



Universidad de Chile

Facultad de Derecho

Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

**PACTOS RESTRICTIVOS DE LIBERTAD POSTCONTRACTUALES ACORDADOS EN
EL MARCO DE UNA RELACIÓN LABORAL**

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

Autor: BRIAN PATRICK CHERNIN DE LA FUENTE

Profesor Guía: CLAUDIO PALAVECINO CÁCERES

Santiago, Chile

2019

A Irwin, Mariana, Nilda e Iris, por su incondicionalidad y entrega constante.

A Carlita y Fran por introducirme el mundo de los pactos restrictivos de libertad.

ÍNDICE

RESUMEN	5
INTRODUCCIÓN	7
CAPÍTULO I: ANÁLISIS PRELIMINAR RESPECTO A LA LIBERTAD DE TRABAJO ...	11
CAPÍTULO II: PACTOS DE CONFIDENCIALIDAD POSTCONTRACTUALES	15
2.1 Nociones preliminares	15
2.2 La colisión de derechos fundamentales que acarrea este tipo de obligaciones	15
2.3 El principio de la buena fe como fuente de la obligación de confidencialidad	16
2.4 Opinión de la Dirección del Trabajo sobre la validez de los pactos de confidencialidad postcontractuales.....	19
2.5 Opinión de los tribunales de justicia sobre la exigibilidad de los pactos de confidencialidad postcontractuales.....	25
2.6 Consideraciones respecto al pago de una contraprestación económica	29
2.7 Consideraciones respecto a suscripción en documento separado	32
CAPÍTULO III: PACTOS DE NO COMPETENCIA POSTCONTRACTUALES	33
3.1 Nociones preliminares y definiciones bajo el Derecho chileno	33
3.2 Opinión de la Dirección del Trabajo sobre la validez de los pactos de no competencia postcontractuales	34
3.3 Opinión de los tribunales de justicia sobre la exigibilidad de los pactos de no competencia postcontractuales	37
3.4 Criterios aplicables a una obligación de no competencia postcontractual	51
3.5 Tratamiento tributario de la contraprestación económica	55
3.6 Consideraciones respecto a la periodicidad del pago de la compensación al extrabajador.....	59
3.7 Consideraciones respecto a suscripción en documento separado	60
CAPÍTULO IV: PACTOS DE NO SOLICITACIÓN POSTCONTRACTUALES	63
4.1 Nociones preliminares y definiciones bajo el Derecho comparado.....	64
4.2 Tipos de obligaciones de no solicitud comúnmente utilizadas	64
4.3 Criterios en el Derecho comparado para la exigibilidad de los pactos de no solicitud postcontractuales	65
4.4 Comparación entre los pactos de no competencia y los de no solicitud	67
4.5 Criterios aplicables a una obligación de no solicitud postcontractual.....	67
4.6 Consideraciones respecto al pago de una contraprestación económica y a suscripción en documento separado	69
CAPÍTULO V: MECANISMOS PARA PERSEGUIR EL INCUMPLIMIENTO DE ESTOS PACTOS	71
5.1 Competencia de los tribunales para conocer de los incumplimientos.....	71
5.2 Acciones para atacar el incumplimiento de alguna de las partes	75

CONCLUSIONES	81
BIBLIOGRAFÍA	85

RESUMEN

Los pactos restrictivos de libertad postcontractuales enmarcados en una relación laboral han tenido un creciente uso en el Derecho del Trabajo chileno. Ello, por cuanto la existencia de un mercado cada vez más competitivo ha hecho necesaria la utilización, por parte del empleador, de mecanismos que permitan proteger su negocio, clientela, secretos industriales, contratistas y proveedores, entre otros. Los ejemplos más emblemáticos de este tipo de cláusulas han sido las obligaciones de confidencialidad, no competencia y no sollicitación.

Sin embargo, la aplicación de estas restricciones no ha estado exenta de controversias. En vista de que no existe normativa ni regulación expresa que permitan su uso y, que cada una de ellas es potencialmente lesiva de la garantía fundamental de libertad de trabajo consagrada en el artículo 19N°16 de la Constitución Política de la República, se ha cuestionado su exigibilidad. Han sido, por tanto, la Dirección del Trabajo y los tribunales de justicia, los que -a través de diversos pronunciamientos- han sentado criterios que, de seguirse, mejorarían las posibilidades de que dichas restricciones sean exigibles bajo el ordenamiento jurídico chileno.

En este trabajo, se: (i) analizará, definirá y explicará el contenido de cada una de las obligaciones restrictivas de libertad señaladas; (ii) determinará qué criterios han sido considerados por los tribunales y la Dirección del Trabajo a fin de considerar válidas este tipo de restricciones; (iii) explorará la legislación y jurisprudencia de otros países a fin de conocer sus criterios en relación a la validez de este tipo de obligaciones; (iv) analizará cada uno de estos criterios, individualizando los problemas prácticos que podrían desprenderse de ellos; y (v) analizará las herramientas con que contarían las partes ante un eventual incumplimiento, en especial, las del empleador y la competencia de los tribunales de justicia que podrían conocer de estas controversias.

INTRODUCCIÓN

El artículo 10 del Código del Trabajo, que establece las menciones mínimas con que debe contar un contrato individual de trabajo, otorga a la parte empleadora y trabajadora una cierta autonomía de la voluntad a través de su numeral séptimo, disponiendo como contenido de este instrumento los *“demás pactos que acordaren las partes”*.

Resulta evidente que esta autonomía de la voluntad que otorga la ley para acordar pactos o acuerdos por sobre las regulaciones mínimas que impone el Derecho del Trabajo, debe guardar total respeto por las normas de orden público que proliferan en esta rama del Derecho. Así lo han entendido Katy Romanik y Gabriela Lanata, quienes sostienen que *“el contrato de trabajo se caracteriza por ser un contrato dirigido, lo que constituye una atenuación a la autonomía de la voluntad”*¹ y que *“compete a la legislación estatal regular los elementos básicos del contrato, en detrimento de la autonomía de la voluntad”*².

En relación con esta autonomía de la voluntad que venimos mencionando y como ejemplo en boga de la misma, resulta particularmente interesante analizar las cláusulas restrictivas de libertad acordadas en el marco de una relación laboral, cuya vigencia se pretende extender a después de terminada ésta. De este grupo de obligaciones, los mayores exponentes y las que han visto mayor aplicación, son las cláusulas de confidencialidad, las de no competencia y las de no solicitud.

El elemento que comparten los tres pactos mencionados en el párrafo anterior es precisamente que son limitativas de libertad y que, por tanto, implican una posible lesión a para un extrabajador de su garantía constitucional de libertad de trabajo, consagrada en el numeral 16 del artículo 19 de nuestra Constitución Política de la República. Lo anterior tiene como resultado el que, al pactar este tipo de obligaciones, se deba analizar meticulosamente sus posibilidades de exigibilidad y, en dicho contexto, intentar cumplir con los criterios que la jurisprudencia administrativa y judicial han sentado a este respecto.

Esta colisión con la libertad de trabajo provocó que, en un comienzo, las autoridades administrativas y judiciales tendieran a considerar inexigibles este tipo de pactos -en

¹ ROMANIK, KATY. *La voluntad de las partes en el contrato individual del trabajo: análisis de algunas cláusulas especiales*. Santiago: Departamento de Estudios Dirección del Trabajo, 2014. 18 p.

² LANATA, GABRIELA. *Contrato Individual de Trabajo*. Santiago: Legal Publishing, 2009. 93p.

especial los acuerdos de no competencia- aun cuando hubiesen sido acordados libremente por los trabajadores con sus respectivos empleadores. Sin embargo, los criterios fueron cambiando, lo que es posible ver, entre otros casos, en dictámenes y órdenes emitidas por la Dirección del Trabajo donde, por ejemplo, se han establecido directrices y principios que deben ser observados a fin de que una cláusula de confidencialidad con vigencia una vez terminada la relación laboral pueda ser exigible. En esta misma línea, cabe hacer presente que a contar de finales de la década del 2000, la cláusula de no competencia postcontractual tuvo un importante desarrollo jurisprudencial. Dicho desarrollo tuvo su mayor manifestación en una sentencia dictada por la Corte Suprema de fecha 27 de enero de 2011³, en la cual se analizan diversos criterios que, en opinión de dicho tribunal, harían de este pacto exigible. Por su parte, la cláusula de no sollicitación, si bien ha sido utilizada en diversos contratos de trabajo, no ha tenido un desarrollo jurisprudencial ni administrativo importante. Lo anterior, por cuanto este pacto suele acordarse en conjunto a obligaciones de no competencia, lo que deriva en que el análisis del tribunal se enfoque en dicha restricción, que es de carácter más severo. En consecuencia, en caso de tener la intención de acordar esta obligación con una vigencia que exceda del término de la relación laboral, se deberá hacer un análisis en base a lo que ha sido discutido en Derecho comparado, o bien, aplicar por analogía los criterios de las otras cláusulas restrictivas, teniendo en consideración la naturaleza propia de la restricción de no sollicitación.

Con el objeto de delimitar los temas que recoge el presente ensayo, cabe precisar que el hilo conductor del mismo serán aquellos pactos restrictivos que se acuerdan en el marco de una relación laboral, para tener efecto con posterioridad al término de ésta, y que potencialmente podrían lesionar la libertad de trabajo de los extrabajadores que actúan como sujetos pasivos de dichas obligaciones. En este sentido, resulta necesario hacer presente que existen ciertos aspectos anexos a este tema que no serán tratados en el presente trabajo. Por un lado, la libertad de trabajo no es el único derecho que los pactos objeto de este ensayo podrían llegar a restringir, como ocurre, a modo de ejemplo, con la obligación de confidencialidad, la que también impone una restricción sobre el derecho a la libertad de expresión de los extrabajadores. Por otro lado, existen otros pactos postcontractuales restrictivos que podrían acordarse en el marco del término de una relación laboral, que no lesionan la libertad de trabajo y que tampoco serán analizados. Un claro ejemplo para fines ilustrativos es la obligación de no difamación de un extrabajador

³ Corte Suprema, Rol N°5152-2009, 27 de enero de 2011.

respecto de su empleador, la que es restrictiva en cuanto podría lesionar -al igual que la obligación de confidencialidad- el derecho a la libertad de expresión.

