa, no obstante plantearon que la causal de despido había sido invocada extemporáneamente, por cuanto debió ser formulada por el empleador cuando

tuvo conocimiento del supuesto incumplimiento. En efecto, cuando fueron contratadas por la empresa que le prestaría servicios de alimentación al colegio, ellas trabajaban en el mismo establecimiento como manipuladoras de alimentos desde hacía más de 10 años y nunca ocultaron esta situación a su nueva empleadora. Por el contrario, debido a su experiencia, la empresa optó por contratar a las manipuladoras de alimentos que ya existían en el colegio, compatibilizándoles los horarios de trabajo. Además, los supervisores de la empresa también lo sabían, ya que concurrían con cierta regularidad al establecimiento para vigilar la entrega de almuerzo a los niños.

La sentencia de primera instancia, rechazó la acción interpuesta y declaró justificado el despido de las actoras, por cuanto se habrían cumplido los requisitos de la causal establecida en el N° 2 del artículo 160 del Código del Código del Trabajo, vale decir, que se trate de labores ejecutadas por el trabajador que estén comprendidas en el giro del negocio del empleador y que hayan sido expresamente prohibidas en el respectivo contrato de trabajo suscrito por las partes. Así, atendido que no había duda que las partes acordaron tal prohibición, por cuanto constaba en los respectivos contratos de trabajo de cada una de las demandantes, las trabajadoras no podrían alegar

que no tenían conocimiento respecto a que les estaba vedado trabajar para otros empleadores en el mismo giro⁶⁰.

Esta sentencia fue confirmada por la Corte de Apelaciones de Santiago⁶¹ y, en contra de esta última resolución, las trabajadoras dedujeron recurso de casación en el fondo, por haber sido dictada, a su juicio, con infracciones de ley que habrían influido en lo dispositivo de la misma.

La Corte Suprema acogió dicho recurso, revocando la sentencia, pues consideró que la conducta había sido tolerada por el empleador desde el inicio de la relación laboral, razón por la cual no procedía la aplicación de la causal:

“De los elementos de prueba reseñados, apreciados según la lógica y las máximas de experiencia, se concluye que las recurrentes eran antiguas dependientes de la Escuela mencionada y en la cual ya se encontraban sirviendo raciones alimenticias, pero a diferentes horas y destinatarios de la comunidad escolar que aquellas para las cuales la demandada directa fue mandatada, desarrollándose, finalmente, todas las faenas en un mismo recinto, bajo un control en terreno, periódico y por más de un año... Que, de este modo, sólo cabe concluir, utilizando las reglas pertinentes, que la conducta a partir de la cual la demandada principal justificó la terminación de la relación laboral que

⁶⁰ 2º Juzgado de Letras de San Antonio, 08 de junio de 2004, Rol 13617-2002 (Considerando décimo tercero).

⁶¹ Corte de Apelaciones de Valparaíso, 05 de septiembre de 2005, Rol 1-2005.

*tenía con las demandantes, no les estaba vedada ya que, por las circunstancias que rodearon la firma y vigencia de los contratos de trabajo, la estipulación décima de los mismos perdió eficacia en relación a las suscriptoras, supuesto básico y previo para discutir la justificación de los despidos de éstas (...)*⁶².

2.1.2. Autorización o tolerancia del empleador de los hechos constitutivos de la causal.

Las causales subjetivas no pueden servir para fundamentar el despido si los hechos que las configuran fueron autorizados o tolerados por el empleador.

Así, aun cuando se hubiere establecido expresamente la limitación de ejecutar negociaciones, si las actividades desarrolladas paralelamente por el trabajador fueron efectuadas con conocimiento del empleador, el despido por la causal del Artículo 160 N° sería indebido.

La justificación jurídica de lo anterior está dada por el '*Principio de Primacía de la Realidad*' que, en palabras de Plá Rodríguez, "significa que en caso de discrepancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de documentos o

⁶² Considerandos noveno y décimo primero.

acuerdos, debe darse preferencia a lo primero, es decir a lo que sucede en el terreno de los hechos”⁶³.

En ciertos casos este principio justifica el nacimiento de una cláusula tácita que, de acuerdo a la Dirección del Trabajo, consiste en la “reiteración en el tiempo de una determinada práctica de trabajo que otorgue, modifique o extinga algún beneficio, regalía o derecho de la relación laboral”⁶⁴.

En virtud del principio de primacía de la realidad, si el empleador ha autorizado o tolerado tácitamente que el trabajador ejecute negociaciones en el mismo giro de su negocio, la prohibición expresa en contrario se vería modificada por la aplicación permisiva que le han dado las partes.

- **1º Juzgado del Trabajo de Antofagasta, 17 de mayo de 2002, Rol 2514-2001**

El trabajador se desempeñaba como Gerente Regional de una empresa del giro comercialización de repuestos y maquinarias. Luego de trece años de prestación de servicios, fue despedido por las causales establecidas en los números 2 y 7 del Artículo 160 del Código del Trabajo, por haber mantenido un

⁶³ PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. Los principios del Derecho del Trabajo. Buenos Aires, Argentina. Editorial Depalma, 1998. p. 314.

⁶⁴ ORD. N° 5.316/204, 21.12.04.

negocio particular incompatible con el giro del negocio de su empleadora y haber incumplido con ello las obligaciones impuestas en el contrato.

El trabajador interpuso demanda por despido injustificado, rechazando las causales aplicadas, por cuanto su empleador habría tenido pleno conocimiento de las negociaciones que él efectuaba a través de una sociedad en la que tenía participación.

La parte demandante basó sus argumentos, en primer lugar, en que los giros de ambas empresas no eran equivalentes, sino que se complementaban. Así, mientras la empleadora comercializaba repuestos y maquinarias nuevas, la sociedad constituida por el trabajador comercializaba los mismos productos pero usados. En segundo lugar, el empleador aceptaba la existencia de dicha sociedad y en diversas ocasiones operaba conjuntamente con ella a objeto de concretar ciertos negocios. Finalmente, las negociaciones ejecutadas por el trabajador no habrían causado en ningún caso perjuicio a la empleadora sino que, por el contrario y gracias a su gestión, la empresa habría obtenido importantes utilidades.

Dichos argumentos fueron aprobados en los considerandos decimocuarto y decimoquinto de la sentencia de primera instancia, lo que llevó a concluir al sentenciador que:

“La operación realizada por el actor no fue producto de maquinación alguna, que era de normal ocurrencia en la empresa y que al realizarla contaba con la autorización pertinente del empleador, quien por lo demás, también se beneficiaba con estas transacciones en términos de concretar ventas de maquinarias nuevas con clientes que dejaban las usadas en parte de pago. En consecuencia, no se configuran las causales invocadas para despedir al trabajador, esto es, negociaciones incompatibles con el giro de la empresa e incumplimiento contractual grave, motivo por el cual habrá de declararse injustificado su despido, accediéndose a la demanda de autos en cuanto así declararlo y en cuanto a los rubros indemnizatorios contenidos en ella”⁶⁵.

2.1.3. Cambio de causal.

La Dirección del Trabajo ha señalado que es posible cambiar la causal de término de contrato de trabajo si durante el preaviso otorgado al trabajador éste incurre en alguna de las causales de caducidad del Artículo 160 del Código del Trabajo.

Así, en el **Ord. N° 4.074/301, de 28 de septiembre de 2000**, reiterando la doctrina contenida en el punto 4° del Ord. N° 3286/189, de 30 de junio de 1999, se sostuvo que: *“No existe impedimento legal en que el empleador que ha dado*

⁶⁵ Considerando vigésimo, 1° Juzgado del Trabajo de Antofagasta, 17 de mayo de 2002, Rol 2514-2001. Confirmada por Corte de Apelaciones de Antofagasta, 25 de julio de 2002, Rol 2556-2002 y por Corte Suprema, 02 de diciembre de 2002, Rol 3347-2002.

aviso de término de contrato de trabajo por la causal prevista en el artículo 161, inciso 1º del Código del Trabajo la deje sin efecto y la sustituya si el trabajador, durante el período de preaviso incurre en una conducta que se encuadre dentro de las causales establecidas en el artículo 160 del mismo Código, evento en el cual aquél no estará obligado a pagarle el monto que por concepto de indemnización por años de servicio se consigna en la comunicación de término de contrato dada al trabajador por la causal que fue dejada sin efecto y sustituida".

De acuerdo a lo sostenido por la entidad administrativa, en nada obstaría a dicha conclusión lo establecido en el Artículo 169 letra a) del Código del Trabajo, según el cual la comunicación de aviso de término de contrato de trabajo por la causal del Artículo 161, supondrá una oferta irrevocable de pago de la indemnización por años de servicios y sustitutiva del aviso previo, en los casos que corresponda, por cuanto dicha disposición debe interpretarse en el sentido que los montos que por concepto de indemnizaciones se establezcan en la referida comunicación deben ser respetados por el empleador, siempre que no cambie la causal invocada. En otras palabras, la norma no obliga al empleador a mantener inalterable la causal y, en caso de cambio de ésta, no estará forzado a respetar los montos señalados en la comunicación por concepto de indemnización por años de servicios y sustitutiva del aviso previo.

La Dirección del Trabajo finaliza su pronunciamiento sosteniendo que *“las conclusiones anteriores deben entenderse sin perjuicio del derecho que asiste a los trabajadores afectados de reclamar de su despido ante los Tribunales de Justicia, únicos organismos competentes para resolver si la causal del término de contrato en que el mismo se funda se ajusta o no a derecho”*.

Cabe tener presente que este pronunciamiento de la Dirección del Trabajo se refiere al evento en el cual, durante el período de preaviso, el trabajador incurre en alguna causal de caducidad. Distinto ha sido el criterio establecido por los Tribunales de Justicia en los casos en que el empleador cambia la causal argumentando haber tomado conocimiento de hechos ocurridos durante la relación laboral.

- **3° Juzgado del Trabajo de Santiago, 08 mayo 2008, Rol 323-2007**

Con fecha 15 de marzo de 2007, el trabajador fue despedido por la causal del Artículo 161 del Código del Trabajo, esto es, necesidades de la empresa, cuya aplicación da derecho al trabajador a las indemnizaciones por años de servicios y sustitutiva del aviso previo, si se cumplen los requisitos para ello⁶⁶.

Posteriormente, con fecha 29 de marzo de 2007, la empresa le envió una nueva carta rectificando la aplicación de la causal de término de la relación

⁶⁶ Artículos 163, 161 inciso 2º y 162 inciso 4º, todos del Código del Trabajo.

laboral, invocando ahora aquella establecida en el Artículo 160 N° 7 del Código del Trabajo, esto es, el incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato. Por tratarse de una causal de caducidad, como hemos señalado, el trabajador despedido en virtud de ella no tiene derecho a percibir indemnización alguna.

El cambio de la causal fue fundamentado por el empleador señalando que, por antecedentes recopilados con posterioridad al envío de la primera carta, se habría determinado que el trabajador habría infringido sus obligaciones de no competencia y confidencialidad.

La sentencia de primera instancia concluyó que no era posible rectificar la causal de término del contrato de trabajo, por cuanto, una vez que el empleador ha otorgado aviso por escrito del despido, invocando una causal legal al efecto, debe entenderse de tal modo terminada la relación laboral. En consecuencia, *“no procede admitir que con posterioridad el empleador pueda modificar la fecha o las condiciones por las cuales se dio término al contrato de trabajo”*⁶⁷, de forma tal que un segundo aviso por escrito al trabajador no puede surtir efecto.

⁶⁷ Considerando noveno, 3° Juzgado del Trabajo de Santiago, 08 mayo 2008, Rol 323-2007. Confirmación sentencia y nulidad de oficio cláusula no competencia, Corte de Apelaciones de Santiago, 06 de mayo de 2008, Rol 3354-2008. Invalidación de sentencia de oficio y dictación de sentencia de reemplazo, Corte Suprema, 12 de noviembre de 2009, Rol 3985-2009.

2.1.4. Desafuero laboral fundado en la causal de negociaciones incompatibles.

El Código del Trabajo otorga una medida especial de protección “a determinados trabajadores en razón del cargo o función que desempeñan (directores sindicales) o de la condición en que se encuentran (mujer embarazada y puérpera) cuyo objeto es evitar que sean despedidos arbitrariamente de su trabajo, en tanto dure su estado”⁶⁸.

Se trata del *fuero laboral*, en virtud del cual, el despido de los trabajadores que gozan de él requiere la autorización previa de un tribunal laboral, la cual se obtiene mediante una solicitud de desafuero al juez competente, por parte del empleador que desea poner término al contrato de un trabajador aforado.

El inciso primero del Artículo 174 del Código del Trabajo dispone que el juez puede conceder el desafuero de un trabajador por alguna de las siguientes causales de término del contrato de trabajo: (a) Vencimiento del plazo convenido en el contrato; (b) Conclusión del trabajo o servicio que dio origen al contrato, y (c) Alguna de las causales de caducidad contenidas en el Artículo 160 del Código del Trabajo.

⁶⁸ LIZAMA PORTAL, Luis. Op. Cit. p. 219.

Encontrándose en este último grupo la causal de negociaciones incompatibles, el empleador se encuentra facultado para solicitar autorización judicial para poner término al contrato de un trabajador aforado que incurra en esta conducta.

Esto no obsta a que el tribunal deba analizar la procedencia de la causal invocada y, en caso de estimarla sin fundamento, rechace la solicitud de desafuero.

2.2. CONTENIDO, ANÁLISIS Y ALCANCES DEL ARTÍCULO 160 N° 2 DEL CÓDIGO DEL TRABAJO.

De conformidad al Artículo 160 N° 2 del Código del Trabajo, para que el empleador pueda poner término justificadamente al contrato de trabajo en virtud de esta causal, es necesario que concurren dos requisitos copulativamente: i) Que el trabajador ejecute negociaciones dentro del giro del negocio del empleador, y ii) Que dichas negociaciones hubieran sido prohibidas por escrito en el respectivo contrato de trabajo.

La causal parece ser clara en cuanto a sus requisitos, sin embargo, en su aplicación a diversas situaciones de hecho, surgen dudas y controversias.

En efecto, existe numerosa jurisprudencia que se ha pronunciado con criterios diversos al aplicar esta disposición, lo que, a mí parecer, se debe

fundamentalmente a dos razones: primero, a la ambigüedad de las expresiones utilizadas por el legislador y, segundo, a que no existe uniformidad sobre la posibilidad de aplicar esta causal en aquellos casos en que no se ha escriturado la prohibición que establece.

Para comprender los alcances de esta norma, es necesario previamente determinar el significado de las expresiones contenidas en ella, vale decir, qué se entiende por “negociaciones que ejecute el trabajador”, cuál es el concepto de “giro del negocio del empleador” aplicable, cómo puede cumplirse el requisito de haber sido prohibidas por escrito dichas negociaciones en el respectivo contrato por el empleador, además de establecer si existe un fundamento para aplicar esta causal aun cuando no se haya prohibido expresamente en el contrato al trabajador la posibilidad de ejecutar negociaciones dentro del giro del negocio del empleador.

Para estos efectos, analizaremos la jurisprudencia referida a esta materia, relatando brevemente los hechos en los que se fundan aquellos casos en que sea necesario clarificar el contexto del criterio aplicado⁶⁹.

⁶⁹ Los fallos han sido clasificados según la materia y, en cada una de ellas, serán mencionados en orden cronológico, desde el más actual hasta el más antiguo.

2.2.1. Negociaciones ejecutadas por el trabajador.

La doctrina ha señalado que la expresión “negociaciones” constituye un término amplio, comprensivo de toda operación o actividad derivada de una ocupación lícita, sin importar si es de carácter contractual o no⁷⁰. Por consiguiente, la prohibición puede afectar tanto a actividades desarrolladas forma dependiente como independiente y, con ello, importar una restricción al pluriempleo y/o a la pluriactividad, aunque siempre acotada a actividades propias del giro del empleador.

Asimismo, existe unanimidad en la jurisprudencia respecto a que “la prohibición de efectuar negociaciones propias de la empresa en que se trabaja no es causa que requiere que la infracción se verifique dentro de la empresa o en el horario de trabajo”⁷¹, sino que se extiende también a actividades que realice el trabajador fuera de la empresa y una vez terminada la jornada de trabajo.

Sin perjuicio de ello, existen discordancias respecto a los alcances de la expresión “negociaciones”. En la jurisprudencia se pueden reconocer al menos dos posiciones: a) entendida como sinónimo de ‘competencia desleal’ o, b) con

⁷⁰ IRURETA URIARTE, Pedro. La prohibición de competencia y la buena fe contractual. Estudios Laborales, Nº 1, Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Santiago, Chile. LexisNexis, 2007. p. 5.

⁷¹ NADAL SERRI, Daniel. El Despido en el Código del Trabajo. Santiago, Chile, Editorial Lexis Nexis, 2003. p. 374.

un alcance mayor, referida a cualquier actividad realizada por el trabajador, “por sí mismo o a través de terceros y que se relacionen directamente con el giro del empleador”⁷².

Si se considera que, para configurar esta causal, los hechos efectuados por el trabajador deben ser constitutivos de competencia desleal, no podría tratarse de cualquier actividad relacionada o similar al giro del empleador, sino sólo aquellas que ocasionen perjuicios a los intereses competitivos de la empresa⁷³. Por consiguiente, en un sentido restringido, por negociación debiera entenderse aquella actividad desarrollada por el trabajador que “pertenezca al mismo ámbito de comercio e industria que la de su empresa, esto es, se dirija al mismo círculo potencial de clientes”⁷⁴, de acuerdo a la definición de competencia desleal que da María José Nevado.

En cambio, en un sentido amplio, el término *negociaciones* involucra cualquier actividad, realizada por el trabajador o por interpósita persona, que tenga relación con el giro del negocio del empleador, sin importar si esa actividad causa o no perjuicios a la empresa. Se sanciona en tal caso la

⁷² ROJAS MIÑO, Irene. Manual de Derecho del Trabajo. Derecho Individual. Santiago, Chile. Editorial Lexis Nexis, 2004. p. 250.

⁷³ 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 Arazandi, 1997. p. 79.

⁷⁴ NEVADO FERNÁNDEZ, María José. Las restricciones a la competencia en el contrato de trabajo. Madrid, España. Editorial Tecnos, 1998. p. 33.

conurrencia, vale decir, el ejercicio de una actividad paralela a la del empleador.

En la jurisprudencia relativa a esta materia se pueden encontrar fallos que adoptan un concepto amplio y otros que se inclinan por un concepto más restringido.

Para efectos de mostrar estos distintos criterios, distinguiremos los elementos más controvertidos y las situaciones más frecuentes por las que se tiende a invocar la causal en comento, en las cuales se produce la disyuntiva de determinar si se encuentran comprendidas o no dentro del concepto de “negociaciones” que establece la ley.

2.2.1.1) Una o varias negociaciones.

El hecho que el legislador utilice la expresión “negociaciones”, en plural, podría querer indicar que no debe tratarse de negociaciones esporádicas, sino que se requerirían caracteres de habitualidad y continuidad en el tiempo. No obstante, esto no parece tener gran repercusión práctica.

En general, no se considera relevante la habitualidad de la conducta sino su gravedad. En este sentido, Pedro Irureta señala que “si bien existen algunos ordenamientos que la han establecido expresamente, lo cierto es que la

doctrina tiende a considerar que eventualmente podría bastar una sola "negociación" que perjudique los intereses del empleador para concluir que se ha prefigurado la causal. En este sentido, la gravedad de la conducta no tiene porqué vincularse necesariamente a una repetición de hechos en el tiempo"⁷⁵.

Sin perjuicio de ello, jurisprudencia minoritaria ha exigido elementos de habitualidad y permanencia.

- **6º Juzgado del Trabajo de Santiago, 28 de mayo de 2004, Rol 3010-2002.**

Un trabajador que se desempeñaba como cartero en una sociedad del giro de transporte y distribución de correspondencia, tenía prohibición expresa en su contrato de trabajo de prestar servicios a empresas del mismo giro que su empleadora, como asimismo, de repartir correspondencia o paquetes bajo cualquier acuerdo contractual con terceros.

La empresa consideró que el trabajador había infringido dicha cláusula prohibitiva, pues fue sorprendido por sus supervisores haciendo entrega de una carta en una comuna que no correspondía a su sector geográfico asignado.

⁷⁵ IRURETA URIARTE, Pedro. Op. Cit. p. 6.

Por estos hechos, y atendido que el trabajador gozaba de fuero sindical, la empresa interpuso demanda de desafuero fundada en las causales de los números 2 y 7 del Artículo 160 del Código del Trabajo, esto es, negociaciones que ejecute el trabajador dentro del giro del negocio y que hubieren sido prohibidas por escrito en el respectivo contrato por el empleador e incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato.

La sentencia de primera instancia rechazó la solicitud de desafuero, pues estimó *“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”*⁷⁶.

De esta forma, se consideró que los hechos que se le imputaban al trabajador no permitían por sí solos configurar la prohibición.

El citado considerando sexto de la sentencia, permite deducir que el concepto de negociaciones aplicado en este caso fue un concepto restringido o estricto, en virtud del cual se requerirían los siguientes elementos:

⁷⁶ Considerando sexto, 6º Juzgado del Trabajo de Santiago, 28 de mayo de 2004, Rol 3010-2002. Sentencia confirmada por Corte de Apelaciones de Santiago, 28 de marzo de 2005, Rol N° 4096-2004.

- Que se trate de una actividad ejercitada con cierta permanencia por parte del trabajador.

- Que sea remunerada y convenida con una empresa de la competencia.

En este sentido, no bastaría un hecho aislado ni podría tratarse de cualquier tipo de negociaciones, sino sólo de aquellas remuneradas que hayan sido convenidas con una empresa de la competencia.

Este último criterio tampoco ha sido exigido por la doctrina y la jurisprudencia mayoritarias, pues el término 'negociaciones' no estaría referido únicamente a la prestación de servicios a un empleador de la competencia en virtud de un contrato de trabajo. En palabras de Pedro Irureta, "al trabajador no sólo se le está vedando la ejecución de operaciones de competencia directa, sino que además la expresión "negociaciones" parece abarcar los supuestos en que el trabajador preste servicios para un competidor (independientemente de si éste se encuentra organizado de forma empresarial), o incluso si se realizan a través de un intermediario o mediante entes enmascarados en los cuales no se aparece ni como trabajador ni como partícipe"⁷⁷.

2.2.1.2) Perjuicio al empleador.

⁷⁷ IRURETA URIARTE, Pedro. Op. Cit. p. 5.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia han señalado que no se requiere para configurar la causal que la conducta del trabajador produzca un perjuicio cierto al empleador, sino que basta con que sea potencialmente idónea para producir daño⁷⁸.

Al respecto, Pedro Irureta señala que “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 manifieste potencialmente idóneo para producirlo. Por lo tanto, se trata por lo general de una infracción de peligro y no de resultado”.

Lo anterior se relaciona a la oportunidad en que debe sancionarse la conducta del trabajador, ya que el empleador que invoca extemporáneamente los hechos constitutivos de negociaciones incompatibles puede estar demostrando con su retardo que no se le ha provocado un real perjuicio. A ello nos hemos referido al inicio de este capítulo, a propósito del denominado ‘perdón de la causal’.

- **2º Juzgado del Trabajo de Santiago, 19 junio 2009, Rol 537-2008.**

“El actuar del trabajador, en su calidad de jefe de taller de la demandada, ha significado una vulneración a la fidelidad, lealtad y buena fe propia del contrato

⁷⁸ GAMONAL CONTRERAS, Sergio y GUIDI MOGGIA, Caterina. Op. Cit. p. 279.

de trabajo, en la medida que ha utilizado los conocimientos adquiridos en el desarrollo de la actividad comercial de la empresa, desplegando una actividad personal y paralela, que eventualmente puede provocar un perjuicio para la demandada”⁷⁹(énfasis agregado).

2.2.1.3) Lucro u objetivo económico.

Como contrapartida del hecho que no se exige un perjuicio cierto al empleador, deriva el hecho de que resulta indiferente que el trabajador obtenga o no un lucro o beneficio a partir de las negociaciones que efectúe. A ello no obsta que sea exigible que el trabajador persiga el ánimo de lucro propio toda actividad económica. En otras palabras, si bien no se requiere que las negociaciones permitan obtener al trabajador un beneficio económico efectivo, sí es necesario que la conducta sea ejecutada con miras a un fin lucrativo.

- **Corte de Apelaciones de Santiago, 21 de octubre de 2004, Rol 5571-2003.**

“Que el sujeto de la oración proscriptiva es la negociación, substantivo significativo de la acción de negociar, siendo desde luego relevante subrayar que la negociación importa una acción, vale decir, un ejercicio, una actividad, un

⁷⁹ Considerando décimo, 2º Juzgado del Trabajo de Santiago, 19 junio 2009, Rol 537-2008. Sentencia revocada por Corte de Apelaciones, 03 de junio de 2010, Rol 9244-2009 y confirmada por Corte Suprema, 16 de noviembre de 2010, Rol 5531-2010.

movimiento productivo de un efecto. Es por ello que la negociación conlleva el verbo negociar, que denota la acción de comerciar, tratar, traspasar efectos con lucro (en lo que aquí nos convoca, pues existe la negociación desinteresada), diligenciar una transacción, operar en el mercado, etc. De ahí, también, que lo prohibido sea el efectuar o el ejecutar y no el hecho de un negocio”⁸⁰.

2.2.1.4) Emplearse para la competencia.

Esta situación es una de las hipótesis que evidentemente ha querido prever la norma. Consiste en que, mientras el trabajador mantiene vigente un contrato de trabajo con un empleador, inicia otra relación laboral con una persona natural o jurídica cuya actividad compite con el giro del negocio del primer empleador. En otras palabras, el trabajador comienza a prestar servicios simultáneamente para una empresa de la competencia.

- **Corte de Apelaciones de Santiago, 24 julio 2007, Rol 4152-2006.**

Un periodista que prestaba servicios para un canal de televisión, se encontraba haciendo uso de una licencia médica. Durante este período, su empleador le remitió carta de despido en virtud de la causal del Artículo 161 del Código del Trabajo, esto es, necesidades de la empresa. En dicha

⁸⁰ Considerando segundo, Corte de Apelaciones de Santiago, 21 de octubre de 2004, Rol 5571-2003. Sentencia confirmada por Corte Suprema, 24 de mayo de 2005, Rol 5983-2004.

comunicación se le indicaba que el término del contrato de trabajo se haría efectivo una vez terminada la referida licencia.

Luego de la presentación de sucesivas licencias, se le envió una nueva carta reiterando la decisión de poner término a su contrato de trabajo.

La sentencia de la Corte de Apelaciones, confirmada por la Corte Suprema⁸¹, estableció que ninguna de las dos cartas de aviso pudo producir el efecto de terminar el contrato de trabajo. La primera de ellas debido a que, en la fecha en que fue remitida, operó la prohibición legal del Artículo 161, según la cual las causales que él contempla no pueden ser invocadas respecto a trabajadores que se encuentran con licencia médica. La segunda de dichas misivas tampoco produjo efecto pues, en la fecha en que fue remitida al trabajador, éste se encontraba protegido por fuero sindical, a raíz del proceso de negociación colectiva recientemente iniciado por el sindicato del cual era socio. Se sumaba a ello que, durante este período, se le había extendido una nueva licencia médica.

Sin embargo, durante el transcurso de estos hechos, paralelamente el periodista concedió una entrevista a un diario en el que declaró haberse incorporado a un canal televisivo de la competencia.

⁸¹ Corte Suprema, 17 de enero de 2008, Rol 4687-2007.

En el contrato de trabajo se establecía expresamente que le estaba prohibido al trabajador emplearse para otro canal de televisión, alguna empresa periodística o alguna agencia informativa y, además, una vez llegada la fecha en que debía reincorporarse a sus labores, no lo hizo. Por estos motivos, su empleador le envió una nueva carta de despido, pero esta vez por las causales de los números 2 y 3 del Artículo 160 del Código del Trabajo.

Al respecto, la Corte de Apelaciones de Santiago sostuvo: *“que así las cosas, se tiene, por una parte, que don Claudio Sánchez, manteniendo en plenitud su condición de dependiente de la Corporación de Televisión de la Pontificia Universidad Católica de Chile, dejó de asistir a su trabajo, sin justificación, a partir del día 16 de diciembre de 2002, y, por otra, que estando vigente ese vínculo aceptó públicamente ser contratado por una estación televisiva de la competencia, no obstante estarle expresamente prohibido en las cláusulas 2ª y 3ª de su contrato con la demandada, lo que ha legitimado el comportamiento de la ex empleadora, que con fecha 19 de diciembre de 2002 puso término a la relación laboral con el señor Sánchez Venegas por las causales de los N°s. 2 y 3 del artículo 160 del código laboral, a saber: “Negociaciones que ejecute el trabajador dentro del giro del negocio y que hubieren sido prohibidas por escrito en el respectivo contrato por el empleador y “No concurrencia del trabajador a*

*sus labores sin causa justificada durante dos días seguidos*⁸².

Se agrega posteriormente que a lo anterior *“no empece el hecho de que el contrato entre Claudio Sánchez y su nuevo empleador haya sido datado 1º de enero de 2003, conforme aparece de la pieza de fojas 134, toda vez que las publicaciones de prensa que se sucedieron a partir de la mencionada entrevista publicada el 10 de diciembre en el diario El Mercurio recogieron lo que el propio Sánchez había reconocido, es decir, que se había cambiado de medio, que es justamente lo que la convención que rigió la relación entre las partes quiso impedir y el indicado precepto sancionar*⁸³”.

En efecto, a la fecha en que se puso término a su contrato de trabajo por las causales de los números 2 y 3 del Artículo 160, el trabajador aún no había firmado el contrato de trabajo con el canal de la competencia, no obstante, los ministros estimaron que la entrevista en que el trabajador declaró haber cambiado de empleador demostraba que este hecho ya se había efectuado, configurando de esta forma la causal de negociaciones incompatibles.

Lo anterior podría interpretarse como una aplicación del principio de realidad, en virtud del cual, si bien en el contrato de trabajo se estableció una fecha

⁸² Considerando décimo octavo, primer párrafo.

⁸³ Segundo párrafo del considerando décimo octavo.

posterior, lo cierto es que el trabajador se había incorporado a la empresa de la competencia mientras mantenía la otra relación laboral vigente. Asimismo, dado el carácter consensual del contrato de trabajo, éste habría producido sus efectos, no obstante su posterior escrituración.

Sin embargo, si se considera que efectivamente el contrato de trabajo con el nuevo canal de televisión fue suscrito en forma posterior al término de la relación laboral con el anterior empleador, surge la duda respecto a si podría tratarse de un reconocimiento implícito a que las tratativas preliminares entre el trabajador y el nuevo empleador se entienden como negociaciones prohibidas cuando se ha pactado la prohibición del Artículo 160 N° 2.

Esto último es un punto de vista más discutible, pues es muy frecuente que los trabajadores, antes de cambiarse de trabajo, comiencen a asistir a entrevistas o conversaciones con algún potencial nuevo empleador, sobre todo si existen fundadas sospechas respecto a que su actual empleador tiene intención de despedirlos.

Lo anterior nos deja la interrogante respecto a si, en virtud de la causal N° 2 del Artículo 160, es posible sancionar la intención del trabajador de ejecutar negociaciones propias del giro del empleador.

2.2.1.5) Intención de efectuar negociaciones propias del giro del empleador y/o acciones conducentes a ello.

La mayor parte de la jurisprudencia exige que las negociaciones efectivamente se concreten, por lo que no bastaría la intención de ejecutarlas para entender infringida la prohibición. A modo de ejemplo, no podría sancionarse a quien únicamente ha manifestado a sus compañeros de trabajo la idea de poner en marcha una empresa del mismo giro que su empleador.

Más controvertidos han sido aquellos casos en que no sólo ha existido una intención por parte del trabajador de ejecutar negociaciones incompatibles sino que además ha efectuado ciertos actos preparatorios para incurrir en la conducta, como ofrecer prestar servicios en forma independiente en la misma área o rubro que el empleador.

Para resolver este tipo de casos, resulta relevante tener presente el eventual perjuicio que pueda provocarse al empleador, sobre lo cual Pedro Irureta señala que “si el perjuicio a los intereses comerciales del empleador no se produce ni siquiera potencialmente, entonces resulta difícil pretender configurar esta causal de despido”⁸⁴.

- **Corte Suprema, 13 de octubre de 2004, Rol 4168-2004.**

El trabajador, de profesión publicista, se desempeñaba como director de arte en una empresa de publicidad. Después de aproximadamente 3 años de

⁸⁴ IRURETA URIARTE, Pedro. Op. Cit. p. 9.

prestación de servicios, fue despedido por las causales de los números 2 y 7 del Artículo 160 del Código del Trabajo.

Por una parte, el empleador sostuvo que el trabajador había efectuado negociaciones del mismo giro del negocio de la compañía y que éstas habían sido prohibidas por escrito, ya que en la cláusula séptima de su contrato de trabajo se le impuso la prohibición de ejecutar, durante las horas de trabajo o en el desempeño de sus funciones, actividades ajenas a su labor o dedicarse a atender asuntos particulares.

Los hechos que se le imputaron fue haber sido sorprendido efectuando trabajos particulares, del mismo rubro que su empleador, dentro de su jornada y en su lugar de trabajo, utilizando las herramientas de su empleador, a saber, computadores, fax y otros equipos de oficina, agregando que también salió dentro de su horario de trabajo para realizar asuntos particulares en el rubro de la publicidad. Además, el demandante habría publicado en el diario dos avisos promocionando sus servicios como publicista, para efectuar trabajos particulares en este rubro. Al tomar conocimiento de ello, el empleador lo sancionó mediante una carta de amonestación. Asimismo, un mes antes de estos hechos, la empresa había enviado a todos los trabajadores un memorándum recordándoles que no debían efectuar trabajos particulares en el lugar y durante la jornada de trabajo.

Por otra parte, el trabajador habría incurrido en incumplimiento grave a las obligaciones impuestas en su contrato de trabajo, debido a que, desde que había sido sorprendido ejecutando las negociaciones prohibidas indicadas, su trabajo comenzó a presentar graves deficiencias, especialmente en la revisión de los trabajos a publicarse. Incluso, en algunas oportunidades, su omisión produjo que los trabajos fueran mal impresos en su tonalidad, por lo que hubo que repetirlos y el costo fue asumido por la empresa.

La sentencia de primera instancia, confirmada por la Corte de Apelaciones y la Corte Suprema, desestimó la aplicación de la causal del Artículo 160 N°2, por considerar que los hechos que la fundaron no fueron alegados oportunamente por el empleador y, por consiguiente, habría operado el perdón de la causal de negociaciones incompatibles. Pese a ello, se dejó constancia en la sentencia de que sí se habrían dado los supuestos de hecho de la norma, pues *“de los avisos aparecidos en el diario El Mercurio, en las fechas 23 y 24 de mayo de 2001, se colige que efectivamente el actor, en forma particular estaba promocionando sus servicios en el área publicidad, en el cual aparecía con el seudónimo MARU, que lógicamente se refería al actor don Mario (MAR) Urrutia (U), situación que una vez conocida por la demandada, se notificó al actor mediante una carta de amonestación de fecha 23 de mayo de 2001, comunicación que a su vez se cita en la carta de aviso de despido enviada al actor, hechos todos que llevan a esta sentenciadora a concluir que*

efectivamente el actor incurrió en negociaciones dentro del giro del empleador, expresamente prohibidas en su contrato de trabajo...⁸⁵.

De conformidad a lo razonado en este fallo, el hecho de publicitar el ofrecimiento de servicios correspondientes al mismo rubro desarrollado por el empleador, aunque no se hubiere concretado la prestación de dichos servicios, importaría efectuar negociaciones prohibidas en los términos del Artículo 160 N° 2.

- **Corte de Apelaciones de Puerto Montt, 13 de noviembre de 2006, Rol 156-2006.**

Distinto al criterio expuesto en el fallo anterior fue el aplicado en este caso, en que el trabajador fue despedido debido a que ofreció a una compañía de la competencia otorgar los mismos servicios que su empleador prestaba a dicha empresa. En el respectivo contrato de trabajo se había obligado a no efectuar negociaciones directa o indirectamente competitivas con el giro comercial de la empresa.

La Corte de Apelaciones de Puerto Montt, confirmando la sentencia de primera instancia, estableció en el considerando noveno que *"la expresión "negociación" que contempla el artículo 160 N° 2 del Código del Trabajo,*

⁸⁵ 8° Juzgado del Trabajo de Santiago, 10 abril 2003, Rol 371-2002 (Considerando noveno).

implica asesorías, servicios ajenos a la empresa, actividades paralelas de trabajo o ejercicio de labores para otra empresa, pero no el simple ofrecimiento de sus labores, como lo invoca la demandada, y como claramente queda establecido de los dichos del testigo de la propia demandada”.

De acuerdo a esta sentencia, la expresión “negociación” implica que el trabajador debe concretar de alguna forma las acciones que impliquen competencia con su empleador, ya sea efectuando asesorías, servicios o labores para otra empresa. En base a ello, se concluye que no basta con el ofrecimiento de servicios en el mismo giro del empleador para configurar la causal.

Requisitos similares han sido exigidos por la jurisprudencia mayoritaria en aquellos casos en que el trabajador forma una sociedad de igual o similar giro al de su empleador.

2.2.1.6) Participación en una sociedad del mismo giro del negocio del empleador.

Se trata de una situación en la que recurrentemente se suele aplicar la causal del N° 2 del Artículo 160. Consiste en que el trabajador constituye o participa en una sociedad cuyo giro coincide o se relaciona con el de la empresa en que trabaja, habiéndose establecido en el respectivo contrato de

trabajo la prohibición de ejecutar negociaciones en el mismo giro de su empleador.

Si bien existe cierta división en la jurisprudencia, la mayor parte de ésta excluye del concepto de negociaciones el mero hecho de constituir una sociedad o tener participación en alguna que tenga el mismo objeto social que la empresa empleadora. Así, en general, se estima que ello no es suficiente, sino que se exige además que las acciones desplegadas por el trabajador se materialicen o concreten en un negocio que resulte ser competitivo.

De acuerdo a lo expuesto en el apartado anterior, la constitución o participación en una sociedad que no ha iniciado actividades se consideraría un acto preparatorio de la ejecución de negociaciones incompatibles. En consecuencia, se puede aplicar en el mismo sentido el criterio de determinar si existe un potencial perjuicio al empleador.

Al respecto, María José Nevado Fernández señala que esta situación debe ser analizada cuidadosamente “pues la naturaleza de los actos preparatorios requiere un rigor en su valoración tal, nunca demasiado, que de la suma de múltiples elementos (contenido de las conversaciones, concreción del proyecto pretendido, permanencia del negocio montado, etc.) no quepa duda de que, aunque potencialmente, el perjuicio pueda causarse. Los actos, pues, deben mostrarse inequívocamente idóneos para causación del perjuicio necesario en

competencia desleal”⁸⁶. El potencial perjuicio ocasionado deberá ser analizado en cada caso.

- **Corte de Apelaciones de Santiago, 21 de octubre de 2004, Rol 5571-2003.**

En la sentencia de primera instancia se razonó que *“según ha quedado establecido en autos, el trabajador tenía la obligación legal y contractual (cláusula 4a, letra e del contrato de trabajo, de fecha 1o de Noviembre de 1998) de no efectuar negociaciones dentro del giro del negocio y habiéndose establecido en autos que participó en una sociedad cuyo objetivo era el fabricar pasteles y artículos de repostería, siendo invitado según lo expresado por sus testigos, a participar en el negocio, considerando los contactos que a través de su participación, se pudieran producir para la sociedad, cabe calificar tal hecho como el previsto en el No2o del Art. 160 del Código del Trabajo y asignarle a su incumplimiento de obligaciones contractuales la calidad de "grave", sin que obste a ello el hecho de haber procedido a la venta de sus acciones, por no disponer de dinero para completar su valor, prefiriendo quedarse con el trabajo seguro que tenía (...)*⁸⁷.

⁸⁶ NEVADO FERNÁNDEZ, María José. Op. Cit. p. 97.

⁸⁷ 2º Juzgado del Trabajo de Santiago, 27 junio 2003, Rol 6001-2002 (Considerando décimo tercero).

Conociendo del recurso de apelación interpuesto, la Corte de Apelaciones revocó la sentencia, estimando que *“formar parte de una sociedad no es lo mismo que efectuar o ejecutar negociaciones. La calidad asociativa es distinta e independiente de la operativa o negociadora. No basta la propiedad asociativa para ser negociador; es la corporatividad una condición del todo diferenciada de la ejecutora de negocios”*⁸⁸.

- **Corte de Apelaciones de Valparaíso, 16 de junio de 2010, Rol 207-2010.**

“<Ser socia> es un hecho acreditado en el proceso y en sí mismo es estático e implica que la demandante tiene determinada calidad y participación en una sociedad específica, pero ello no significa haber efectuado negociaciones, que importan necesariamente actividades positivas desplegadas por la actora, tendientes a celebrar contratos, generar negocios, llegar a acuerdos, etc., referidos al petróleo o sus derivados. No se ha acreditado en el proceso que la actora haya desplegado tales acciones, siendo la actividad probatoria en esa dirección de cargo de la demandada. Claramente la causal legal del artículo 160 N° 2 del Código del Trabajo invocada por la demandada, que se refiere precisamente a “efectuar negociaciones”, no puede fundarse en un hecho que

⁸⁸ Considerando cuarto. Sentencia confirmada por Corte Suprema, 24 de mayo de 2005, Rol 5983-2004.

no conlleva necesariamente llevar a cabo tales negociaciones, toda vez que no podemos entender que es una negociación el pertenecer o ser socia de una sociedad determinada, la que incluso podría tener existencia nominal y jamás llevar a cabo tratativas o cerrar un negocio que implique haber negociado para la obtención de un determinado fin económico o lucrativo”⁸⁹.

A partir de los elementos requeridos en este fallo para configurar la causal en comento, se desprende que la definición de ‘negociaciones dentro del giro del empleador’ contenida en él, consiste en desarrollar actividades que conduzcan a la celebración de acuerdos, negocios o contratos, en materias que correspondan al mismo giro efectuado por el empleador al que el trabajador presta sus servicios, con el objetivo de lograr un fin económico o lucrativo.

Por consiguiente, las negociaciones ejecutadas por el trabajador, para configurar la acción requerida por el Artículo 160 N° 2, estarían limitadas en tres sentidos: en primer lugar, por su forma de manifestarse, esto es, mediante la celebración de acuerdos, negocios o contratos; en segundo lugar, por el rubro comercial en el que se desarrollen, ya que deben corresponder al mismo giro efectuado por el empleador al que el trabajador presta sus servicios y, en tercer

⁸⁹ Juzgado de Letras del Trabajo de Valparaíso, 21 abril 2010, RIT O-731-2009 (Segundo párrafo, considerando décimo). Sentencia confirmada por la Corte de Apelaciones de Valparaíso. Recurso de unificación de jurisprudencia declarado inadmisibile por la Corte Suprema.

lugar, por el objetivo que posean, por cuanto deben estar destinadas a lograr un fin económico o lucrativo.

En contra de la sentencia del tribunal laboral, la empresa interpuso recurso de nulidad, fundado en que habría sido dictada con infracción de ley que habría influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, pues habría infringido los artículos 1545 y 21 del Código Civil, en relación este último con el artículo 160 N° 2 del Código del Trabajo. A juicio de la recurrente, la interpretación de esta última disposición habría sido errónea, al considerarse en el fallo que participar en sociedades del mismo giro que la empleadora no importaba por parte del trabajador ejecutar “negociaciones” incompatibles o prohibidas, infringiendo con ello el artículo 21 del Código Civil. En base a estas consideraciones, solicitó que se dictara una sentencia de reemplazo en que se declarara existente la cláusula contractual de prohibición de ejecutar negociaciones dentro del giro del empleador, y que el hecho de constituir, participar y gestionar sociedades del mismo giro que su empleadora constituía una transgresión a la mencionada prohibición contractual, configurándose de tal forma la hipótesis de la causal de terminación de contrato de trabajo del artículo 160 N° 2 del Código del Trabajo.

La Corte de Apelaciones de Valparaíso rechazó estos argumentos, por estimar que con ellos *“...lo que se pretende por la recurrente, es que al tenor de las normas de derecho común, la sentenciadora de una causa laboral, realice*

una interpretación propia del derecho civil, respecto de un contrato entre partes que se encuentran vinculadas en virtud de una relación de subordinación o dependencia, regida por el derecho laboral. En otras palabras, se le pide al juez a quo, que la relación laboral que une a las partes de este juicio, sea valorada bajo el prisma de un contrato civil, ajeno a la situación en la cual ellas se encuentran inmersas, debiendo hacerse presente, en este sentido, que de acuerdo a lo que dispone el artículo 1º del Código del Trabajo, las relaciones laborales entre los empleadores y los trabajadores se regulan por ese código y sus leyes complementarias, no siendo, obviamente el Código Civil, una ley de esta especie, de lo que resulta del todo inadecuada dicha alegación”⁹⁰.

De esta forma, los ministros desestimaron la aplicación de las normas sobre interpretación del Código Civil respecto a la cláusula contenida en el contrato laboral.

Esta opinión es compartida en doctrina por Alejandro Vergara Blanco, quien crítica la tesis generalizada que considera las normas del Código Civil como supletorias de todo el resto del ordenamiento nacional⁹¹. Refiriéndose particularmente a lo que ocurre en materia laboral, sostiene que el Código del Trabajo “no contiene norma alguna de supletoriedad, y ello es lo esperable y

⁹⁰ Considerando undécimo.

⁹¹ VERGARA BLANCO, Alejandro. Derecho Administrativo y supuesta supletoriedad general del Código Civil. Revista de Derecho Administrativo (3): 2009. p. 45.

correcto, pues los principios del derecho laboral son antitéticos con los del derecho civil, de cuyas normas sobre prestación de servicios personales huyó despavorido el legislador del trabajo subordinado y protegido; no cabe entonces la integración por supletoriedad y difícilmente es posible la argumentación por la analogía. Por eso el art. 1º inciso 1º del CT es enfático en remarcar su especialidad/preferencia al señalar que: “Las relaciones laborales entre los empleadores y los trabajadores se regularán por este Código y por sus leyes complementarias”. Queda así clara su autonomía (de frente al llamado “derecho común” a secas)”⁹².

Sin embargo, cabe tener presente que no es el criterio que ha primado en general, pues tanto la doctrina como la jurisprudencia administrativa y judicial acuden constantemente a las normas del Código Civil –consideradas como ‘derecho común’- para resolver asuntos propios del Derecho del Trabajo.

- **2º Juzgado del Trabajo de Santiago, 19 de junio de 2009, Rol 537-2008.**

El trabajador se desempeñaba como jefe de taller de la división de maquinarias en una automotora. Su empleador le comunicó la decisión de poner término a la relación laboral por las causales de los N° 2 y N° 7 del artículo 160 del Código del Trabajo, esto es, negociaciones que ejecute el

⁹² Ibid. p. 55.

trabajador dentro del giro del negocio y que hubiesen sido prohibidas por escrito en el respectivo contrato por el empleador e incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato. El hecho en que fundamentó estas causales fue que, contraviniendo la prohibición estipulada en el contrato de trabajo, el trabajador habría realizado negocios de aquellos propios del giro de su empleadora. Estos negocios habrían consistido en efectuar una cotización de reparación al cliente de la empleadora y haberle proveído de repuestos de automóvil a través de una sociedad en la cual participaba.

Habiéndole requerido el empleador información sobre la participación en negocios o actividades comerciales, el trabajador habría omitido hacer referencia a la existencia de dicha sociedad, la cual tenía el mismo giro que la de su empleadora.

La sentencia del tribunal laboral, cuyos criterios compartió la Corte Suprema⁹³, concluyó que el trabajador incurrió en la causal del Artículo 160 N°2, por haber participado, en calidad de socio, en una sociedad de giro similar al de su empleadora y, además, por haber efectuado una cotización a un cliente de la empresa.

Así, en el considerando séptimo estableció que *“la circunstancia de haber desarrollado el demandante, en contravención a la prohibición contemplada en*

• ⁹³ Corte Suprema, 16 de noviembre de 2010, Rol 5531-2010.

su contrato individual, un giro similar al de su empleadora, se encuentra demostrada con la participación en calidad de socio de Sociedad Comercial La Pirámide Ltda”.

- **1º Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, 23 de septiembre de 2010, RIT 1698-2010,**

En la sentencia del tribunal laboral, confirmada por la Corte de Apelaciones, se estableció que *“si bien se encuentra acreditado que el actor constituyó una sociedad anónima en el año 2006, denominada Transelec entre cuyos objetos se contiene el de la demandada y una de cuyas socias es proveedora de la demandada doña Graciela Saray Aguilera Ibacache, no se logró acreditar durante el curso de la litis que esta sociedad realmente haya realizado algún tipo de actividad o negociación paralela, incluso no se acreditó que la referida sociedad haya tenido siquiera iniciación de actividades...se concluye que no se dan los presupuestos de la causal invocada para el término del contrato de trabajo del actor, razón por la cual se estima que el despido del actor es indebido por lo que se acogerá la demanda”⁹⁴.*

⁹⁴ Letras j y k considerando noveno. Recurso de nulidad rechazado. Corte de Apelaciones de Santiago, 10 de enero de 2011, Rol 1394-2010.

- **2º Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, 30 de julio de 2011, RIT O-602-2011.**

El trabajador se desempeñaba en el cargo de Gerente de Tecnología en una empresa dedicada a la comercialización de todo tipo de productos tecnológicos y computacionales. Su empleador puso término al contrato de trabajo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 160 números 2 y 7 del Código del Trabajo, esto es, por haber incurrido en negociaciones dentro del giro del negocio y que hubieren sido prohibidas por escrito en el respectivo contrato por el empleador e incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato de trabajo. Los hechos en los que se fundaron estas causales se resumen en haber constituido el trabajador una sociedad de giro similar a su empleador y haber omitido informar a la empresa esta circunstancia.

En el contrato de trabajo se dispuso que le estaba prohibido al trabajador realizar todo tipo de actividades relacionadas al giro de la empresa.

Tras cotejar las escrituras sociales de ambas empresas, el juez concluyó que el giro de estas era el mismo y, pese a ello, desestimó la procedencia de la causal del N° 2 del Artículo 160 en base a los siguientes argumentos:

“El concepto negociación, según el Diccionario que se ha señalado con anterioridad [Real academia Española], lo define como acción y efecto de

negociar y a su vez “Negociar”: tratar y comerciar, comprando y vendiendo o cambiando géneros, mercancías o valores para aumentar el caudal.

De acuerdo a lo que se ha imputado, esto es haber constituido una sociedad del mismo giro, de acuerdo al verbo utilizado por el legislador, no cabe el hecho constituir una sociedad, con la hipótesis legal, pues la demandada no ha reprochado que el actor, a través de la misma, además, hubiere comprado, vendido o cambiado productos del mismo giro.

La sola constitución de la sociedad, no es suficiente para dar por acreditada este tipo de causal, pues el verbo rector es Negociar, no obstante que la constitución de una sociedad efectivamente puede ser un antecedente, pero perfectamente puede, en un caso hipotético, un trabajador, negociar dentro del giro de su empleador, sin necesidad de haber siquiera constituido sociedad alguna⁹⁵.

2.2.1.7) Actuar a través de terceros.

La doctrina ha sostenido que “las negociaciones pueden ser ejecutadas por el trabajador o por intermedio de terceros”⁹⁶. En este último caso, el hecho

⁹⁵ Parte final considerando sexto.

⁹⁶ GAMONAL CONTRERAS, Sergio y GUIDI MOGGIA, Caterina. Op. Cit. p. 279.

imputable al trabajador es ejecutar las negociaciones a través de otras personas.

En tal evento, a mi juicio, no bastaría con que un tercero relacionado al trabajador - como su cónyuge o algún pariente- efectúe alguna actividad que sea competitiva con el empleador, sino que se requiere acreditar además que el trabajador ha participado efectivamente en ese negocio. De lo contrario, se sancionaría al trabajador por la sola existencia de un vínculo entre él y su familia, y se extenderían los efectos del despido disciplinario a conductas desarrolladas por personas ajenas a la relación laboral.

En otras palabras, es perfectamente lícito que una persona relacionada al trabajador realice actividades competitivas a las efectuadas por éste. No existe una presunción de infracción a la prohibición del Artículo 160 N° 2 por la mera existencia de un vínculo entre estas personas, por muy estrecho que sea.

Los conflictos se producen fundamentalmente cuando el trabajador asesora, participa, proporciona información o desvía clientela al negocio o trabajo efectuado por un tercero.

En estos casos suele invocarse la causal de incumplimiento grave las obligaciones que impone el contrato, contenida en el N° 7 del Artículo 160.

- **Corte de Apelaciones de Santiago, 25 de mayo de 2010, Rol 9176-2009.**

El trabajador prestaba servicios para una empresa del giro de alimentos, desde el día 01 de mayo de 1991, ejerciendo el cargo de jefe nacional de venta de carne. Con fecha 25 de junio de 2008, fue citado a una reunión en la que su jefe directo le informó que se le acusaba de traspasar parte de la cartera de clientes y de la información confidencial de la empresa a otra del mismo giro, perteneciente a sus hijos y representada legalmente por su cónyuge. Esto importaba, a juicio de su empleador, una falta grave al contrato de trabajo, razón por la cual se le exigió firmar una carta de renuncia en la que reconociera los hechos que se le imputaban, lo que no fue aceptado por el trabajador. Ante su negativa, el mismo día su empleador le envió la comunicación de término del contrato de trabajo, por la causal de incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato, fundada en haber contravenido la prohibición de patrocinar o intervenir directamente o indirectamente en negocios vinculados al giro comercial de su empleadora.

La cláusula novena del contrato de trabajo establecía que el trabajador debía dedicar la totalidad de su jornada de trabajo a las labores estipuladas en él, estándole prohibido expresamente asociarse o patrocinar directa o indirectamente negocios relacionados con el giro de su empleadora.

Pese a esta prohibición expresa, y a los hechos invocados para poner término al contrato de trabajo, el empleador invocó la causal del N° 7 y no la del N° 2 del Artículo 160 del Código del Trabajo.

El tribunal de primera instancia declaró que el despido fue injustificado en base a los siguientes argumentos:

“Lo que se le imputa al actor no es una eventual participación directa en la administración y gestión de la sociedad creada por su cónyuge e hijo, sino que el haber permitido que éstos creasen dicha sociedad, es decir y en palabras de la propia demandada una actitud permisiva en relación a la constitución de dicha sociedad, la que participa en el mismo giro de la sociedad demandada, esto es, la comercialización de productos cárneos (...)

Que, no puede existir reproche alguno en contra del actor, si miembros de su núcleo familiar deciden incursionar en un negocio que coincide con el giro de la demandada, puesto que el demandante no podía hacer nada para impedir el ejercicio de dicha actividad económica, derecho que incluso está amparado a nivel constitucional en el artículo 19 N° 21 de la carta fundamental (...)

Que, cosa distinta sería que el actor se hubiera valido de la figura comercial creada por su familia para sacar provecho u obtener un lucro a costa de la demandada, circunstancia ésta última que no sólo no fue invocada por la

demandada como justificación del despido, sino que además no aparece reflejada de manera alguna de los antecedentes existentes en el juicio (...)

Que, en abono de lo dicho, si bien este sentenciador puede entender que en el contexto de una relación comercial en un ámbito tan estrecho y cercano como el del núcleo familiar, genera las condiciones para que se traspase información relevante en orden al desarrollo de un negocio en desmedro de otro, con el consiguiente perjuicio económico para la demandada, se trata sólo de una conjetura, que como se dijo no aparece sustentada en antecedentes fácticos, no siendo admisible entonces aplicar dicha argumentación como para justificar la causal de término de contrato de trabajo que se invocó, teniendo en consideración las graves consecuencias que conlleva para el trabajador el término de su fuente de sustento en base a la causal que se empleó”⁹⁷.

La Corte de Apelaciones confirmó la sentencia, agregando que:

“Vincular el nacimiento de la sociedad en cuestión con la cláusula antes señalada, sería extender a terceros obligaciones que no pueden afectarles,

⁹⁷ 4º Juzgado del Trabajo de Santiago, 20 junio 2009, Rol 857-2008 (Considerandos quinto, sexto, séptimo y octavo).

*salvo en cuanto se hubiera probado la injerencia personal del trabajador, lo que no aparece fundado en prueba que produzca la convicción a este respecto*⁹⁸.

- **Corte de Apelaciones de Santiago, 01 de agosto de 2005, Rol 1673-2004.**

El trabajador se desempeñaba como Jefe de Productos en una empresa de telefonía. Su empleadora le reprochó haber gestionado negociaciones entre la empresa para la que trabajaba y una sociedad en la que su cónyuge tenía 50% de participación.

En el juicio iniciado por el trabajador, se discutió si el contrato de trabajo había terminado por renuncia o por despido. La sentencia de primera instancia declaró que la relación laboral concluyó mediante despido por la causal séptima del Artículo 160 del Código del Trabajo, esto es, incumplimiento grave de las obligaciones. No obstante, el juez consideró que dicho despido era injustificado, pues las negociaciones efectuadas entre la empresa empleadora y la sociedad de la cónyuge del trabajador habían sido efectuadas sin injerencia de este último y con la aprobación del Director Comercial⁹⁹.

⁹⁸ Corte de Apelaciones de Santiago, 25 de mayo de 2010, Rol 9176-2009 (Considerando tercero). Recurso de casación en el fondo declarado inadmisibile, Rol 4990-2010, Corte Suprema.

⁹⁹ 1º Juzgado del Trabajo de Santiago, 10 de febrero de 2004, Rol 2590-2000.

La Corte de Apelaciones revocó la sentencia, estableciendo que el incumplimiento no estaba dado por la intromisión del trabajador en la sociedad de su cónyuge, sino por la infracción a la obligación de declarar sus conflictos de intereses¹⁰⁰.

2.2.2. Dentro del Giro del negocio del empleador.

Teniendo presente que el trabajador se encuentra amparado constitucionalmente para ejercer el pluriempleo o la pluriactividad, en principio, el empleador no puede prohibir la ejecución de cualquier tipo de negociación, sino sólo aquellas que forman parte del núcleo esencial de la actividad de la empresa¹⁰¹.

Con el fin de poder delimitar la actividad en que le está vedado negociar al trabajador en caso de obligarse en los términos del Artículo 160 N° 2, es conveniente dilucidar qué se entiende por giro del negocio.

Para este efecto, una primera aproximación se puede encontrar ya en la Constitución Política de la República, en cuyo artículo 19 N° 15 se consagra el derecho a asociarse. Esta norma prohíbe ‘las asociaciones contrarias a la moral, al orden público y a la seguridad del Estado’; mientras que la garantía

¹⁰⁰ Analizaremos la validez de la obligación de declarar conflictos de intereses en el siguiente capítulo.

¹⁰¹ IRURETA URIARTE, Pedro. Op. Cit. p. 6.

constitucional del numeral 21 del mismo artículo consagra el 'derecho a desarrollar cualquier actividad económica', con las mismas limitaciones ya indicadas.

Ahora bien, de acuerdo con el artículo 3º letra a) del Código del Trabajo, el empleador puede ser una persona natural o jurídica y, en virtud del inciso 4º de la misma disposición, "para los efectos de la legislación laboral y de seguridad social, se entiende por empresa toda organización de medios personales, materiales e inmateriales, ordenados bajo una dirección, para el logro de fines económicos, sociales, culturales o benéficos, dotada de una individualidad legal determinada".

Por tanto, el empleador puede ser una persona natural o jurídica, y estar organizado o no en forma de empresa.

En caso que la empresa se organice jurídicamente como una sociedad colectiva, sociedad por acciones o sociedad en comandita, el Código de Comercio establece como una de las menciones obligatorias de la respectiva escritura de constitución "las negociaciones sobre que deba versar el giro de la sociedad" (Artículo 352 N° 5).

Álvaro Puelma Accorsi señala que el giro estatutario u objeto social está constituido por “aquellas actividades o negocios a cuya ejecución los socios estipularon, en el estatuto social, que se dedicaría la sociedad”¹⁰².

Refiriéndose directamente a la causal del Artículo 160 N° 2, René Moraga sostiene que “la expresión ‘giro del negocio’ significaría el ámbito o la dirección que se da en un negocio o el conjunto de operaciones de una casa, compañía o empresa destinada a realizar cualquier ocupación, labor, quehacer o trabajo”¹⁰³. Gabriela Lanata, por su parte, señala que “habrá que considerar como giro al que se dedica la empresa, el declarado para efectos tributarios”¹⁰⁴.

De acuerdo a lo expuesto, sin importar la forma jurídica que adopte la figura del empleador, el giro estará referido a la actividad a la que esté destinado su negocio.

La jurisprudencia mayoritaria ha sido estricta en cuanto a que la limitación al trabajador de ejecutar negociaciones debe estar acotada únicamente al giro del

¹⁰² PUELMA ACCORSI, Álvaro. Sociedades. Tomo I. 3ª edición. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile, 2006. p. 328.

¹⁰³ LANATA FUENZALIDA, Gabriela. El Contrato Individual de Trabajo. Santiago, Chile. Legal Publishing, 2009. p. 405.

¹⁰⁴ GAMONAL CONTRERAS, Sergio y GUIDI MOGGIA, Caterina. Op. Cit. p. 279. LANATA FUENZALIDA, Gabriela. Op. Cit. p. 226.

negocio del empleador. La prohibición, por tanto, no podría extenderse a actividades similares o a cualquier tipo de trabajo o actividad¹⁰⁵.

- **1° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, 23 septiembre 2010, RIT 1643-2010.**

El trabajador se desempeñaba desplazándose a diferentes lugares, para efectos de realizar instalaciones, mantenciones y reparaciones en telefonía con cableados de fibra óptica.

Un día, durante su jornada de trabajo, fue abordado en la vía pública por una persona que le solicitó efectuar una reparación a la central telefónica de un establecimiento cercano, que funcionaba en base a cables de cobre. El trabajador accedió a ello, recibiendo el pago de \$ 15.000 por su servicio.

Al tomar conocimiento de estos hechos, su empleador puso término al contrato del trabajo por las causales del Artículo 160 números 2 y 7, señalando que su actuar había importado una infracción a la prohibición de prestar servicios a terceros durante la jornada de trabajo y realizar negociaciones que estuvieran comprometidas dentro del giro del empleador.

La sentencia del tribunal laboral, confirmada por la Corte de Apelaciones¹⁰⁶, rechazó la procedencia de la causal de negociaciones incompatibles pues, de

¹⁰⁵ Esto sin perjuicio de los pronunciamientos referidos a la denominada cláusula de exclusividad, la cual será analizada someramente en el Capítulo III de la presente investigación.

acuerdo a lo acreditado en el proceso, el giro de la empleadora estaba referido a telefonía con fibra óptica, mientras que la reparación que efectuó el trabajador en forma particular fue de telefonía en base a alambres convencionales¹⁰⁷. Así, considerando que *“lo que se prohíbe en el contrato, no es llevar a cabo cualquier negociación sino una que se encuadre o se circunscriba dentro del giro del negocio de la empresa demandada”*¹⁰⁸, la sentenciadora estimó que no podía tenerse por configurada la causal del Artículo 160 N° 2 del Código del Trabajo.

- **Corte de Apelaciones de Santiago, 21 de octubre de 2004, Rol 5571-2003.**

El trabajador se desempeñaba como chofer en una empresa de transporte, que se dedicaba a la distribución de los productos de repostería elaborados por otra empresa de la cual también era dueño su empleador. Fue despedido por haber incurrido en las causales de los números 2 y 7 del Código del Trabajo,

¹⁰⁶ Corte de Apelaciones de Santiago, 11 de enero de 2011, Rol 1394-2010.

¹⁰⁷ *“Que, conforme la prueba rendida en la causa, en especial la testimonial de la demandada, acredita que la reparación efectuada por el actor en el Club de Leones de Ñuñoa, se realizó en una central telefónica adscrita el sistema de cableado de cobre y que para ello, se valió de herramientas básicas o menores como un destornillador o alicate muy distintas a aquéllas que se requieren para instalar, mantener o reparar un sistema de fibra óptica”* (Considerando vigésimo séptimo, Sentencia 1° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, 23 septiembre 2010, RIT 1643-2010).

¹⁰⁸ Considerando vigésimo quinto, Sentencia 1° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, 23 septiembre 2010, RIT 1643-2010 .

fundadas en el hecho de haber participado como socio de una sociedad dedicada a la pastelería, vale decir, una sociedad del mismo giro que la de una de las empresas de la cual su empleador era dueño.

La sentencia de primera instancia calificó este hecho como constitutivo de la causal segunda del Artículo 160, esto es, negociaciones ejecutadas por el trabajador dentro del giro del negocio y que hubieren sido prohibidas en el contrato respectivo por el empleador.

La Corte de Apelaciones revocó la sentencia, estimando que no se cumplían los elementos de la causal. En particular, respecto al giro del negocio del empleador, se efectuó el siguiente razonamiento:

“Lo que se prohíbe en el contrato no es llevar a cabo cualquier negociación sino una que caiga dentro del giro del negocio...Que tal objeto es el giro, es decir, el objeto propio de la actividad; en otros términos, el curso o dirección del quehacer que determina la especificidad de un ente. En este caso se habla del giro del negocio, confundiéndose éste con el de la parte patronal...Claramente el giro o rubro de Kudima es el del transporte. Dentro de las áreas de la actividad económica, la empleadora se encasilla o clasifica fácilmente en la de transporte... Que al no ser posible identificar transporte con pastelería, inútil se

muestra el esfuerzo de convencer que al haberse asociado, Moris incurrió en el giro de Kudima”¹⁰⁹.

De esta forma, los ministros establecieron que el giro del negocio objeto de la prohibición de ejecutar negociaciones debe estar referido a la actividad desarrollada por la empresa por la cual fue contratado el trabajador, no siendo posible extenderlo al giro propio de otras empresas de las cuales sea dueño el empleador.

Rechazó la sentencia la tesis esgrimida por la demandada en cuanto a que las distintas empresas de su propiedad formaban una unidad económica, pues no se logró acreditar tal circunstancia y, aunque se hubiere logrado, habría resultado arbitraria la vinculación del trabajador a la empresa de transportes y no a todas las empresas de las cuales su empleador era propietario.

- **2° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, 14 de mayo de 2010, RIT T-11-2010.**

“...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

¹⁰⁹ Corte de Apelaciones de Santiago, 21 de octubre de 2004, Rol 5571-2003 (Considerandos 7º, 8º y 9º). Sentencia confirmada por Corte Suprema, 24 de mayo de 2005, Rol 5983-2004, que rechazó recurso de casación en el fondo deducido por la empresa demandada.

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...”¹¹⁰

I. - Forma de acreditar el giro del negocio.

Aunque la norma no lo exige, para efectos de acreditar el giro del respectivo negocio, las partes suelen acompañar en el juicio la escritura donde consta el objeto social o el certificado de inicio de actividades emitido por el Servicio de Impuestos Internos.

Como hemos señalado, la organización jurídica de una empresa puede ser diversa y no siempre el empleador cuenta con una escritura social que acredite su giro, o bien, en aquellos casos en que sí lo tiene, este documento puede establecer una actividad distinta a la que realmente efectúa la empresa.

¹¹⁰ Considerando décimo sexto, número 1º.

En este sentido resulta relevante tener presente el concepto de *giro efectivo*, constituido por “las actividades o negocios que, de hecho, la sociedad efectúa”¹¹¹, concepto que ha sido recogido por la jurisprudencia y que primaría por sobre las actividades declaradas expresamente o contenidas en la documentación de la sociedad.

Con todo, estimo que el giro del negocio del empleador debe ser analizado en cada caso, pudiendo acreditarse por diferentes medios.

En este caso, se discute la existencia de la relación laboral, a propósito de una persona que prestaba servicios en una librería.

- **7º Juzgado del Trabajo de Santiago, 20 noviembre 2011, Rol 429-2009.**

El dueño no había iniciado actividades de la empresa con el giro de librería, sino que en todos los documentos que emitía constaba el giro de una carnicería que también era de su propiedad.