En consideración a lo anterior, en este trabajo pretendo explicar en qué consiste cada uno de estos pactos limitativos de libertad ya aludidos, explorar los criterios y conclusiones que han sido desarrollados por las autoridades judiciales y administrativas a fin de mejorar su exigibilidad, analizar algunos temas prácticos que se suscitan a la hora de acordar o exigir el cumplimiento de estas obligaciones y, finalmente, analizar las herramientas con que contarían las partes en caso de un eventual incumplimiento.

CAPÍTULO I

ANÁLISIS PRELIMINAR RESPECTO A LA LIBERTAD DE TRABAJO

Como fue mencionado en la introducción de este trabajo, el elemento que guardan en común todas las cláusulas que se analizarán es que tienen la posibilidad de lesionar el derecho fundamental consagrado en el numeral 16 del artículo 19 de la Constitución, esto es, el derecho a “la libertad de trabajo y su protección”.

A partir del texto constitucional, parte de la doctrina nacional ha entendido que la protección sobre el trabajo puede entenderse desde dos dimensiones. Por un lado y, aun cuando no esté expresado en forma explícita, desde la esfera de la protección estatal al trabajo y, por el otro, de la libertad de trabajo *per se*. José Luis Cea señala que, si bien del texto constitucional lo que aparece es una protección a la libertad de trabajo, el Código del Trabajo corrigió esto, otorgando al trabajador protección en su estabilidad y permanencia en su empleo o labor, en especial en lo relativo a las causales taxativas que establece la ley para poner término a la relación laboral⁴. A su vez, cabe señalar que uno de los primeros análisis que se hace respecto de esta garantía constitucional es el de la profesora Luz Bulnes⁵, quien arriba a la conclusión recién mencionada al poco tiempo de vigencia de la actual Constitución.

Dentro de la esfera de la libertad de trabajo en sí misma, la Constitución hace alusión tanto a la libre contratación, como a la libre elección del trabajo. Esta distinción permite establecer que la garantía constitucional protege de una eventual imposición de trabajo, tanto a la parte empleadora, como a la trabajadora. Reafirma lo anterior la Sesión N°199 de la Comisión de Estudios para la Nueva Constitución, donde -en el contexto de la discusión respecto al alcance de la garantía fundamental en cuestión- se discute en torno a que ésta implicará la posibilidad de un trabajador de elegir su empleo, y de un empleador de poder decidir quién le prestará servicios, con la salvedad de que no existan diferencias arbitrarias⁶. La manifestación de lo anterior implica que este derecho a la libertad de

⁴ CEA, JOSÉ LUIS. *Derecho Constitucional chileno. Tomo II: derechos, deberes y garantías*. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2004. 427 p.

⁵ BULNES, LUZ. “La libertad de trabajo y su protección en la Constitución de 1980”. *Revista de Derecho Público*. 1980, Núm. 28. Pág. 207-224, 217 p.

⁶ Sesión 199, Comisión de Estudios para la nueva constitución, 7 de abril de 1976.

trabajo permite decidir libremente tanto si se accede, mantiene o termina una relación laboral⁷.

Es precisamente este último punto el que provoca el conflicto con los pactos objeto de estudio del presente trabajo. Todos ellos son susceptibles de provocar una lesión en la capacidad de un extrabajador para elegir libremente un trabajo, ya sea en mayor o menor medida. Claro está que de las tres obligaciones que serán estudiadas, la de no competencia es la que mayor posibilidad presenta de lesionar esta garantía, toda vez que el objeto de la limitación abarca el no prestar servicios a una empresa competidora o a un cliente, reduciendo así las posibilidades de dicho individuo de encontrar un nuevo trabajo y, en consecuencia, una nueva fuente de ingresos. En el caso de las obligaciones de confidencialidad y no sollicitación, la lesión que se podría dar es eventual y su verificación dependerá de la extensión de la restricción y si, por cumplir con la obligación, el extrabajador es privado de encontrar un nuevo trabajo.

Ahora bien, precisado lo anterior y aun cuando sea posible aceptar que estos pactos puedan lesionar la libertad de trabajo de los extrabajadores, cabe cuestionarse si, en virtud de la autonomía de la voluntad de las partes, los trabajadores podrían -de todas formas- acordar libremente este tipo de obligaciones con sus empleadores. A este respecto, es dable mencionar que -en general- los empleadores suelen tener la intención de celebrar estos pactos con trabajadores que tienen algún nivel de jerarquía en la empresa. Este tipo de trabajadores suele tener capacidad para negociar con el empleador, razón por la cual tendrán mejores herramientas para: (i) acordar los términos y condiciones de la restricción, en especial una compensación a cambio de cumplir con la obligación, si el tipo de pacto acordado lo amerita; y (ii) negarse a acordar la restricción al término de la relación laboral.

En este contexto, cabe citar a Claudio Palavecino quien concluye que *“no se infringe la Constitución ni se provoca un resultado anticonstitucional por la circunstancia de que el legislador entregue espacios a la autonomía de la voluntad en el ámbito de las relaciones laborales. La tradicional objeción que se formula en este contexto sobre la asimetría de fuerzas entre el empleador y trabajador no es un fenómeno exclusivo del contrato de*

⁷ NOGUEIRA, HUMBERTO. *Derechos fundamentales y Garantías Constitucionales*. Tomo 3. Santiago: Editorial Librotecnia. 409 p.

*trabajo, sino propio de todas las relaciones de intercambio en los más diversos ámbitos de la interacción humana*⁸.

Ahora bien, otra parte de la doctrina nacional es más reticente respecto de la amplitud de aplicación del principio de autonomía de la voluntad en sede laboral, señalando que la libertad de contratación no puede entenderse como el imperio de la autonomía privada en materia laboral, en el sentido de que los empleadores puedan contratar libremente y establecer con plena libertad las modalidades del contrato de trabajo⁹. Se desprende que el fundamento que subyace a esta aseveración es la asimetría entre las partes, inherente a la relación laboral -tal como asevera el Profesor Palavecino- por cuanto, en palabras de Nogueira y otros *“Dicha autonomía opera sobre los mínimos establecidos en la ley para proteger a la parte débil de la relación laboral”*¹⁰.

Habiendo analizado las distintas posturas que giran en torno a la libertad de trabajo y la autonomía de la voluntad en materia laboral, resulta claro que no existe controversia respecto de la existencia un grado de autonomía de la voluntad en materia del Derecho del Trabajo, que opera sobre los mínimos establecidos por ley, normas que revisten el carácter de orden público. No obstante lo anterior, el debate y cuestionamiento que se relaciona con los pactos restrictivos de libertad postcontractuales radica en determinar si, cumpliendo con los beneficios y normas mínimas laborales, estamos dispuestos, por un lado, a otorgar autonomía a un trabajador para que tome una decisión libre y espontánea, sopesando los beneficios y desventajas respectivos, ante una eventual colisión de sus derechos con los del empleador, y por el otro, a permitir al empleador acordar obligaciones que le permitan proteger de mejor manera su negocio y los activos materiales e inmateriales de su empresa.

⁸ PALAVECINO, CLAUDIO. “La libertad de trabajo y su protección constitucional. Nueva lectura”. *Revista laboral chilena*, 2014, Núm 219. p.79-83. 81 p.

⁹ BULNES, LUZ. “La libertad de trabajo y su protección en la Constitución de 1980”. *Revista de Derecho Público*, 1980, Núm. 28. p. 207-224.

¹⁰ NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO, PFEFFER URQUIAGA, EMILIO Y VERDUGO MARINKOVIC, MARIO. *Derecho Constitucional*, Tomo 1. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1994. 369 p.

CAPÍTULO II

PACTOS DE CONFIDENCIALIDAD POSTCONTRACTUALES

2.1 Nociones preliminares

Si bien existen variadas disposiciones en otras áreas del Derecho que regulan de algún modo el deber de confidencialidad o la prohibición de divulgar información que ha sido catalogada como confidencial, en materia laboral no existe regulación expresa respecto de la posibilidad de acordar una cláusula de confidencialidad, ya sea para tener vigencia durante o con posterioridad al término de la relación laboral.

Sin perjuicio de lo anterior, la cláusula de confidencialidad se ha convertido en una cláusula de uso común en los contratos de trabajo en Chile y, de igual forma, la costumbre de acordar para esta obligación una vigencia que trascienda la duración de la relación laboral.

2.2 La colisión de derechos fundamentales que acarrea este tipo de obligaciones

Tomando en consideración que, de los tres pactos objeto de estudio del presente ensayo, los de confidencialidad son los que presentan un mayor uso, vale la pena analizar escuetamente la problemática que éstos podrían generar desde la arista de la colisión de derechos fundamentales entre el empleador y el extrabajador. A este respecto, podría entenderse que, en virtud de los derechos de libertad de empresa y de propiedad, el empleador tiene un interés legítimo en acordar una obligación de confidencialidad postcontractual, pudiendo así incorporar en los contratos de trabajo de sus trabajadores una obligación de confidencialidad a fin de proteger su negocio de posibles pérdidas que podrían suscitarse de divulgarse.¹¹ Si bien no existe limitación respecto de la información que el empleador puede declarar confidencial, pudiendo declararse que, salvo disposición expresa en contrario, toda información que haya llegado a conocimiento del trabajador durante la vigencia de la relación laboral es información confidencial, generalmente la

¹¹ ROMANIK, KATY. *La voluntad de las partes en el contrato individual del trabajo: análisis de algunas cláusulas especiales*. Santiago: Departamento de Estudios Dirección del Trabajo, 2014. 39 p.

información que se pretende proteger a través de este tipo de obligaciones es toda aquella relativa al *know-how*, características del mercado o productos relativos al negocio del empleador.