En la sentencia del tribunal laboral, confirmada por la Corte de Apelaciones, no se consideró el giro contenido en la documentación de la sociedad, sino la

¹¹¹ PUELMA ACCORSI, Álvaro. Op. Cit. p. 133.

actividad efectivamente desarrollada por ésta, teniendo por acreditado que la trabajadora se desempeñaba en una librería y no en una carnicería¹¹².

- **Corte Suprema, 16 de noviembre de 2010, Rol 5531-2010.**

El trabajador fue despedido por la causal del Artículo 160 N° 2, por haber participado, en calidad de socio, en una sociedad de giro similar al de su empleadora.

La sentencia de primera instancia rechazó la demanda de despido injustificado, por estimar que efectivamente se cumplían los supuestos de hecho de la prohibición¹¹³.

La Corte de Apelaciones, conociendo el recurso de apelación interpuesto por la empresa, revocó la sentencia en base a que *“si bien existen indicios en orden a que el objeto de la empresa de la cual es socio el trabajador, podría pugnar con la empleadora demanda en rubros tales como lubricantes, combustibles y repuestos, éstos no son suficientes para tener por acreditada tal incompatibilidad; menester resultaba contar con la escritura social de la demandada, donde habría de precisarse cuáles eran, a la sazón, sus exactas*

¹¹² Considerando sexto, sentencia primera instancia. Confirmada por Corte de Apelaciones de Santiago, 19 de julio de 2011, Rol 254-2011.

¹¹³ 2° Juzgado del Trabajo de Santiago, Rol 537-2008.

finalidades, sin embargo ella no fue agregada a autos, quedando la jurisdicción impedida de acreditar la posible pugna que se alega”¹¹⁴.

La Corte Suprema, considerando otros elementos probatorios que permitían acreditar que el giro de la sociedad del trabajador coincidía con el giro del negocio del empleador, concluyó que la sentencia de la Corte de Apelaciones vulneró las reglas de la sana crítica, pues *“tratándose en la especie precisamente de pacto expreso y de conductas acreditadas fehacientemente, no es lógico recurrir –con miras a desvirtuar la configuración de la causal invocada del artículo 160 N°2 del Código del ramo- a antecedentes tales como la omisión en presentar la escritura de constitución de la empresa demandada para conocer su objeto social...”¹¹⁵.*

2.2.3. Obligación de escriturar la prohibición.

La ley es clara al señalar que la prohibición de ejecutar negociaciones dentro del giro del negocio debe ser establecida por el empleador en el respectivo contrato, entendiéndose que se refiere al contrato de trabajo.

En este sentido, Nadal Serri señala que es esencial para invocar esta causal que exista contrato de trabajo, por lo que “no pueden tenerse como constitutivas

¹¹⁴ Corte de Apelaciones de Santiago, 03 junio 2010, Rol 9244-2009 (Considerando segundo).

¹¹⁵ Considerando décimo.

de esta causal, aquellas negociaciones que han sido prohibidas por simple convención oral, aunque pudieren ser probadas e incluso aquellas formuladas por escrito, pero no en el respectivo contrato que regula la relación laboral”¹¹⁶.

Sin embargo, parte la doctrina y la jurisprudencia se ha manifestado contraria a esta exigencia legal, planteando que lo que debe establecerse expresamente es la autorización del empleador de la posibilidad de ejecutar actividades dentro del giro del negocio de éste, pues la prohibición de competencia desleal se derivaría del contenido ético-jurídico del contrato de trabajo.

Dicha posición será analizada al final de este capítulo. Por ahora, es preciso señalar que otra parte de la jurisprudencia ha sido estricta en la aplicación del requisito de escrituración, rechazando la procedencia de la causal segunda del Artículo 160 en aquellos casos en que no se ha establecido expresamente la prohibición.

- **Corte de Apelaciones de Valparaíso, 16 de junio de 2010, Rol 207-2010.**

En este caso, la trabajadora prestaba servicios para una compañía cuyo principal objeto social, de conformidad a sus estatutos vigentes, era la refinación, compra, venta, importación y exportación de hidrocarburos y, en

¹¹⁶ NADAL SERRI, Daniel. El Despido en el Código del Trabajo. Santiago, Chile, Editorial Lexis Nexis, 2003. p. 369.

especial, de petróleo crudo y sus derivados. Para estos efectos, había celebrado con la empresa dos contratos de trabajo, ambos de duración indefinida. El primero de ellos fue pactado al momento de su ingreso, con fecha 01 de noviembre de 1998, para cumplir las funciones propias del cargo de Jefe de Ventas de Bunker; y el segundo, con fecha 01 de diciembre de 2002, en el cual las partes acordaron que la trabajadora sería incorporada al rol ejecutivo de la empresa, para cumplir la función de Jefe de la Unidad de Bunkers y Productos Especiales.

La empresa puso término a la relación laboral, pues estimó que la trabajadora había infringido la prohibición de efectuar negociaciones dentro del giro de la compañía, que conforme a su contrato de trabajo le habría asistido, lo que además configuraba una falta al deber de probidad y un incumplimiento grave de las obligaciones derivadas de su contrato de trabajo.

Dado que sólo en el primer contrato de trabajo se escrituró la prohibición de efectuar negociaciones dentro del giro de la compañía y no se reprodujo en el segundo contrato, en el juicio sobre despido injustificado surgió la controversia respecto a si se cumplía o no el requisito de escrituración contenido en el Artículo 160 N° 2.

La empleadora demandada sostuvo la tesis de que la prohibición contenida en el contrato de trabajo del año 1998, debía entenderse subsistente en el

contrato de trabajo del año 2002, toda vez que habría existido una continuidad en la prestación de los servicios y, además, porque parecía ilógico que en el rol ejecutivo al que fue ascendida la actora tuviese menos obligaciones o prohibiciones que en su cargo anterior, que era de menor responsabilidad. Así, pese a que la prohibición de no competir no se reprodujo en el documento que dio cuenta de su ascenso en la jerarquía de empresa, se trataba de una prohibición acorde a su nuevo cargo, en el cual la trabajadora tendría mayor acceso a la información y a las estrategias comerciales de la empresa. En razón de ello, sería de aquellas obligaciones que se entienden incorporadas por la naturaleza de los servicios y de la función desempeñada.

La demandada sustentó lo anterior señalando que en aquellos aspectos no modificados por el nuevo contrato de trabajo debía entenderse vigente el contrato anterior, basando su afirmación en el aforismo legal según el cual “en derecho las cosas se deshacen del mismo modo en que se hacen”. Así, para derogar una cláusula expresa se requeriría de otra cláusula expresa y no existía nada en el segundo documento suscrito por la actora que permitiera inferir que la intención de las partes fue derogar la prohibición de competir con el empleador, pactada en el primer contrato de trabajo. De esta manera, negó que el contrato de trabajo suscrito entre las partes con fecha 01 de diciembre de 2002 constituyera un ‘nuevo contrato’. A su juicio, se trataba solamente de una modificación al contrato suscrito con fecha 30 de octubre de 1998.

La sentencia del tribunal laboral rechazó estos argumentos, sosteniendo que:

“A juicio de esta sentenciadora, la posición de la demandada no resulta sustentable. En efecto, estamos en la hipótesis de prohibiciones cuyo incumplimiento puede acarrear la configuración de una causal que habilite al empleador para poner término a la relación laboral con el trabajador, consecuencia del todo grave y determinante para el trabajador. Es por ello que tal prohibición necesariamente debe constar por escrito en el respectivo contrato de trabajo, entendiendo que la actora, a la época del despido, se encontraba amparada en su relación laboral por el contrato de trabajo del año 2002, en el cual no consta tal prohibición, no siendo posible entender comprendida en el contrato de 2002 la prohibición escrita en el contrato de 1998”¹¹⁷.

Los argumentos del fallo de primera instancia, en cuanto a la importancia de escriturar la prohibición, fueron compartidos por la Corte de Apelaciones, la que agregó que:

“Dada la entidad de la prohibición referida, la confección cuidadosa y previsoras de una prohibición de este tipo en la oportunidad pertinente, que no se realizó en el presente caso, no puede dejarse al arbitrio de una interpretación

¹¹⁷ Juzgado de Letras del Trabajo de Valparaíso, 21 de abril de 2010, RIT O-731-2009 (Considerando noveno, tercer párrafo).

unilateral por parte del empleador, en perjuicio de la trabajadora, recurriendo a normas legales ajenas a la vinculación laboral que regula a las partes, más cuando dicha circunstancia puede ser objeto de un despido de ésta última, como en definitiva ocurrió, con las graves consecuencias que esa situación trae consigo. No debiendo olvidarse, en todo caso, el principio que gobierna el derecho laboral, el que en estas situaciones debe favorecerse necesariamente al trabajador, y que, por expresa disposición legal, el Juez en estos casos, aprecia la prueba de acuerdo a las normas de la sana crítica, lo que, como se ha visto, fue precisamente el predicamento que se utilizó en la elaboración de la sentencia recurrida”¹¹⁸.

- **Corte de Apelaciones de Chillán, 25 julio 1994, Rol 382-1994**

“En el contrato de trabajo acompañado en autos no se dejó constancia de ninguna prohibición, lo que impide que un acto no prohibido se transforme en incumplimiento grave que fundamente un despido. Además hay antecedentes que la empleadora tuvo conocimiento de los hechos por sus propios testigos y que no obstante le aumentó el sueldo al presunto incumplidor...Que la inexistencia de una prohibición expresa y específica de realizar negocios dentro

¹¹⁸ Corte de Apelaciones de Valparaíso, 16 de junio de 2010, Rol 207-2010 (considerando décimo segundo). Recurso de Unificación de Jurisprudencia declarado inadmisibile, Corte Suprema, 18 de agosto de 2010, Rol 4994-2010.

del giro del empleador impuestas al empleado, impide que éste incurra en esa causal de terminación de su contrato y la pretendida prueba de esta circunstancia en el caso de autos es inconducente”¹¹⁹.

II. - Incorporación de la prohibición al contrato de trabajo.

Para que pueda ser invocada por el empleador como causal de despido, la prohibición debe estar estipulada en el contrato de trabajo. En caso que esta no haya sido incorporada desde el inicio de la relación laboral, su inclusión al contrato de trabajo importaría una modificación al mismo.

De acuerdo al inciso final del Artículo 5º del Código del Trabajo, “los contratos individuales y colectivos de trabajo podrán ser modificados, por mutuo consentimiento, en aquellas materias en que las partes hayan podido convenir libremente”. Por tanto, de acuerdo a esta norma, se requeriría la manifestación del consentimiento del empleador y del trabajador para incorporar la prohibición de ejecutar negociaciones dentro del giro del empleador al contrato de trabajo.

Sin perjuicio de ello, como veremos al final de este capítulo, gran parte de la doctrina estima que el deber de abstenerse de ejecutar negociaciones propias del giro del negocio del empleador es un deber que se encuentra contenido en todo contrato de trabajo, aunque no se haya establecido expresamente, ya que

¹¹⁹ Corte de Apelaciones de Chillán, 25 julio 1994, Rol 382-1994 (considerandos tercero y quinto). Confirmada por Corte Suprema, 28 diciembre 1995, Rol 4814-1995 (recurso de queja).

se fundamenta en el contenido ético jurídico del mismo. Desde este punto de vista, su incorporación al contrato de trabajo no requeriría del acuerdo del trabajador.

- **1° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, 23 septiembre 2010, RIT 1643-2010 .**

“Para que sea procedente invocar la causal del N° 2 del artículo 160 del Código del Trabajo, es indispensable que la prohibición de ejecutar negociaciones dentro del giro del negocio, se encuentre consignada por escrito en el contrato de trabajo, pues si en este, no aparece estampada la mencionada prohibición, no procede considerar justificado el despido de haberse efectuado tales negociaciones (...)

Por otra parte, si al momento de suscribir el contrato, no se estipuló la prohibición a que se ha hecho referencia en los párrafos anteriores, no puede unilateralmente el empleador introducir, durante la vigencia del contrato, una cláusula de esta naturaleza, sino que requiere el consentimiento del trabajador para incorporarla, ya que ello implica una modificación del contrato y al tenor del artículo 5 del Código del Trabajo, estos instrumentos pueden ser modificados, por mutuo consentimiento”¹²⁰.

¹²⁰ Considerando décimo. Recurso de nulidad rechazado por Corte de Apelaciones de Santiago, 11 de enero de 2011, Rol 1394-2010.

III. - Términos en que se debe escriturar la prohibición.

Cabe preguntarse si la prohibición de ejecutar negociaciones debe escriturarse en los mismos términos que establece la ley o si puede invocarse en aquellos casos en que se han establecido prohibiciones que se asemejan a la hipótesis legal.

En la práctica jurídica, existen otras cláusulas prohibitivas que establecen supuestos de hechos similares a los del Artículo 160 N° 2, tales como la cláusula de confidencialidad, la obligación de declarar conflictos de intereses y la cláusula de exclusividad. La procedencia de invocar la infracción de este tipo de pactos para justificar el despido se encuentra supeditada a la determinación de la validez de los mismos, lo cual será tratado en el capítulo III de la presente investigación.

- **Corte Suprema, 20 de octubre 2009, Rol 6139-2009.**

El trabajador prestaba servicios en una empresa cuyo giro social consistía en el desarrollo y venta de software administrativo, facturación, inventario, administración de servicios técnicos, hardware e ingeniería informática, proyectos web, etc. A su vez, era socio de una sociedad en la cual tenía el 51%

de los derechos sociales, la que tenía un giro similar, casi idéntico, al de su empleadora.

En la cláusula quinta del contrato de trabajo, el trabajador se comprometió a prestar servicios al empleador con dedicación exclusiva, estándole prohibido desarrollar actividades para otro empleador, dentro o fuera de su horario de trabajo. Asimismo, le estaba vedado al trabajador desarrollar a título gratuito u oneroso, cualquier otro tipo de actividad profesional, por cuenta propia o ajena, aún sin vínculo laboral específico.

La sentencia de primera instancia estableció que esta cláusula no cumplía con el requisito de escrituración, pues estaba redactada en términos que excedían de lo establecido en la causal en comento. En razón de ello, concluyó que:

“Ello no ha podido configurar la causal terminación del N° 2 del artículo 160 del Código del Trabajo, puesto que este precepto legal establece de manera categórica, como requisito sine qua non para que se verifique dicha causal, el que las negociaciones que ejecute el trabajador dentro del giro del negocio, "hubieren sido prohibidas por escrito en el respectivo contrato por el empleador"; condición que no concurre en la especie, puesto que en el contrato de trabajo suscrito por las partes con fecha 1º de julio de 1996 (custodia N°486-2006), no existe prohibición alguna en tal sentido.

*En efecto, la cláusula quinta del contrato, no cumple con dicha exigencia toda vez que no se trata de una prohibición específica de negociaciones comprendidas dentro del giro de la empleadora, sino que de una prohibición general de efectuar cualquier otra actividad gratuita o remunerada, en forma dependiente e independiente, que no se ajusta al tenor del N° 2 del art. 160 citado*¹²¹.

La sentencia de la Corte de Apelaciones, confirmada por la Corte Suprema, revocó el fallo de primera instancia, estimando que el despido era justificado por la otra causal invocada por la empresa, esto es, incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato¹²².

IV. - Establecimiento de la prohibición en el Reglamento Interno de Orden, Higiene y Seguridad.

El Reglamento Interno de Orden, Higiene y Seguridad se encuentra regulado en el Título III, Libro I del Código del Trabajo. De acuerdo al inciso 1° del Artículo 153, están obligadas a confeccionar este reglamento las empresas, establecimientos, faenas o unidades económicas que ocupen normalmente diez

¹²¹ 5° Juzgado del Trabajo de Santiago, 04 de marzo de 2008, Rol 217-2006 (considerando quinto).

¹²² Corte de Apelaciones de Santiago, 17 de julio de 2009, Rol 1780-2008.

o más trabajadores permanentes, contados todos los que presten servicios en las distintas fábricas o secciones, aunque estén situadas en localidades diferentes.

Para Melis y Sáez “el reglamento interno o, mejor dicho, la reglamentación interna de la empresa, encuentra su origen en lo que la doctrina reconoce como “poderes del empleador”, éstos constituyen uno de los elementos que especifican y caracterizan la posición jerárquica que le corresponde al empleador en la relación de trabajo subordinado. Es en virtud de estos poderes que el empleador es titular de la potestad que le permite reglamentar, dirigir, administrar e imponer orden y disciplina al interior de la empresa”¹²³.

De esta forma, la elaboración de este reglamento es una facultad privativa del empleador, por lo que los trabajadores no pueden cuestionar u objetar el contenido de un determinado articulado.

Sin perjuicio de ello, las organizaciones sindicales, el delegado del personal o cualquier trabajador de la empresa, pueden impugnar disposiciones del reglamento que estimen ilegales, mediante presentación efectuada ante el Servicio de Salud o la Dirección del Trabajo, según corresponda. De igual modo, tanto el Servicio de Salud como la Dirección del Trabajo pueden exigir de

¹²³ MELIS VALENCIA, Christian y SÁEZ CARLIER, Felipe. El contrato individual de trabajo en los dictámenes de la Dirección del Trabajo. Santiago, Chile. Legal Publishing, 2009. p. 617.

oficio modificaciones a disposiciones de los reglamentos internos cuando contengan normas ilegales, o bien exigir que se agreguen las cláusulas obligatorias que hayan sido omitidas (Inciso final, Art. 153).

El Artículo 154 establece el contenido de este reglamento, señalando que entre las disposiciones mínimas se encuentran las obligaciones y prohibiciones a que estén sujetos los trabajadores.

El Artículo 160 N° 2 exige específicamente que la prohibición de efectuar negociaciones en el mismo giro que el empleador se establezca expresamente en el contrato respectivo y no en otro instrumento. Cumpliendo con ello, no habría inconveniente en que la prohibición se estableciera también en el Reglamento Interno. El problema se podría producir si la prohibición sólo constara en este último instrumento y no en los respectivos contratos de trabajo.

El contrato de trabajo y el Reglamento de Orden Higiene y Seguridad son de diferentes naturalezas. Mientras el Reglamento emana del acto jurídico unilateral del empleador y no requiere de la anuencia de los trabajadores, el contrato de trabajo nace a la vida del derecho en virtud del acuerdo de voluntades de las partes contratantes, empleador y trabajador.

En la práctica, ya sea por la mera transcripción del Artículo 160 N° 2 o bien por el establecimiento de una cláusula particular que se refiera a esta materia, los empleadores suelen incorporar esta prohibición en el Reglamento Interno.

La jurisprudencia administrativa ha señalado que si la prohibición de ejecutar negociaciones es establecida únicamente en el Reglamento Interno de Orden, Higiene y Seguridad, los efectos que produce su infracción son distintos a los que produce si es establecida en el contrato de trabajo.

En efecto, en **Ord. N° 1793/060 de fecha 25 de marzo de 1992**, la Dirección del Trabajo estableció que no existe impedimento legal alguno para que se estipule en el Reglamento Interno de Orden, Higiene y Seguridad de la empresa una prohibición al trabajador de ejecutar negociaciones dentro del giro del negocio del empleador. No obstante, en tal caso, su ámbito de aplicación sería más restringido por cuanto sólo produciría efectos dentro del recinto de la empresa, sin alcanzar a las actividades que el trabajador realiza fuera de ella; y la transgresión a esta prohibición sólo traería consigo para el trabajador la aplicación de las sanciones propias del reglamento interno previstas en el Artículo 154 N° 10, esto es, “amonestación verbal o escrita y multa de hasta el veinticinco por ciento de la remuneración diaria”.

Tanto la jurisprudencia administrativa como la judicial ha establecido que si las partes han estipulado en el contrato de trabajo que el Reglamento Interno

forma parte integrante de aquél, entonces la transgresión a las normas reglamentarias producirá los mismos efectos que la infracción a las normas contractuales. De acuerdo al dictamen citado anteriormente, “no produce este último efecto cuando es el empleador quien declara que en el Reglamento Interno establece que éste forma parte del contrato de trabajo”¹²⁴, sino que el trabajador debe haber manifestado su consentimiento en este sentido.

- **2º Juzgado del Trabajo de Santiago, 19 junio 2009, Rol 537-2008.**

La sentencia de primera instancia dispuso que la prohibición establecida en el Artículo 160 N° 2 puede constar en el contrato de trabajo, o bien, en el reglamento interno, *“siempre que éste forme parte del contrato de trabajo”*¹²⁵.

- **1º Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, 23 de septiembre de 2010, RIT 1643-2010.**

“Cuando la prohibición se encuentre consignada en el contrato de trabajo, produce efecto tanto dentro como fuera de la empresa, pero si la prohibición está establecida en el Reglamento Interno, su ámbito de aplicación es más reducido, ya que sólo produce efecto dentro de la empresa, sin que se pueda

¹²⁴ <http://www.dt.gob.cl/consultas/1613/w3-article-60279.html>

¹²⁵ 2º Juzgado del Trabajo de Santiago, 19 junio 2009, Rol 537-2008 (considerando quinto). Sentencia revocada por la Corte de Apelaciones de Santiago, 03 junio 2010, Rol 9244-2009. Esta última a su vez revocada por fallo de la Corte Suprema, 16 de noviembre de 2010, Rol 5531-2010.

invocar como causal de término de contrato, haciendo procedente las sanciones que se contenga en el mismo reglamento.

Ahora, si el Reglamento se ha incorporado a los contratos de trabajo de los dependientes, en virtud de una estipulación acordada en tal sentido, y contiene la prohibición de efectuar negociaciones relativas al giro del negocio de la empresa, el trabajador que transgreda la prohibición incurre en esta causal”¹²⁶.

2.3. APLICACIÓN DE OTRAS CAUSALES DE DESPIDO.

Como he señalado en el apartado anterior, de acuerdo a los términos en que está redactada la causal del N° 2 del Artículo 160 del Código del Trabajo, la prohibición al trabajador de ejecutar negociaciones dentro del giro del negocio del empleador debe necesariamente constar por escrito para que esta causal pueda ser válidamente invocada. No obstante, mediante el análisis de diversos fallos referidos a esta materia, es posible constatar que, en aquellos casos en que no se ha escriturado la prohibición, los empleadores suelen poner término al contrato de trabajo invocando otras causales de caducidad, tales como falta

¹²⁶ Considerando décimo, sentencia 1° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, 23 de septiembre de 2010, RIT 1643-2010. Recurso de nulidad rechazado por Corte de Apelaciones de Santiago, 11 de enero de 2011, Rol 1394-2010.

de probidad (Art. 160 N° 1 letra a) o incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato (Art. 160 N° 7)¹²⁷.

Esta práctica se puede observar también en aquellos casos en que el empleador imputa al trabajador diversos hechos además de las negociaciones incompatibles, agrupándolos en la causal genérica del N° 7 del Artículo 160 del Código de Trabajo, esto es, incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato.

Otro tanto ocurre cuando, si bien se ha estipulado por escrito la prohibición, se considera que el incumplimiento de este deber de no ejecutar negociaciones dentro del giro del empleador importa no sólo infracción del N° 2 del Artículo 160, sino también de los números 7 y 1 letra a) de la misma disposición. En estos casos, se suelen invocar conjuntamente estas causales.

En general, la doctrina y la jurisprudencia aceptan que una misma conducta del trabajador de lugar a la aplicación de varias causales de término de contrato de trabajo, si se cumplen los requisitos que cada una de ellas establece, lo que se conoce como *despido pluricausal*¹²⁸.

¹²⁷ Al respecto, vuelve a surgir la controversia sobre si el requisito de prohibición expresa es en realidad necesario, ya que invocando cualquiera de estas causales se produce el mismo efecto, por tratarse un despido sin derecho a indemnización legal.

¹²⁸ GAMONAL CONTRERAS, Sergio y GUIDI MOGGIA, Caterina. Manual del Contrato de Trabajo. 2ª ed. Santiago, Chile. Legal Publishing, 2010. p. 274.

A continuación, analizaremos cómo la causal de negociaciones incompatibles se conjuga con las causales de falta de probidad e incumplimiento grave de las obligaciones del contrato.

2.3.1. Negociaciones incompatibles e incumplimiento grave de las obligaciones.

El Artículo 160 N° 7 establece una causal genérica de caducidad por incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato. Los demás numerales de este artículo “consagran casos específicos de incumplimientos graves del contrato”¹²⁹.

Los requisitos que la norma establece para que se configure esta causal son que: (i) se trate del incumplimiento de una obligación emanada del contrato de trabajo, y (ii) el incumplimiento sea grave, lo cual es calificado por el tribunal que conoce de la causa¹³⁰.

Para calificar la gravedad de la conducta, se utilizan criterios tales como la ruptura de la confianza entre las partes, la reincidencia en los incumplimientos,

¹²⁹ Ídem.

¹³⁰ LIZAMA PORTAL, Luis. Op. Cit. p. 182.

el peligro o el daño efectivamente provocado, el comportamiento anterior del trabajador, entre otros.

El origen de la obligación puede ser diverso. Para Sergio Gamonal y Caterina Guidi, “la noción de obligaciones emanadas del contrato es amplia, en el sentido que comprende, además de las establecidas en las leyes y sus reglamentos, los usos y costumbres”¹³¹.

Por su parte, Gabriela Lanata señala que “el origen de la obligación que se incumple no es especialmente trascendente, es decir, puede emanar del contrato escrito o de una cláusula tácita. Asimismo, no se consideran sólo aquellas que emanan directamente del contrato, sino también de aquellas que emanan del reglamento interno, de la ley misma incorporada al contrato y también, por supuesto de un contrato colectivo”¹³².

Respecto a la afirmación de esta autora, cabe precisar lo siguiente:

- El contrato de trabajo es consensual, vale decir, se perfecciona por el mero consentimiento de las partes, lo que implica que la voluntad puede manifestarse en forma expresa (escrita o verbal) o en forma tácita. Esto ocurre sin perjuicio de la obligación que impone el legislador -en el artículo 9º del Código del Trabajo- de escriturar el contrato, formalidad

¹³¹ GAMONAL CONTRERAS, Sergio y GUIDI MOGGIA, Caterina. Op Cit. p. 275.

¹³² LANATA FUENZALIDA, Gabriela. Op. Cit. p. 231.

que es exigida para efectos probatorios y no como requisito de existencia o validez¹³³. Por consiguiente, es efectivo que las obligaciones a las que esté sujeto el trabajador pueden originarse en cláusulas expresas o tácitas.

- Respecto a que las obligaciones puedan emanar del Reglamento Interno de Orden, Higiene y Seguridad, es preciso señalar que es correcto que el reiterado incumplimiento a las normas establecidas en él puede dar lugar a la aplicación de la causal en comento¹³⁴. No obstante, atendido que este instrumento emana de la voluntad unilateral del empleador y que las causales de despido tienen origen legal, tanto la jurisprudencia judicial como administrativa han señalado que no corresponde al empleador crear en el Reglamento Interno causales de despido, sin perjuicio que pueda señalar qué conductas se consideran graves.

- Finalmente, comparto el rechazo que expresan Sergio Gamonal y Caterina Guidi respecto a la posibilidad de aplicar esta causal por incumplimientos de obligaciones establecidas en contratos colectivos,

¹³³ MELIS VALENCIA, Christian y SÁEZ CARLIER, Felipe. Op. Cit. p. 59.

¹³⁴ LIZAMA PORTAL, Luis. Op. Cit. p.182.

puesto que la norma no contempla esta posibilidad y las causales de caducidad deben interpretarse restrictivamente¹³⁵.

Es posible advertir que las causales de incumplimiento grave de las obligaciones y la de negociaciones incompatibles presentan, a grandes rasgos, dos diferencias: en primer lugar, el origen de la obligación es más amplio en la causal genérica de incumplimiento grave de las obligaciones y, en segundo lugar, respecto a las negociaciones ejecutadas dentro del giro del negocio del empleador, no se exige gravedad en la conducta, ni tampoco –como hemos visto- se aplican criterios tales como la habitualidad o el perjuicio provocado al empleador.

Por estos motivos, son frecuentes los casos en que, ejecutada la conducta contemplada en el Artículo 160 N° 2 o en situaciones similares, se invoque la causal de incumplimiento grave de las obligaciones. Dada la amplitud de sus términos, existiría mayor probabilidad de que los hechos se enmarquen dentro de sus requisitos y, conforme a ello, se considere que el despido ha sido justificado.

Asimismo, se suele invocar esta causal en aquellos casos en que las negociaciones desarrolladas por el trabajador provocan simultáneamente el incumplimiento de ciertas obligaciones laborales, tales como disminución de su

¹³⁵ GAMONAL CONTRERAS, Sergio y GUIDI MOGGIA, Caterina. Op. Cit. p. 275.

rendimiento, incumplimiento de la jornada de trabajo, falta de asistencia o puntualidad al trabajo, incumplimiento de órdenes, entre otros.

- **Corte Suprema, 18 de agosto de 2010, Rol 4994-2010.**

En este caso, la empresa comunicó a la trabajadora la decisión de ponerle término a su contrato de trabajo por las causales establecidas en los números 1 letra a), 2 y 7 del Artículo 160 del Código del Trabajo. Los hechos constitutivos de tales causales de caducidad consistían en tener la trabajadora calidad de socia de una sociedad de inversiones, a través de la cual, a su vez, tenía participación en dos sociedades que realizaban actividades del mismo giro que la empresa empleadora. Ello importaba, a juicio de la demandada, una infracción a la prohibición de efectuar negociaciones dentro del giro de la compañía, que conforme a su contrato de trabajo estaba sujeta y, además, configuraba una falta al deber de probidad y un incumplimiento grave de las obligaciones de su contrato de trabajo.

Respecto a esta último causal, la empresa demandada señaló que la actora habría incumplido gravemente sus obligaciones contractuales porque: “a) usó información de la compañía demandada para su propio beneficio y lucro; b) usó los activos y red de contactos de su empleador, estando vigente la relación laboral, para convertirse en competidora de quien pagaba su remuneración; c) todos sus comportamientos se desarrollaron de manera oculta, simulando

fidelidad a su empleador cuando en rigor sus lealtades estaban en otra parte y d) infringió las más elementales normas relativas a la buena fe contractual”¹³⁶.

La sentencia del tribunal laboral, confirmada por la Corte de Apelaciones y la Corte Suprema, rechazó la aplicación de la causal de incumplimiento grave de las obligaciones, en base a los siguientes argumentos:

“El hecho de haber (...) constituido una sociedad no implica incumplimiento de las obligaciones de su contrato, más aún cuando no se ha indicado cuál es la obligación específica que se habría dejado de cumplir o cumplido de manera insatisfactoria”¹³⁷.

- **Corte Suprema, 20 de octubre de 2009, Rol 6139-2009.**

La sentencia de primera instancia estableció que es improcedente la aplicación de la causal de incumplimiento grave de las obligaciones en aquellos casos en que la conducta imputada al trabajador esté contemplada en los otros numerales del Artículo 160 y que no puede ser invocada cuando falte alguno de los requisitos establecidos en tales causales. De acuerdo a este criterio,

¹³⁶ Considerando décimo primero, Juzgado de Letras del Trabajo de Valparaíso, 21 abril 2010, RIT O-731-2009,

¹³⁷ Considerando duodécimo, párrafo 2º, Juzgado de Letras del Trabajo de Valparaíso, 21 abril 2010, RIT O-731-2009.

existiría incompatibilidad entre las causal de negociaciones incompatibles y la de incumplimiento grave de las obligaciones.

Así, en el considerando séptimo expresó: *“que, en cuanto a la segunda causal invocada, esto es, incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato, ésta es aplicable a faltas o conductas no expresamente tipificadas en los números 1 a 6 del artículo 160 del Código Laboral, y, en todo caso, no puede invocarse respecto de situaciones en que faltó alguno de los requisitos previstos en las causales precedentes, puesto que si el legislador laboral estimó que para configurarse dichos supuestos legales era necesaria la concurrencia de determinadas condiciones; la ausencia de cualquiera de éstas, necesariamente implica que la conducta no es reprochable, o se trata de una falta que carece de la gravedad suficiente para justificar el despido del trabajador, sin perjuicio de otras sanciones de menor entidad que el empleador pueda aplicar en ejercicio de sus facultades disciplinarias”*¹³⁸.

La sentencia de la Corte de Apelaciones, confirmada por la Corte Suprema, revocó el fallo de primera instancia, considerando que sí se había configurado la causal de incumplimiento grave de las obligaciones, pese a que no se daban todos los requisitos de la causal de negociaciones incompatibles.

¹³⁸ Considerando séptimo, sentencia del 5° Juzgado del Trabajo de Santiago, 04 de marzo de 2008, Rol 217-2006

De esta forma, se estableció en los considerandos 3º y 4º que *“no se debe exagerar el tenor literal de las palabras de la ley; es decir, la exégesis es permitida y promovida en el ámbito del derecho civil; en cambio, en el Derecho del Trabajo, se impone una concepción distinta, en la medida que las probanzas se ponderan conforme a la normas de la sana crítica...Que esta misma Corte ha declarado -Causa Rol 3698-2001- “que el trabajador que desarrolla una actividad comercial, ya sea en forma directa, asociado con un tercero o a través de la constitución de empresas, de las mismas características de aquellas que desarrolla su empleador, ha incurrido en la causal de despido de incumplimiento grave de las obligaciones que le impone el contrato...que no puede menos que reconocerse que en toda relación entre personas y partes existe siempre exigencias éticas no expresadas, pero que son de su esencia y que cuando no son cumplidas, hacen imposible la sobrevivencia del lazo que los une”*¹³⁹.

- **Corte Suprema, 13 de octubre de 2004, Rol 4168-2004.**

Un ex trabajador, de profesión publicista, se desempeñaba como director de arte en la empresa demandada. Después de aproximadamente 3 años de prestación de servicios, fue despedido por las causales de los números 2 y 7 del Artículo 160 del Código del Trabajo.

¹³⁹ Corte de Apelaciones de Santiago, 17 de julio de 2009, Rol 1780-2008.