Respaldando esta idea, cabe citar a la abogada española María González Moreno, quien señala que “*el empresario tiene la libertad de calificar como Confidencial, cualquier documento o información, que a su juicio, influya directa o indirectamente en el desarrollo del negocio: estrategias empresariales, métodos de negocio documentos contractuales, propiedad, intelectual, patentes, desarrollo de nuevos productos, etc*”¹².

Sin perjuicio de que el empleador podría acordar estas obligaciones en virtud de lo ya expresado, como contrapartida a los derechos del empleador, la obligación de confidencialidad podría eventualmente lesionar los derechos de libertad de trabajo (artículo 19 N°16 de la Constitución Política) y libertad de expresión (artículo 12 de la Constitución y artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos), del extrabajador.

En el caso particular de la libertad de trabajo, que es el que nos causa interés para efectos del presente ensayo, cabe mencionar que ésta podría verse afectada en caso de que la extensión de la obligación llegase a limitar el desarrollo del trabajo con posterioridad al término de la relación laboral¹³.

2.3 El principio de la buena fe como fuente de la obligación de confidencialidad

A falta de cuerpo normativo que actúe como fuente de esta obligación, tanto la doctrina nacional, los tribunales de justicia y la Dirección del Trabajo han entendido que ella deriva del principio de la buena fe.

A modo de introducción, cabe señalar que el principio de buena fe tiene manifestación legal en el Código Civil, siendo posible distinguir entre el la buena fe objetiva y la buena fe subjetiva.

¹² GONZÁLEZ MORENO, MARÍA (2007). *La importancia de la Protección de la Información Corporativa. Los acuerdos o pactos de confidencialidad*. Recuperado de https://navactiva2013.wordpress.com/2007/08/21/la-importancia-de-la-proteccion-de-la-informacion-corporativa-lo_30250/.

¹³ Dirección del Trabajo. Ord. N°4731/81, 3 de noviembre de 2010.

Por una parte, la buena fe objetiva es aquella que *“impone a los contratantes el deber de comportarse correcta y lealmente en sus relaciones mutuas, desde el inicio de los tratos preliminares y hasta momentos incluso posteriores a la terminación del contrato”*¹⁴. Se encuentra plasmada en el artículo 1546 del Código Civil, el cual dispone 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”*.

Por otra parte, en palabras de Jorge López Santa María, la buena fe subjetiva puede entenderse como *“la convicción interna o psicológica de encontrarse el sujeto en una situación jurídica regular, aunque objetivamente no sea así: aunque haya error”*¹⁵. Su manifestación legal es el artículo 706 del Código Civil, el que la regula a propósito de la posesión, señalando: *“La buena fe es la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos, exentos de fraude y de todo otro vicio.”*

Dicho lo anterior, cabe mencionar que Pedro Irureta analiza en detalle la aplicabilidad del principio de buena fe en el Derecho del Trabajo chileno, sosteniendo que tanto la esfera de la buena fe objetiva como subjetiva se materializan en esta área del Derecho. Si bien sostiene que, como regla general, es la arista objetiva de la buena fe la que se materializa en el Derecho del Trabajo por emanar las obligaciones de los contratos de trabajo celebrados entre el empleador y el trabajador, igualmente es posible encontrar manifestaciones de buena fe subjetiva. Lo anterior, por cuanto cada vez que el ordenamiento jurídico se refiere a que una conducta sea ejecutada de buena fe, lo que se está precisando es que el sujeto que realiza la conducta tenga la creencia de que dicho actuar es conforme a la buena fe, aun cuando lo anterior pueda ser un error. De acuerdo a Irureta, esta dimensión del principio de buena fe tiene sobre todo manifestación en materia colectiva y en la prohibición de prácticas desleales¹⁶.

Aun cuando la buena fe sea en Chile un principio general del Derecho, en materia laboral este principio tiene una trascendental relevancia, dado que *“en el caso del trabajador, su*

¹⁴ LÓPEZ SANTA MARÍA, JORGE. *Los contratos. Parte General*. Segunda Edición. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1998. 392 p.

¹⁵ Ídem.

¹⁶ IRURETA URIARTE, PEDRO. “Vigencia del principio de la buena fe en el Derecho del Trabajo chileno.” *Ius et Praxis*, 17(2), 2011. 133-188. 140-141 p.

*vínculo es intuitu personae, lo que deja en evidencia el cumplimiento de deberes en que el compromiso del deudor es más complejo que en otro tipo de contratos*¹⁷.

La buena fe también se ve manifestada en lo que en doctrina se ha denominado el contenido ético-jurídico del contrato de trabajo. A este respecto, cabe hacer presente que Domínguez y Walter entienden a las obligaciones del contenido ético-jurídico del contrato de trabajo como “*aquellas que naturalmente se entienden incorporadas a él, que no se señalan expresamente y que emanan principalmente de los deberes de conducta.*”¹⁸ Por su parte, Ugarte entiende este concepto como un conjunto de derechos y obligaciones recíprocas que regulan la relación entre un empleador y su trabajador, a fin que bienes jurídicos de índole ética sean protegidos¹⁹.

El desarrollo de la noción del contenido ético-jurídico puede retrotraerse a William Thayer y Patricio Novoa, quienes concibieron que este contenido implícito del contrato de trabajo está compuesto por los deberes de respeto, cuidado, diligencia, fidelidad y probidad²⁰. Podría entenderse que, debido a su naturaleza, el deber de confidencialidad también puede enmarcarse en este conjunto de obligaciones, en especial, en tanto puede ser entendido como una manifestación de los deberes de fidelidad y lealtad del trabajador hacia el empleador. En esta misma línea, la obligación ético-jurídica para el trabajador de guardar reserva respecto de cierta información clasificada como confidencial por su empleador, no tiene por qué culminar con el término de la relación laboral, pudiendo perfectamente prolongarse hasta después del término de ésta. En efecto, existe jurisprudencia judicial que ha señalado que, aun cuando no se pacte que una obligación de confidencialidad tendrá vigencia luego de terminado el contrato de trabajo, de todas formas, podría entenderse esta obligación como una manifestación del contenido ético-jurídico del contrato de trabajo²¹.

¹⁷ Íbidem 137 p.

¹⁸ DOMÍNGUEZ MONTOYA, ÁLVARO y WALTER DÍAZ, RODOLFO. “El despido disciplinario por incumplimiento grave de las obligaciones laborales en el ordenamiento jurídico chileno.” *Revista de derecho (Concepción)*, 85(241), 2017. p. 7-40. 18 p.

¹⁹ UGARTE CATALDO, JOSÉ LUIS. “El contenido del contrato individual de trabajo”. *Boletín Oficial de la Dirección del Trabajo*, N° 94, 1996. 18 p.

²⁰ THAYER ARTEAGA, WILLIAM y NOVOA FUENZALIDA, PATRICIO. *Manual de Derecho Del Trabajo*. Tomo III. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1980. 346 p.

²¹ Cuarto Juzgado Civil de Santiago, ROL C-7880-2003, 3 de octubre de 2006.

Sin perjuicio de que el contenido ético-jurídico ha tenido una importante manifestación y desarrollo a nivel doctrinario y jurisprudencial, especialmente a fin de otorgar fundamento a terminaciones por supuesto incumplimiento de las obligaciones que impone el contrato, actualmente parte de la doctrina critica a este concepto como generador de deberes para los trabajadores, por cuanto -al ser su contenido implícito e indeterminado- potencialmente puede producir consecuencias negativas para los trabajadores, en su calidad de sujetos pasivos de estos deberes²².

2.4 Opinión de la Dirección del Trabajo sobre la validez de los pactos de confidencialidad postcontractuales

Hasta el año 2010 no existió un pronunciamiento específico de la Dirección del Trabajo donde se abordasen en forma exclusiva las cláusulas de confidencialidad cuya vigencia trascendiera la relación laboral. Con anterioridad a esta fecha, los dictámenes de dicha institución se pronunciaban tanto respecto a obligaciones de confidencialidad vigentes durante la relación laboral, como de ciertos pactos que mezclaban las restricciones de confidencialidad y no competencia.

Así, a modo de ejemplo, el Ordinario N°5620/300 de la Dirección del Trabajo, de fecha 22 de septiembre de 1997, se pronuncia acerca de una obligación impuesta a un extrabajador que lo obligaba a mantener reserva respecto de la obligación confidencial de la empresa, por lo que se le prohibía desempeñar labor alguna para la competencia que pusiere en peligro la exclusividad de la información que el extrabajador hubiese recibido en el ejercicio de su desempeño en la empresa. La Dirección del Trabajo estimó que la obligación era contraria a Derecho, formulando un análisis basado en la lesión a la garantía constitucional de libertad de trabajo, como también, al hecho de que el Código del Trabajo sólo permite restringir la libertad de contratación en cuanto sea durante la vigencia de la relación laboral y con negocios que sean del mismo giro que el del empleador, de acuerdo con el numeral segundo del artículo 160 del Código del Trabajo. Como se podrá desprender de lo anterior, resulta muy probable que el reproche de la Dirección del Trabajo en este caso particular haya versado sobre la parte de la obligación que revestía las características de una

²² DOMÍNGUEZ MONTOYA, ÁLVARO y WALTER DÍAZ, RODOLFO. "El despido disciplinario por incumplimiento grave de las obligaciones laborales en el ordenamiento jurídico chileno". *Revista de derecho (Concepción)*, 85(241), 2017. p.7-40. 19-20 p.

obligación de no competencia, cuya exigibilidad es aún más cuestionada que en el caso de las obligaciones de confidencialidad, como se analizará en el capítulo siguiente.

Otro ejemplo es el Ordinario N°1300/59 de la Dirección del Trabajo, de fecha 3 de abril de 2001, el cual analiza una cláusula incorporada en los contratos de trabajo de una empresa que obligaba a sus trabajadores a abstenerse de comunicar secretos industriales y comerciales de su empleador, durante la vigencia de la relación laboral. En este caso, también existía una obligación de no competencia pactada con los dependientes, pero la Dirección del Trabajo analizó las obligaciones separadamente, estableciendo que la cláusula de confidencialidad se ajustaba a Derecho. Ahora bien, en esta situación particular, la obligación de confidencialidad no trascendía la vigencia de la relación laboral, por lo que no es un pronunciamiento idóneo para efectos del presente ensayo.

Con fecha 3 de noviembre de 2010, la Dirección del Trabajo emite el Ordinario N°4731/81, donde por primera vez trata de manera extensiva la posibilidad de acordar obligaciones de confidencialidad una vez terminada la relación laboral. El análisis que realiza la autoridad laboral en este caso comienza sobre la base de que no existe impedimento para que las partes en un contrato de trabajo acuerden una obligación de confidencialidad en la medida que ésta se enmarque en las obligaciones propias del contrato de trabajo y que no impliquen una renuncia de derechos de los trabajadores, ya sea a nivel legal o constitucional. Como argumentos a favor de la posibilidad de celebrar un pacto de confidencialidad, primero sin referirse específicamente a la vigencia postcontractual, la Dirección del Trabajo señala:

- a) Existe el deber de buena fe contractual, que se desprende del artículo 1546 del Código Civil, el cual resulta exigible tanto para empleadores como para trabajadores. Como se mencionó anteriormente, la buena fe ha sido considerada por los autores, los tribunales y la autoridad laboral en Chile como la fuente principal que justifica la obligación de confidencialidad por parte de un trabajador hacia un empleador.
- b) Es posible sostener que la obligación de confidencialidad es de aquellas conciliables con la naturaleza del contrato de trabajo. Cabe mencionar que ello ha sido corroborado por la doctrina comparada, como es el caso de Palomeque y Álvarez de la Rosa, quienes reconocen dentro de las manifestaciones del deber de buena fe "*la obligación*

de guardar secreto, en razón a lo que conozca y se refiera al negocio o explotación del empresario"²³.

- c) Existen ciertos casos donde la legislación ha impuesto en forma expresa obligaciones de confidencialidad. Algunos ejemplos de ello son: (i) el artículo 284 del Código Penal, que se refiere al ilícito por divulgación de información que diga relación con el secreto de fábrica; (ii) la regulación del secreto empresarial en los artículos 86 a 89 del Decreto con Fuerza de Ley N°3 del año 2006 del Ministerio de Economía y Fomento, que contiene la Ley de Propiedad Industrial; (iii) el uso de información privilegiada establecido en el artículo 22 de la Ley N°18.045 sobre Mercado de Valores, entre otros.

- d) El empleador tiene los derechos constitucionales de libertad de empresa y de propiedad, por lo que un pacto de confidencialidad viene a traducirse en una forma mediante la cual puede proteger estos derechos, evitando que terceros tomen conocimiento de información sensible a que un trabajador tuvo acceso con ocasión de su labor para el empleador.

Habida consideración de lo anterior, *a priori* pareciera que no existen inconvenientes para pactar este tipo de obligaciones para tener una vigencia luego de la terminación de la relación laboral. Sin embargo, dada la posibilidad de que exista una colisión entre garantías fundamentales de ambas partes, la Dirección del Trabajo realiza un análisis desde la perspectiva del principio de proporcionalidad, entre las garantías de libertad de empresa y de propiedad por parte del empleador, y las de libertad de trabajo y de expresión, como garantías constitucionales del trabajador. Lo anterior, considerando que, en este caso particular, existe una potencial colisión de derechos fundamentales de las partes que la ley no ha resuelto. Respecto a la restricción de derechos que puede ocasionar la antedicha colisión de garantías, y la necesidad de aplicar el principio de proporcionalidad al caso concreto, la doctrina comparada ha entendido que *“un derecho restringible está necesariamente garantizado en todo caso por un principio, y la restricción de este derecho es legítima sólo si satisface el criterio material que representa el principio de proporcionalidad”*²⁴.

²³ PALOMEQUE LÓPEZ, MANUEL y ÁLVAREZ DE LA ROSA, MANUEL. *Derecho del Trabajo*, 27ª Edición. España: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2019. 585 p.

²⁴ BOROWSKI, MARTIN. *La estructura de los derechos fundamentales*. Colombia: Ediciones Universidad Externado de Colombia, 2003.77 p.

El principio de proporcionalidad consiste en realizar un examen de admisibilidad o ponderación de la restricción que se pretende acordar basada en la valoración del medio utilizado y el fin que se persigue a través de la restricción²⁵. Este principio se puede subdividir en tres subprincipios, los que la Dirección del Trabajo analiza pormenorizadamente. A fin de verificar si la restricción de derechos es proporcional, se debe ir analizando subprincipio por subprincipio en orden. Ahora bien, tal como señala David Martínez, *“el fracaso de la medida en cualquiera de estas tres etapas supone el irremediable rechazo por quebrantar la exigencia de proporcionalidad, haciendo innecesario pasar a las etapas posteriores”*²⁶. En consecuencia, se deberá obtener un resultado favorable al analizar la medida bajo cada una de las aristas de este principio de proporcionalidad.

a) Principio de adecuación o idoneidad, el que prescribe que el medio utilizado para la restricción debe ser apto o idóneo para la consecución del fin propuesto²⁷. Así, *a contrario sensu*, no resultará adecuada la limitación a un derecho fundamental que no sirva para proteger la garantía que se pretende resguardar. Según Ugarte, *“el juicio de idoneidad exige que la restricción al derecho fundamental de que se trate permita alcanzar efectivamente un fin legítimo entendiendo por tal un interés de naturaleza constitucional”*²⁸. El autor llega a la conclusión de que lo que se mide es la relación medio-fin entre la conducta que restringe un derecho fundamental, en este caso la obligación del trabajador de guardar confidencialidad respecto de la información confidencial a la que tuvo acceso durante su relación laboral, y la finalidad respaldada constitucionalmente que se persigue por la misma, esto es, el derecho de propiedad del empleador²⁹.

En el ordinario analizado, la Dirección del Trabajo señaló que la obligación de confidencialidad será adecuada en la medida que persiga un fin legítimo y que, razonablemente, de acuerdo con su naturaleza, pueda alcanzar dicho fin. En opinión de la Dirección del Trabajo, *“A priori, parecerá idóneo el fin de cautelar cierta*

²⁵ Dirección del Trabajo Ord. N°4731/81, 3 de noviembre de 2010.

²⁶ MARTÍNEZ ZORRILLA, DAVID. *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*. Madrid, España: Marcial Pons. Ediciones Jurídicas y Sociales, 2007. 239 p.

²⁷ Dirección del Trabajo Ord. N°4731/81, 3 de noviembre de 2010.

²⁸ UGARTE CATALDO, JOSÉ LUIS. *Derechos fundamentales, tutela y trabajo*. Santiago: Editorial Thomson Reuters, 2018. 242 p.

²⁹ Ídem.

información que supusiere una ventaja respecto de la competencia y cuya revelación, por lo mismo, implicará razonablemente un perjuicio para aquélla. En cambio, no parecerá idónea una información que sea de conocimiento público en el medio en el que se desenvuelve la empresa.”³⁰

En relación con la información que no sería idónea de cautelar bajo este pacto, Alonso y Casas consideran que tampoco sería procedente catalogar como información confidencial para estos efectos aquélla que consista en conocimientos o destrezas que se han integrado en el trabajador como parte de su personalidad profesional³¹.

- b) Principio de necesidad, de acuerdo con el cual la medida aplicada debe ser la única capaz de obtener el fin que se intenta obtener, es decir, debe ser indispensable para lograr el fin legítimo, sin que exista una alternativa que provoque una lesión menor al derecho fundamental en cuestión³². Lo relevante de aplicar este principio, es que no exista una forma diversa de alcanzar el mismo fin y que sea menos gravosa para la parte afectada³³.

Respecto a este punto, es dable sostener que efectivamente el empleador no cuenta con otro mecanismo que sea menos gravoso para los trabajadores, a fin de cautelar la información confidencial propia de su empresa a la que éstos tuvieron acceso con ocasión de la prestación de sus servicios. Por lo tanto, como regla general, pareciera que el pacto de confidencialidad postcontractual cumpliría con este subprincipio.

- c) Principio de proporcionalidad en sentido estricto, el que pretende analizar si la limitación del derecho fundamental resulta razonable en relación con la importancia del derecho de que se trata de proteger con la restricción, por lo que *“los instrumentos y los medios aplicados deben justificarse en su grado de gravedad: la gravedad de las intervenciones debe ser proporcionada a la urgencia o necesidad de los objetivos”³⁴*.

³⁰ Dirección del Trabajo Ord. N°4731/81, 3 de noviembre de 2010.

³¹ ALONSO OLEA, MANUEL y CASAS BAAMONDE, MARÍA EMILIA. *Derecho del Trabajo*, Decimosexta Edición. Madrid, España: Civitas, 1998. 308 p.

³² UGARTE CATALDO, JOSÉ LUIS. *Derechos fundamentales, tutela y trabajo*. Santiago: Editorial Thomson Reuters, 2018. 242 p

³³ Dirección del Trabajo Ord. N°4731/81, 3 de noviembre de 2010.

³⁴ ARNOLD, RAINER; MARTÍNEZ ESTAY, JOSÉ IGNACIO y ZÚÑIGA URBINA, FRANCISCO. “El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional” *Estudios Constitucionales*, 10(1), 2012. p.65-116. 71 p.

La aplicación del principio de proporcionalidad en sentido estricto supone aplicar la denominada regla de ponderación, que implica que mientras mayor sea el grado de no cumplimiento de un derecho fundamental, mayor debe ser la importancia de que se cumpla el derecho fundamental que está colisionando con el otro, en vista que ambos derechos son perfectamente válidos en forma independiente³⁵. Para ello, resulta trascendental valorar los diferentes intereses que se contraponen en la colisión de los derechos fundamentales, de modo tal que los beneficios y ventajas que resulten de la aplicación de la restricción del derecho sean superiores a los perjuicios que colateralmente se generan respecto de otros intereses en conflicto³⁶.