El ex empleador demandado sostuvo que el trabajador había efectuado negociaciones del mismo giro del negocio de la compañía y que éstas habían sido prohibidas por escrito, ya que en la cláusula séptima de su contrato de trabajo se le impuso la prohibición de ejecutar, durante las horas de trabajo o en el desempeño de sus funciones, actividades ajenas a su labor o dedicarse a atender asuntos particulares. Asimismo, el trabajador habría incurrido en incumplimiento grave a las obligaciones impuestas en su contrato de trabajo, debido a que, desde que había sido sorprendido ejecutando las negociaciones prohibidas indicadas, su trabajo comenzó a presentar graves deficiencias, especialmente en la revisión de los trabajos a publicarse.

La sentencia del Octavo Juzgado del Trabajo de Santiago, confirmada por la Corte de Apelaciones y la Corte Suprema, desestimó la aplicación de la causal de negociaciones prohibidas por haber sido invocada extemporáneamente por el empleador. Sin embargo, acogió la causal de incumplimiento grave de las obligaciones del contrato, por las deficiencias alegadas respecto al desempeño del trabajo del actor y no por las actuaciones externas de carácter competitivo¹⁴⁰.

- **Corte de Apelaciones de Concepción, 03 mayo 2001, Rol 463-2000.**

¹⁴⁰

8º Juzgado del Trabajo de Santiago, 10 abril 2003, Rol 371-2002.

En este caso, el empleador justificó el despido en la causal del artículo 160 N° 7 del Código del Trabajo, por cuanto el trabajador habría efectuado negocios incompatibles con su deber, recibiendo ‘coimas’ de los proveedores, ocupando bienes de la empresa en beneficio personal, entre otras conductas que habrían causado perjuicios económicos a la empresa.

La sentencia de primera instancia rechazó la demanda de despido injustificado¹⁴¹. La Corte de Apelaciones revocó la sentencia en base a que *“al sostener la demandada que el trabajador ha incumplido gravemente alguna obligación que le impone el contrato, es imprescindible, en primer término, conocer las respectivas obligaciones, las que deben constar en el contrato, contrato que no se encuentra acompañado al proceso, por lo que se está en la imposibilidad de determinar si los hechos denunciados en el Aviso de Despido conforman o no incumplimiento de alguna obligación a la que encontraba sujeto el trabajador”*¹⁴².

¹⁴¹ 1° Juzgado Civil de Talcahuano, Rol 21173 – 1999.

¹⁴² Considerando segundo, Corte de Apelaciones de Concepción, 03 mayo 2001, Rol 463-2000. Sentencia confirmada por la Corte Suprema, 05 de septiembre de 2001, 2126-2001.

- **Corte de Apelaciones de Santiago, 11 enero 2005, Rol 1861-2003.**

El trabajador demandante se desempeñaba como gerente de la división de electrónicos en una empresa cuyo giro era la comercialización de productos eléctricos, hasta que fue despedido por incumplimiento grave de las obligaciones que le impone el contrato (artículo 160 N° 7 del Código del Trabajo).

Los hechos en que la empresa fundamentó el despido consistieron en que el trabajador, durante el transcurso de la relación laboral, formó con su subordinado directo una sociedad del mismo giro que su empleadora. A esto se sumaba que la empresa pagaba un altísimo sueldo al actor para que se desempeñara como gerente de la principal división comercial con absoluta lealtad. Por último, el trabajador se había obligado en el contrato de trabajo a dedicarse en forma exclusiva a sus funciones y a declarar eventuales conflictos de intereses.

La Corte de Apelaciones, revocando la sentencia de primera instancia, estableció que *“tales actos importan la causal de incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato de trabajo invocada para poner término a la relación laboral, motivo por el cual debe rechazarse la acción de despido*

injustificado aunque tales hechos no hayan sido previstos por las partes en el contrato de trabajo”¹⁴³.

- **1° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, 23 septiembre 2010, RIT 1643-2010.**

“...En cuanto esta sentenciadora desestimó la causal invocada del artículo 160 N° 2 del Código del Trabajo, además de hacer presente que los hechos contenidos en la comunicación para fundamentar la causal ya desechada, son los mismos presupuestos fácticos para fundamentar la causal séptima del artículo 160, ya citado, luego que, habiéndose establecido la inexistencia de negociación del trabajador dentro del giro de la empresa, no es posible configurar la causal, no obstante haberse acreditado en la causa, que el actor prestó servicios para terceros durante la jornada de trabajo, excluyéndose esta hipótesis, en consecuencia, para configurar la causal de incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato....la única inobservancia en que incurrió el demandante en el desempeño de sus servicios, fue prestar servicios para terceros en horas de trabajo, lo que a juicio de esta sentenciadora no reviste una entidad tal que provoque el quiebre de la relación laboral y menos que permitiera que el empleador adoptara la decisión unilateral de desvincular

¹⁴³ Corte de Apelaciones de Santiago, 11 enero 2005, Rol 1861-2003 (Considerando segundo). Sentencia confirmada por la Corte Suprema, 30 de agosto de 2005, Rol 860-2005.

*al actor, toda vez que como ya se dijo, se trató de la prestación de un servicio en un día determinado y en una sola oportunidad (...)*¹⁴⁴.

- **Corte Suprema, 28 de diciembre de 1995, Rol 4814-1995.**

*“...Se hace necesario descartar que en autos se trata de traer a la litis la similitud que existe entre el incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato, que está contenida en el N° 7 del artículo 160 y las negociaciones que ejecuta el trabajador dentro del giro del negocio, referido en el N° 2 de la disposición citada, porque la ley las ha regulado independientemente, dándole carácter particular a cada una de ellas; porque el despido se ha basado en el incumplimiento grave de las obligaciones y porque en los documentos que acreditan la relación laboral no aparecen prohibiciones impuestas al trabajador que lo acerquen a la situación jurídica del N° 2 del artículo 160 del Código del Trabajo”*¹⁴⁵.

¹⁴⁴ Considerando trigésimo cuarto, sentencia 1° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, 23 septiembre 2010, RIT 1643-2010. Recurso de nulidad rechazado por Corte de Apelaciones de Santiago, 11 de enero de 2011, Rol 1394-2010.

¹⁴⁵ Considerando cuarto.

2.3.2. Negociaciones incompatibles y falta de probidad.

El artículo 160 N° 1 letra a) dispone que el contrato de trabajo termina sin derecho a indemnización alguna si el trabajador incurre en falta de probidad en el desempeño de sus funciones.

La jurisprudencia ha precisado que la falta de probidad constituye ausencia de rectitud, honradez e integridad en el obrar¹⁴⁶.

Para que esta causal pueda prosperar, se requiere que la falta se refiera a hechos o acciones que tengan íntima y particular relación con las labores que desempeña el trabajador¹⁴⁷, y que las conductas sean carácter grave y estén debidamente comprobadas.

Existen variados casos que se han entendido incorporados dentro de esta causal, muchos de los cuales se encuentran asociados a las negociaciones incompatibles, tales como el hurto de bienes de propiedad del empleador, el recibo de dádivas del trabajador por parte de clientes, el uso malicioso de los antecedentes técnicos de la empresa, la comercialización de bienes de cualquier clase dentro de la jornada de trabajo y/o dentro del establecimiento, entre otros.

¹⁴⁶ MORAGA, René. El Código del Trabajo comentado. 3ª ed. Santiago, Chile. Editorial LegalPublishing, 2011. p. 395.

¹⁴⁷ LIZAMA PORTAL, Luis. Op. Cit. p. 173.

Asimismo, parte de la doctrina y la jurisprudencia ha sostenido que configura falta de probidad la competencia desleal del trabajador hacia el empleador¹⁴⁸.

Patricio Novoa, compartiendo esta opinión, citó al respecto el siguiente fallo:

“Incorre en falta de probidad y a las obligaciones que impone el contrato quien habiendo sido contratado con la obligación de atender cualquier tipo de industria en la Región, ofreciéndole los productos de la empleadora, oculta la mercadería de éste, se niega a responder consultas de clientes y trata de vender por cuenta de otra empresa productos de la misma línea que expende su empleadora transformándose en un competidor más”¹⁴⁹.

En relación a la causal de falta de probidad, al momento de poner término al contrato de trabajo de un trabajador que ha incurrido en negociaciones incompatibles o competencia desleal, se producen dos tipos de situaciones:

- Se invocan conjuntamente las causales de falta de probidad y negociaciones incompatibles. Esto ocurre especialmente en los casos en que a los hechos constitutivos de negociaciones prohibidas se añaden otros que, en conjunto, importarían falta de probidad. A modo de

¹⁴⁸ GAMONAL CONTRERAS, Sergio y GUIDI MOGGIA, Caterina. Op. Cit. p. 277. LIZAMA PORTAL, Luis. Op. Cit. p. 174

¹⁴⁹ NOVOA FUENZALIDA, Patricio. Deberes de fidelidad y lealtad laboral: no subsistencia de las obligaciones personales del trabajador una vez expirado el vínculo contractual y la competencia desleal. Anuario de Derecho del Trabajo y Seguridad Social Nº 3. Derechos Fundamentales: Homenaje al Profesor Patricio Novoa Fuenzalida. Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2004.p. 443.

ejemplo, que las negociaciones se efectúen con los mismos clientes del empleador, usando materiales de la empresa, durante la jornada de trabajo, involucrando al cónyuge o a los familiares, ocultando información al respecto cuando le ha sido requerida, provocando el desprestigio de la empresa o mediante hechos constitutivos de delito, entre otros.

- Se invoca únicamente la causal de falta de probidad respecto a los hechos previstos en la causal de negociaciones incompatibles. Esto ocurre especialmente en aquellos casos en que no se cumplen los requisitos de procedencia de esta última causal. El fundamento de ello se encontraría en la deslealtad que importaría por parte del trabajador ejercer en forma particular la misma actividad realizada por su empleador¹⁵⁰.
- **Juzgado de Letras del Trabajo de Valparaíso, 21 abril 2010, RIT O-731-2009.**

En este caso, para efectos de poner término al contrato de la trabajadora, además de las causales de negociaciones incompatibles y de incumplimiento grave de las obligaciones, el empleador invocó la causal de falta de probidad.

¹⁵⁰ NADAL SERRI, Daniel. Op. Cit. p. 248.

En el juicio sobre despido injustificado, la empresa argumentó que la falta de probidad se configuraba en este caso en tanto la trabajadora demandante, en ejercicio de sus funciones como ejecutiva y teniendo acceso a información privilegiada respecto de estrategias de venta, precios, clientes, líneas de desarrollo de negocios y situación del mercado de los productos del área a su cargo, decidió, sin informar a su empleador, en forma secreta y oculta, constituir sociedades que directa o indirectamente suponían una competencia con la empresa, y todo ello con el propósito de lucrar en beneficio personal. La actora habría informado a varios trabajadores y ejecutivos de la empresa que una vez que dejara de trabajar en ella se dedicaría a “vender paltas”, lo que permitía concluir, a juicio de la demandada, que ella tenía clara conciencia de que lo que hacía era incorrecto, de lo contrario no lo habría ocultado.

La sentencia del tribunal laboral, confirmada por la Corte de Apelaciones¹⁵¹ y por la Corte Suprema¹⁵², rechazó la aplicación de la causal de falta de probidad en base a los siguientes argumentos:

“La causal legal invocada necesariamente está referida a un actuar del trabajador alejado de la rectitud, incluso de la honorabilidad, siendo desleal y

¹⁵¹ Recurso de nulidad rechazado por Corte de Apelaciones de Valparaíso, 16 de junio de 2010, Rol 207-2010.

¹⁵² Recurso de Unificación declarado inadmisibile por Corte Suprema, 18 de agosto de 2010, Rol 4994-2010.

deshonesto con su empleador. No se advierte por esta sentenciadora, cómo el hecho de haber la demandante constituido la Sociedad Argonauta podría conllevar a un actuar tan reprochable y casi traicionero con la empleadora. En efecto, es un hecho acreditado que la Sra. Núñez es socia de Argonauta y ésta como toda sociedad, se ha constituido al amparo del cumplimiento de formalidades de publicidad que impiden su ocultamiento u oscuridad.

Lo anterior se ve reforzado por el hecho que la demandante no tenía prohibición escrita de efectuar negociaciones del giro de Enap, por lo tanto, mal podría haber faltado a la probidad por haber formado una sociedad. No es en sí misma una conducta que merezca el reproche moral y ético al que alude la probidad.

Por otro lado, la falta de probidad debe producirse en el desempeño de la funciones del trabajador y no se ha acreditado un desempeño deficiente de la demandante en el ejercicio de su rol de jefatura o cómo el hecho de ser socia de Argonauta habría afectado su trabajo para Enap.

Recalcando lo anterior, debe destacarse que la demandante había presentado su renuncia a la empresa, la que no alcanzó a hacerse efectiva, toda vez que fue despedida antes y ella misma expresó al Tribunal en la diligencia de prueba confesional que se habría ido antes, pero no fue posible.

Este actuar de buscar desvincularse de la empresa corrobora un actuar probo y acorde con las nuevas aspiraciones de la actora”¹⁵³.

- **Corte Suprema, 08 de noviembre de 2000, Rol 3719-2000.**

“...La actividad realizada por el trabajador, importaba una actividad inmoral en la medida que realizaba su actividad comercial paralela a sus funciones lo que le hacía perder imparcialidad y transparencia en las mismas, infringiendo con ello el Reglamento Interno de la Empresa, lo que aparecía agravado con la omisión en que incurrió dicho trabajador al no informar de las actividades que se encontraba realizando y que él mismo debía supervisar”¹⁵⁴.

2.4. FUNDAMENTO DE LA PROHIBICIÓN DE EJECUTAR NEGOCIACIONES

INCOMPATIBLES.

¹⁵³ Considerando undécimo, párrafos 2 a 5, Juzgado de Letras del Trabajo de Valparaíso, 21 abril 2010, RIT O-731-2009.

¹⁵⁴ Considerando cuarto.

2.4.1. Posición Mayoritaria: Aplicación del principio de buena fe.

El trabajo es inseparable de la persona que lo produce. El trabajador compromete en su fuerza de trabajo componentes personales que coexisten con las obligaciones de tipo patrimoniales propias del contrato de trabajo¹⁵⁵. Estos elementos personales demandan una serie de conductas éticas y morales, que han sido denominadas por la doctrina como *contenido ético-jurídico del contrato de trabajo*.

El contenido ético-jurídico no se encuentra regulado en forma explícita en la legislación laboral, sino que es deducible de la normativa general, de los principios del Derecho Laboral y de la interpretación de las normas laborales, especialmente las relativas a la terminación del contrato de trabajo, como la causal de falta de probidad¹⁵⁶. Se basa en el principio de buena fe, cuya premisa es que, además de las obligaciones expresamente estipuladas en el contrato de trabajo, resultan exigibles otras que surgen en función de su propia naturaleza.

¹⁵⁵ GAMONAL CONTRERAS, Sergio. Fundamentos de Derecho Laboral. Santiago, Chile. Legal Publishing, 2008. pp. 5-7.

¹⁵⁶ NOVOA FUENZALIDA, Patricio y THAYER ARTEAGA, William. Manual de Derecho del Trabajo. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile, 2010. p. 192.

El principio de buena fe no es exclusivo del Derecho del Trabajo, sino que constituye un principio de carácter general, aplicable a cada rama del Derecho, que adecua su efectividad a la materia, función y contexto de que se trate.

En palabras de Pla Rodríguez “no es una norma –ni se reduce a una o más obligaciones- sino que es un principio jurídico fundamental, esto es, algo que debemos admitir como supuesto de todo ordenamiento jurídico. Informa la totalidad de él y aflora de modo expreso en múltiples y diferentes normas, aún cuando no siempre se le mencione en forma expresa”¹⁵⁷.

No existe un concepto unívoco de la buena fe. Sin embargo, esta indeterminación permite muchas veces flexibilizar y adaptar la rigidez de las normas, concretándose al momento de su aplicación a un caso específico.

Sin perjuicio de ello, cabe tener presente que la buena fe se asimila a conceptos tales como honestidad, lealtad, diligencia, confianza, honradez, comportamiento correcto, cumplimiento de la palabra empeñada, entre otros.

A nivel doctrinario se distingue entre buena fe subjetiva y buena fe objetiva.

La *buena fe subjetiva* se refiere a la conducta de la persona que, por error, ignorancia o falsa creencia, actúa con la convicción de que su comportamiento

¹⁵⁷ PLA RODRÍGUEZ, Américo. Los principios del derecho del trabajo. Buenos Aires, Argentina. Editorial DePalma, 1990, p.306

es perfectamente legítimo y conforme a derecho, aunque objetivamente no sea así¹⁵⁸.

La *buena fe objetiva*, por su parte, es la lealtad, rectitud o ausencia de mala intención en el actuar de una persona¹⁵⁹. Constituye una regla de conducta, según la cual las partes involucradas en un negocio jurídico deben observar, por disposición legal, determinados lineamientos que acompañan el natural cumplimiento de lo pactado. A la buena fe objetiva se refiere el Artículo 1546 del Código Civil que prescribe que:

“Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella”.

La buena fe objetiva es la que se exige como principio del Derecho del Trabajo, por cuanto ésta se refiere a un comportamiento amparado en disposiciones específicas del ordenamiento jurídico y no a una mera convicción dictada desde el ámbito interno de las partes.

¹⁵⁸ LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge. Los Contratos: Parte General. Volumen 2. 4ª ed. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. 2005. p. 394.

¹⁵⁹ Ídem.

Históricamente, el deber de buena fe estuvo asociado a la concepción de fidelidad, que imponía al trabajador un sometimiento absoluto a su empleador¹⁶⁰. Esta idea, de origen germánico, se fundó en la *teoría comunitaria de la empresa*, surgida en el período entre guerras mundiales. De acuerdo a esta teoría, el contrato de trabajo generaba una comunidad entre trabajador y empleador, en virtud de la cual el primero le debía una fidelidad absoluta al segundo. En palabras de María José Nevado, se trataba de una “ideología basada en la *auctoritas* del empleador, de un lado, y la lealtad (absoluta) de los miembros a él vinculados, de otro; siendo así que el trabajador sólo puede llevar a cabo un comportamiento fiel, obediente y subordinado”¹⁶¹.

Esta noción de fidelidad fundamentaba el surgimiento de deberes accesorios al contrato de trabajo, que obligaban únicamente al trabajador. Se consideraba que no cabía en la relación laboral el antagonismo de intereses entre empresarios y trabajadores, pues el único interés que primaba era el del empleador¹⁶².

Actualmente, el deber de buena fe aún arrastra vestigios de dicha concepción proveniente de regímenes políticos autoritarios, aunque se presenta

¹⁶⁰ IRURETA URIARTE, Pedro. Op. Cit. p. 4.

¹⁶¹ NEVADO FERNÁNDEZ, María José. Las restricciones a la competencia en el contrato de trabajo. Madrid, España. Editorial Tecnos, 1998. p. 56.

¹⁶² MONTOYA MELGAR, Alfredo. Derecho del Trabajo. Madrid, España. Editorial Tecnos, 1979, p. 313

en una versión más moderada, sin ser llevado hasta límites tales que eliminen cualquier asomo de libertad de la persona¹⁶³. Ahora, de acuerdo a la autora española, “se habla de un deber general de buena fe contractual que, más allá de la confianza existente entre las partes, permite configurar al contrato de trabajo como un instrumento de intercambio de prestaciones y de satisfacción de los intereses contrapuestos que existen en el ámbito de la relación laboral”¹⁶⁴.

Lo anterior importa un reconocimiento a los intereses antagónicos que pueden tener empleador y trabajador, pese a lo cual mantienen un vínculo jurídico que requiere, para ser desarrollado en forma armoniosa, que las partes ejecuten sus obligaciones de buena fe.

El quebrantamiento del principio de la buena fe laboral, es el origen en muchas ocasiones del incumplimiento de las obligaciones que impone el contrato de trabajo. Dicho incumplimiento acarrea responsabilidad cuando éste es imputable al que lo comete y, por tanto, sus efectos se extienden a ambas partes de la relación laboral, y no a la mera satisfacción de los intereses del empleador.

¹⁶³ NEVADO FERNÁNDEZ, María José. Op. Cit. p. 41.

¹⁶⁴ IRURETA URIARTE, Pedro. Op. Cit. p. 4.

Como todo principio general del derecho, la buena fe cumple variadas funciones, entre las que destacan la función integradora, la función interpretadora y la función limitadora¹⁶⁵.

La *función interpretadora* consiste en que, al interpretar la norma, se debe ser consistente con el ordenamiento jurídico, atribuyendo un significado lo más preciso y acorde con el espíritu de la ley, sin desvirtuar la esencia de la disposición que se interpreta.

La *función limitadora* impone restricciones al ejercicio razonable del derecho por parte de los individuos, exigiéndoles adecuar su conducta, de forma tal que no sobrepasen el contenido de la norma.

La *función integradora* supone colmar vacíos legales que existan en el ordenamiento jurídico, actuando la buena fe como fuente de derecho en aquellos casos no previstos por la ley, con el objeto de proporcionar seguridad jurídica a los individuos.

Refiriéndose a las variadas funciones de este principio, Emilia Conde Marín señala que “la buena fe implementa, complementa y suplementa el contrato de trabajo”¹⁶⁶.

¹⁶⁵ Véase GARCÍA VIÑA, Jordi. La buena fe en el contrato de trabajo. Madrid, España. Consejo Económico Social, 2001, p. 63 y ss.

Aplicando la función integradora de la buena fe, parte de la doctrina y de la jurisprudencia han configurado una serie de deberes adicionales no previstos expresamente por las partes de la relación laboral, entre los cuales se encontraría el deber de no competencia desleal.

Para Thayer y Novoa, la exigencia de prohibición expresa de ejecutar negociaciones dentro del giro del empleador constituye un error del legislador por cuanto, en virtud del deber de lealtad y de la prohibición de competencia desleal, que fluyen del contenido ético-jurídico del contrato de trabajo, esta limitación debe presumirse, exigiéndose –al contrario de lo establecido en la norma- la autorización expresa del empleador para desarrollar funciones en el mismo giro¹⁶⁷. En el mismo sentido se han manifestado Pedro Irureta¹⁶⁸, Sergio Gamonal y Caterina Guidi¹⁶⁹.

La jurisprudencia, por su parte, ha sido vacilante, por lo que es posible encontrar en esta materia muchas resoluciones judiciales que resultan contradictorias entre sí. Como vimos respecto a la obligación de escriturar la prohibición, en algunos casos se ha exigido en términos estrictos este requisito,

¹⁶⁶ CONDE MARÍN, Emilia. La buena fe en el contrato de trabajo: Un estudio de la buena fe como elemento de integración del contrato de trabajo. Madrid, Editorial La Ley, 2007, p.22

¹⁶⁷ NOVOA FUENZALIDA, Patricio y THAYER ARTEAGA, William. Manual de Derecho del Trabajo, Tomo II, Editorial Jurídica, Santiago, 2010. p. 390.

¹⁶⁸ IRURETA URIARTE, Pedro. Op. Cit. p. 9.

¹⁶⁹ GAMONAL CONTRERAS, Sergio y GUIDI MOGGIA, Caterina. Op. Cit. p. 280.

mientras que en otros se ha aplicado la causal sin existir una cláusula expresa en el contrato de trabajo, en base a los deberes que formarían parte contenido ético-jurídico de toda relación laboral.

- **2º Juzgado del Trabajo de Santiago, 19 junio 2009, Rol 537-2008.**

“Se encuentran dentro del contenido ético-jurídico del mismo, debiendo las partes respetar el deber de fidelidad y lealtad al que se encuentran obligados, deberes que en caso alguno detentan un carácter accesorio, sino que son esenciales y principales, lo que lleva a concluir que la relación laboral debe desenvolverse en un clima de confianza, en la medida que ambas partes cumplen con sus obligaciones de buena fe, y que por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa sino a todo aquello que emana de su especial naturaleza o que por ley o costumbre le pertenecen”¹⁷⁰.

- **Juzgado de Letras del Trabajo de Concepción, 09 de septiembre de 2010, RIT O-202-2010.**

“Los hechos descritos en el número seis del motivo precedente dan cuenta de las negociaciones (venta e instalación) que efectuó el trabajador dentro del giro negocio del empleador y además, del incumplimiento en que incurrió el

¹⁷⁰ Considerado noveno. Sentencia de primera instancia revocada por la Corte de Apelaciones de Santiago, 03 junio 2010, Rol 9244-2009. Esta última a su vez revocada por fallo de la Corte Suprema, 16 de noviembre de 2010, Rol 5531-2010.

trabajador respecto de la cláusula tercera del contrato de trabajo ya aludida, sin perjuicio, además, que en este caso se ha configurado un incumplimiento al contenido ético jurídico del contrato de trabajo relativo deber de lealtad y prohibición de competencia desleal. Dicho incumplimiento se estima de gravedad suficiente como para justificar la terminación del contrato de trabajo, atendido el deber de buena fe que debe primar en toda relación de trabajo, deber que por cierto el trabajador incumplió y que sin duda tiene la entidad suficiente como para generar la pérdida de confianza de la entidad empleadora”¹⁷¹.

- **Corte de Apelaciones de Santiago, 11 de enero de 2005, Rol 1861-2003.**

“Que en opinión de esta Corte, tales actos importan la causal de incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato de trabajo invocada para poner término a la relación laboral, motivo por el cual debe rechazarse la acción de despido injustificado aunque tales hechos no hayan sido previstos por las partes en el contrato de trabajo, tanto porque no corresponde a éstas establecer anticipadamente motivos de exoneración con efecto vinculante atendido que ésta es materia de orden público de lo que deriva que no es aceptable acoger la demanda razonando con la imprevisión

¹⁷¹ Considerando octavo. Sentencia confirmada por Corte de Apelaciones de Concepción, 05 de enero de 2011, Rol 263-2010.

contractual de estos hechos cuanto porque no puede menos que reconocerse que en toda relación entre personas y partes existen siempre exigencias éticas no expresadas pero que son de su esencia y que cuando no son cumplidas hacen imposible la sobrevivencia del lazo en estos casos ético jurídicas por la índole de la vinculación como lo es desarrollar actividades contrarias a los intereses de la representada, puesto que además de cumplir con el trabajo especificado también es reclamable del trabajador que actúe al margen de todo conflicto de intereses real o eventual que afecte a la ejecución del contrato laboral, como inequívocamente deben interpretarse los hechos anteriormente señalados y que, como se ha dicho, han hecho impracticable la persistencia del contrato”¹⁷².

- **Corte de Apelaciones de Santiago, 02 de noviembre de 2001, Rol 113-2001.**

“Respecto de la causal esgrimida para poner término al contrato de trabajo – negociaciones que ejecute el trabajador dentro del giro del negocio- apreciados conforme a las reglas de la sana crítica los elementos del proceso, en especial los consignados en el fundamento primero precedente, resulta innegable que si bien no se escrituró en el contrato la prohibición de dichas actuaciones, lo cierto es que se comprobó fehacientemente la ocurrencia de tales hechos,

¹⁷² Considerando segundo.

provocando una situación de conmoción en la empresa entre padre e hijo. Por las especiales características de esta relación laboral-familiar debe otorgarse a esta transgresión comprobada, el mérito suficiente para configurar la causal invocada y por ende, el despido del actor no tuvo carácter injustificado, indebido o improcedente”¹⁷³.

2.4.2. Posición Minoritaria: Improcedencia de la función integradora de la buena fe o del contenido ético-jurídico del contrato de trabajo.

Christian Melis y Felipe Sáez se han manifestado contrarios a la aplicación de la causal de negociaciones incompatibles en aquellos casos en que no se ha escriturado la prohibición, “en tanto no se admite como razonable la configuración de un llamado contenido ético-jurídico del contrato de trabajo”¹⁷⁴.

Comparto que la correcta aplicación de la causal importa exigir la escrituración de la prohibición, agregando al argumento señalado por los autores las siguientes consideraciones:

¹⁷³ Considerando tercero, parte final.

¹⁷⁴ MELIS VALENCIA, Christian y SÁEZ CARLIER, Felipe. Op. Cit. p. 127.

- La exigencia de escrituración ha importado una limitación fundamental a la aplicación de la prohibición de negociaciones incompatibles, cuyos alcances no están bien definidos.

Al respecto, Magdalena Nogueira sostiene que “el legislador interviene normativamente y regula de modo expreso la obligación de no competencia a fin de evitar la sobreprotección empresarial y el abuso en el que podría desembocar la total ausencia de regulación y la correlativa negociación individual de su contenido por parte del trabajador, con un poder de negociación manifiestamente menor que el del empresario, su intervención se dirige, así pues, a reequilibrar el poder de negociación del trabajador y maximizar los intereses contractuales de éste en este concreto aspecto del contrato de trabajo”¹⁷⁵.

En nuestra legislación, no se hace referencia expresa a la competencia desleal en materia laboral, sino que se habla de ‘ negociaciones dentro del giro del negocio del empleador’, dando margen a una interpretación más amplia que, no obstante, es limitada en su aplicación al exigirse que la prohibición conste en el contrato de trabajo.

¹⁷⁵ 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 Arazandi, 1997. p. 102.

- Para entender a la inversa la prohibición, es decir, aplicable siempre que exista contrato de trabajo, salvo en aquellos casos en que lo autorice expresamente el empleador, se requiere una modificación legal.
- Pese a que es indudable la exigencia de la buena fe en el contrato de trabajo, este principio no tiene alcances ilimitados.

Sobre este último punto, la autora española antes citada, sostiene que “la buena fe se verá despojada de su fuerza integradora en aquellos comportamientos que hayan sido prefijados y detallados legal o convencionalmente. La razón es clara. La tipificación de omisiones o acciones del trabajador perfectamente delimitadas y descritas en un precepto legal o cláusula convencional o contractual, excluye por sí misma la existencia de una laguna para ese problema específico y, en consecuencia, toda necesidad de integración en sentido estricto. Salvo la función integradora, el resto de funciones de la buena fe contractual permanece inalterado en estos supuestos”

176

Así, es cuestionable que se configure una obligación en aquellos casos en que existe un requerimiento legal opuesto. De lo contrario, existirá una constante incertidumbre para el trabajador, por cuanto este no sabrá de la

¹⁷⁶

NOGUEIRA GUASTAVINO, Magdalena. Op. Cit. p. 134.

prohibición sino hasta el momento de un eventual juicio, en que la decisión dependerá del criterio del juez.

El criterio expuesto fue compartido en el siguiente fallo:

- **Corte Suprema, 28 de diciembre de 1995, Rol 4814-1995.**

“Las obligaciones que impone el contrato de trabajo a las partes son las que en éste se establecen y que, naturalmente, se desprenden de su condición, las que en virtud del artículo 1546 del Código Civil, deben entenderse como existentes porque los contratos se deben cumplir de buena fe. Sin embargo, estas obligaciones, que pudieran entenderse implícitas en su contrato de trabajo tienen el límite de lo que es permitido por la ley, especialmente cuando chocan con una garantía individual. Es el caso de la libertad de trabajo contenida en el N° 16 del artículo 19 de la Constitución Política, según el que ninguna clase de trabajo puede ser prohibida, salvo que se oponga a la moral, a la seguridad o a la salubridad pública o que lo exija el interés nacional y que una ley lo declare así. La excepción es la prohibición permitida en el N° 2 del artículo 160 del Código del Trabajo, que como tal no puede aplicarse por similitud, aparte de estar precisamente establecida en la ley laboral. En esta

*forma, la alegación del demandado que invoca los principios de la buena fe no lo ayudan en el caso sub-lite*¹⁷⁷.

Para efectos de evitar posibles abusos en la aplicación de esta causal, a mi juicio, es necesario que delimitar en ella que la prohibición se refiere solamente a conductas que importen competencia desleal del trabajador y especificar qué se entiende bajo este concepto, respecto a lo que profundizaré en el siguiente capítulo.

¹⁷⁷ Considerando noveno.

CAPÍTULO III

LIMITACIONES CONVENCIONALES AL PLURIEMPLEO: CLÁUSULAS DE NO COMPETENCIA Y OTROS PACTOS EN EL CONTRATO DE TRABAJO.

3.1. ANTECEDENTES DE CONTEXTO.

La expansión del sistema capitalista y la progresiva globalización de la economía, instauraron el mercado como el centro del orden económico, estableciendo la libertad de iniciativa económica como su principal consigna. Este paulatino pero sostenido proceso, provocó y continúa provocando cambios en la organización empresarial y en el mercado de trabajo¹⁷⁸.

Desde el punto de vista de las empresas, estas han debido transformarse, adoptando nuevas estrategias para enfrentarse a la competencia. Para ello, han necesitado efectuar grandes inversiones, renovando continuamente su tecnología y garantizando su rentabilidad; han tenido que reducir los costos de producción y de distribución de sus productos y servicios con el objeto de disminuir sus precios, para tener cabida tanto en el mercado nacional como

¹⁷⁸ Al respecto, Sergio Gamonal ha destacado que “la principal función del derecho laboral es la tutela del trabajador, parte débil de la relación de trabajo. No obstante, este derecho también cumple una función de pacificación social y de consolidación de un capitalismo moderado”. GAMONAL CONTRERAS, Sergio. Fundamentos de Derecho Laboral. Santiago, Chile. Legal Publishing, 2008. p. 13.

internacional, pero por sobre todo han requerido distinguirse del resto de los competidores, adquiriendo características peculiares que las hagan únicas y exclusivas. Para lograr estas finalidades, las empresas han experimentado cambios en su organización interna, fundamentalmente en la coordinación y dirección de su fuerza de trabajo¹⁷⁹.

Un elemento central de esta reestructuración, ha sido la integración del conjunto de trabajadores en las políticas estratégicas de la empresa. 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 generan.

Tradicionalmente este manejo de la información se centró sólo en cargos superiores. Sin embargo, con el objeto de reducir los costos de contratar personal encargado de la supervisión y optimizar la conexión entre personal y clientela, las empresas comenzaron a dotar a todos sus trabajadores de mayor autonomía, con lo cual se fue descentralizando su jerarquía. Esto trajo como

¹⁷⁹ NOGUEIRA GUASTAVINO, Magdalena. La prohibición de Competencia Desleal en el Contrato de Trabajo. Madrid, España. Editorial Aranzadi, 1997. pp. 27 y 28.

consecuencia que cada trabajador incrementara su nivel de acceso a la estructura organizativa interna de la empresa.

En la medida que la difusión y el uso de esa información puede importar un riesgo para las empresas, éstas, en defensa de sus intereses competitivos, buscan protegerla a través de distintas medidas, entre las cuales destacan las limitaciones contractuales a sus trabajadores.

Así, además de la prohibición establecida en el Artículo 160 N° 2 del Código del Trabajo “la doctrina, y parcialmente la jurisprudencia, ha venido aceptando desde antiguo el hecho de 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”¹⁸⁰.

De conformidad al Artículo 10 N° 7 del Código del Trabajo, además de las cláusulas mínimas que todo contrato de trabajo debe contener, las partes pueden establecer otras cláusulas que ellas acuerden. Dichos pactos tienen origen en la autonomía de la voluntad de las partes contratantes, principio que es acogido con especiales restricciones en materia laboral.

En efecto, cabe tener presente que la interacción “entre la autonomía de los sujetos y la normativa laboral no se produce de cualquier manera: el

¹⁸⁰ IRURETA URIARTE, Pedro. La prohibición de competencia y la buena fe contractual. Estudios Laborales, N° 1, Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Santiago, Chile. LexisNexis, 2007. p. 10.

ordenamiento proporciona determinadas reglas o criterios en los que, por una parte, se garantiza el respeto a la libertad de los sujetos en la determinación del contenido de su relación y, por otra, se asegura el respeto a ciertos contenidos de las normas laborales, con especial atención a los intereses del trabajador, que podrían ser olvidados como consecuencia del desequilibrio de fuerzas”¹⁸¹.

Las partes del contrato de trabajo podrían modificar ciertas condiciones en beneficio del trabajador, siempre por sobre los mínimos fijados por la ley, o bien, incorporar aspectos no contemplados en la legislación laboral, respetando los derechos fundamentales que pudieren verse afectados.

La celebración de un contrato de trabajo no obliga al trabajador, por regla general, a una dedicación exclusiva a la actividad productiva de la empresa con la que ha contratado inicialmente la prestación de sus servicios. En consecuencia, todo pacto limitativo del pluriempleo será excepcional y deberá cumplir ciertos elementos básicos que fundamenten su validez.

Teniendo en cuenta que los pactos restrictivos de la libertad de trabajo pueden ser diversos, nos referiremos a aquellos que guardan estrecha relación con el pluriempleo y que suelen presentarse con mayor frecuencia.

¹⁸¹ MARTÍN VALVERDE, Antonio, RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, Fermín y GARCÍA MURCIA, Joaquín. Derecho del Trabajo. Madrid, España. Editorial Tecnos, 2008. p. 493.

3.2. CLÁUSULA DE NO COMPETENCIA O PROHIBICIÓN DE COMPETENCIA DESLEAL.

3.2.1. Antecedentes Históricos de la Prohibición de Competencia Desleal.

Los primeros antecedentes normativos de la prohibición de competencia desleal no se encuentran en la legislación laboral sino en la mercantil.

El Código de Comercio de 1865 estableció en el inciso primero de su Artículo 331 una prohibición que pesaba sobre los factores de comercio, referida a "traficar por su cuenta y tomar interés en nombre suyo o ajeno en negociaciones del mismo género de las que hagan por cuenta de sus comitentes, a menos que fuesen expresamente autorizados por ellos"¹⁸². Esta restricción se basaba en la peligrosidad de estos auxiliares del comerciante que, contando con una posición comercial ventajosa, poseían avanzados conocimientos sobre el negocio¹⁸³.

¹⁸² IRURETA URIARTE, Pedro. Op. Cit. p. 2.

¹⁸³ NEVADO FERNÁNDEZ, María José. Op. Cit. p. 49.

Más tarde, restricciones de este tipo se extendieron también sobre el capitán, el sobrecargo y los mancebos. El objetivo de estas normas fue proteger los intereses patrimoniales de los navieros y comerciantes¹⁸⁴.

Al respecto, Pedro Irureta señala que en la legislación laboral “la recepción más directa de estos criterios se produjo en las leyes sociales del año 1924 y en el artículo 164 N° 7 del Código del Trabajo del año 1931. En este último cuerpo legal, nuestro legislador consagró una norma de similar orientación cuyo texto perdura hasta nuestros días”¹⁸⁵. Se trata del actual Artículo 160 N° 2, en virtud del cual le está prohibido al trabajador ejecutar negociaciones dentro del giro del negocio del empleador, siempre que se hubiere establecido expresamente esta prohibición en el respectivo contrato de trabajo.

De acuerdo a la doctrina mayoritaria, la norma del Artículo 160 N° 2 está referida a la competencia desleal¹⁸⁶. Sin embargo, los alcances que le ha dado la jurisprudencia son más amplios, de acuerdo a lo que veremos a continuación al analizar el concepto, los fundamentos y los elementos de la obligación de no competencia.

¹⁸⁴ Ibíd. pp. 47 y 48.

¹⁸⁵ IRURETA URIARTE, Pedro. Op. Cit. p. 3.

¹⁸⁶ En este sentido: NOVOA FUENZALIDA, Patricio y THAYER ARTEAGA, William. Manual de Derecho del Trabajo. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile, 2010. p. 204

3.2.2. Concepto de obligación de no competencia.

Magdalena Nogueira Guastavino otorga una definición precisa de las obligaciones de no competencia, señalando 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”¹⁸⁷.

Las obligaciones de no competencia comprenden tanto las actividades por cuenta ajena que se desarrollen en otra empresa como las actividades económicas ejecutadas por cuenta propia en el mercado relevante para el empleador. Ambas deben ser susceptibles de causar un riesgo objetivo a los intereses competitivos de este último¹⁸⁸.

Aunque lo más frecuente es que el empresario imponga como condición la aceptación de un pacto de esta naturaleza, es necesario que el trabajador también manifieste su voluntad de contraerlo para que dicho pacto se convierta en fuente de la obligación de no competencia¹⁸⁹.

¹⁸⁷ NOGUEIRA GUASTAVINO, Magdalena. Op. Cit. p. 79.

¹⁸⁸ NOGUEIRA GUASTAVINO, Magdalena. Op. Cit. p. 113.

¹⁸⁹ NEVADO FERNÁNDEZ, María José. Las restricciones a la competencia en el contrato de trabajo. Madrid, España. Editorial Tecnos, 1998.p. 54.

3.2.3. Fundamento de las obligaciones laborales de no competencia.

El fundamento de las obligaciones laborales de no competencia históricamente más aceptado ha sido el deber de fidelidad¹⁹⁰. En virtud de este deber el trabajador tendría la obligación de proteger los intereses del empleador y, en consecuencia, la obligación de destinar todos sus esfuerzos laborales a la empresa, absteniéndose de competir con ella.

No obstante, la idea de que el deber de no competencia responde a una subordinación del trabajador orientada a los intereses del empleador, ha sido sustituida por la necesidad de encontrar un justo equilibrio entre el ejercicio del pluriempleo o pluriactividad por parte del trabajador y de la protección de los intereses legítimos por parte del empleador.

Por ello, en primer término, es necesario entender reformulado el deber de fidelidad en un deber genérico de buena fe, el cual pesa sobre ambas partes del contrato de trabajo y no solamente sobre el trabajador, según vimos en el capítulo anterior.

Al respecto, Nevado señala que “durante un largo período de tiempo – en el que quizá se siga estando inmerso- se utiliza impetuosamente la ecuación: competencia desleal igual a transgresión de la buena fe y, así, justificación de

¹⁹⁰ IRURETA URIARTE, Pedro. Op. Cit. p. 4.

un despido en el que presumiblemente lo único que se ha valorado es la satisfacción de un interés particular, el interés del empresario. Dicho en otras palabras, se ha mantenido la idea de sumisión/subordinación, aunque haya sido con la dulcificación que supone hablar de buena fe, que no de fidelidad”¹⁹¹.

En segundo término, se requiere delimitar los contornos de la obligación de abstención de competencia desleal, la cual tiene características propias respecto al deber más general de buena fe contractual. De lo contrario, al calificar la conducta de desleal por infracción a este último principio, se incorporan dentro de la obligación de no competencia una serie de casos que no necesariamente cumplen con el requisito de afectar, al menos potencialmente, los intereses competitivos del empleador. Destacan dos situaciones:

- En primer lugar, se entiende como infracción al deber de buena fe el caso de un trabajador que realiza actividades competitivas, que no afectan los intereses del empleador, pero que importan incumplimiento de otras obligaciones propias de la relación laboral, tales como bajo rendimiento, inasistencia, impuntualidad, ocultamiento de información, entre otros.

¹⁹¹ NEVADO FERNÁNDEZ, María José. Op Cit. p. 67.

En estos casos, atendida la infracción al deber genérico de buena fe, no sería necesario requerir “competencia” por parte del trabajador y el incumplimiento derivado de su conducta se encontraría previsto en otras normas.

En efecto, como hemos visto en el capítulo anterior, en estos casos se suelen invocar las causales de los Números 1 letra a) y 7 del Código del Trabajo, esto es, falta de probidad e incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato de trabajo.

- La aplicación del estándar jurídico de la buena fe contractual no distingue entre las distintas modalidades de competencia que puede desarrollar el trabajador.

En efecto, en virtud de la aplicación del criterio de la buena fe como fundamento de la obligación de no competencia, se califica del mismo modo tanto el caso de un trabajador que forma una empresa competitiva a la de su empleador como aquél evento en que un trabajador, fuera de su jornada de trabajo, se emplea en un segundo trabajo para una empresa de la competencia.

Nogueira señala que se trata de dos conductas distintas y que, por tanto, deben valorarse con parámetros diferentes. Así, “mientras que, en el primer caso, siempre existe un riesgo objetivo de que el empleador vea perjudicados sus intereses competitivos que, por sí mismo, no parece conforme a la buena fe

contractual (habida cuenta de que la competencia persigue, por definición, la detracción de los clientes de otras empresas de la competencia), la doble contratación laboral de un trabajador para conseguir su sustento no siempre, ni en todo caso, constituye per se una situación objetiva de riesgo ni de perjuicio potencial al empresario”¹⁹².

Cuando un trabajador comienza a prestar servicios para una empresa de la competencia, el peligro de la conducta requiere su verificación en el caso concreto pues, en principio, no se produce un riesgo en cuanto a un trasvase de la clientela.

Lo expuesto permite concluir que si bien el principio genérico de buena fe debe regir en toda relación laboral, su amplitud no permite delimitar la conducta sancionada por la prohibición de competencia desleal, por lo que no resulta suficiente para justificar la limitación a la libertad de trabajo o de empresa, según el caso.

En este sentido, adherimos a lo señalado por los profesores Thayer y Novoa en cuanto a que “la buena fe, más que el fundamento de una obligación, representa la forma como la obligación debe cumplirse”¹⁹³. En otras palabras, una vez delimitados los elementos de la obligación de no competencia, la buena

¹⁹² NOGUEIRA GUASTAVINO, Magdalena. Op Cit. p. 204.

¹⁹³ NOVOA FUENZALIDA, Patricio y THAYER ARTEAGA, William. Manual de Derecho del Trabajo. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile, 2010. p. 194.

fe otorgará los parámetros según los cuales razonablemente el trabajador debe abstenerse de incurrir en la conducta.

Magdalena Nogueira destaca una teoría que, partiendo de la buena fe como fundamento de la obligación de no competencia laboral, justifica su existencia. Se trata de la Teoría de la Competencia Diferencial, según la cual, al encontrarse al interior de la empresa, el trabajador posee una posición que le permite mayor ventaja competitiva respecto a otros competidores que pueda tener su empleador, mediante el acceso a sus estrategias, clientela, listado de proveedores o secretos empresariales en general. Este conocimiento interno de la empresa le otorga mayor 'peligrosidad' al trabajador, por cuanto el daño que le puede provocar puede ser más intenso que el de terceros que no tuvieron acceso a esa información¹⁹⁴.

La autora española expone que "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"¹⁹⁵.

¹⁹⁴ NOGUEIRA GUASTAVINO, Magdalena. Op Cit. pp. 80 – 84.

¹⁹⁵ Ibid. p. 85.

De esta forma, es la relación laboral la que fundamenta que la actividad competitiva del trabajador devengue en incompatible, convirtiendo en irrelevante el mayor o menor daño provocado por éste. Un efecto de la misma intensidad podría ser provocado por un competidor cualquiera, pero lo relevante es el vínculo contractual entre empleador y trabajador, del cual es inherente la entrega de información interna de la empresa.

3.2.4. Objeto de protección: intereses competitivos del empleador.

El postulado básico en el que se basa nuestro sistema económico actual es aquél consagrado en el Artículo 19 N° 21 de la Constitución Política de la República, esto es, la libertad de empresa, cuya proclamación implica que todos los ciudadanos gozan del derecho a participar en el tráfico económico, iniciando actividades económicas lícitas.

En base a esta premisa, debe garantizarse la existencia de un mercado que funcione de forma competitiva, protegiéndolo de conductas ilícitas y desleales que puedan perturbar su correcto funcionamiento¹⁹⁶.

¹⁹⁶ Entre las normas protectoras de la libre competencia, se encuentra la Ley N° 20.169 sobre Competencia Desleal, cuyo Artículo 3° establece que “en general, es acto de competencia desleal toda conducta contraria a la buena fe o a las buenas costumbres que, por medio ilegítimos, persiga desviar clientela de un agente del mercado” y el Artículo 4° que prescribe -de forma no taxativa- una serie de conductas que se entienden como actos de competencia desleal.

En este sentido, la prohibición laboral de competencia desleal podría considerarse parte del marco normativo protector de la libre competencia. Sin embargo, esto no es efectivo, por cuanto dichas normas tienen una finalidad distinta, cual es proteger el mercado de conductas que puedan distorsionarlo¹⁹⁷. La finalidad de las obligaciones laborales de no competencia, en cambio, reside en la protección de los intereses competitivos del empleador.

De acuerdo a Magdalena Nogueira, las características que delimitan estos intereses son que: (i) deben ser *industriales o comerciales*, vale decir, estar referidos a la actividad de la empresa, la elaboración del producto, la organización del servicio, el desarrollo de estrategias comerciales o cualquier información de valor competitivo; (ii) deben ser *intereses objetivos* de la empresa y no intereses subjetivos del empleador¹⁹⁸. Debe tratarse, en definitiva, de aquellos intereses relativos a elementos que le permiten a la empresa posicionarse y distinguirse en el mercado.

Con ello, en palabras de Sergio Gamonal, se busca “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. O sea, el

¹⁹⁷ NEVADO FERNÁNDEZ, María José. Op Cit. p. 29.

¹⁹⁸ NOGUEIRA GUASTAVINO, Magdalena. Op Cit. pp. 86 – 87.

trabajador por su conocimiento de las técnicas organizativas y productivas del empleador otorgue ventajas suplementarias al segundo empresario”¹⁹⁹.

3.2.5. Ámbito de aplicación de las obligaciones de no competencia.

La exigencia de intereses competitivos del empleador permite restringir el campo de aplicación de las obligaciones laborales de no competencia, limitación de la que carece la norma del Artículo 160 N° 2.

En efecto, la exigencia de protección de este tipo de intereses permite delimitar la obligación en dos sentidos:

V. Actividad prohibida.

En virtud de las garantías constitucionales de libertad de trabajo y libertad de empresa, todo individuo goza del derecho básico a iniciar actividades económicas o laborales lícitas que le permitan acceder a determinados beneficios de carácter económico-social. En consecuencia, ejercer el pluriempleo o la pluriactividad es perfectamente legítimo²⁰⁰.

¹⁹⁹ GAMONAL CONTRERAS, Sergio y GUIDI MOGGIA, Caterina. Manual del Contrato de Trabajo. 2ª ed. Santiago, Chile. Legal Publishing, 2010. p. 279.

²⁰⁰ “A lo que se llama desleal es a la conducta que se lleve a cabo, pues la actividad, en cuanto lícita, no puede ser tachada de desleal” NEVADO FERNÁNDEZ, María José. Op. Cit. p. 74.

Esta conducta lícita en principio, derivará en desleal cuando afecte el mercado relevante para el empleador, es decir, el mercado en que “se produce un peligro concreto de afectación de los intereses competitivos del empleador”²⁰¹. Esto implicará normalmente que la actividad vedada al trabajador afectará, al menos potencialmente, la clientela de la empresa empleadora.

Para constatar dicha afectación, no basta con efectuar una mera comparación entre el giro del empleador y la actividad o trabajo desarrollado por el trabajador en forma paralela. Que la actividad sea coincidente con el giro del negocio del empleador no es una presunción de competitividad y perjuicio²⁰². De lo contrario, se estaría sancionando la mera concurrencia del trabajador, es decir, el “ejercicio de una actividad paralela en el mercado”²⁰³, sin importar si se dirige o no al mismo círculo potencial de clientes.

VI. Sujeto de la prohibición.

Partiendo de la premisa de que la finalidad de la norma es proteger los intereses competitivos del empleador, se puede afirmar que no cualquier trabajador se encuentra en posición de afectar dichos intereses.

²⁰¹ NOGUEIRA GUASTAVINO, Magdalena. Op. Cit. p. 205.

²⁰² RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel. Límites a la competencia y contrato de trabajo. Revista de Política Social N° 116, 1977. p. 14.

²⁰³ NEVADO FERNÁNDEZ, María José. Op. Cit. p. 33.

No es casual que originalmente esta prohibición haya estado reservada a los altos mandos, respecto a quienes se presumía un mayor conocimiento sobre el negocio.

Aunque actualmente no se discute que la obligación pueda extenderse a todos los trabajadores, es evidente que pretende afectar a aquellos cuya actividad suponga una 'peligrosidad' mayor.

En virtud de ello, para efectos de determinar el ámbito subjetivo que alcanzan las prohibiciones de competencia desleal, resulta relevante tener en cuenta el grado de confianza otorgado al trabajador, su cualificación, y su posición ventajosa²⁰⁴.

Estas características no son exclusivas de los cargos directivos, por lo que no se debe atender a la jerarquía de la empresa, sino a las condiciones en que se encuentra el trabajador para competir con la empresa para la que trabaja. Dichas condiciones atienden a las funciones que ejecuta el trabajador y al acceso que tiene a la información estratégica de la empresa, mas no a sus aptitudes, conocimientos o habilidades en el desempeño de su trabajo.

Se trata, en definitiva, de los que Nevado denomina 'trabajadores cualificados o supercualificados' y que –en sus palabras- “son aquellos situados

²⁰⁴ Ibid. p. 49.

en una posición privilegiada en cuanto al acceso legítimo a datos de la empresa de relevancia para competir”. Estos serán los trabajadores considerados potenciales competidores del empleador.

De conformidad a este criterio, no sería adecuado sancionar con el despido por competencia desleal a un trabajador que se desempeña como cartero, si utiliza su tiempo libre realizando la misma función para otra empresa²⁰⁵. Lo mismo ocurre respecto a trabajadoras que se desempeñan como manipuladoras de alimentos, cuya función es servir almuerzo para los niños de un establecimiento educacional y que simultáneamente prestan el mismo servicio para los funcionarios del colegio²⁰⁶.

El elemento común en ambos casos es que, aun cuando objetivamente los trabajadores realizan una actividad que puede calificarse de competitiva, no se encuentran en posición de provocar un perjuicio a los intereses competitivos de su empleador, desviando su clientela.

Para efectos disuasivos, los incumplimientos derivados de la conducta de estos trabajadores podrían ser sancionados con otras medidas disciplinarias, distintas del despido. Por ejemplo, si descuidaron sus labores por haber realizado dichas actividades paralelas dentro de su jornada de trabajo.

²⁰⁵ Corte de Apelaciones de Santiago, 28 de marzo de 2005, Rol N° 4096-2004.

²⁰⁶ Corte Suprema, 25 de abril de 2007, Rol 5638-2005.

La exigencia de cualificación del trabajador es una manifestación del principio de proporcionalidad, en virtud del cual el ejercicio de las garantías constitucionales de libertad de empresa y libertad de trabajo sólo pueden limitarse en la medida que exista una justificación suficiente para ello.

Generalmente, la cualificación del trabajador será considerada por el empleador al momento de pactar la obligación. Sin embargo, aunque decida incorporarla en el contrato de trabajo de un trabajador no cualificado, considero que la capacidad competitiva del trabajador debe ser un criterio a utilizar por los Tribunales de Justicia al momento de calificar si se han afectado o no los intereses competitivos del empleador.

3.2.6. Relación entre la obligación de no competencia y el Artículo 160 N° 2 del Código del Trabajo.

Pese a que legislador no lo dice expresamente, la doctrina nacional mayoritaria sostiene que la conducta que pretende sancionar la norma contenida en el Artículo 160 N° 2 es la competencia desleal.

Si bien comparto esa postura, considero que se debe tener presente que la jurisprudencia muchas veces ha ampliado el contenido de esta conducta al aplicar la causal, abarcando más hipótesis de las que, de conformidad a lo que

hemos visto en este capítulo, comprende una infracción a la obligación de no competir deslealmente con el empleador.

Todo pacto que exceda del marco de la competencia desleal, constituirá un acuerdo establecido fuera de los términos que expresamente autoriza la ley, dando lugar a la autonomía de la voluntad de las partes.

Atendido que esta fuente de las obligaciones se encuentra limitada en materia laboral por la existencia de derechos mínimos e irrenunciables, es necesario determinar la legitimidad de este tipo de convenciones. Acotaré este análisis al pacto de no competencia post contractual y al pacto de exclusividad. Asimismo, me referiré brevemente a dos obligaciones relacionadas con la cláusula de no competencia, cuales son, la confidencialidad y la declaración de conflictos de intereses.

3.3. CLÁUSULA DE NO COMPETENCIA POST CONTRACTUAL.

Durante la vigencia de la relación laboral, el trabajador se puede encontrar imposibilitado de ejercer una actividad que importe una competencia desleal con su empleador, en los términos ya expuestos. Una vez que el trabajador abandona la empresa, puede ejercer libremente actividades por cuenta propia o ajena en el mismo rubro en que antes se desempeñaba. Esto podría ser considerado un riesgo por su ex empleador, atendido que el trabajador llevará

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. En observancia de este riesgo, el ex empleador podría querer extender los efectos de la prohibición de competencia desleal por un lapso de tiempo posterior a la extinción del contrato de trabajo.

La legislación laboral chilena no ha previsto esta última hipótesis. La única norma referida a esta materia es la prohibición contenida en el Artículo 160 N° 2 del Código del Trabajo, que fue formulada como causal de despido y, por consiguiente, establecida para regir durante la ejecución del contrato de trabajo para efectos de poner término al mismo en caso de infracción por parte del trabajador. En consecuencia, la obligación de no competencia se extinguirá con el término del contrato de trabajo.

Excepcionalmente podría establecerse un pacto especial entre las partes para el período posterior al término de la relación laboral, dando origen a la *obligación de no competencia post contractual*. No obstante, este pacto no cuenta con legitimidad absoluta en materia laboral.

Su naturaleza se identifica con instituciones propias del Derecho Civil²⁰⁷ y es por ello que, al ser analizado a la luz de los principios y normas del Derecho del Trabajo, su justificación jurídica resulta cuestionable.

Nevado señala que es necesario que “el acuerdo se produzca en términos de igualdad o, si no de igualdad, sí de un cierto equilibrio restablecedor, en el que el choque con la libertad de trabajo sea tanto el menor de los posibles como el mejor de los justificados”²⁰⁸.

Tradicionalmente, tanto la doctrina como la jurisprudencia nacional han negado validez a este tipo de acuerdos en materia laboral, coincidiendo en que la sanción sería la nulidad del pacto, dada su ilegitimidad y desproporcionalidad.

Así, el profesor Lizama ha señalado que “las cláusulas de no competencia que obligan al trabajador a abstenerse de desempeñar actividad alguna remunerada fuera de la empresa una vez extinguido el contrato de trabajo, no producen ningún efecto porque son restrictivas de los derechos fundamentales

²⁰⁷ En este sentido, trasciende el carácter anecdótico el hecho de que la Comisión que se encargó de fundamentar los pactos de no competencia post contractual cuando se legisló al respecto en España, estaba compuesta por expertos civilistas y mercantilistas, pero no por laboristas. NEVADO FERNÁNDEZ, María José. Op. Cit. p. 146

²⁰⁸ NEVADO FERNÁNDEZ, María José. Op. Cit. p. 134.

a la libre contratación y a la libre elección de trabajo”²⁰⁹. En el mismo sentido se han pronunciado Sergio Gamonal y Caterina Guidi²¹⁰.

De igual modo, la Dirección del Trabajo ha manifestado su rechazo a este tipo de pactos. Aplicando estrictamente los términos de la causal de caducidad, ha señalado que “las partes no pueden convenir cláusulas que obliguen al dependiente a abstenerse de desempeñar 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 aquélla y siempre que conste dicha prohibición por escrito en los respectivos contratos de trabajo”²¹¹.

Entre los autores nacionales que han manifestado la aceptación de las cláusulas de no competencia una vez expirado el contrato de trabajo, siempre que se cumplan ciertos requisitos, se encuentran William Thayer, Patricio Novoa y Pedro Irureta. Este último ha afirmado que se trata de “instrumentos

²⁰⁹ LIZAMA PORTAL, Luis. Op. Cit. p. 177.

²¹⁰ GAMONAL CONTRERAS, Sergio y GUIDI MOGGIA, Caterina. Op. Cit. p. 280.

²¹¹ Ord. N° 4.329/187, 6.08.92, citado por MELIS VALENCIA, Christian y SÁEZ CARLIER, Felipe. Op. Cit. p. 127. Véase también Ord. 2790/133 de 05.05.95.

que, en principio, deben ser considerados lícitos, salvo que supongan un atentado extremo a la libertad de trabajo²¹².

3.3.1. Requisitos del pacto de no competencia post contractual.

En la doctrina mercantil, se ha establecido que las cláusulas de no competir no pueden ser absolutas. Sus límites variarán en cada caso, pero estarán fundamentalmente referidos a la materia objeto del acuerdo, al tiempo y al espacio en que se extiendan²¹³.

Refiriéndose expresamente a la validez de estos pactos en materia laboral, Thayer y Novoa²¹⁴ sostienen que ellos pueden ser aceptados siempre que exista:

- Pacto escrito;
- Objeto y causa lícitos;
- Indemnización o compensaciones al dependiente;
- Temporalidad racional;

²¹² IRURETA URIARTE, Pedro. La prohibición de competencia y la buena fe contractual. Estudios Laborales, N° 1, Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Santiago, Chile. LexisNexis, 2007. p. 12.

²¹³ MONTT RETTIG, Paulo. Validez de las cláusulas contractuales de no competir. Revista de Derecho Económico, (75): 61-93, 2010.p. 90.

²¹⁴ NOVOA FUENZALIDA, Patricio y THAYER ARTEAGA, William. Manual de Derecho del Trabajo. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile, 2010. p. 206.

- Condiciones razonables que no entraben la libertad de trabajo y el legítimo derecho del dependiente a realizarse, mediante un trabajo lícito, muchas veces similar o análogo al que desempeñaba.

Considerando estos criterios doctrinarios, las delimitaciones expuestas respecto al concepto de competencia desleal y los requisitos establecidos por la jurisprudencia que ha aceptado la validez de este tipo de cláusulas, podemos señalar que los elementos requeridos para su concurrencia son: a) interés industrial o comercial del empresario, b) pacto expreso, c) compensación económica al trabajador, d) límites temporales y espaciales, y e) no afectación de la libertad de trabajo en su esencia.

A. Interés industrial o comercial del empresario.

Este es uno de los criterios más relevantes al momento de determinar la validez de los pactos de no competencia post contractuales, pues constituye el objeto de los mismos.

Se debe partir de la premisa que la obligación que se pretende asuma el trabajador ha de ser una obligación proporcional al riesgo asumido por la empresa en relación a la exposición de su información comercial²¹⁵.

²¹⁵ NEVADO FERNÁNDEZ, María José. Op. Cit. p. 163.

Para determinar este riesgo, se debe considerar los intereses relativos al rubro de la empresa empleadora y, de tal forma, se exige que la cláusula esté referida exclusivamente al mercado relevante del empresario y no a otro distinto.

Excede de este límite material aquel pacto que se extiende genéricamente a la actividad desarrollada por la empresa²¹⁶. La competencia que se puede prohibir en virtud de un pacto de esta naturaleza es aquella que haga “peligrar objetivamente los intereses competenciales del empresario”²¹⁷. Dichos intereses se identifican con el eventual perjuicio que puede sufrir el empleador en caso de no celebrarse el pacto.

B. Pacto expreso.

En general, la doctrina ha rechazado que la prohibición de no competencia post contractual tenga origen en una proyección del deber de buena fe después de terminada la relación laboral²¹⁸.

Si bien el principio de buena fe debe regir en todo el iter contractual, incluido el período inmediatamente posterior al término del contrato, lo cierto es que la prohibición de no competir con el ex empleador no puede ser entendida como

²¹⁶ MONTT RETTIG, Paulo. Op. Cit. p. 90.

²¹⁷ NEVADO FERNÁNDEZ, María José. Op. Cit. p. 164.

²¹⁸ *Ibid.* p. 154.

una obligación inherente al contrato de trabajo²¹⁹. En consecuencia, la obligación de no competencia post contractual necesariamente debe obedecer a un acuerdo asumido expresamente por ambas partes.

Considerando que el pacto sólo puede abarcar actividades estrictamente relacionadas a los intereses competitivos del empresario, es recomendable explicitar dichas actividades al momento de escriturar el acuerdo²²⁰.

C. Compensación económica al trabajador.

En virtud de la abstención de competencia desleal destinada a regir durante la relación laboral, puede convenirse una contraprestación en dinero a favor del trabajador, pero ello no es obligatorio. En el pacto de no competencia post contractual, en cambio, dicha contraprestación constituye un elemento esencial pues, en caso de no concurrir, el acuerdo será nulo.

Lo anterior se fundamenta en que en el primer caso existirá una imposibilidad de compatibilizar dos o más empleos, mientras que en el segundo se limitará enormemente la posibilidad de conseguir un único trabajo en el sector en que el seguramente el trabajador se encontrará más capacitado, por constituir su actividad habitual.

²¹⁹ IRURETA URIARTE, Pedro. Op. Cit. p. 12.

²²⁰ Ibid. p. 13.

Si bien no es posible señalar el monto exacto que debe pagar el empleador por concepto de compensación económica, pues ello variará en función de las circunstancias de cada caso, la doctrina ha señalado que dicho resarcimiento debe resultar “adecuado”. Para determinar cuándo la compensación económica cumple este requisito, Pedro Irureta señala dos criterios: “por una parte, debe existir una cierta proporcionalidad entre la duración del pacto y el beneficio económico que recibe el trabajador; por otra, es necesario que el pacto compense la ocasión de ganancia de la que se priva al trabajador”²²¹.

En cuanto a la naturaleza de esta contraprestación en dinero, es preciso tener en cuenta que en ningún caso puede considerarse que constituye remuneración, pues ésta es percibida por el trabajador –de conformidad al inciso 1º del Artículo 42 del Código del Trabajo- “por causa del contrato de trabajo”. Así, atendido que los efectos se aplican una vez terminado el contrato de trabajo, la compensación tiene origen en el propio pacto de no competencia y no en el instrumento que rigió antes la relación de las partes.

Lo que se pretende compensar mediante el pago de una suma de dinero es el perjuicio que ocasiona al trabajador privarse de ejercer una actividad en la

²²¹ Ídem.

que ha venido desempeñándose²²². En consecuencia, su naturaleza es indemnizatoria.

- **Corte de Apelaciones de Santiago, 06 de 05 de 2009, Rol 3354-2008.**

En este caso, la indemnización convencional pactada en virtud de los deberes de confidencialidad y no competencia, se estableció bajo la modalidad consistente en que la obligación de pago de la misma se haría exigible en dos cuotas de \$ 4.000.000 cada una, la primera una vez transcurridos seis meses y la segunda a los doce meses, a contar de la fecha del finiquito en que constara el término del contrato de trabajo.

En el considerando décimo de la sentencia de primera instancia se señaló que: *“...en orden a resguardar la referida confidencialidad y no competencia del trabajador hasta dos años después de concluida la relación laboral, las partes llegaron a establecer este pago bajo la condición de la existencia de tal finiquito, que debido al carácter contractual de la obligación, no cabe sino entender como el acto por el cual se deja constancia del término del contrato, y del pago de las*

²²² NEVADO FERNÁNDEZ, María José. Op. Cit. p. 164.

*prestaciones respectivas, que cumple, además, con las formalidades que dispone al efecto el Artículo 177 del Código del Trabajo*²²³.

El tribunal interpretó que el cumplimiento de la contraprestación estaba condicionado a la existencia de un finiquito. Sin embargo, el contrato de trabajo terminó por la causal contemplada en el Artículo 161 inciso segundo del Código del Trabajo y el trabajador, estimando improcedente su aplicación, no firmó el finiquito. En consecuencia, el tribunal consideró que la condición a la que estaba supeditado el pago de la compensación resultó fallida, es decir, que al no existir finiquito, no procedía el pago de la indemnización convencional.

La referida sentencia de primer grado fue objeto de recursos de casación en la forma y apelación deducidos por la parte demandante. El primero se fundó en que se habría configurado el vicio de ultra petita, pues el tribunal se habría pronunciado sobre un punto no sometido a su consideración.

Dicho recurso fue rechazado pues, en su demanda, el trabajador solicitó al tribunal que condenara a la empresa a pagarle la indemnización derivada de la cláusula de no competencia pactada en su contrato de trabajo. De esta forma, sometió a decisión judicial la absolución o condena al pago de dicha prestación, por lo que el tribunal de primera instancia estaba facultado para pronunciarse al

²²³ Considerando décimo, sentencia del 3º Juzgado del Trabajo de Santiago, Rol 323-2007.

respecto. En base a ello, la Corte concluyó que *“al margen de si pueda o no compartirse esas motivaciones, lo cierto es que, particularmente, la juez estaba autorizada para examinar la procedencia del vicio que se aduce, cuestión que hizo en su fallo. Por lo tanto, no es efectiva la verificación del vicio que se aduce, de modo que cabe desestimar el arbitrio de nulidad formal”*²²⁴.