Así las cosas, la Dirección del Trabajo arriba a la conclusión de que la imposición de obligación de confidencialidad al trabajador será proporcional si resulta, en el caso particular en que ésta se aplique, de mayor importancia cautelar el derecho del empleador materializado en la obligación de reserva, que los derechos constitucionales de los trabajadores que pudieren verse afectados. En este contexto, la Dirección del Trabajo precisa que será fundamental que el empleador haya delimitado claramente aquello que pretende restringir su divulgación. También se toma en consideración la existencia y el monto de la eventual contraprestación que recibiría un extrabajador al que se le imponga una obligación de confidencialidad que cubra un período posterior al término de su contrato de trabajo. En relación con este punto, se señala que no pagar una contraprestación implicaría que el trabajador sería el único obligado, lo que, en opinión de la Dirección del Trabajo, no sería equitativo.

Finalmente, la autoridad laboral, a través del ordinario analizado, sienta como criterio para favorecer la exigibilidad de la obligación de confidencialidad postcontractual, el que su vigencia luego de terminado el contrato de trabajo sea prudente y proporcionada, pero no se establece un ejemplo concreto a modo de referencia. Por ello, a fin de tener una noción más concreta, será necesario atenerse a las sentencias de los casos que sean sometidos al conocimiento de los tribunales de justicia.

³⁵ ALEXY, ROBERT. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. 71 p.

³⁶ PERELLO DOMENÉCH, ISABEL. *El principio de proporcionalidad y la jurisprudencia constitucional*. Jueces para la Democracia, 28, 1997.

A similar conclusión llega el Ordinario N°2496/68 de la Dirección del Trabajo de fecha 7 de junio de 2017³⁷, el cual, ante una situación similar, replica el análisis contenido en el ordinario ya analizado, estableciendo que es posible acordar una obligación de confidencialidad que rija más allá de terminada la relación laboral, siempre y cuando - aplicando el principio de proporcionalidad- resulte que la restricción impuesta es idónea, necesaria y proporcional, en virtud de lo ya expuesto.

Resulta interesante la consideración que la Dirección del Trabajo hace respecto a la existencia de una contraprestación en caso de que la obligación de confidencialidad trascienda la vigencia de la relación laboral. Lo anterior, por cuanto si bien la obligación de confidencialidad podría implicar una limitación para el extrabajador en cuanto a sus posibilidades de conseguir un nuevo trabajo, no pareciera ser más que una posibilidad al menos eventual. En efecto, pareciera que dicha limitación es bastante más patente en el caso de una obligación de no competencia, donde efectivamente existe una limitación que podría imponer al extrabajador un estado de cesantía, tal como será analizado en seguida. Dicho lo anterior, cabe señalar que parece un tanto excesiva la idea de compensar una obligación que no necesariamente perjudicará las posibilidades del extrabajador de encontrar un nuevo empleo y que además puede entenderse como una clara y concreta manifestación del principio de buena fe en base a lo analizado en los acápites anteriores. Ciertamente no existe impedimento alguno si se desea proceder en tal sentido, pero pareciera que *prima facie* no existiría una equivalencia en el gravamen que soportaría cada una de las partes.

2.5 Opinión de los tribunales de justicia sobre la exigibilidad de los pactos de confidencialidad postcontractuales

Existe numerosa jurisprudencia de los tribunales de justicia que analiza la factibilidad de poner término a una relación laboral en virtud de la causal de “incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato” (artículo 160 N°7 del Código del Trabajo) por haber un trabajador divulgado información a la que el empleador le ha dado el carácter de confidencial. Sin embargo, al tratar el presente trabajo sobre la viabilidad de acordar

³⁷ Dirección del Trabajo. Ord. N°2496/68, 7 de junio de 2017.

obligaciones restrictivas de libertad en el marco de una relación laboral para tener vigencia una vez terminada ésta, nos centraremos en los pronunciamientos judiciales de nuestros tribunales de justicia, que digan relación con los pactos de confidencialidad postcontractuales, su exigibilidad y criterios que deberían ser observados.

Precisado lo anterior, es necesario prevenir al lector acerca de uno de los inconvenientes que se presentan al analizar la posición que nuestros tribunales de justicia han tomado respecto de la validez de este tipo de pactos, cual es que generalmente las obligaciones de confidencialidad se han pactado en conjunto a obligaciones de no competencia postcontractuales. Es así como gran parte de las sentencias que se comentarán en este acápite serán igualmente analizadas al tratar los pactos de no competencia postcontractuales.

Tomando en consideración lo anterior, resulta difícil determinar si el criterio utilizado es aplicable tanto a la confidencialidad pactada individualmente como en conjunto a una obligación de no competencia. Lo anterior, ya que, desde el punto de vista del menoscabo a los derechos fundamentales de los extrabajadores, resulta evidente que la obligación de no competencia tiene una mayor probabilidad de lesionar la libertad de trabajo que la obligación de confidencialidad. En consecuencia, el razonamiento de los tribunales podría estimarse más severo dadas las consideraciones que se hacen al existir una obligación de no competencia.

Ahora bien, también es necesario advertir que -a diferencia de lo que ocurre en el caso de la no competencia- en materia de confidencialidad no existen sentencias emblemáticas que hayan sentado requisitos. Por el contrario, la finalidad de analizar las sentencias que versan sobre las obligaciones de confidencialidad radica primordialmente en saber si los tribunales han aceptado su validez y, de ser el caso, conocer el criterio que puedan tener respecto de su vigencia o ámbito de aplicación, a fin de complementar la postura de la autoridad laboral administrativa.

a) Caso Adiserv S.A y Adicorp S.A. con Bordachar Boetto³⁸

Esta sentencia de la Corte Suprema adquirió relevancia en cuanto se empezó a estudiar la validez de los acuerdos de no competencia, toda vez que se pronuncia

³⁸ Corte Suprema, Rol N°5152-2009, 27 de enero de 2011.

específicamente sobre la procedencia de estas obligaciones una vez terminada la relación laboral. Sin embargo, esta sentencia igualmente recoge consideraciones respecto de las obligaciones de confidencialidad. En este sentido, considerando el cada vez más competitivo mercado, la Corte Suprema dispone respecto estas obligaciones, que *“los trabajadores suelen tener acceso a información muchas veces sensible o confidencial de la empresa, lo que debería cautelarse en forma anticipada vía compromisos o acuerdos de confidencialidad, poniéndose en juego acá bienes que pueden resultar contradictorios: protección de la propiedad privada (conocimientos o información) de la empresa y la libertad de trabajo”*.

Es interesante que esta sentencia trata el tema de la contraprestación económica, mismo que se mencionó a propósito de las consideraciones de la Dirección del Trabajo. Ahora bien, la sentencia se refiere a que dicha compensación tiene por objeto compensar la obligación de no competir, de lo que sería posible desprender y, asimismo serviría para sustentar la postura, que este pago no resultaría tan necesario en el caso de una obligación de confidencialidad pura y simple.

b) Caso Sierra Bou y otros con Tradition Chile Agente de Valores Limitada³⁹

Al igual que como ocurre con la sentencia comentada en la letra a) anterior, ésta adquirió relevancia por cuanto se pronuncia acerca de la validez de las cláusulas de no competencia postcontractuales. En síntesis, el caso trata de un grupo de ex operadores de la mesa de dinero (brókeres), quienes suscriben -además de su contrato de trabajo- otro documento denominado *“employment agreement”* acordado en idioma inglés, por medio del cual se acuerdan una serie de obligaciones, entre ellas, una de confidencialidad postcontractual, sin determinar cuánto tiempo se mantendrá vigente luego del término del contrato de trabajo.

Sin perjuicio de que esta sentencia se tratará más adelante en lo relativo al análisis sobre la validez del pacto de no competencia allí acordado, cabe mencionar que el tribunal expresamente se pronuncia estableciendo que *“las cláusulas de confidencialidad o de no competencia como las estipuladas en este caso se han venido incorporando en los contratos de trabajadores calificados que suelen acceder a información confidencial de la empresa para la cual laboran. Su pacto puede, sin duda,*

³⁹ Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, RIT O-422-2010, 29 de junio de 2010.

generar intereses contrapuestos, como el de la empresa que intenta cautelar su derecho de propiedad sobre información reservada, frente al respeto de la libertad de contratación y elección del trabajo, lo que a su vez puede dar lugar a las compensaciones o contraprestaciones que en cada caso convengan las partes.”

La relevancia de esta sentencia para efectos de analizar la validez de obligaciones de confidencialidad postcontractuales, radica en que el tribunal expresamente les otorga validez, aun cuando puedan generar intereses contrapuestos. Sin embargo, la sentencia es deficiente para estos efectos por cuanto: (i) al pronunciarse acerca de la obligación de confidencialidad, también suele hacerlo respecto de la no competencia, de lo que podría resultar una mezcla de los criterios a ser considerados; y (ii) más allá de señalar que es posible acordar estos pactos y que podrían dar lugar a compensaciones o contraprestaciones convenidas por las partes, no se desarrollan en mayor profundidad los criterios que habría que observar para efectos de mejorar su exigibilidad.

c) Caso Burgos con Sociedad Periodística Araucanía S.A.⁴⁰

Si bien en esta sentencia de la Corte de Apelaciones de Valdivia el *quid* del asunto versa en determinar si la existencia de una obligación de confidencialidad postcontractual alteraría la forma del cómputo de la caducidad de la acción de tutela de derechos fundamentales, el tribunal señala que dicha obligación -cuya vigencia era de 5 años una vez terminada la relación laboral- no está prohibida por ley, sin perjuicio de que jurisprudencialmente se han establecido ciertas limitaciones a fin de que no afecten la libertad de trabajo o el derecho a la libre expresión del extrabajador.

d) Caso Pronobel con Alessandri⁴¹

En este caso la empresa Pronobel S.A. deduce demanda de incumplimiento de contrato con indemnización de perjuicios en contra de su extrabajador, don Jorge Eduardo Alessandri Browne. El demandado había firmado un acuerdo de confidencialidad, por medio del cual, se comprometía a no reproducir, rediseñar y especialmente no ejecutar ni divulgar en cualquier forma y bajo ningún aspecto, información confidencial de la empresa, para sí o para terceros, so pena de indemnizar

⁴⁰ Corte de Apelaciones de Valdivia Rol N°129-2016, 11 de enero de 2017.

⁴¹ Cuarto Juzgado Civil de Santiago, ROL C-7880-2003, 3 de octubre de 2006.

los correspondientes perjuicios y sin perjuicio de las responsabilidades legales correspondientes que pudiere ejercer la empresa.

Luego de terminada su relación laboral, el demandado empezó a trabajar en una empresa del mismo giro de la demandante, la que le compraba productos con el objeto de comercializarlos. Tras el ingreso del demandado a dicha empresa, ésta dejó de comprar los aludidos productos a la demandada, comenzando así a importar y comercializar los productos por cuenta propia, lo que produjo un importante menoscabo económico a la demandante.

En cuanto a la vigencia de la obligación de confidencialidad, el tribunal señala que no existen impedimentos en acordar un pacto de esta naturaleza que trascienda la vigencia de la relación laboral, siempre que la obligación se dé en un plazo razonable, prudente y necesario. En base a ello, el tribunal se pronuncia argumentando que *“en el caso en concreto, 3 años, parece un plazo más que razonable y prudente para este tribunal, especialmente, teniendo en cuenta las condiciones del mercado, la velocidad con que avanza la tecnología y se transfiere la información existente en la Red”*.

La razón por la cual es relevante incluir este caso en este acápite, es precisamente por cuanto el tribunal entrega una opinión acerca de la vigencia acordada en este pacto de confidencialidad. Así, nos permite concluir que una obligación acordada por 3 años luego de terminada la relación laboral, podría entenderse como prudente y proporcionada, criterios que adoptó la Dirección del Trabajo sin dar un ejemplo conductor.

2.6 Consideraciones respecto al pago de una contraprestación económica

Si bien no es una práctica generalizada, nada obsta a que un empleador pueda pagar una contraprestación económica al extrabajador al cual se le impone la restricción de confidencialidad. En efecto, este es uno de los criterios que la Dirección del Trabajo ha entendido mejorarían las posibilidades de exigir la observación de esta obligación después de terminada la relación laboral.

A pesar de la opinión de la autoridad administrativa laboral, pareciera que -salvo en casos en que la obligación de confidencialidad sea de una magnitud tal que resulte excesivamente lesiva para el sujeto pasivo- no resulta necesario compensar económicamente al extrabajador. Lo anterior, considerando que -tal como ha sido reiterado a lo largo de este ensayo- la obligación de confidencialidad es una clara manifestación del principio de buena fe contractual, como, asimismo, una manifestación del deber de lealtad propio del contenido ético-jurídico del contrato de trabajo, para quienes adhieran a la existencia y exigibilidad de las obligaciones propias de dicho contenido. En vista de estas consideraciones, no parece exagerado ni lesivo exigir a un trabajador que se desvincula de una empresa, guardar reserva respecto de información confidencial que el empleador expresamente ha entendido como tal, por un período restringido de tiempo y siempre que la información clasificada como confidencial sea necesaria de cautelar, tal como fue analizado en extenso por la Dirección del Trabajo.

No obstante lo anterior, si de todas formas se decidiese pagar una contraprestación al extrabajador por guardar confidencialidad, es dable sostener que su monto no debería ser superior ni guardar relación con las remuneraciones del extrabajador. Ello, ya que la obligación de confidencialidad no supone necesariamente una restricción material a su capacidad para encontrar un nuevo empleo.

a) Sujeto activo de la obligación

Desde un punto de vista tributario, no existen pronunciamientos por parte del Servicio de Impuestos Internos que especifiquen si esta contraprestación pudiese ser deducida como gasto aceptado por la empresa. En vista de ello y, desde un criterio conservador, podría sostenerse que el pago de esta contraprestación probablemente sería considerado un gasto rechazado para el empleador, estando así sujeto a un impuesto multa del 40% si se tratare de deducir como tal. Lo anterior, especialmente si se llega a la conclusión de que pagar una contraprestación para tales efectos -considerando la práctica en relación con las obligaciones de confidencialidad- no sería para el empleador un gasto necesario para producir su renta.

Ahora bien, también podría plantearse que -si se lograra demostrar que los pactos de confidencialidad postcontractuales son eficaces a un punto tal que podrían ser considerados necesarios para producir la renta por proteger los secretos comerciales de

una empresa (tal como es el criterio actual del Servicio de Impuestos Internos en materia de pactos de no competencia postcontractuales, como se verá en la sección 3.5 de este ensayo), quizás podría argumentarse que podría asimilarse el criterio utilizado por el Servicio de Impuestos Internos respecto de este tipo de pactos.

b) Sujeto pasivo de la obligación

Dependiendo del momento y la forma en que esté pactado el pago, la tributación por parte del extrabajador será distinta. Así, por ejemplo, si la contraprestación consistió en el pago de bonos o asignaciones durante la relación laboral, que pretendían compensar el cumplimiento de esta obligación luego de terminada ésta, no cabe duda que el pago constituiría remuneración y, por tanto, estaría afecta al Impuesto Único de Segunda Categoría, según las reglas generales.

Ahora bien, en la práctica, si se acuerda una obligación que tendrá validez luego de terminada la relación laboral, lo aconsejable es realizar el pago en forma mensual una vez terminado el contrato de trabajo del sujeto pasivo, contra mes cumplido de la obligación. En este escenario, el pago ya no reviste la calidad de remuneración, toda vez que ya no se enmarca en una relación laboral. Ello implica que el empleador ya no cuenta con la obligación de retener y enterar los impuestos en arcas fiscales, como sí ocurre con los pagos que se otorgan durante la vigencia del contrato de trabajo.

Al pagarse luego de terminada la relación laboral, podría sostenerse que el pago tiene el carácter de indemnización por término de contrato. Sin embargo, si se adopta esta postura sería necesario entender que el hecho que gatilla el pago es el término de la relación laboral y no el cumplimiento de la obligación postcontractual, de lo que asimismo se deriva que el pago no debería ser fraccionado, sino que en una sola cuota al momento de la desvinculación del extrabajador.

Precisado lo anterior, no cabe si no concluir que el pago que se realiza al extrabajador es de una naturaleza distinta, no siendo de aquellos que se gravan con impuesto único de segunda categoría ni de primera categoría.

Siendo de todas formas un ingreso e incremento patrimonial del extrabajador, corresponderá que sea declarado anualmente por éste, y que pague impuesto global

complementario, en caso de tener domicilio en Chile, o impuesto adicional, si no contare con domicilio en el país.

Al no existir un servicio prestado por el extrabajador al empleador, no sería procedente la emisión de boletas de honorarios. En caso de que el empleador requiriese prueba de haber efectuado el pago, bastaría, en mi opinión, con una copia del acuerdo en donde conste la obligación restrictiva junto a la periodicidad y montos del pago de compensación, acompañado de recibos de pago por cada período en que se cumpla la obligación, o bien, en caso de ser un pago en una sola cuota, un recibo único.

2.7 Consideraciones respecto a suscripción en documento separado

Como regla general, la obligación de confidencialidad se pacta en el contrato de trabajo mismo, en cuya redacción se estipula que, además de encontrarse el trabajador sometido a esta restricción durante la vigencia de su contrato de trabajo, ésta será exigible una vez terminada la relación laboral por un plazo determinado.

Si se tiene la intención de que la obligación sobreviva a este término, es recomendable que se haga mención expresa en el finiquito -donde se reitere que dicha obligación perdurará no obstante la firma y poder liberatorio de este instrumento-, o bien, acordar la obligación en un documento separado, lo que generalmente se conoce como acuerdos de confidencialidad o *non-disclosure agreements* (usualmente conocidos por su sigla en inglés “NDA”). La redacción en documento separado permite, o al menos permite en teoría, separar la obligación postcontractual de aquellas señaladas en el contrato de trabajo.

Tomando en consideración que, en general, la obligación de confidencialidad por sí sola no es disputada por los extrabajadores judicialmente, no parecieran existir beneficios materiales si ésta se escritura en acuerdo separado. La sola mención en el finiquito de la subsistencia de esta obligación, como se señala en el párrafo precedente, pareciera ser suficiente a efectos de dejar constancia de su existencia y del consentimiento de parte del trabajador a estos efectos.

CAPÍTULO III

PACTOS DE NO COMPETENCIA POSTCONTRACTUALES

3.1 Nociones preliminares y definiciones bajo el Derecho chileno

La legislación chilena no se pronuncia ni define los pactos de no competencia en el contrato de trabajo en su dimensión postcontractual. Sin embargo, en lo que respecta a la no competencia durante la vigencia de la relación laboral, el Código del Trabajo expresamente la regula como una causal de terminación del contrato de trabajo en el numeral segundo de su artículo 160, el que dispone:

“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”.

Resulta evidente que la prohibición de no competir durante la vigencia de la relación laboral no presenta mayores controversias, toda vez que: (i) no existe una imposición de cesantía al trabajador, quedando protegida su sustentabilidad económica a través del pago de su remuneración por parte de su empleador; (ii) al encontrarse prestando servicios para un empleador, existe un riesgo muy alto de que el trabajador se aproveche de los conocimientos, trato con clientes o contactos que adquiriera a través de la prestación de sus servicios; y (iii) la no competencia durante la vigencia de la relación laboral puede enmarcarse dentro de lo que se conoce como el contenido ético-jurídico del contrato de trabajo, el que guarda una íntima relación con el principio de buena fe contractual, tal como fue analizado en el capítulo anterior.

Ahora bien, centrándonos nuevamente en la obligación de no competencia una vez terminada la relación laboral, podemos extraer una definición formulada por la Excelentísima Corte Suprema al pronunciarse sobre la validez de este tipo de pactos, donde se advierte la existencia tanto de la dimensión contractual como de la

postcontractual de este tipo de obligaciones. En palabras de la Excelentísima Corte Suprema, la obligación de no competencia es *“una disposición contractual que limita la libertad de ejercer determinadas actividades al empleado durante la relación laboral con el empleador o cuando el contrato actual termina”*⁴².