En cuanto al recurso de apelación, la Corte de Apelaciones aplicó el principio de proporcionalidad al sostener que si se efectuaba una ponderación de los derechos involucrados, no resultaba proporcional la contraprestación en dinero que se establecía en el contrato de trabajo. Así, estableció 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*

²²⁴

Visto I punto 2º, Corte de Apelaciones de Santiago, 06 de 05 de 2009, Rol 3354-2008.

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.–)²²⁵.

- **Corte de Apelaciones de Santiago, 03 de marzo de 2011, Rol 1367-2010.**

En este juicio, el tribunal de primera instancia consideró el pago de una compensación económica al trabajador como un elemento fundamental para determinar la validez del pacto de no competencia, cuyos efectos se extenderían hasta tres años después del término de la relación laboral.

El juez efectuó un análisis de los hechos de conformidad a la Teoría de los Actos Propios. En efecto, expresó que el trabajador recibió mensualmente una suma de dinero que tenía por objeto compensar el eventual lucro cesante que pudiere significarle guardar reserva, exclusividad y confidencialidad acerca de la información que recibiera de la empresa. De esta manera, el actor supo, desde el momento de la suscripción de su contrato de trabajo, de la existencia de estas obligaciones de no hacer. En consecuencia, no resultaba coherente que, una vez que terminó la relación laboral y se renovó el deber de abstención de competir hasta después de tres años desde esa fecha, el trabajador alegara la nulidad de dicha obligación.

²²⁵ Considerando noveno, Corte de Apelaciones de Santiago, 06 de 05 de 2009, Rol 3354-2008. Sentencia invalidada de oficio por Corte Suprema, 12 de noviembre de 2009, Rol 3985-2009.

Así, en la sentencia del tribunal laboral se concluye que *“la Teoría de los Actos Propios determina que la demanda sea absolutamente improcedente, al no tener ninguna relación con la historia laboral del demandante, con los documentos libremente suscritos por él, con las sumas de dinero recibidas a cambio de su compromiso de exclusividad y no competencia, ni con el cargo de Gerente General que desempeñó por casi tres años, hasta febrero de 2010”*²²⁶.

La Corte de Apelaciones confirmó la sentencia, agregando 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”*²²⁷.

D. Límites temporales y espaciales.

El límite temporal, dado por el principio de proporcionalidad que debe respetar el pacto, exige que la prohibición de no competencia post contractual deba tener necesariamente un plazo predeterminado.

²²⁶ Considerando segundo, parte final, 1º Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, 23 de septiembre de 2010, RIT 1687-2010.

²²⁷ Considerando séptimo, Corte de Apelaciones de Santiago, 03 de marzo de 2011, Rol 1367-2010.

Al respecto, Pedro Irureta señala que “un acuerdo ilimitado en el tiempo sencillamente desnaturalizaría el pacto, e impediría el ejercicio de derechos fundamentales del trabajador vinculados al pluriempleo. Por ello, no cabe duda que el pacto no puede durar más allá de la pervivencia del legítimo interés del empresario”²²⁸.

En el Derecho Comparado es posible encontrar normas que establecen un límite de tiempo determinado para este tipo de pactos. La legislación española ha fijado un plazo de dos años para los técnicos y de seis meses para el resto de los trabajadores²²⁹. En el Derecho italiano, por su parte, el plazo de duración del pacto es de cinco años para los trabajadores que detentan cargos directivos y de tres años si se trata de otro tipo de trabajadores²³⁰. En ambos casos se efectúa una distinción basada en la presunción de que los altos mandos y los trabajadores calificados gozan de mayor acceso a la información de la empresa.

Lo relevante es que el tiempo se establezca en directa proporción a los intereses competitivos del empleador que se pretenden proteger, sin minimizar las libertades de trabajo y empresa a tal punto de anularlas.

²²⁸ IRURETA URIARTE, Pedro. Op. Cit. p. 13.

²²⁹ NEVADO FERNÁNDEZ, María José. Op. Cit. p. 140.

²³⁰ IRURETA URIARTE, Pedro. Op. Cit. p. 13.

El límite espacial, también derivado de la aplicación del principio de proporcionalidad, determina que los alcances de la prohibición de competir no deben exceder del mercado geográfico del negocio del empleador²³¹.

E. No afectación de la libertad de trabajo en su esencia.

Para Lizama y Ugarte, la libertad de trabajo consta de dos dimensiones complementarias: por un lado, la libertad de trabajo entendida como el derecho que asiste a toda persona de no ser forzada a desarrollar un trabajo, para lo cual, por lo pronto, resulta imprescindible su consentimiento previo y libre; y, en segundo término, la libertad de contratación y libre elección del trabajo, en cuya virtud las personas son libres de escoger el momento, la persona, la labor y las condiciones en que contratará²³².

El contenido esencial de esta garantía asegura que a nadie le será impuesto un trabajo o un trabajador; que a nadie le será negado un trabajo por razones arbitrarias y que quien trabaje lo haga con una justa retribución. Este contenido debe operar como límite en todo tipo de pacto que establezcan las partes.

- **Corte Suprema, 12 de noviembre de 2009, Rol 3985-2009.**

²³¹ MONTT RETTIG, Paulo. Op. Cit. p. 90.

²³² LIZAMA PORTAL, Luis y UGARTE CATALDO, José Luis. Interpretación y derechos fundamentales en la empresa. Santiago, Editorial Jurídica Cono Sur, 1998, p. 231.

En este caso, las partes estipularon en el contrato de trabajo una cláusula en virtud de la cual el trabajador se obligó a no realizar actividad alguna que significara desarrollar el giro al que se dedicaba su empleadora, no sólo durante el período en que prestara sus servicios para ésta, sino también durante dos años después del término de la relación laboral.

Dicha obligación implicaba la imposibilidad para el trabajador de prestar servicios profesionales, tanto en forma dependiente como independiente, a empresas, sociedades, organismos o cualquier entidad que desarrollara o explotara el mismo giro, rubro o industria de la empleadora o sus empresas relacionadas, ya fuera que estos servicios se realizaran de manera permanente o esporádica. A su vez, este impedimento se extendía a la imposibilidad de desarrollar actividades directamente o a través de sociedades existentes o constituidas para tales efectos, o bien por medio de terceras personas.

A modo de contraprestación de este deber de no competencia, se acordó el pago de ocho millones de pesos al trabajador en el evento que se cumplieran dos condiciones: i) que la relación laboral se extendiera por lo menos por 12 meses y ii) que se cumplieran los términos de la referida obligación. En caso de cumplirse ambos requisitos, el pago de la indemnización se realizaría en dos cuotas de \$ 4.000.000 cada una, la primera una vez transcurrido seis meses desde el término de la relación laboral y la segunda a los doce meses.

La sentencia de la Corte de Apelaciones²³³ declaró la nulidad del pacto, básicamente por tres argumentos:

1. En primer lugar, porque atenta contra la Constitución Política de la República al restringir la libertad de trabajo.

Así, en el considerando octavo se expresó que: *“un acuerdo de esa naturaleza es constitutivo de una restricción que la Carta Fundamental proscribire, 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”*.

2. En segundo lugar, no es coherente con la realidad de nuestro país, en el cual no es fácil para una persona encontrar trabajo, y menos aún en un área distinta a la que se ha dedicado por largo tiempo.

En el mismo considerando octavo se señaló que: *“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,*

²³³ Corte de Apelaciones de Santiago, 06 de mayo de 2009, Rol 3354-2008.

puede importar una cesantía obligada o la necesidad de emplearse en actividades ajenas a las competencias del trabajador”.

3. Finalmente, esta materia no puede ser objeto de negociación por las partes, por lo que un pacto de este tipo adolece de objeto ilícito.

A mayor abundamiento, en el considerando décimo se sostuvo que “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”.

A juicio de la Corte de Apelaciones, los vicios expuestos eran manifiestos, por lo que –actuando de oficio- declaró la nulidad de la cláusula de no competencia. Así, en el considerando décimo segundo concluyó que: *“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”.*

Esta decisión fue acordada con el voto disidente del ministro Carlos Gajardo Galdames *“quien fue de parecer de dictar sentencia al tenor de los hechos que*

conformaron la controversia y de lo resuelto por la juez a quo, para lo cual tuvo en cuenta lo siguiente:

Las partes ningún pronunciamiento requirieron del tribunal sobre la constitucionalidad de la cláusula en cuestión y, por el contrario, le reconocieron plena validez, por lo que su competencia quedó constreñida a los términos en que ella plantearon el litigio.

Por otra parte, la referida cláusula no sólo dice relación con una limitación a la libertad de trabajo, sino que fijaba obligaciones durante la vigencia de la relación laboral, cuyo cumplimiento el actor invocó para reclamar el pago de la indemnización acordada, razón por la que la actuación de oficio, que siempre es de carácter excepcional, no sólo contraría la voluntad de las partes, sino se extiende a materias ajenas al resguardo de derechos constitucionales.

Finalmente, los antecedentes producidos demostraron que al demandante le correspondía percibir el pago acordado, toda vez que cumplió lo pactado y la sentencia debió modificarse de acuerdo a lo pedido por él, por lo que al decidirse en la forma dicha, se le causa un perjuicio a pretexto de cautelar un derecho, que en este caso concreto nunca se vio afectado”.

Compartiendo en cierta medida los criterios de este voto disidente, la Corte Suprema invalidó de oficio la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones, pues “*al fundarse en consideraciones relativas a las características del mercado*

laboral chileno, que califica como de "de proporciones objetivamente limitadas" y al atender a la especialización de profesionales como el demandante, que le permiten catalogar las obligaciones adquiridas como notoriamente restrictivas, al punto de "importar una cesantía obligada o la necesidad de emplearse en actividades ajenas a las competencias del trabajador" claramente ha transgredido los límites impuestos por la ley para la actuación excepcionalísima que permite, situación que –atendidos los términos restrictivos de la disposición invocada– permite caracterizar la decisión adoptada fuera del ámbito de actuación privilegiado que la norma en cuestión contempla, toda vez que el referido análisis demuestra que el pretendido vicio objeto ilícito– no "aparece de manifiesto" en el acto o contrato, al haber sido necesario que el intérprete acudiera a la revisión de aspectos ajenos a la materialidad del contrato para concluir como lo ha hecho.

Que a la conclusión anterior no obsta el carácter reconocidamente tutelar de la rama del derecho de que se trata, por cuanto aún cuando las restricciones a las actividades que pueda desarrollar el trabajador con posterioridad al término de su contrato no están regulada en nuestra legislación, no hay impedimento legal ni constitucional para que las partes puedan convenirlas toda vez que el pacto que las origina no contradice la norma constitucional que regula la libertad de contratación y la libre elección del trabajo, ni el precepto establecido en el

*artículo 1462 del Código Civil, desde que no se encuentra prohibida por la ley, ni contraría el derecho público chileno*²³⁴.

- **Corte de Apelaciones de Santiago, 03 de marzo de 2011, Rol 1367-2010.**

El objeto principal de este juicio fue obtener un pronunciamiento de los tribunales laborales nacionales acerca de la legalidad y constitucionalidad de las cláusulas de un finiquito referidas a obligaciones de exclusividad y confidencialidad, que se extienden más allá de la relación laboral y prohíben al ex trabajador incluso desarrollar actividades similares al giro de su ex empleador en el extranjero.

El actor, de profesión ingeniero civil, trabajaba en la empresa demandada, cuyo giro era el arriendo y la comercialización de pallets. Comenzó prestando servicios en calidad de Gerente Comercial y, luego de siete años, fue ascendido al cargo de Gerente General. En el primer cargo, su principal responsabilidad era decidir la estrategia de mercado y de desarrollo comercial del negocio; mientras que, en el segundo cargo, velaba por el funcionamiento de la empresa en todos sus ámbitos, estando a cargo de las áreas de ventas, servicios al cliente, finanzas, operaciones, informática y recursos humanos.

²³⁴ Considerandos noveno y décimo.

Durante todo el tiempo en que se extendió la relación laboral, y atendido el carácter confidencial de la información que manejaba, el trabajador se obligó a no desarrollar actividades relacionadas con las labores que en virtud de su contrato de trabajo se le encomendaban. Particularmente, se le prohibió emplearse para empresas de la competencia, ejerciendo labores que importaran ventilar la información a la que accedía a propósito de sus funciones.

A fin de compensar el eventual lucro cesante que le pudiese significar guardar reserva, exclusividad y confidencialidad respecto a esa información, el empleador le pagó mensualmente un “bono de exclusividad”, por la suma de \$ 950.000, que posteriormente aumentó a \$ 1.640.568. Estos montos fueron pagados bajo la condición resolutoria de que si el trabajador violaba las obligaciones emanadas de la cláusula de no competencia, devolvería al empleador las sumas líquidas percibidas a título del referido bono.

Después de tres años ejerciendo el cargo de Gerente General, empleador y trabajador decidieron poner término al contrato de trabajo, en virtud de lo dispuesto en el artículo 159 N° 1 del Código del Trabajo, esto es, por la causal de mutuo acuerdo las partes. En ese momento, firmaron un finiquito, en cuya cláusula sexta se renovó la obligación de no competencia. Así, se estableció la prohibición al trabajador de desarrollar, durante 3 años desde la terminación de

la relación laboral, ya fuera personalmente o por interpósita persona, actividad profesional o civil alguna relacionada directa o indirectamente con el giro del ex empleador, o que significara competir en el mercado nacional o internacional con este último. En este documento, el trabajador declaró que durante la relación laboral recibió mensualmente una suma que compensaba las consecuencias de la obligación asumida.

Las partes evaluaron anticipadamente los perjuicios que causaría a la empresa el incumplimiento de la obligación de no competencia, en la cantidad de \$ 85.059.848 más sus correspondientes reajustes e intereses máximos convencionales.

Asimismo, en el referido finiquito, las partes pactaron una cláusula de confidencialidad, en virtud de la cual el ex trabajador se comprometió a no hacer uso de la información confidencial, a la que hubiere tenido acceso en razón del cargo en el que se desempeñó en la empresa. Esta obligación comprendía no revelar datos, proporcionar antecedentes, hacer comentarios acerca de cualquier información o funcionamiento de la empresa y, en definitiva, 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.

Finalmente, el ex trabajador renunció expresamente y en términos amplios a toda acción, derecho o pretensión, de cualquier naturaleza, que pudiere hacer valer eventualmente contra su ex empleador, referida a la relación laboral que los unió o al contenido del finiquito, así como a cualquier hecho o causa relacionada directa o indirectamente, incluyendo pero no limitándose a razones de tipo laboral, civil contractual o extracontractual.

El ex trabajador interpuso una demanda laboral en contra de la empresa, solicitando pronunciamiento acerca de la validez del contenido del finiquito. En el libelo, el actor relató que luego de firmar este documento comenzó a preocuparse, ya que, tras nueve años de trabajo para una misma empresa, la prohibición contenida en ese pacto importaba un gran obstáculo para su situación laboral futura. Argumentó que las cláusulas del finiquito vulneraban las garantías constitucionales a la libre contratación y elección del trabajo, y violaban lo establecido en el Artículo 2 del Código del Trabajo, que consagra 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. Asimismo, infringían tratados y convenios internacionales, entre los cuales destacó la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales y la Declaración Universal de Derechos Humanos, en materia de libre elección del trabajo.

En base a esos argumentos, solicitó que se declarara la nulidad de las cláusulas de confidencialidad y exclusividad contenidas en el finiquito, y que se le indemnizara con la suma de \$ 5.750.751, por concepto de lucro cesante, por cada mes que transcurriera desde la fecha de la firma del finiquito hasta que la sentencia que se dictara quedara ejecutoriada. En subsidio de lo anterior, y para el evento que se declarara que las cláusulas se encontraban ajustadas a derecho, solicitó que se condenara a la demandada a pagarle la suma de \$ 207.027.036 por concepto de lucro cesante, en atención a que durante tres años se vería imposibilitado de trabajar, tanto en Chile como en el extranjero, en un área de la actividad económica en la cual se desempeñó durante más de nueve años.

La empresa contestó la demanda, solicitando su rechazo, pues debía estimarse que las cláusulas pactadas, tanto en el contrato de trabajo como en el finiquito, eran absolutamente válidas, particularmente la obligación de no competencia (denominada por las partes “cláusula de exclusividad”), que no era contraria de forma alguna a lo dispuesto en la Constitución Política.

De acuerdo a lo expuesto por la demandada, la validez de la obligación de no competir se fundamentaba, en primer lugar, en que no implicaba una renuncia a la titularidad del derecho constitucional a la libertad de trabajo, sino que solamente restringía su ejercicio. Además, esta restricción no era absoluta,

pues se encontraba limitada en dos aspectos: primero, por el tiempo de duración, que era de 3 años y, segundo, por la actividad, que estaba acotada al giro de la empresa. De esta manera, el ex trabajador demandante podía perfectamente dedicarse a cualquier otra actividad lucrativa o desempeñar cualquier otra función laboral, mientras no fuera para empresas del mismo rubro que su ex empleadora, o bien hubiere transcurrido el tiempo acordado.

Para fundamentar lo anterior, la parte demandada sostuvo que el derecho constitucional a la libre elección del trabajo no es de carácter inalienable, es decir, no es atribuible a la persona humana en forma ineludible. Por el contrario, si bien el sujeto activo de dicha garantía no puede renunciar a su titularidad, sí puede perfectamente limitar su ejercicio, cuando ello convenga a sus intereses personales. En esta línea, y dentro del principio de autonomía de la voluntad y la libertad contractual, el demandante voluntariamente decidió limitar el ejercicio de su garantía constitucional, pues ello le convenía económicamente en ese momento.

Continuó su argumentación sosteniendo que el demandante habría malinterpretado las normas que alegaba que estaban siendo infringidas. La correcta interpretación de las normas constitucionales y legales citadas, permitía concluir que las partes pueden establecer libremente las cláusulas que

les sean más convenientes, de acuerdo a sus intereses, sobre todo teniendo en consideración la profesión y el cargo del actor.

La obligación de exclusividad contratada en el finiquito sería, a juicio de la demandada, una obligación pura y simplemente civil y, por lo tanto, se regiría por las normas generales, especialmente por el Principio “Pacta Sunt Servanda”, consagrado en los artículos 1.545 y siguientes del Código Civil, en virtud del cual “todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes”, razón por la cual no podría adolecer de vicio de nulidad.

En segundo lugar, el demandante decidió obligarse en forma libre y espontánea a esta restricción, firmando el finiquito de su contrato de trabajo con pleno conocimiento y entendimiento de sus alcances y contenido. El actor no alegó en su libelo vicios del consentimiento al tiempo de ratificar y firmar el finiquito, no sostuvo que este documento haya sido otorgado sin las formalidades legales y, por último, tampoco hizo en su texto reserva alguna de derechos. De tal manera, no existirían fundamentos para no entender que el finiquito provocó su poder liberatorio.

En tercer lugar, como contrapartida de la referida obligación, el demandante fue compensado económicamente durante todo el tiempo que duró la relación laboral, período durante el cual nunca alegó la nulidad de la cláusula. Una vez que recibió ese dinero y que aceptó las condiciones del finiquito, demandó con

el objeto de obtener nuevamente, a modo de indemnización, una suma que ya percibió durante la vigencia del contrato de trabajo, exigiendo de esta forma un doble pago por concepto de la obligación de no competencia, pretendiendo enriquecerse injustificadamente.

Lo anterior estaría prohibido en virtud del artículo 1.683 del Código Civil, el cual señala que la nulidad absoluta puede alegarla todo quien tenga interés en ello, “excepto el que ha ejecutado el acto o celebrado el contrato, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba”. En consecuencia, el propio demandante se encontraba impedido de alegar la nulidad absoluta de la obligación de exclusividad, pues él mismo celebró válidamente y con las solemnidades legales el contrato que generó dicha obligación. De esta forma, su conducta atentaba contra el principio de la buena fe, fundamento básico de la Teoría de los Actos Propios.

Finalmente, la referida obligación se pactó con el fin de proteger otro derecho constitucional, cual es el derecho de propiedad, consagrado en el artículo 19 N° 24 de la Constitución Política de la República. A juicio de la demandada, se trata de un derecho constitucional igualmente importante que la libertad de trabajo, y del cual era titular la empresa, sobre los conocimientos técnicos o métodos con posibles aplicaciones industriales o mercantiles que resultaban fundamentales para el desarrollo del negocio.

Atendido que el finiquito fue suscrito conforme a las formalidades legales, el tribunal sentó la controversia en la validez del contenido del mismo en el considerando undécimo de la sentencia, en los siguientes términos: *“Las cláusulas cuestionadas por el actor 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. El fundamento de la 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. Por tanto, el cuestionamiento no viene dado al origen del documento o a las circunstancias de su suscripción, sino al contenido de algunas de las cláusulas del mismo”*²³⁵.

La sentencia del tribunal laboral se inclinó por declarar la validez de la cláusula de no competencia pactada en el finiquito, cuyos efectos se extenderían durante tres años después de terminada la relación laboral, fundamentalmente en base a los principios de irrenunciabilidad de los derechos laborales y de proporcionalidad.

²³⁵ 1º Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, 23 de septiembre de 2010, RIT O-1687-2010.

En efecto, en cuanto al primer principio mencionado, razonó que si el Código del Trabajo permite en su Artículo 160 N° 2 que, estando vigente la relación laboral, el empleador pueda impedir al trabajador realizar negociaciones dentro del giro del negocio, entonces también pueden acordarlo las partes una vez terminada la relación laboral, cuando ya no regiría el principio de irrenunciabilidad de los derechos laborales. En efecto, en el mismo considerando undécimo, el juez sostuvo que: *“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 de 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”²³⁶.

Si bien la sentencia no menciona expresamente el principio de proporcionalidad, hace aplicación de él, pues el juez toma en consideración que la obligación está limitada en el tiempo y a la actividad propia del giro de la ex empleadora y, además, habría sido compensada mediante el pago de una contraprestación en dinero. De esta manera, estableció finalmente en el considerando undécimo que: *“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*

²³⁶

Ídem.

*indemne de toda tacha las cláusulas cuestionadas del instrumento de 24 de febrero del año 2010*²³⁷.

La Corte de Apelaciones confirmó la sentencia, agregando que la cláusula no infringe el Artículo 19 N° 16 de la Constitución Política: “... *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.*”

*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*²³⁸.

3.3.2. Cualificación del Trabajador como criterio delimitador de las cláusulas de no competencia post contractuales.

Si bien no es contemplado por la doctrina como un requisito de validez de las cláusulas de no competencia post contractuales, considero que debe ser tenido

²³⁷ Ídem.

²³⁸ Considerandos noveno y décimo.

en consideración como un elemento determinante al momento de analizar su legitimidad.

En efecto, no se puede desconocer que a mayor grado de dependencia del empresario respecto de su personal y de control del trabajador sobre las relaciones comerciales de la empresa, se incrementa el riesgo de que los intereses competitivos del empleador se vean afectados a sus “espaldas” y, en consecuencia, aumenta el interés empresarial en el compromiso de abstención de competencia por parte del trabajador.

De esta forma, especialmente en aquellos rubros en que la personalización del servicio es uno de los factores esenciales para el éxito comercial, los trabajadores pasan a ser el principal activo de la empresa.

Lo anterior se refleja muy claramente en el caso que expondré a continuación, en el que se discutió la validez de la cláusula de no competencia post contractual.

3.3.3. Análisis jurisprudencial. Procedencia del procedimiento de tutela de derechos fundamentales y aplicación de criterios de validez de la cláusula de no competencia post contractual.

Un grupo de trabajadores se desempeñaban como operadores de mercados financieros (bróker), en una empresa de servicios de intermediación financiera

o corretaje. Su actividad consistía en relacionar a compradores y vendedores que tuvieran intereses comerciales recíprocos, recibiendo una comisión de una o de ambas partes por sus esfuerzos por concretar un negocio entre ellos.

La principal función de estos corredores intermediarios era captar clientes para la empresa, y desarrollar buenas y duraderas relaciones comerciales con ellos.

Para regular la relación laboral que los unía, las partes firmaron dos contratos de trabajo: uno extendido en español y de plazo indefinido, relativo a sus funciones como operadores en las oficinas de la empresa en Santiago de Chile; y otro de alcances legales más amplios y aplicables tanto a servicios prestados en nuestro país como en el extranjero, extendido en inglés, a plazo fijo y renovable, denominado *employment agreement* o *contrato marco*. Este último contrato se encontraba sujeto a las leyes de Estados Unidos y contenía, entre otras estipulaciones, una cláusula de no competencia, cuyos efectos se extendían más allá del término de la relación laboral.

En efecto, en atención a su calidad de ejecutivos calificados y con acceso a información sensible de la compañía, en los “contratos marco” los demandantes se obligaron a no emplearse o prestar servicios para empresas competidoras de

su empleadora, mientras tuvieran contrato de trabajo vigente y hasta 120 días laborales después de la expiración del referido contrato, cualquiera fuera la causal de terminación del mismo.

No obstante la prohibición pactada, en la misma fecha y mediante cartas idénticas, estos trabajadores presentaron su renuncia a la empresa, que hicieron efectiva de inmediato y, pocos días después, se emplearon para una compañía de la competencia.

En un primer momento, se les habría instado a reconsiderar la decisión de renunciar a la empresa, sufriendo una serie de hostigamientos por parte de la gerencia, consistentes en amenazas de represalias y futuras demandas por incumplimientos contractuales en que habrían incurrido. Estas amenazas se habrían concretado mediante la solicitud formulada por la empresa a un tribunal extranjero (Tribunal del Distrito Sur de Nueva York, EE.UU.) de una orden judicial temporal en virtud de la cual se prohibía a los bróker realizar cualquier actividad laboral, pedir trabajo o ejercer cualquier cargo o función en el giro de la demandada.

En razón de ello, los ex trabajadores interpusieron separadamente denuncias por vulneración de derechos fundamentales en procedimiento de tutela laboral en contra de su ex empleadora.

Los fundamentos de estas denuncias radicaban en que la conducta de la empresa habría importado una afectación y vulneración grave de las garantías y derechos fundamentales contenidos en el artículo 19 N° 1 y 16 de la Constitución Política de la República, esto es, del derecho a la integridad psíquica y la libertad de trabajo.

Además de las medidas y sanciones propias de la acción de tutela laboral, solicitaron al tribunal que: (i) declarara que la relación laboral que unió a las partes se reguló exclusivamente por el contrato de trabajo suscrito en Chile; (ii) declarara la nulidad del contrato de trabajo suscrito en el extranjero ('contrato marco'); (iii) en subsidio, en caso que no declarara la nulidad de este último contrato en su totalidad, estableciera la invalidez de las cláusulas de no competencia, de arbitraje y de jurisdicción extranjera contenidas en dicho instrumento.

En forma conjunta a la denuncia de vulneración de derechos fundamentales, interpusieron demanda de cobro de prestaciones laborales, cuyos montos eran

variados para cada actor, pero que consistían básicamente en feriado proporcional, remuneraciones adeudadas por días trabajados y no pagados, además de un bono de gestión y desempeño que los operadores de mercado financiero recibían los meses de agosto y diciembre de cada año, aunque no se encontraba expresamente escriturado en sus respectivos contratos de trabajo. Sobre el pago de último concepto se centró la controversia.

Atendido que se trataba de la misma empresa demandada y que los hechos que fundamentaban las acciones eran los mismos, se acumularon los autos, quedando las demandas agrupadas en cuatro juicios: RIT O-119-2012 Y T-11-2010, seguidos ante el 2° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, y RIT O-422-2010 Y O-423-2010, seguidos ante el 1° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago.

Me centraré en el análisis de los fallos dictados en las causas T-11-2010 y O-422-2012, pues sólo éstos se pronunciaron sobre la validez de las cláusulas de no competencia poscontractual.

F. Pronunciamiento sobre Procedimiento de Tutela de Derechos Fundamentales.-

Conforme lo autoriza el artículo 492 del Código del Trabajo, los demandantes solicitaron se decretara la medida cautelar de suspensión de la conducta y sus efectos, impidiendo a la empresa demandada cualquier acción legal u otro acto que tuviere por finalidad afectar el libre ejercicio por parte de los denunciados de su libertad de trabajo, así como cualquier acto de amedrentamiento que afectare el derecho a la integridad psíquica de los denunciados. La petición estaba referida fundamentalmente a la prohibición a los trabajadores dictada por el tribunal extranjero de realizar cualquier actividad laboral en el giro de su ex empleadora.

En algunas de las acciones interpuestas, se decretó la medida de suspensión de los efectos del acto vulneratorio que se estuvieren aplicando en Chile, bajo el apercibimiento de multa de 50 unidades tributarias mensuales, la que podría repetirse hasta obtener el debido cumplimiento de la medida decretada²³⁹. En otros se rechazó por ser insuficientes los antecedentes presentados²⁴⁰.

²³⁹ Juicios RIT T-11-2010, T-13-2010, T-12-2010, T-21-2010 y T-25-2010, seguidos ante el 2º Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago.

²⁴⁰ Juicios RIT T-24-2010, T-16-2010, T-22-2010, T-25-2010, T-24-2010, seguidos ante el 2º Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago.

Posteriormente, la parte demandada solicitó en todos los juicios la corrección del procedimiento. Esta solicitud estaba fundada en el que procedimiento de tutela laboral no resulta aplicable respecto a hechos ocurridos con posterioridad al término de la relación laboral. En efecto, los hechos en que se sustentaron las denuncias de los trabajadores eran posteriores a la fecha en que la relación laboral había terminado por renuncia voluntaria, presentada por ellos cumpliendo todas las formalidades legales. En efecto, el artículo 485 del Código del Trabajo señala que el procedimiento de tutela se aplica en las cuestiones suscitadas durante la vigencia de la relación laboral; y a su vez, el artículo 489 del mismo cuerpo legal, lo hace aplicable a hechos ocurridos con ocasión del despido, pero en caso alguno el procedimiento de tutela se aplica respecto a hechos ocurridos con posterioridad al término de la relación laboral. Así, acogiendo la solicitud de corrección del procedimiento, no se admitieron a tramitación las denuncias incoadas, debiendo reingresarse a través del procedimiento de aplicación general, y quedando sin efecto las medidas cautelares decretadas.

E. Validez cláusula de no competencia post contractual.-

La cláusula de no competencia se encontraba estipulada en los contratos de trabajo suscritos en inglés, respecto a los cuales los demandantes solicitaron la declaración de nulidad, razón por la que, previo a determinar la validez de la cláusula, el tribunal debía pronunciarse sobre la objeción formulada a los contratos que la contenían.

Los contratos escriturados en inglés fueron suscritos con posterioridad a los contratos de trabajo en español y, a diferencia de estos últimos, no cumplían con las menciones mínimas establecidas en la legislación nacional. En atención a ello, el tribunal razonó que, de acuerdo a la interpretación que se ha dado a los artículos 6 a 11 del Código del Trabajo, la prestación de servicios personales es única y, una vez escriturado el contrato de trabajo, cualquier modificación al mismo debe constar por escrito al dorso del contrato o en un documento anexo. De esta forma, concluyó que el contrato extendido en idioma extranjero importaba para el derecho chileno una modificación contractual al contrato redactado en castellano y, por lo tanto, tenía la calidad de anexo de contrato²⁴¹.

²⁴¹ Considerando vigésimo quinto, 1° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, 29 de junio de 2010, RIT O-422-2010.

Este anexo fue firmado sin que concurriera ningún vicio que haya obstaculizado la formación del consentimiento de los trabajadores, quienes se encontraban en perfectas condiciones para entender que era lo que firmaban y sus alcances jurídicos²⁴².

Cabe destacar que el tribunal rechazó la concurrencia de dolo pues, a juicio del sentenciador, *“no hubo ningún engaño que hubiese determinado la contratación, a lo más se pactaron cláusulas reñidas o al límite de las legislación laboral chilena, pero en caso alguno se probó la existencia de una actividad destinada a provocar algún perjuicio o de obtención de una ganancia no permitida”*²⁴³.

Establecida la validez del contrato de trabajo extendido en inglés, el tribunal procedió a pronunciarse sobre las cláusulas contenidas en el mismo.

Respecto a la cláusula relativa a la obligación de no competir por un lapso de ciento veinte días después del término de la relación laboral, el juez determinó

²⁴² Considerando décimo quinto, 2° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, 14 de mayo de 2010, RIT T-11-2010.

²⁴³ Considerando décimo quinto, 2° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, 14 de mayo de 2010, RIT T-11-2010.

lo siguiente: *“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, cual era la libertad de trabajo”*²⁴⁴.

Los requisitos exigidos para determinar la validez del pacto para una vez concluida la relación laboral fueron la legitimidad, la proporcionalidad y la no afectación de la libertad de trabajo en su esencia. Se señaló que si bien en principio debe estimarse que la cláusula de no competencia poscontractual atenta contra los derechos fundamentales del trabajador, dicha afectación será válida si se acredita el cumplimiento de los elementos señalados.

En el considerando décimo sexto de la sentencia de la causa RIT T-11-2010, del 2º Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, se estableció expresamente que los hechos acreditados que permitieron determinar tal legitimidad, proporcionalidad y respeto del núcleo irreductible del derecho fueron los siguientes:

²⁴⁴ N° 1 considerando décimo sexto, 2º Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, 14 de mayo de 2010, RIT T-11-2010. Igual criterio en considerando vigésimo noveno, 1º Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, 29 de junio de 2010, RIT O-422-2010.

a) El desarrollo de las labores de los demandantes se efectuaba en un mercado especialísimo, reducido, altamente competitivo y complejo. En este contexto, los trabajadores manejaban la mayoría de las veces información confidencial, por lo que resultaba sustancial la confianza generada entre las partes. La empresa invertía en fidelizar al cliente y al bróker. Los bróker constituían el activo principal de la empresa, pues de ellos dependía la mantención del cliente.

b) El bróker es considerado en el mercado como un ejecutivo calificado, que constituye un activo importante y escaso. Las empresas dedicadas a la intermediación financiera compiten pagando grandes sumas para retener este activo. Por ello, las remuneraciones de los bróker escapan a la media nacional.

c) Los bróker eran suficientemente compensados por la restricción de no competencia. La empresa les pagaba bonos millonarios en forma semestral. Dichos bonos estaban asociados a su producción y estaban destinados a reconocer su importancia dentro de la estructura de la empresa.

d) El tiempo de 120 días después del término de la relación laboral que se pactó como plazo para la restricción era razonable. Con las contraprestaciones

en dinero que otorgaba la empresa, los trabajadores habrían podía perfectamente esperar el transcurso de dicho período antes de emplearse para la competencia.

e) Necesariamente el tiempo de restricción estaba asociado a una condición legítima, esto es, poder adoptar la afectada las medidas necesarias para no perder clientes o para que la información que obtuvieron los bróker por el desempeño sus funciones perdiera relevancia.

g) La restricción al derecho, además de temporal, era específica, pues decía relación con el giro del negocio de la empresa.