En los últimos años, ha aumentado el número de trabajadores en Chile que se encuentran sujetos al cumplimiento de una obligación de no competencia postcontractual. Esta práctica, en todo caso, es bastante común en otras jurisdicciones, como, por ejemplo, en Estados Unidos, donde en el año 2014, aproximadamente uno de cada cinco trabajadores había suscrito acuerdos de no competencia con sus empleadores⁴³. Sin embargo, cabe señalar que los tribunales de justicia de los estados de California y Dakota del Norte, han estimado que estos acuerdos serían nulos⁴⁴.

3.2 Opinión de la Dirección del Trabajo sobre la validez de los pactos de no competencia postcontractuales

A través de los años, la Dirección del Trabajo se ha mostrado reticente a reconocer la validez de este tipo de cláusulas cuando suponen una vigencia una vez terminada la relación laboral. Los diversos pronunciamientos sobre la materia de este ente administrativo, los cuales se remontan a la década de 1990, no han mostrado una evolución en su opinión, ni siquiera estableciendo criterios que podrían mejorar las posibilidades de exigir este tipo de obligaciones a un extrabajador.

Así, en primer lugar, el Ordinario N°2790/133 de fecha 5 de mayo de 1995, donde se le solicita a la Dirección del Trabajo pronunciarse acerca de la validez de ciertas cláusulas de un contrato individual de trabajo, cita la libertad de trabajo y, al numeral segundo del artículo 160 del Código del Trabajo, ambos ya expuestos, concluyendo que:

“Del precepto legal preinserto se deduce que al empleador sólo le está permitido prohibir a sus dependientes, mientras se mantenga vigente la relación laboral, el ejercicio de labores

⁴² Corte Suprema, ROL 5152-2009, de 27 de enero de 2011.

⁴³ STARR, EVAN; PRESCOTT, J.J. y BISHARA, NORMAN. (2019) *Noncompetes in the U.S. labor force*. University of Michigan Law & Economics Research Paper No. 18-013.

⁴⁴ ELLA, V. JOHN. *Executive Employment Law: A Handbook for Minnesota Executives*. Estados Unidos: Mill City Press, 2018. 72 p.

que estén dentro del giro del negocio y siempre que dicha prohibición conste por escrito en el contrato de trabajo respectivo.

Lo expresado en párrafos anteriores autoriza para sostener 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 de giro de aquella y siempre que conste dicha prohibición por escrito en los respectivos contratos.

De consiguiente, aplicando lo expuesto al caso en análisis, forzoso resulta convenir que la cláusula en comento no se ajusta a derecho, toda vez, que con ella se infringen aquellos preceptos de orden constitucional y legal que regulan la libertad de contratación y de elección del trabajo⁴⁵.

Como es posible desprender del pronunciamiento de la Dirección del Trabajo, la naturaleza restrictiva de libertad de esta obligación la haría contraria a Derecho, sólo permitiéndose aquélla que se pacta por escrito durante la vigencia del contrato de trabajo y que guarde relación con realizar servicios que se encuentren dentro del giro del empleador, precisamente por establecerlo la ley.

Luego, el 22 de septiembre de 1997 a través del Ordinario N°5620/300⁴⁶, la Dirección del Trabajo vuelve a pronunciarse acerca de la validez de las cláusulas de no competencia una vez terminada la relación laboral. En este caso particular, un trabajador tenía una cláusula que le impedía desempeñar labores para la competencia, que pusieren en peligro la exclusividad de la información que se reciba en el ejercicio de su desempeño, en la empresa, o bien, desempeñar laborales similares a las que se le encomiendan en virtud de su contrato de trabajo, durante la vigencia la relación laboral y por un plazo de 3 años luego de extinguida ésta. En este caso, el empleador pagaba al trabajador bonos de exclusividad, los cuales tendrían que ser devueltos a la empresa en caso de incumplimiento de la obligación ya descrita.

⁴⁵ Dirección del Trabajo, Ord. N°2790/133, 5 de mayo de 1995.

⁴⁶ Dirección del Trabajo, Ord. N°5620/300, 22 de septiembre de 1997.

La conclusión a la que arribó la Dirección del Trabajo en esta oportunidad fue prácticamente idéntica a la consagrada en su pronunciamiento de 1995, estableciendo lo siguiente:

“Del precepto legal preinserto se deduce que al empleador sólo le está permitido prohibir a sus dependientes, mientras se mantenga vigente la relación laboral, el ejercicio de labores que estén dentro del giro del negocio y siempre que dicha prohibición conste por escrito en el contrato de trabajo respectivo.

Lo expresado en párrafos anteriores autoriza para sostener 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 aquella y siempre que conste dicha prohibición por escrito en los respectivos contratos.

De consiguiente, aplicando lo expuesto al caso en análisis, forzoso resulta convenir que la cláusula en comento no se ajusta a derecho, toda vez, que con ella se infringen aquellos preceptos de orden constitucional y legal que regulan la libertad de contratación y de elección del trabajo.

En consecuencia, sobre la base de las disposiciones constitucionales y legales citadas y consideraciones formuladas, cúpleme informar que no existe impedimento legal alguno para que un trabajador desempeñe actividades relacionadas con el giro de la empresa una vez extinguida la relación laboral.”

Otro pronunciamiento, que sigue la misma línea de los anteriores, es el Ordinario N°1300/59 de fecha 3 de abril de 2001⁴⁷, el cual estima que una obligación de no competencia acordada con un extrabajador por 5 años luego de terminada la relación laboral, adolece de inconstitucionalidad por vulnerar la libertad de trabajo.

Si se analizan conjuntamente los pronunciamientos expuestos, vemos cómo la Dirección del Trabajo siempre basa su conclusión en la lesión a la libertad de trabajo, y en una

⁴⁷ Dirección del Trabajo, Ord. N°1300/59, 3 de abril de 2001.

analogía *a contrario sensu* de la disposición del artículo 160 N°2, según la cual, si la ley sólo se pronuncia sobre la validez de la no competencia durante la vigencia de la relación laboral, necesariamente debe estar prohibida aquella que se pretende exigir luego de terminada ésta. Es particularmente interesante que en este caso la Dirección del Trabajo no tome en consideración elementos como el plazo por el cual la obligación es exigible, el tipo de trabajador al cual se sujeta a la obligación de no competencia, ni tampoco la existencia de una contraprestación al trabajador a través del pago de bonos de exclusividad. Tampoco se hace un análisis desde la perspectiva del principio de proporcionalidad, mediante el cual se pudiesen dar directrices a fin de hacer de la restricción viable.

Por consiguiente, la conclusión que es posible extraer de los pronunciamientos administrativos es que estos pactos estarían prohibidos sin posibilidad de adoptar medidas a fin de paliar los efectos negativos de la restricción.

3.3 Opinión de los tribunales de justicia sobre la exigibilidad de los pactos de no competencia postcontractuales

Contrario a lo sostenido por la Dirección del Trabajo, desde finales de la década del 2000, los tribunales de justicia han aceptado la validez de este tipo de obligaciones y han logrado ir estableciendo criterios que -de seguirse- mejorarían la posición de una empresa o empleador a fin de exigir el cumplimiento de la obligación de no competencia acordada con sus exdependientes. Con el objeto de conocer el análisis que hicieron nuestros tribunales de justicia respecto de cada uno de los casos emblemáticos que tratan esta materia, haré una síntesis de los hechos y el análisis efectuado en cada uno de ellos:

a) Caso Silva Carvacho con Industria y Comercial Adhesit Ltda.⁴⁸

En este caso, el demandante había acordado en su contrato de trabajo con su empleador una obligación por medio de la cual debía abstenerse de realizar actividad alguna que implicara desarrollar el giro, negocio o industria del empleador o sus filiales, por un plazo de dos años a contar del término de su relación laboral. Como contraprestación a dicha obligación, el empleador se comprometía a pagar la suma de

⁴⁸ Corte Suprema Rol N°3985-2009, 12 de noviembre de 2009.

\$8.000.000, y en caso de incumplimiento de la obligación por parte del trabajador, éste tendría que pagar la suma acordada por concepto de multa.

Tras su despido, el demandante interpuso una demanda de despido injustificado en contra de la empresa, solicitando -además de las indemnizaciones propias de dicha acción- el pago de la contraprestación señalada en el párrafo anterior. La empresa, por su parte, se opuso a tal pretensión y demandó reconvencionalmente al demandante, señalando que habría incumplido su obligación de no competencia al estar prestando servicios a una empresa competidora, y que, por tanto, correspondería al extrabajador pagar la multa.

El tribunal de primera instancia acogió la demanda en lo relativo al despido injustificado, pero la desestimó en lo relativo al pago de la compensación, estimando que estaba supeditada a la firma del finiquito, situación que no ocurrió⁴⁹.

Ante su disconformidad en lo que respecta al pago de la contraprestación, el demandante dedujo recurso de apelación ante la Corte de Apelaciones de Santiago. Este tribunal superior, actuando de oficio, decretó la nulidad de la cláusula del contrato de trabajo que contenía la obligación de no competencia, por estimar que constituía una restricción a la garantía fundamental de libertad de trabajo.