Así, teniendo en consideración las características de las labores y el mercado en el que se desempeñaban los demandantes, y analizando la concurrencia de los requisitos de legitimidad, proporcionalidad y no afectación de la libertad de trabajo en su esencia, ambas sentencias concluyeron que el pacto era válido²⁴⁵.

²⁴⁵ Considerando trigésimo segundo n° 1 letra c, 1° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, 29 de junio de 2010, RIT O-422-2010.

3.4. CLÁUSULA DE EXCLUSIVIDAD.

Al momento de establecer los elementos esenciales del contrato de trabajo, algunos autores solían incluir entre ellos la exclusividad, “entendiendo por tal la imposibilidad para cada trabajador de contratar sus servicios con más de un patrono simultáneamente”²⁴⁶.

Sin embargo, actualmente existe uniformidad en la doctrina respecto a que “la exclusividad, no constituye un requisito sine qua non para la existencia de un contrato de trabajo”²⁴⁷. Por ello, no se puede considerar que la celebración de un contrato de trabajo obligue al trabajador a una dedicación exclusiva a la actividad productiva de la empresa con la que haya contratado inicialmente la prestación de servicios.

En opinión de Plá Rodríguez, “si no se presenta con mayor frecuencia la pluralidad simultánea de contratos de trabajo es por razones prácticas pero no por razones jurídicas, ya que no hay ninguna imposibilidad para ello (...) sin perjuicio de las limitaciones legales sobre horario y de los compromisos

²⁴⁶ PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. Los principios del Derecho del Trabajo. Buenos Aires, Argentina. Editorial Depalma, 1998. p. 39.

²⁴⁷ ALARTE MAYORDOMO, Carmen María. Pluriempleo y pluriactividad en el sector privado español. Tesis doctoral. Murcia, España. Universidad de Murcia, Facultad de Derecho, 2010. p. 25.

implícitos o explícitos que haya podido contraer con su empleador para no trabajar con otro”²⁴⁸.

De esta manera, Nevado señala que, por regla general, “el trabajador puede concertar, vigente un contrato de trabajo, uno o más negocios jurídicos de esta naturaleza con otro u otros empresarios”²⁴⁹.

Esto es coherente con el marco constitucional y legal chileno expuesto previamente, en el cual la libertad de trabajo ampara la posibilidad de que el trabajador preste servicios a varios empleadores. Ello estaría condicionado, según los autores Antonio Martín, Fermín Rodríguez-Sañudo y Joaquín García, a “que la realización práctica de las respectivas prestaciones laborales no las haga interferirse entre sí provocando el incumplimiento de alguna o de alguna de ellas”²⁵⁰.

Para contrarrestar dicha circunstancia, las partes podrían pactar la dedicación exclusiva del trabajador durante la vigencia de la relación laboral.

Dada la falta de regulación legal de este tipo de pactos, la fuente de la obligación de exclusividad será el acuerdo de voluntades entre trabajador y

²⁴⁸ PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. Op. Cit. p. 42.

²⁴⁹ NEVADO FERNÁNDEZ, María José. Las restricciones a la competencia en el contrato de trabajo. Madrid, España. Editorial Tecnos, 1998. p. 13.

²⁵⁰ MARTÍN VALVERDE, ANTONIO. RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, FERMÍN. GARCÍA MURCIA, JOAQUÍN. Derecho del Trabajo. Madrid, España. Editorial Tecnos, 2008. p. 502.

empleador. En consecuencia, los efectos que se deriven del pacto serán los que señalen las partes y no la ley. Esta voluntad, no obstante, estará limitada por la licitud de las disposiciones convenidas y por las normas y principios que rigen en materia laboral.

La legislación española regula expresamente este tipo de acuerdos. Para configurar el pacto de dedicación exclusiva, exige que concurran dos elementos copulativos: 1) que exista pacto expreso y, 2) que medie compensación económica²⁵¹. Esta normativa admite la rescisión del acuerdo por parte del trabajador. Para ello, debe comunicar por escrito al empresario su decisión de terminar el acuerdo, con a lo menos treinta días de anticipación, perdiendo en tal caso la compensación económica y los derechos vinculados al pacto (Artículo 21.3 Estatuto de los Trabajadores).

En los contratos de trabajo, la cláusula de dedicación exclusiva suele ser confundida con la prohibición de competencia desleal. Sin embargo, según Nogueira, mientras esta última “persigue evitar que el trabajador realice una segunda actividad, sea por cuenta propia o ajena, que genere un riesgo objetivo y concreto a los intereses competitivos del empleador, la obligación derivada de la celebración de un pacto de plena dedicación busca, como su propio nombre indica, la dedicación exclusiva del trabajador, es decir, impide per se el

²⁵¹ ALCAZAR ORTIZ, Sara y DE VAL TENA, Ángel Luis. Los pactos de dedicación exclusiva y permanencia en la empresa. Revista de Relaciones Laborales, Nº 3, 1995. p. 128.

pluriempleo o una doble actividad del trabajador independientemente de que esa segunda o tercera actividad sea competitiva en sentido estricto”²⁵².

El pacto de plena dedicación excluye la realización de actividades laborales lícitas durante la vigencia del contrato²⁵³, sin importar si ellas afectan o no los intereses competitivos del empleador. Por consiguiente, su alcance es más amplio que el del pacto de no competencia desleal, puesto que no se limita a prohibir la competencia, ya sea desleal o no, sino que obliga al trabajador a no realizar actividad alguna para otro empleador. De esta forma, se asegura también el cumplimiento de la prohibición de competencia desleal, pues si el trabajador se compromete a no prestar servicios para otros empresarios distintos de aquél con el que pactó exclusividad, también lo hace respecto de quienes compiten con la empresa para la que trabaja, en cuyo caso su actividad sería calificada como competencia desleal.

El problema de validez del pacto de exclusividad radica en que sus efectos son muy amplios y su justificación es limitada.

²⁵² NOGUEIRA GUASTAVINO, Magdalena. La prohibición de Competencia Desleal en el Contrato de Trabajo. Madrid, España. Editorial Aranzadi, 1997. pp. 38 y 39.

²⁵³ MONTOYA MELGAR, Alfredo. Derecho del Trabajo. Madrid, España. Editorial Tecnos, 1979. p. 325.

En cuanto a sus efectos, los pactos de exclusividad constituyen una excepción absoluta al pluriempleo y, en consecuencia, importan una restricción genérica a la libertad de trabajo.

Respecto a la justificación, generalmente se aduce que el objetivo del pacto de exclusividad radica en la necesidad de asegurar que el trabajador destine su concentración y sus capacidades exclusivamente a un único empleo para que éste sea desarrollado con la mayor diligencia posible. A mi juicio, dicha justificación resulta insuficiente, básicamente por dos razones:

- En primer lugar, el incumplimiento de las obligaciones derivado del descuido con que el trabajador desarrolle sus funciones, puede ser sancionado sin tener que prohibir per se el pluriempleo. En efecto, si lo que se pretende es evitar que el trabajador efectúe en forma precaria sus labores o, expresado en términos positivos, si lo que se quiere es fomentar que el trabajador desarrolle en forma destacable sus funciones, existen otras medidas menos gravosas con las cuales se pueden lograr estos objetivos. Así, por un lado, para motivar un desempeño exitoso del trabajador, se pueden establecer directrices motivacionales. O bien, por otro lado, para evitar un desempeño negligente del trabajador, la legislación laboral le otorga al empleador la facultad de aplicar medidas disuasivas. Dependiendo de la gravedad de la conducta del trabajador,

las sanciones podrán ir desde una amonestación hasta el despido por incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato.

Todas esas medidas deben preferirse antes de la imposición de una cláusula de exclusividad, pues ésta vulnera la libertad de trabajo al prohibir en términos absolutos el ejercicio del pluriempleo.

- En segundo lugar, la disminución en el rendimiento laboral o desconcentración de las funciones podría estar asociada al desarrollo de actividades extralaborales por parte del trabajador y no necesariamente al desempeño de otros empleos en forma paralela. Por ejemplo, si el trabajador está cursando estudios fuera de la jornada de trabajo, ello podría incidir en una disminución en su rendimiento laboral producto del cansancio y del estrés. En tal caso, no podría llegarse al extremo de establecer una prohibición al trabajador de estudiar o de desarrollar otro tipo de actividades que impliquen una desviación de sus capacidades a ámbitos distintos a los estrictamente laborales.

Respecto a este último punto, cabe destacar que el profesor Melis ha señalado que “lugar (empresa) y tiempo (jornada de trabajo) en que se desarrolla la actividad laborativa constituyen el ámbito legítimo de extensión de los poderes empresariales. Se trata de lo que se ha denominado ‘proceso de despersonalización de la relación laboral’, en cuya virtud se ha de ‘considerar

irrelevantes' para el ejercicio del derecho de control empresarial de las prestaciones laborales del trabajador, las conductas extralaborales de éste, así como tampoco puede fundarse exclusivamente el poder empresarial en base a las necesidades organizativas"²⁵⁴. De lo contrario, existiría una intromisión excesiva en la vida privada del trabajador.

En caso de aceptarse su validez, el pacto de exclusividad o de dedicación exclusiva constituiría la máxima limitación que se podría aplicar al pluriempleo. Sin embargo, su legitimidad no ha sido aceptada por la mayor parte de la doctrina y de la jurisprudencia nacional.

La Dirección del Trabajo ha rechazado la procedencia de las obligaciones de exclusividad, señalando que las partes no pueden convenir cláusulas que obliguen al dependiente a abstenerse de desempeñar actividad remunerada alguna fuera de la empresa, tanto una vez extinguida la relación laboral como durante su vigencia²⁵⁵. El mismo criterio ha sido establecido por la jurisprudencia judicial mayoritaria.

²⁵⁴ MELIS VALENCIA, Christian. Los derechos fundamentales de los trabajadores como límites a los poderes empresariales. 2ª ed. Santiago, Chile. Editorial LegalPublishing, 2010. p. 133.

²⁵⁵ Ord. 5620/300, 22.09.97, citado por MELIS VALENCIA, Christian. Op. Cit. p. 125.

Pedro Irureta es uno de los pocos autores nacionales que se han manifestado a favor de la validez de las cláusulas de exclusividad²⁵⁶. Este académico señala que este tipo de pactos tienen en el Derecho del Trabajo dos objetivos fundamentales: “(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”²⁵⁷.

El primer objetivo indicado por este autor puede ser conseguido a través de la estipulación de una cláusula de no competencia, por lo que –en definitiva- la finalidad de la cláusula es impedir que el trabajador preste servicios a varios empresarios en miras a que toda su capacidad productiva se centre en una sola empresa.

- **5° Juzgado del Trabajo de Santiago, 4 de marzo de 2008, Rol 217-2006.**

²⁵⁶ IRURETA URIARTE, Pedro. Op. Cit. p. 10.

²⁵⁷ Ibid. p. 11.

“Dicha prohibición general de realizar cualquier otro trabajo o actividad lucrativa, vulnera el art. 2º inc. 1º del Código del Trabajo, que reconoce la libertad de las personas para contratar y dedicar su esfuerzo a la labor lícita que elijan, y el art. 5º inc. 2º del Código del Trabajo, que establece que el ejercicio de las facultades que la ley reconoce al empleador, tiene como límite el respeto a las garantías constitucionales de los trabajadores, dentro de las cuales se encuentran por cierto, las del art. 19 Nº 16 y Nº 21, esto es, la libertad de trabajo y su protección, y el derecho a desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional”²⁵⁸.

- **1º Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, 23 septiembre 2010, RIT 1643-2010.**

“Esta prohibición que puede consignarse en el contrato de trabajo, debe referirse únicamente a los trabajos que el dependiente pudiere ejecutar dentro del giro de la empresa, resultando jurídicamente improcedente establecer una cláusula que obligue al trabajador a abstenerse de desempeñar actividad alguna fuera de la empresa en la que presta servicios”²⁵⁹.

²⁵⁸ Considerando quinto. Sentencia revocada por Corte de Apelaciones de Santiago, 17 de julio de 2009, Rol 1780-2008. Recurso de casación en el fondo rechazado por Corte Suprema, 20 de octubre de 2009, Rol 6139-2009.

²⁵⁹ Considerando décimo. Sentencia recurrida de nulidad, recurso que fue rechazado por Corte de Apelaciones de Santiago, 11 de enero de 2011, Rol 1394-2010.

3.5. OBLIGACIONES RELACIONADAS CON LAS CLÁUSULAS RESTRICTIVAS DEL PLURIEMPLEO.

Para efectos de clarificar el contenido, los límites y el ámbito de aplicación de las cláusulas de exclusividad y no competencia, analizaremos brevemente dos tipos de obligaciones relacionadas a estos pactos que pueden afectar al trabajador: la obligación de declarar conflictos de intereses y la obligación de guardar confidencialidad de la información reservada de la empresa.

3.5.1. Declaración de conflictos de intereses.

Los conflictos de intereses se producen cuando los intereses personales de un trabajador o de alguna persona cercana a él interfieren o pueden interferir en el adecuado cumplimiento de sus obligaciones con la empresa para la que trabaja o en la adopción de las mejores decisiones para ésta.

Existen variadas situaciones en que se pueden producir este tipo de conflictos, siendo una de las más comunes cuando un proveedor o contratista con el que el trabajador tiene una relación de parentesco, comercial o de

amistad está en medio de una negociación o licitación con la empresa para la que trabaja²⁶⁰.

Para evitar este tipo situaciones, las empresas suelen establecer la obligación del trabajador de declarar los conflictos de intereses, ya sea en el contrato de trabajo, anexos del mismo, en el reglamento interno o bien en códigos de conducta referidos a la materia.

En el **Ord. Nº 2697/041 de fecha 07 de julio de 2009**, la Dirección del Trabajo ha señalado que:

“Se asume que la pretensión de normar el conflicto de interés del trabajador con los de la empresa, materializado en diversas directrices que persiguen dar cumplimiento a cierto ámbito ético jurídico del contrato de trabajo por parte de los trabajadores, de tal forma de prevenir conductas reprochables de éstos, emana del poder de dirección que el ordenamiento jurídico le reconoce a todo empleador.

Que, en todo caso, cabe hacer presente que dada la naturaleza del anexo de contrato de trabajo recién transcrito, esto es, un conjunto de directrices que el empleador imparte a ciertos trabajadores a efecto de resolver los eventuales conflictos de intereses que pudieren darse, el instrumento normativo idóneo

²⁶⁰ Otros casos de conflictos de interés se asocian a cláusulas de no competencia, exclusividad y confidencialidad, materia que será tratada por separado en este capítulo.

dispuesto por el legislador para tal efecto es el Reglamento Interno de Orden de la empresa”.

De esta manera, la Dirección del Trabajo ha reconocido la validez de este tipo de obligaciones, aun cuando estima que se debe hacer un análisis caso a caso respecto a los derechos vulnerados, en base al principio de proporcionalidad.

A ello cabe agregar la necesaria distinción entre un instructivo impartido por el empleador respecto a las situaciones que importan conflictos de intereses y un pacto en que el trabajador se obligue a declarar dichos conflictos en caso de encontrarse en alguna de las hipótesis previstas. En el primer caso, podrá tratarse de directrices formuladas por el empleador que –como ha señalado la Dirección del Trabajo- pueden constar en el Reglamento Interno de la empresa. En el segundo caso, a mi juicio, se tratará de una obligación respecto a la cual deberá existir siempre el acuerdo expreso del trabajador.

El pacto de declaración de conflictos de intereses tiene una estrecha relación con las cláusulas de no competencia, exclusividad y confidencialidad, pues en todas las hipótesis que pretenden prevenir estos acuerdos se producen conflictos entre los intereses del trabajador y los del empleador.

La diferencia radica en que en virtud de la obligación de declarar conflictos de intereses el trabajador deberá comunicar a su empleador las circunstancias

actuales o eventuales que puedan afectar su desempeño e imparcialidad, pero no necesariamente se obligará a abstenerse de ejecutar las actividades o desvincularse de los elementos que generan el conflicto como ocurrirá en los referidos pactos. Sin perjuicio de ello, generalmente, además de la obligación de informar los conflictos de interés se establece la obligación de evitarlos y, por consiguiente, el documento puede contener cláusulas no competencia, exclusividad y/o confidencialidad.

La relación entre el obligación en comento y la cláusula de no competencia radica fundamentalmente en el perjuicio eventual que debe concurrir en ambos. En efecto, como hemos señalado, para configurar la conducta de competencia desleal no es necesario que efectivamente se provoque un perjuicio al empleador, sino que basta con que haya existido peligro de que así fuere. Lo mismo ocurre en la obligación de declarar conflictos de intereses, en el sentido que la obligación surge desde que existan elementos o hechos que eventualmente puedan provocar conflictos de intereses, sin que sea necesario que dichos conflictos efectivamente se produzcan.

La aplicación de la obligación de declarar conflictos de intereses debe ser cautelosa e interpretada restrictivamente, ya que muchas veces puede implicar una intromisión en la vida privada del trabajador.

- **2º Juzgado del Trabajo de Santiago, 19 junio 2009, Rol 537-2008.**

“Que así las cosas, sólo cabe concluir que el actor incurrió en la causal imputada para el término de los servicios, más aún considerando que según consta en el anexo de contrato de junio de 2007 (fojas 19), la demandada expresamente definió una serie de conductas y valores, que podrían llegar a constituir conflicto de intereses respecto de sus trabajadores, con motivo de lo cual, el actor puso en conocimiento de la empresa, con fecha 28 de junio de 2007, la relación de parentesco que lo ligaba con la empresa Transportes Torres Hermanos Ltda, de la cual era socio, sin embargo en dicha comunicación se omite, por parte del demandante, toda referencia a la existencia y conformación de la Sociedad La Pirámide Ltda., sin que obre en autos elemento de convicción alguno que permita tener por establecido que la demandada tuvo conocimiento de su existencia con anterioridad a la época del despido, puesto que de la testimonial aportada por el actor, incluido el propio cliente Cedric Fernández, se colige que el demandante fue despedido por tener una empresa que le prestaba servicios de transportes a la Automotora”²⁶¹.

²⁶¹ Considerando octavo, 2º Juzgado del Trabajo de Santiago, 19 junio 2009, Rol 537-2008. Sentencia revocada por la Corte de Apelaciones de Santiago, 03 junio 2010, Rol 9244-2009. Esta última a su vez revocada por fallo de la Corte Suprema, 16 de noviembre de 2010, Rol 5531-2010.

- **Corte de Apelaciones de Rancagua, 31 de marzo de 2010, Rol 14-2010.**

En este caso, un ingeniero mecánico, experto en prevención de riesgos, trabajaba en una empresa dedicada a servicios en el área de la hidroelectricidad. Su principal función era recibir proyectos elaborados por terceros en materia de seguridad, salud ocupacional y medioambiente, para evaluar los aspectos técnicos y financieros y, en el caso de cumplir los requisitos, generar una orden de compra a favor de la empresa a la que se adjudicaba el proyecto, la cual debía ser aprobada previamente por el Gerente de Planta, Gerente de Operaciones o Gerente General, dependiendo del monto de dinero involucrado.

Luego de casi dos años de prestación de servicios, fue despedido por la causal del Artículo 160 N° 7, esto es, incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato. De acuerdo a la carta de despido, el hecho constitutivo de la causal fue haber omitido informar su relación de parentesco con dos de los socios de una empresa que habría realizado diversos trabajos para su ex empleadora durante el tiempo en que trabajó en ella.

La obligación de informar la relación de familia y pareja habría estado contenida en un anexo de contrato que se remitía al Código de Conducta de la empresa.

En el juicio sobre despido injustificado, el trabajador negó haber tenido intención de ocultar dicha información y señaló que nunca recibió el Código de Conducta en que supuestamente se establecía la obligación de comunicarla a la empresa.

La empresa objetó dicha argumentación porque el trabajador, al ser contraparte de la empresa cuyos socios eran su cónyuge y su padre, le correspondía revisar los trabajos ejecutados y aprobar sus estados de pago, y en consecuencia, su silencio, además de normas contractuales expresas, habría vulnerado el contenido ético-jurídico del contrato de trabajo y el principio de buena fe con que este debe ser ejecutado, máxime tratándose de un trabajador de confianza y de una posición superior en la organización y remuneraciones de la compañía.

Estos argumentos fueron acogidos por la sentencia del tribunal laboral, concluyendo en el considerando décimo sexto que: *“sí ha existido por parte del actor un incumplimiento a sus obligaciones contractuales producto de una serie de actuaciones y omisiones, y en este caso en particular una inobservancia a las más básicas normas de confianza, exigidas por el principio de buena fe, que rige no sólo en materia laboral, sino que informa además a toda nuestra legislación, pues claramente debió abstenerse de participar en las licitaciones en las que ofertó la empresa de su padre y pareja, lo anterior conforme a la*

*cláusula quinta de su contrato de trabajo, que expresamente trata el tema de los conflictos de intereses (...)*²⁶².

La Corte de Apelaciones de Rancagua rechazó el recurso de nulidad interpuesto por el actor, confirmando de esta forma la sentencia. En el considerando cuarto dispuso que: *“el trabajador debió observar una conducta adecuada y tal como dice el fallo, acorde con lo exigible de acuerdo a su cargo y preparación, comunicando a su empresa que sus familiares directos como lo son su padre y su pareja se encontraban participando en la licitación de alguna de las obras que el actor tenía a su cargo”*²⁶³.

- **2º Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, 21 de octubre de 2010, RIT T-216-2010.**

En un caso similar al anterior, un jefe de servicio técnico fue despedido después de 20 años de servicios por la causal de incumplimiento grave de las obligaciones. Su ex empleador le imputó al trabajador haber aprobado solicitudes de compra a una empresa cuyo gerente comercial era su hermano, faltando de esa forma a su obligación esencial de supervisión y provocando importantes perjuicios económicos a la empresa.

²⁶² Juzgado de Letras del Trabajo de Rancagua, 22 de enero de 2010, RIT O-267-2009.

²⁶³ Considerando cuarto.

La sentencia declaró injustificado el despido por falencias probatorias. Respecto a la cuestión del presunto conflicto de interés señaló que *“ni la obligación de declarar un caso como el que se reprocha aparece de los instrumentos contractuales y normativos que rigen el vínculo, ni hay prohibición establecida sobre la situación que se establece... El denominado Código de Conducta de Junio de 2008 (presumiblemente el instrumento a que se refieren los testigos), hace referencia genérica y vaga en su número 4.6 a un compromiso ético que no permite reprochar in abstracto el caso, y menos subordinarlo a un ilícito al contrato, quedando potencialmente asociado a un juicio de reproche moral, que para configurarse como ilícito ha debido tipificarse como prohibición contractual o presentar episodios demostrados de gravedad (negociaciones incompatibles en que se cruce la relación que se pretende evitar), lo que no se aprecia desde la información escueta establecida en el proceso, según la cual el hermano del actor es gerente de una empresa proveedora (RCA) situada en una región distinta a aquella en la cual opera el actor”*²⁶⁴.

²⁶⁴ Considerando décimo primero letra b). Recurso de nulidad rechazado por Corte de Apelaciones de Santiago, 14 de abril de 2011, Rol 1572-2010. Recurso de unificación de jurisprudencia declarado inadmisibile por Corte Suprema, 28 de junio de 2011, Rol 4783-2011.

- **Corte de Apelaciones de Santiago, 01 de agosto de 2005, Rol 1673-2004.**

En este caso, el trabajador fue despedido por haber gestionado negociaciones entre la empresa para la que trabajaba y una sociedad en la que su cónyuge tenía 50% de participación.

Su empleadora le imputó haber infringido las normas sobre conflictos de intereses establecidas en el Reglamento Interno, lo que fue rechazada por la sentencia de primera instancia, por cuanto este reglamento no fue comunicado expresamente a los trabajadores.

La Corte de Apelaciones revocó la sentencia, declarando justificado el despido, pues consideró *“que no resulta atendible lo planteado por el actor, al pretender demostrar que desconocía el Reglamento Interno que contenía las normas sobre conflicto de intereses, por las siguientes consideraciones:*

- Es un profesional de alta calificación, ingeniero comercial que ocupaba un cargo de importancia y de confianza, ya que la empresa para la que trabajaba es una compañía comercial, donde el demandante se desempeñaba como ‘Jefe de Producto Experto’, según su propia declaración.

- Un ejecutivo de su entidad, antigüedad y consideración, según consta en las calificaciones de fojas 97 y 98 dentro de la compañía, no puede invocar ignorancia de tan elementales normas, de general aplicación y sentido común.

-La aplicación de la norma le resulta del todo pertinente, toda vez que es su cónyuge la socia y dueña del 50% de la sociedad que se benefició con la celebración del contrato comercial cuya materialización dependió del demandante, ya que tal como él indica a fojas 10, su intervención fue preparatoria en este negocio; obviamente, fue en esa etapa que se produjo el conflicto de intereses y donde omitió informar a sus jefes.

-La circunstancia de haber sido aprobado el mencionado contrato por el Directorio, no valida la actuación del actor, ya que al tiempo de la aprobación no estaba en conocimiento del conflicto de intereses que afectaba a aquél debiéndolo haber sabido por él mismo²⁶⁵.

3.5.2. Obligación de Confidencialidad.

A propósito de la prestación de sus servicios, el trabajador puede adquirir conocimientos relativos a la situación comercial, técnica y financiera de la empresa en la que trabaja. Para proteger dicha información, el empleador

²⁶⁵ Considerando quinto.

podría querer pactar cláusulas que restrinjan el uso que pueda hacer de ella el trabajador.

De las prohibiciones de esta naturaleza debe exceptuarse la experiencia profesional adquirida por el trabajador relativa a la forma de desempeñar sus labores pues, como señala Nogueira, “tal experiencia para a ser patrimonio exclusivo y personal del trabajador, aprovechable en su caso en el ejercicio profesional al servicio de otras empresas (o de la suya propia)”²⁶⁶.

En el mismo orden de ideas, Patricio Novoa -siguiendo a Guillermo Cabanellas- señala que debe distinguirse entre secreto y conocimientos. Sostiene que “el primero es un dato reservado vinculante, en tanto los conocimientos integran la formación profesional del trabajador que ha ido adquiriendo en el ejercicio de su labor y como tal le pertenecen”²⁶⁷.

El secreto estará vinculado a la información reservada de la empresa que, debido a su valor patrimonial, el empresario tiene interés de seguir manteniendo en tal carácter. Las cláusulas de confidencialidad son aquellas que obligan al trabajador a mantener en reserva dicha información.

²⁶⁶ NOGUEIRA GUASTAVINO, Magdalena. Op. Cit. p. 45.

²⁶⁷ NOVOA FUENZALIDA, Patricio. Deberes de fidelidad y lealtad laboral: no subsistencia de las obligaciones personales del trabajador una vez expirado el vínculo contractual y la competencia desleal. Anuario de Derecho del Trabajo y Seguridad Social Nº 3. Derechos Fundamentales: Homenaje al Profesor Patricio Novoa Fuenzalida. Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2004. p. 438.

Este tipo de pactos tiene un amplio reconocimiento tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. Algunos autores, como Thayer y Novoa, consideran el secreto profesional como una manifestación del deber de lealtad del trabajador²⁶⁸.

El concepto de secreto empresarial lleva implícita la idea de información que otorga ventaja competitiva a la empresa²⁶⁹ y es en tal punto en el que radica la estrecha relación entre las cláusulas de no competencia y las cláusulas de confidencialidad. La divulgación de información podría constituir un acto preparatorio de conductas de competencia desleal.

Sin perjuicio de lo anterior, los objetivos de protección de ambos pactos son diferentes. Mientras las obligaciones de no competencia protegen específicamente los intereses industriales y comerciales de carácter competitivo del empleador, las obligaciones de confidencialidad protegen toda información de la empresa que tenga el carácter de reservada.

²⁶⁸ NOVOA FUENZALIDA, Patricio y THAYER ARTEAGA, William. Manual de Derecho del Trabajo. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile, 2010. p. 204.

²⁶⁹ El Artículo 86 del D.F.L. N°3 de 2006 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley de Propiedad Industrial, dispone que "Se entiende por secreto empresarial todo conocimiento sobre productos o procedimientos industriales, cuyo mantenimiento en reserva proporciona a su poseedor una mejora, avance o ventaja competitiva".

Así, mientras que las primeras presentan un ámbito de aplicación bastante delimitado y acotado a través de límites materiales, no es posible, sin embargo, predicar tal delimitación en el caso la obligación de confidencialidad, que tiene un campo de aplicación más amplio.

Además, la forma de incumplimiento de este tipo de pactos es distinta. Cuando un trabajador infringe una cláusula de confidencialidad, pactada previamente con su empleador, lo que hace es revelar a terceros información reservada de la empresa. En el caso de la infracción al deber de no competencia, si bien generalmente se utiliza información a la que se tiene acceso a propósito del trabajo, dicha información no necesariamente es divulgada a terceros en forma directa, sino que es aprovechada para el beneficio propio del trabajador, ya sea para emplearse para la competencia o para emprender un negocio en que se desarrolle una actividad competitiva.

- **Corte Suprema, 07 de septiembre de 2004, Rol 3530-2004.**

En este caso, un profesional ingeniero en ejecución, cuyas funciones eran consideradas propias de un cargo de confianza del empleador, se desempeñaba como Jefe de Servicio Técnico en una empresa que prestaba servicios de desodorificación y de tratamiento industrial de olores. Fue despedido conforme a las causales previstas en los números 2 y 7 del Artículo 160 del Código del Trabajo, esto es, negociaciones ejecutadas por el trabajador

dentro del giro del negocio del empleador y que hubieren sido prohibidas por escrito en el respectivo contrato de trabajo e incumplimiento grave de sus obligaciones. El hecho en que se basó dicha decisión del empleador fue que el actor habría violado la cláusula séptima de su contrato de trabajo, en virtud de la cual se obligó a mantener estricta reserva y confidencialidad respecto de planes y políticas de inversión y operación del empleador frente a terceros. Así, tenía prohibido revelar a terceros ajenos a la empresa cualquier conocimiento e información que le proporcionara el empleador y/o sus clientes, a menos que ello importara un beneficio exclusivo para la empresa.

Las acciones que se le imputaban eran las negociaciones que habría ejecutado el actor junto a un ex trabajador de la empresa, quien se había desempeñado como Jefe de Operaciones de la misma y había sido despedido por competencia desleal. Ambos habrían tenido intenciones de constituir un negocio cuya actividad era la instalación de productos y equipos aromatizantes. La empresa habría tomado conocimiento de ello a través de dos trabajadores a los cuales el actor les habría ofrecido trabajar con él en dicho negocio. Además, se le acusaba al trabajador de haber utilizado recetas secretas de la empresa para la elaboración de los productos que comercializaría, pues en una oportunidad le habría solicitado una de esas recetas al trabajador encargado de ellas.

La sentencia de primera instancia²⁷⁰, confirmada por la Corte de Apelaciones²⁷¹ y la Corte Suprema, estimó que la empresa demandada no logró acreditar las causales invocadas, por lo cual acogió la demanda declarando que el despido fue injustificado.

Llama la atención que la sentencia no se pronuncia sobre la correcta aplicación de la cláusula contenida en el contrato de trabajo del actor, por cuanto se trata de una obligación de confidencialidad y mediante su infracción no se configuraban los supuestos de hecho de la norma del Artículo 160 N° 2 del Código del Trabajo.

3.6. APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD.

Mediante la estipulación de pactos restrictivos del pluriempleo, se manifiesta un conflicto entre los derechos fundamentales del trabajador y los del empleador, particularmente de la libertad de trabajo y la libertad de empresa.

El profesor Melis señala que “el empleador en cuanto empresario es titular de una serie de derechos que se explican en función de su condición de

²⁷⁰ Letras del Trabajo de Valparaíso, 26 mayo 2003, Rol 4147-2002.

²⁷¹ Corte de Apelaciones de Santiago, 18 junio 2004, Rol 3922-2003.

empresario, por ejemplo, la libertad de empresa”²⁷². Restricciones como las que establecen las cláusulas de exclusividad y no competencia buscan resguardar los intereses del empleador, protegiendo con ello la libertad de empresa. Para lograr este objetivo, se restringe la libertad de trabajo del trabajador. Refiriéndose particularmente a la abstención de competencia desleal, Nevado señala que “acotando debidamente la (libertad) de trabajo se viene a ganar espacios para una competencia leal, y así, para un adecuado desarrollo de la libertad de empresa”²⁷³.

Por ello y para efectos de determinar la legitimidad del pacto estipulado, resulta indispensable aplicar el principio de proporcionalidad, el cual constituye un criterio justificador de medidas restrictivas de derechos fundamentales, lo que no implica que pueda fundamentar una vulneración absoluta de los mismos²⁷⁴.

De acuerdo a lo que ha señalado la Dirección del Trabajo, aplicando este principio, se realiza un examen de admisibilidad o ponderación de la restricción que se pretende adoptar, basado en la valoración del medio empleado

²⁷² MELIS VALENCIA, Christian. Los derechos fundamentales de los trabajadores como límites a los poderes empresariales. 2ª ed. Santiago, Chile. Editorial LegalPublishing, 2010. p. 128.

²⁷³ NEVADO FERNÁNDEZ, María José. Las restricciones a la competencia en el contrato de trabajo. Madrid, España. Editorial Tecnos, 1998. p. 44.

²⁷⁴ WELDT UMAÑA, Anderson. Comentarios sobre el principio de proporcionalidad en materia de derechos fundamentales laborales [en línea] <http://www.ubo.cl/icsyc/wp-content/uploads/2011/09/10-weldt.pdf>. p. 244.

(constricción del derecho fundamental) y el fin deseado (ejercicio del derecho fundamental)²⁷⁵.

Dentro del principio de proporcionalidad, la doctrina distingue tres sub principios²⁷⁶:

a) La idoneidad: Este sub principio exige que el medio previsto por el empleador sea el adecuado y exigible para alcanzar el objetivo propuesto. Será adecuado el medio cuando a través de él puede lograrse el resultado deseado y exigible cuando no haya sido posible aplicar otra medida distinta que no limitara, restringiera o violentara un derecho fundamental o bien, afectándolo, lo hiciera en el menor grado posible.

b) La necesidad: Implica que la limitación que sufre el derecho debe resultar necesaria para lograr el fin que lo justifica.

c) La proporcionalidad en sentido estricto: Se identifica con lo que es justo, razonable y ponderable, lo que implica que los medios elegidos deban mantenerse en una relación razonable con el resultado perseguido.

²⁷⁵ Dictamen N° 4731 / 081, pronunciado con fecha 03 de noviembre de 2010.

²⁷⁶ WELDT UMAÑA, Anderson. Op. Cit. p. 245.

3.7. ASPECTOS PROCESALES.

3.7.1. Tribunal competente.

Particularmente respecto a la cláusula de no competencia postcontractual, se ha suscitado la controversia respecto a si el conocimiento de los conflictos derivados de la aplicación de este tipo de pactos corresponde a los juzgados laborales o no.

El problema se relaciona directamente con la determinación de la naturaleza jurídica de este acuerdo destinado a regir más allá del término de la relación laboral. En general, se ha estimado que este pacto se identifica con instituciones propias del Derecho Civil. No obstante, su configuración se produce en el contexto de una relación laboral o bien a propósito de ella, pues se intenta proteger los conocimientos relativos a información estratégica y comercial de la empresa, adquiridos por el trabajador, durante la relación laboral.

Al respecto, el profesor Patricio Novoa sostuvo que “estos convenios están subordinados a las reglas generales del derecho común, aunque deben ser juzgados e interpretados de acuerdo con los propósitos del derecho del trabajo, teniendo en cuenta la protección del trabajador dependiente”²⁷⁷. Esto no es

²⁷⁷ NOVOA FUENZALIDA, Patricio. Op. Cit. p. 438.

menor, pues implica que –aun habiendo terminado el contrato de trabajo- el pacto en que una persona se obliga a no competir con su ex empleador, debe ser interpretado conforme a los principios de la disciplina laboral.

La jurisprudencia ha rechazado que la partes le asignen el carácter de civil o laboral al pacto de no competencia, determinado con ello la competencia de los tribunales, pues ésta corresponde a una materia de orden público. Y el criterio judicial imperante es aquél que considera que los asuntos suscitados por la aplicación de este tipo de pactos deben ser conocidos por los tribunales laborales.

- **3° Juzgado del Trabajo de Santiago, 08 de mayo de 2008, Rol 323-2006.**

En este caso, trabajador y empleador pactaron una cláusula de no competencia, cuyos efectos se extenderían incluso después de terminada la relación laboral. Como contraprestación a este deber, acordaron el pago de una indemnización cuyo pago fue demandado por el trabajador en conjunto con la acción de despido injustificado interpuesta ante el tribunal laboral.

La empresa opuso excepción de incompetencia absoluta del tribunal, en base a que, en el contrato de trabajo se dispuso expresamente que la indemnización establecida como contraprestación a los deberes de fidelidad y no competencia a los cuales se obligó el trabajador, era de naturaleza civil-

comercial, para todos los efectos legales. Por consiguiente y, atendido que los deberes en los que se fundaba dicha indemnización se prologarían más allá de la extensión de la relación laboral, su conocimiento debía ser de competencia de los tribunales civiles.

El demandante solicitó el rechazo de la excepción opuesta, fundada en que la señalada indemnización se encontraba inserta en el contrato de trabajo y formaba parte de éste, como un todo indisoluble, por lo que la jurisdicción correspondiente en este caso sería la laboral.

El tribunal de primera instancia rechazó la excepción pues sostuvo que *“...toda vez que de conformidad con lo preceptuado en el Artículo 73 de la Carta Fundamental, en relación con lo establecido en el Artículo 420 del Código del Trabajo, la facultad de juzgar 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, es de competencia exclusiva de los Juzgados de Letras del Trabajo, como ocurre en el caso sub-lite con la controversia relativa a la indemnización convencional, que se hace derivar precisamente del contrato de trabajo habido entre las partes, y teniendo en consideración que no compete a la autonomía de la voluntad determinar si una determinada materia es civil o laboral, pues del*

*carácter de orden público, propio de las normas laborales, impide a las partes decidir el ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo*²⁷⁸.

3.7.2. Demanda reconvenzional.

De conformidad a las reglas del derecho civil, el pacto de no competencia - como todo acuerdo bilateral- podría ser dejado sin efecto anticipadamente por mutuo acuerdo de las partes o por incumplimiento de una de ellas. Si la extinción reconoce su origen en un hecho injustificado imputable a alguna de las partes, ésta se encontraría obligada a resarcir los daños y perjuicios que su conducta hubiere provocado²⁷⁹.

Así, en los casos que el término radique en una causa imputable al trabajador, se suscita el conflicto de determinar si es procedente que el empleador exija la devolución de la suma que por concepto de compensación económica haya recibido el trabajador, respondiendo además de los perjuicios que hubiere ocasionado su incumplimiento.

²⁷⁸ Considerando segundo. Sentencia fue apelada y confirmada por la Corte de Apelaciones de Santiago, 06 de mayo de 2009, Rol 3354-2008, la cual a su vez declaró de oficio la nulidad absoluta de la cláusula de exclusividad del contrato de trabajo. La sentencia de la Corte de Apelaciones fue invalidada de oficio por la Corte Suprema, 12 de noviembre de 2009, Rol 3985-2009.

²⁷⁹ IRURETA URIARTE, Pedro. La prohibición de competencia y la buena fe contractual. Estudios Laborales, N° 1, Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Santiago, Chile. LexisNexis, 2007. p. 14.

Lo que sucede normalmente en casos como el descrito es que el trabajador demanda por despido injustificado y el empleador interpone una demanda reconvenicional de cobro de dichos conceptos.

- **3° Juzgado del Trabajo de Santiago, 08 mayo 2008, Rol 323-2006.**

En este caso, el actor demandó a su ex empleador por el pago del monto pactado a modo de indemnización del deber de no competencia estipulado en el contrato de trabajo.

La empresa interpuso demanda reconvenicional en contra del ex trabajador, solicitando que se declarara resuelta la referida cláusula de no competencia, ya que esta habría sido infringida por el actor. Asimismo, solicitó que se le condenara al pago de la indemnización de los perjuicios causados, los que habían sido evaluados anticipadamente en el contrato de trabajo.

El fundamento de lo solicitado radicaría en que la obligación de no competencia sería una obligación de no hacer, por lo que su incumplimiento acarrearía las consecuencias dispuestas en el Artículo 1489 del Código Civil, en relación a los Artículos 1545 y 1555 de dicho cuerpo legal.

La sentencia concluyó que la relación laboral terminó en virtud del Artículo 161 del Código del Trabajo y, considerando que esta disposición no atribuye la

razón de término a hechos imputables al trabajador, rechazó la demanda reconvenzional interpuesta por la empresa en contra del trabajador, pues si no podía concluirse que este último incumplió los deberes de confidencialidad y no competencia, tampoco podía establecerse que el empleador tenía derecho a que se le indemnizaran los perjuicios derivados de la infracción de dichos deberes²⁸⁰.

- **1º Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, 23 septiembre 2010, RIT O-1687-2010.**

El trabajador se obligó a no desarrollar actividades relacionadas con las labores que en virtud de su contrato de trabajo se le encomendaban. Particularmente, se le prohibió emplearse para empresas de la competencia, ejerciendo labores que importaran ventilar la información a la accedía a propósito de sus funciones. A fin de compensar el eventual lucro cesante que le pudiere significar guardar reserva, exclusividad y confidencialidad respecto a esa información, el empleador le pagó mensualmente un “bono de exclusividad”. El trabajador interpuso una demanda solicitando pronunciamiento sobre la validez de dichas cláusulas.

²⁸⁰ Considerando duodécimo, 3º Juzgado del Trabajo de Santiago, 08 mayo 2008, Rol 323-2006. Sentencia fue apelada y confirmada por la Corte de Apelaciones de Santiago, 06 de mayo de 2009, Rol 3354-2008, la cual a su vez declaró de oficio la nulidad absoluta de la cláusula de exclusividad del contrato de trabajo. La sentencia de la Corte de Apelaciones fue invalidada de oficio por la Corte Suprema, 12 de noviembre de 2009, Rol 3985-2009.

En subsidio de la contestación a la demanda principal, la empresa demandada interpuso demanda reconvenzional en contra el demandante por el pago de la suma de \$ 718.240.670, o el monto que el tribunal estimara procedente, ya que en el evento de que se acogiera la demanda principal, declarando la nulidad de las cláusulas cuarta, quinta, sexta y séptima del finiquito, el actor le adeudaría el dinero que él mismo reconoció haber percibido con anterioridad por concepto de “bono de exclusividad”. En tal caso, lo pagado en virtud de dichas cláusulas carecería de causa.

La parte demandada fundamentó lo anterior en el artículo 1687 del Código Civil, que establece que la declaración de nulidad de algún acto o contrato, absoluta o relativa, da derecho a las partes a ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido dicho acto o contrato declarado nulo. Pues bien, en el presente caso, la empresa cumplió con las obligaciones pactadas en el referido contrato, vale decir, entregó al demandado mes a mes mientras duró la relación laboral, la suma de \$ 1.640.568 para que éste, a su vez, cumpliera con su obligación, cosa que éste se negó a hacer. En consecuencia, frente al caso de que se declarara la nulidad absoluta o relativa de la obligación o de la cláusula de exclusividad, solicitaba la devolución a la empresa de la suma de \$ 718.240.670, o la que el tribunal determinara, considerando como base de cálculo la cantidad de \$ 1.640.568 reconocida por el actor como recibida a título de bono de exclusividad, multiplicada por el

número de meses que duró la relación laboral, más intereses y reajustes, pues sólo de esa forma se le restituiría al mismo estado en que se hallaría de no haberse pactado la obligación de exclusividad.

El tribunal concluyó que *“atendido a que la demanda reconvenzional 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”*²⁸¹.

- **Corte de Apelaciones de Santiago, 05 de marzo de 2003, Rol 6896-2001.**

En este caso, la demandada promovió demanda reconvenzional en contra del ex trabajador imputándole los siguientes hechos:

- Apropiarse en forma indebida de toda la información computacional relativa a sus clientes, habiéndoles vendido el actor a éstos, productos de su propia compañía, causándole a la empresa un grave perjuicio, y

²⁸¹ Considerando undécimo, letra b) 1º Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, 23 septiembre 2010, RIT O-1687-2010. Recurso de nulidad rechazado por Corte de Apelaciones de Santiago, 03 de marzo de 2011, Rol 1367-2010.

- Encontrarse en una situación de competencia desleal, por conocer la información relativa a proveedores extranjeros, las condiciones de pago en que la demandada realizaba su comercio exterior, las líneas de productos con las que se abastecían, los stocks de productos, lo que le permitiría conocer las necesidades de los clientes de su ex empleador.

Todo lo anterior, a partir de actuación dolosa, ya que el ex trabajador se habría introducido en el nicho comercial de la demandada, generando desconcierto en la clientela, pues habría ofrecido productos similares en desmedro de quien lo tenía contratado. La empresa, demandante reconvenicional, valoró dichos perjuicios en la suma de \$ 20.000.000.

En el considerando duodécimo tercero, se acogió parcialmente la demanda reconvenicional *“en cuanto al pago de una indemnización por los perjuicios causados a su empleador por el incumplimiento grave de sus obligaciones laborales, por parte del demandante que se han tenido por establecidos, rebajándose su monto a la suma única de \$ 10.000.000, en la que quedan incluidos todos los que se detallan en la referida demanda reconvenicional”*²⁸².

La Corte de Apelaciones revocó dicho pronunciamiento en cuanto consideró que *“no cabe acoger lo pedido por la demandada por la vía de la reconvenición, cuyo contenido se reseña en el considerando 6º de la sentencia que se revisa,*

²⁸² 2º Juzgado del Trabajo de Santiago, 08 de noviembre de 2001, Rol 7841-2000.

*tanto porque su materia no es de competencia de un Tribunal Laboral, cuanto porque procesalmente no se reúnen los requisitos exigidos por el artículo 440 del Código del Trabajo, ni se ha recibido prueba en la forma que lo supone un debido proceso*²⁸³.

3.7.3. Aplicación del Procedimiento de Tutela de Derechos Fundamentales.

En palabras del profesor italiano Luigi Ferrajoli, los derechos fundamentales son “todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica y por status la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas”²⁸⁴.

²⁸³ Corte de Apelaciones de Santiago, 05 de marzo de 2003, Rol 6896-2001. Recurso de casación en el fondo rechazado por • Corte Suprema, 16 de junio de 2003, Rol 1463-2003.

²⁸⁴ FERRAJOLI, Luigi. “Derechos y Garantías. La Ley del más débil”. Editorial Trotta, 5ª ed. Madrid, España, 2006. p. 37.

A partir del reconocimiento de lo que la doctrina ha denominado la “ciudadanía en la empresa”²⁸⁵, esto es, la aceptación de que el espacio privado en el que se desarrollan las relaciones laborales – la empresa- no es un ámbito marginado del respeto, protección y ejercicio de aquellas garantías propias de todo ser humano por el sólo hecho de ser tal, se abre una nueva dimensión para la tutela de los derechos de los trabajadores.

Este reenfoque permite concluir que los derechos fundamentales se proyectan durante todo el iter contractual laboral, con lo cual ha sido posible reconocer que la titularidad de derechos esenciales del trabajador en cuanto persona no es contrapuesta con su calidad de parte de un contrato de trabajo y, consecuentemente, se le debe garantizar la posibilidad de ejercerlos en el ámbito de la empresa y en el desarrollo concreto y material de la relación de trabajo. En consecuencia, el sometimiento remunerado a la autoridad de un empleador para ganarse la vida no impide, limita ni atenúa los derechos fundamentales del trabajador.

Por lo anterior, la nueva concepción del Derecho del Trabajo surgida a partir de la aceptación de la eficacia horizontal²⁸⁶, vale decir, entre particulares, de los derechos fundamentales ha permitido que se reconozcan esas libertades al

²⁸⁵ GAMONAL, Sergio. El procedimiento de tutela de derechos laborales. 2ª ed. Santiago, Chile. LegalPublishing, 2008. pp. 9-10.

²⁸⁶ MELIS VALENCIA, Christian. Op. Cit. p. 1.

interior de la empresa. Tal reconocimiento ha consistido, ante todo, en evitar que la autoridad patronal usurpe las libertades de fuera de la empresa, circunscribiendo el campo de ejercicio de la misma al ámbito contractual, es decir, a la ejecución del contrato de trabajo, para lo cual se establece la obligación de los empresarios de no extender su poder de dirección a la vida extraprofesional del trabajador, ya se trate de su vida privada o de su vida pública. De esta manera, el paulatino y decidido proceso de constitucionalización del Derecho del Trabajo ha contribuido a introducir elementos de juicio que permiten resolver la tradicional tensión entre el poder privado entregado al empleador y el debido respeto a los derechos fundamentales extra laborales del trabajador.

En concreto, un reconocimiento fundamental a la forma de entender las relaciones laborales al interior de la empresa se ha producido a partir de la entrada en vigencia de la Reforma Procesal Laboral en nuestro país.

A inicios del año 2006, se dictó la ley N° 20.087, la cual introdujo un cambio radical en el sistema procesal laboral chileno, estableciendo un sistema oral, público y concentrado, basado en los principios de la inmediación, impulso procesal de oficio, celeridad, buena fe, bilateralidad de la audiencia y gratuidad.

Dentro de esta reforma, se introdujo el Procedimiento de Tutela Laboral (Párrafo 6º, Capítulo II, Título I, Libro V, Código del Trabajo), procedimiento que

es aplicable respecto de las cuestiones suscitadas por aplicación de las normas laborales, que afecten los derechos fundamentales de los trabajadores expresamente mencionados en la ley, cuando aquellos derechos resulten lesionados en el ejercicio de las facultades del empleador.

De conformidad al Artículo 485 del Código del Trabajo, las garantías constitucionales amparadas por este procedimiento son: derecho a la vida, integridad física y psíquica, siempre que su vulneración sea consecuencia directa de actos ocurridos en la relación laboral; vida privada y honra; inviolabilidad de toda forma de comunicación privada; libertad de conciencia, manifestación de todas las creencias y ejercicio libre de todos los cultos; libertad de emitir opinión y de informar, y libertad de trabajo.

También resulta aplicable este procedimiento para conocer de los actos discriminatorios a que se refiere el Artículo 2º del Código del Trabajo, excluyendo expresamente las ofertas de trabajo.

Asimismo, en virtud del inciso 3º del Artículo 292 del Código del Trabajo, el conocimiento y resolución de las infracciones por prácticas desleales o antisindicales se sustanciará conforme al procedimiento de tutela.

El inciso 3º del Artículo 485 precisa que “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”.

Respecto a la garantía del Artículo 19 N° 16 de la Constitución Política de la República, el procedimiento de tutela se aplicará 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. El referido inciso cuarto dispone en su parte primera 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 y una ley lo declare así”.

La libertad de trabajo constituye la principal garantía constitucional que resulta restringida por las normas y pactos que limitan el pluriempleo. En consecuencia, si por aplicación del Artículo 160 N° 2, el pacto de exclusividad o el de no competencia postcontractual, dicha garantía es vulnerada, el afectado podrá reclamar de ello ante los tribunales de justicia mediante el procedimiento de tutela laboral.

No obstante, cabe precisar que, atendido que no existe claridad respecto a la validez de las cláusulas de no competencia, de dedicación exclusiva y otros pactos restrictivos del pluriempleo, no es posible afirmar que éstas importan per se una vulneración a la libertad de trabajo o a otros derechos fundamentales del trabajador. Por consiguiente, la aplicación de las sanciones contenidas en el Artículo 489 del Código del Trabajo, deberá ser determinada caso a caso.

- **1º Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, 23 de septiembre de 2010, RIT O-1687-2010.**

“...en lo referente a la efectividad que el actor haya sufrido perjuicios por aplicación de las cláusulas cuya nulidad solicita; naturaleza y monto de los mismos, la demandante no rindió prueba alguna que de cuenta acerca de este asunto, y sólo ha mencionado que ello deriva de la prohibición que tiene el actor de poder laborar en el giro del negocio de la empresa demandada, y que se ve expuesto a ser objeto de un juicio en el evento de incumplir la referida prohibición, la que como se señaló precedentemente, se avalúa en la cláusula sexta del finiquito de fecha 24 de febrero de 2010, en la suma de \$ 85.059.848 pesos, pero que no se le ha requerido, pues se ha ajustado hasta ahora a la prohibición, esperando que se declare la nulidad de las cláusulas que a su juicios atentan contra la ley y la Constitución Política de la República.

Así entonces, al no existir prueba alguna que de cuenta de perjuicios, este juez entiende que más allá de verse impedido de poder laborar en el giro del negocio de la empresa, no existen perjuicios adicionales por aplicación de estas cláusulas²⁸⁷.

²⁸⁷ Considerando décimo, 1º Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, 23 de septiembre de 2010, RIT O-1687-2010. Recurso de nulidad rechazado por • Corte de Apelaciones de Santiago, 03 de marzo de 2011, Rol 1367-2010. Tampoco prosperó la acción de tutela en la sentencia del 2º Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, de fecha 21 de octubre de 2010, causa RIT T-216-2010.

CONCLUSIONES

Nuestro ordenamiento jurídico ampara la libertad de toda persona de ejecutar toda actividad lícita que desee. De esta forma, implícitamente reconoce la posibilidad que tiene un individuo de ejecutar dos o más labores remuneradas simultáneamente, fenómeno que es conocido como 'pluriempleo'.

La causal de despido contenida en el Artículo 160 N° 2 del Código del Trabajo se presenta como la principal limitación legal aplicable al pluriempleo en nuestro país. En efecto, esta norma impide al trabajador ejecutar negociaciones dentro del giro del negocio del empleador, siempre que se hubiere establecido expresamente esta prohibición en el respectivo contrato de trabajo.

Pese a que legislador no lo dice expresamente, la doctrina nacional, unánime en este punto, sostiene que la conducta que pretende sancionar dicha disposición es la competencia desleal del trabajador. No obstante, dada la amplitud con que la mayor parte de la jurisprudencia ha aplicado la causal de *negociaciones incompatibles*, ésta suele abarcar más hipótesis de las que en realidad comprende el deber de abstención de competencia desleal. Algunos de los factores que han incidido en ello son que:

- Se ha considerado que para efectos de determinar si una conducta es competitiva o no basta con constatar si la actividad realizada simultáneamente por parte del trabajador se identifica o no con giro del negocio desarrollado por el empleador.

- Se ha fundado la infracción a la prohibición de ejecutar negociaciones incompatibles únicamente en la vulneración del deber genérico de buena fe, sin verificar el cumplimiento de los requisitos propios de la conducta de competencia desleal.

- Se han ampliado los alcances de la causal al no exigir escrituración de la prohibición en el respectivo contrato de trabajo.

- No se ha requerido la concurrencia de un perjuicio efectivo o potencial respecto a los intereses competitivos del empleador, finalidad esencial de la obligación de no competencia, que contribuye a delimitarla.

Entendida en estos términos, la causal de despido importa efectivamente una restricción al ejercicio del pluriempleo, por cuanto impide el desarrollo de una actividad remunerada en aquel ámbito en que normalmente el trabajador se encontrará más calificado, sin importar si ello produce o no perjuicios al negocio de su empleador.

Sin embargo, se debe considerar que la obligación de no competencia debe cumplir con especiales características. En efecto, esta obligación debe tener por objeto proteger los intereses competitivos objetivos del empleador, sancionando a aquel trabajador cualificado que realice una actividad paralela capaz de afectar, al menos potencialmente, el mercado relevante de la empresa para la que trabaja.

La exigencia de un potencial perjuicio a los intereses competitivos del empleador permite restringir el campo de aplicación de las obligaciones laborales de no competencia, limitación de la que carece la norma del Artículo 160 N° 2.

Para constatar dicha afectación, no basta con efectuar una mera comparación entre el giro del empleador y la actividad o trabajo desarrollado por el trabajador en forma paralela, ya que este hecho no configura una presunción de competitividad y perjuicio. De lo contrario, se estaría sancionando la mera *conurrencia* del trabajador, es decir, el ejercicio de una actividad paralela en el mercado, sin importar si se dirige o no al mismo círculo potencial de clientes.

Ahora bien, si la causal de despido se acota efectivamente a las exigencias de la obligación de no competencia, el efecto que producirá será diverso al que ha significado su aplicación por parte de la jurisprudencia mayoritaria. En efecto, normalmente el pluriempleo se relaciona a aquellos trabajadores que se

sobreexplotan en virtud de necesidades económicas apremiantes, mientras que las prohibiciones de competencia desleal se asocian a ciertos y específicos trabajadores que, por su acceso a la información estratégica y comercial de la empresa, se encuentran en condiciones de competir con su propio empleador. De esta forma, la función de límite al pluriempleo de la prohibición de competencia desleal resultará ser bastante accidental, pues sólo estará enfocada a aquellos trabajadores calificados.

Por otra parte, la afirmación de que el deber de abstención de competencia desleal se fundamenta en el deber de buena fe, formando parte del contenido ético-jurídico del contrato de trabajo, debe ser reformulada. Como he señalado, el deber de buena fe, más que el fundamento de la obligación, representa la forma como la obligación debe cumplirse. Por esta razón, una vez determinados los alcances de la prohibición, la buena fe otorgará los parámetros según los cuales razonablemente el trabajador debe abstenerse de incurrir en la conducta.

Sobre este punto, resulta destacable la forma como trata esta materia la legislación española, que en una primera disposición establece el deber general de buena fe que debe regir en toda relación laboral, para luego señalar en otra norma la causal de despido por competencia desleal, como una forma de delimitación –en la propia ley- del contenido del principio de buena fe.

Además, el Estatuto de los Trabajadores español recoge la crítica formulada por nuestra doctrina a la norma del Artículo 160 N° 2, en cuanto no exige escrituración de la prohibición sino, por el contrario, que el trabajador se encuentra afectado por el deber de no competir, salvo que el empleador lo haya eximido expresamente de esta obligación.

Teniendo presente lo expuesto, se hace patente la necesidad de actualizar los términos en que está redactada la causal de negociaciones incompatibles en el Código del Trabajo, con el objeto de clarificar que se refiere única y exclusivamente a la conducta de competencia desleal y, de esta forma, delimitar sus alcances.

Finalmente, cabe señalar que la habitual exigencia al trabajador de “ponerse la camiseta de la empresa” no puede ser llevada a extremos que importen una supresión de garantías constitucionales esenciales, como lo son la libertad de trabajo y de desarrollo de cualquier actividad económica lícita. Así, considerando que cualquier limitación al pluriempleo será en realidad una limitación a la libertad de trabajo, cualquier pacto que establezca restricciones al respecto – ya sea cláusula de exclusividad, no competencia u otro- deberá ser siempre interpretado restrictivamente.

BIBLIOGRAFÍA

- ALARTE MAYORDOMO, Carmen María. Pluriempleo y pluriactividad en el sector privado español. Tesis doctoral. Murcia, España. Universidad de Murcia, Facultad de Derecho, 2010.
- ALCAZAR ORTIZ, Sara y DE VAL TENA, Ángel Luis. Los pactos de dedicación exclusiva y permanencia en la empresa. Revista de Relaciones Laborales, Nº 3, 1995, pp. 125-140.
- Análisis de los resultados de la Encuesta Nacional de Coyuntura Laboral ENCLA 2008, Sexta Versión. Inequidades y Brechas de Género en el Empleo. Dirección del Trabajo. Santiago, Chile. Diciembre 2009 [en línea] <http://www.dt.gob.cl/documentacion/1612/articles-95958_archivo_fuente.pdf>
- ARENAS DE MESA, Alberto. Historia de la reforma previsional chilena: una experiencia exitosa de política pública en democracia. Santiago, Chile. Oficina Internacional del Trabajo, 2010.
- ARRAU COROMINAS, Fernando. El Sistema Previsional en Chile. Serie Informes, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, Departamento de Estudios, Extensión y Publicaciones Nº 145, 27 de abril de 2005.
- BERSTEIN, Solange. CONTRERAS, Carmen. BENVIN, Evelyn. Valoración del Seguro de Cesantía en Chile: Simulación de Beneficios con Datos Individuales. Documento de Trabajo Nº 27. Serie de Documentos Superintendencia de Administradoras de Fondos de Pensiones, diciembre 2008 [en línea] <<http://www.safp.cl/files/doctrab/DT00027.pdf>>.
- BERSTEIN, Solange; FAJNZYLBER, Eduardo; GANA, Pamela, y POBLETE, Isabel. Cinco Años de Funcionamiento del Seguro de Cesantía en Chile: Diagnóstico y Desafíos para su Perfeccionamiento. Documento de Trabajo Nº 23. Serie de Documentos Superintendencia de Administradoras de Fondos de Pensiones, diciembre 2007 [en línea] <<http://www.safp.cl/files/doctrab/DT00023.pdf>>.
- CONDE MARÍN, Emilia. La buena fe en el contrato de trabajo: Un estudio de la buena fe como elemento de integración del contrato de trabajo. Madrid, Editorial La Ley, 2007.

- DÍAZ TOLOSA, Regina Ingrid. Deber de los Administradores de no competir con la Sociedad Anónima que administran. *Revista de Derecho*. Vol. XX, N° 1, Julio 2007. pp. 85-106.
- ELTER, Doris. Sistema de A.F.P. chileno, injusticia de un modelo. Santiago, Chile. LOM Ediciones, 1999.
- FERRAJOLI, Luigi. "Derechos y Garantías. La Ley del más débil". Editorial Trotta, 5ª ed. Madrid, España, 2006.
- GAMONAL CONTRERAS, Sergio y GUIDI MOGGIA, Caterina. Manual del Contrato de Trabajo. 2ª ed. Santiago, Chile. Legal Publishing, 2010.
- GAMONAL CONTRERAS, Sergio. Fundamentos de Derecho Laboral. Santiago, Chile. Legal Publishing, 2008.
- GAMONAL, Sergio. El procedimiento de tutela de derechos laborales. 2ª ed. Santiago, Chile. LegalPublishing, 2008.
- HUMERES NOGER, Héctor. Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Tomo III. 17ª ed. Santiago, Chile. Editorial Jurídica, 2005.
- IRURETA URIARTE, Pedro. Constitución y orden público laboral: un análisis del art. 19 no. 16 de la constitución chilena. Colección de investigaciones jurídicas N° 9, Universidad Alberto Hurtado, 2006.
- IRURETA URIARTE, Pedro. La prohibición de competencia y la buena fe contractual. Estudios Laborales, N° 1, Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Santiago, Chile. LexisNexis, 2007.
- LANATA FUENZALIDA, Gabriela. El Contrato Individual de Trabajo. Santiago, Chile. Legal Publishing, 2009.
- LIZAMA PORTAL, Luis y UGARTE CATALDO, José Luis. Interpretación y derechos fundamentales en la empresa. Santiago, Chile. Editorial Jurídica Cono Sur, 1998.
- LIZAMA PORTAL, Luis. Derecho del Trabajo. Santiago, Chile. Lexis Nexis, 2005.
- LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge. Los Contratos: Parte General. Volumen 2. 4ª ed. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. 2005.

- LYON-CAEN, Gerard. ¿Derecho del Trabajo o Derecho del Empleo?, en Evolución del Pensamiento Juslaboralista, Estudios en homenaje al Prof. Héctor-Hugo Barbagelata. Montevideo, 1997. p. 270.
- MÁRQUEZ LIZANA, Isabel. Impacto de la Reforma Previsional de 1981 en los Beneficios de los Afiliados. Tesis (Magíster en Ciencias Sociales, mención Sociología de la Modernización). Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Ciencias Sociales, 2004.
- MARTÍN VALVERDE, Antonio, RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, Fermín y GARCÍA MURCIA, Joaquín. Derecho del Trabajo. Madrid, España. Editorial Tecnos, 2008.
- MELIS VALENCIA, Christian y SÁEZ CARLIER, Felipe. El contrato individual de trabajo en los dictámenes de la Dirección del Trabajo. Santiago, Chile. Editorial LegalPublishing, 2009.
- MELIS VALENCIA, Christian. Los derechos fundamentales de los trabajadores como límites a los poderes empresariales. 2ª ed. Santiago, Chile. Editorial LegalPublishing, 2010.
- MONTOYA MELGAR, Alfredo. Derecho del Trabajo. Madrid, España. Editorial Tecnos, 1979.
- MONTT RETTIG, Paulo. Validez de las cláusulas contractuales de no competir. Revista de Derecho Económico, (75): 61-93, 2010.
- MORAGA, René. El Código del Trabajo comentado. 3ª ed. Santiago, Chile. Editorial LegalPublishing, 2011.
- NADAL SERRI, Daniel. El Despido en el Código del Trabajo. Santiago, Chile, Editorial Lexis Nexis, 2003.
- NEVADO FERNÁNDEZ, María José. Las restricciones a la competencia en el contrato de trabajo. Madrid, España. Editorial Tecnos, 1998.
- 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 Arazandi, 1997.
- NOVOA FUENZALIDA, Patricio y THAYER ARTEAGA, William. Manual de Derecho del Trabajo. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile, 2010.

- NOVOA FUENZALIDA, Patricio. Deberes de fidelidad y lealtad laboral: no subsistencia de las obligaciones personales del trabajador una vez expirado el vínculo contractual y la competencia desleal. Anuario de Derecho del Trabajo y Seguridad Social N° 3. Derechos Fundamentales: Homenaje al Profesor Patricio Novoa Fuenzalida. Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2004.
- NOVOA FUENZALIDA, Patricio. Derecho de Seguridad Social. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile, 1977.
- PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. Los principios del Derecho del Trabajo. Buenos Aires, Argentina. Editorial Depalma, 1998.
- PUELMA ACCORSI, Álvaro. Sociedades. Tomo I. 3ª ed. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile, 2006.
- RASO DELGUE, Juan. Derecho del Trabajo y Derecho del Empleo: de la protección del trabajo subordinado a la tutela de los “trabajos” [en línea] <http://www.sindominio.net/afe/dos_rentabasica/dertrabajo.pdf>.
- REYES, Gonzalo. Duración de las Relaciones Laborales de los Afiliados al Seguro de Cesantía: Análisis y Problemas Metodológicos. Documento de Trabajo N° 11. Serie de Documentos Superintendencia de Administradoras de Fondos de Pensiones, noviembre 2005 [en línea] <<http://www.safp.cl/files/doctrab/DT00011.pdf>>.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel. Límites a la competencia y contrato de trabajo. Revista de Política Social N° 116, 1977.
- ROJAS MIÑO, Irene. Manual de Derecho del Trabajo. Derecho Individual. Santiago, Chile. Editorial Lexis Nexis, 2004.
- UGARTE CATALDO, José Luis. Los derechos fundamentales y las relaciones laborales: el mundo de las palabras. Anuario de Derecho del Trabajo y Seguridad Social N° 3. Derechos Fundamentales: Homenaje al Profesor Patricio Novoa Fuenzalida. Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2004.
- VERGARA BLANCO, Alejandro. Derecho Administrativo y supuesta supletoriedad general del Código Civil. Revista de Derecho Administrativo (3): 2009.

- WELDT UMAÑA, Anderson. Comentarios sobre el principio de proporcionalidad en materia de derechos fundamentales laborales [en línea] <http://www.ubo.cl/icsyc/wp-content/uploads/2011/09/10-weldt.pdf>