En todo caso, la razón que enfatiza la Corte de Apelaciones para declarar la nulidad de la cláusula es la escasa proporcionalidad que existiría entre la limitación impuesta y la contraprestación que se pagaría al trabajador. A este respecto, el considerando noveno de la sentencia señala: *“no resulta viable un ejercicio de ponderación entre el derecho de propiedad intelectual del empleador sobre los procesos de producción o la información inherente a ella y el derecho garantizado al trabajador, desde que tampoco se advierte el necesario equilibrio o proporcionalidad entre esa restricción a la libertad de trabajo y la compensación con que pretendió morigerársela. En efecto el trabajador percibía una remuneración mensual cercana a los dos millones de pesos mensuales (\$2.000.000) y el plazo de la prohibición de no competencia se fijó en dos años, en*

⁴⁹ Tercer Juzgado del Trabajo de Santiago Rol N°323-2007, 8 de mayo de 2008.

tanto que la indemnización acordada se determinó en la suma de ocho millones de pesos (\$8.000.000).⁵⁰

Finalmente, la Corte Suprema en sede de casación y en lo que respecta a la validez de la obligación de no competencia acordada en el contrato de trabajo del demandante, revierte la decisión de la Corte de Apelaciones de Santiago, argumentando que, si bien las cláusulas de no competencia cuya validez se extiende una vez terminada la relación laboral pueden generar intereses contrapuestos y no están reguladas 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 de trabajo, ni el precepto establecido en el artículo 1462 del Código Civil, desde que no se encuentra prohibida por la ley, ni es contraria a derecho público chileno.”*.

b) Caso Vey Moyano y otros con Tradition Chile Agente de Valores Limitada⁵¹

En este caso cinco operadores de la mesa de dinero (brókeres) demandan a la empresa Tradition Chile Agente de Valores Limitada, pidiendo se declare la nulidad de una cláusula que consagraba una obligación de no competencia cuya vigencia se extendía 120 días luego de terminada la relación laboral, basado en el hecho de que supuestamente infringiría la garantía de libertad de trabajo.

Los brókeres tenían un contrato de trabajo suscrito en español y otro suscrito en inglés, el que incluía -entre otras disposiciones- un acuerdo de someterse a las leyes del estado de Nueva York y atribuir jurisdicción a la Asociación Americana de Arbitraje. En vista de la existencia de estos dos acuerdos y, el hecho de que varias de sus disposiciones parecían de una cuestionable exigibilidad, la intención de los demandantes era que el tribunal estimará que el contrato de trabajo suscrito en inglés era nulo.

El Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago estimó que el contrato de trabajo en inglés que habían firmado los brókeres constituía un anexo al contrato de

⁵⁰ Corte de Apelaciones de Santiago Rol N°3354-2008, 6 de mayo de 2009.

⁵¹ Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago RIT T-11-2010, 14 de mayo de 2010.

trabajo que éstos habían suscrito en español, y, por tanto, sus disposiciones eran aplicables a la relación laboral en Chile.

El tribunal estimó que la cláusula de no competencia postcontractual era válida, en base al siguiente análisis:

- (i) La cláusula de no competencia postcontractual no se encuentra prohibida por el ordenamiento legal chileno. En efecto, la única disposición que regula las obligaciones de no competencia en el marco de la relación laboral es el numeral segundo del artículo 160, que permite poner término al contrato de trabajo -sin derecho a indemnización- cuando un trabajador ejecute negociaciones dentro del giro del negocio del empleador y que hubiesen sido prohibidas por escrito en el respectivo contrato de trabajo.
- (ii) De una lectura y análisis correctos de dicha disposición, es posible concluir que el hecho que la ley regulara la posibilidad de establecer esta prohibición cuando versa sobre un negocio que se encuentre dentro del giro del empleador, no implica que se encuentre prohibido por el ordenamiento jurídico pactar una obligación que trascienda dicha esfera. La única diferencia es que, *“el resultado de ello es que dicha prohibición al ser invocada no justifica la decisión del despido”*.
- (iii) En consideración a los puntos anteriores, es posible sostener que el legislador estima que la restricción a la libertad de trabajo debe ser proporcionada, fundada y adicionalmente -de acuerdo con el texto expreso del artículo 19 N°26 de la Constitución Política- no afectar al derecho en su esencia.
- (iv) Entonces, en el caso particular de los brókeres, aun cuando -en principio- no sería posible pactar una obligación de no competencia para ser exigible luego de terminada la relación laboral, en caso de que el giro del negocio del empleador lo justifique y que la restricción a la garantía constitucional de libertad de trabajo sea legítima, proporcionada y no afecte el derecho en su esencia, sería posible estimar que la aludida restricción sí podría ser válida.

A fin de demostrar que en este caso particular la restricción había sido legítima, proporcionada y no había afectado la garantía constitucional de libertad de trabajo en su esencia, el tribunal consideró los siguientes puntos⁵²:

- (i) Podría entenderse que el mercado de los brókeres es de un grado alta especialidad, reducido en tamaño, competitivo, complejo, en el cual se maneja información confidencial relativa a relevantes operaciones financieras. Dadas las características de este mercado en particular, el bróker representa un activo de suma importancia para el empleador, pues es a través de él y de la relación que éste mantiene con el cliente, que se logra fidelizar al cliente.
- (ii) El bróker es un activo importante y escaso, razón por la cual las empresas están dispuestas a competir por mantenerlos y pagar grandes sumas para retenerlos. En el caso en comento, los brókeres recibían bonos semestrales millonarios.
- (iii) El plazo de 120 días contados desde la fecha de terminación dentro del cual los brókeres no podrían competir parece ser razonable.

Como se podrá apreciar, en toda restricción se toma en consideración que la vigencia de ésta esté delimitada y sea razonable.

- (iv) El bono semestral pagado a los brókeres perfectamente bastaba para compensar el menoscabo económico que podría haberles significado la obligación de no competencia.

Aquí hay otro criterio al que aluden varias de las sentencias que tratan este tema. El pago de una compensación a cambio de someterse a la restricción de no competencia haría de la colisión de derechos más proporcional entre las partes, y menos lesiva para el extrabajador.

- (v) La restricción de no competencia era específica, guardando relación con el giro del negocio del empleador.

⁵² SIERRA HERRERO, ALFREDO. "La cláusula de no competencia post-contractual en el contrato de trabajo". *Ius et Praxis*, 20(2), 2014. p.109-155. 127 p.

Otro criterio que igualmente suele reproducirse al analizar las cláusulas restrictivas es la delimitación de la obligación misma. En este sentido, es de suma importancia que el sujeto pasivo de la restricción conozca el alcance de la misma, e igualmente, que el alcance sea legítimo y justificado, como sería en este caso el giro del negocio del empleador.

Como es posible apreciar del análisis previo, la sentencia del Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago toma como criterio de relevancia la categoría de trabajadores que son los brókeres en una empresa⁵³.

Es interesante además el análisis que hace el tribunal en cuanto a la posibilidad de limitar los derechos constitucionales, siempre que éstos no se vean afectados en su esencia. Dicho criterio está recogido de forma expresa en el numeral 26 del artículo 19 de la Constitución Política, el cual señala *“La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio.”*.

c) Caso Sierra Bou y otros con Tradition Chile Agente de Valores Limitada⁵⁴

Este caso es prácticamente idéntico al descrito en la letra b) anterior, siendo Tradition la empresa demandada y cuatro operadores de la mesa de dinero (brókeres), los demandantes.

Al igual que en el caso ya analizado, los brókeres habían suscrito un contrato de trabajo en inglés, además de su contrato de trabajo en español, el que contemplaba una obligación de no competencia consistente en abstenerse de celebrar contratos de trabajo con cualquier empresa del rubro de Tradition dentro de los 120 días siguientes al término de la vigencia del contrato de trabajo.

En este caso la causa es conocida por el Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago y se llega a un razonamiento bastante similar al otro caso seguido en contra

⁵³ SIERRA HERRERO, ALFREDO. “La cláusula de no competencia post-contractual en el contrato de trabajo”. *Ius et Praxis*, 20(2), 2014. p.109-155. 126-127 p.

⁵⁴ Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, RIT O-422-2010, 29 de junio de 2010.

de la empresa Tradition. La cláusula de no competencia, de idénticas condiciones que las del caso anterior, es válida dadas las circunstancias bajo las cuales se acordó. En los casos en comento, el tribunal tomó en consideración: (i) las características del mercado en el cual prestan servicios los brókeres; (ii) los beneficios recibidos por los firmantes, entre los que se puede mencionar un bono por suscripción del contrato de trabajo en inglés, así como también los bonos semestrales millonarios recibidos por los brókeres; y (iii) la extensión moderada de la restricción de no competencia. A juicio del tribunal, estas circunstancias ligadas al pacto de no competencia hacen que -aun cuando pueda considerarse una restricción a la garantía fundamental de libertad de trabajo- no afectan en su esencia el contenido de este derecho. Otro argumento utilizado por el tribunal en la sentencia de primera instancia es que del hecho que las restricciones de no competencia con vigencia una vez terminada la relación laboral no estén reguladas en la ley, no puede inferirse que éstas están prohibidas. La regulación expresa de la posibilidad de acordar una obligación de no competencia con vigencia durante la relación laboral es tomado por el tribunal como un argumento a favor de las obligaciones de no competencia postcontractuales. En palabras del tribunal: *“Tal es así que el Código del Trabajo admite expresamente la posibilidad de un pacto de esta naturaleza, al contemplar en el artículo 160 N°2, como causal de terminación del contrato de trabajo sin derecho a indemnización alguna, la siguiente: Negociaciones que ejecute el trabajador dentro del giro del negocio y que hubieren sido prohibidas por escrito en el respectivo contrato por el empleador”*.

Los extrabajadores de Tradition no dedujeron recurso de nulidad ante la Corte de Apelaciones de Santiago. Sí lo hizo el abogado en representación de la empresa, pero respecto de otros puntos expuestos en la sentencia que escapan de lo pertinente para efectos del presente ensayo.

d) Caso Adiserv S.A y Adicorp S.A. con Bordachar Boetto⁵⁵

Ésta es quizás la sentencia más importante en materia de obligaciones de no competencia entre trabajadores y empleadores con validez postcontractual, sentando criterios y realizando comparaciones con las sentencias dictadas en tribunales de otras jurisdicciones, así como también, realizando comparaciones con aquellas legislaciones en las cuales este tipo de obligaciones están debidamente reguladas.

⁵⁵ Corte Suprema, Rol N°5152-2009, 27 de enero de 2011.

En este caso, don Pedro Pablo Bordachar Boetto había firmado un contrato de trabajo para el cargo de Gerente con la empresa Adiserv, dedicada al rubro de adhesivos y autoadhesivos, el cual contenía una obligación de no competencia en su cláusula undécima. Por medio de dicha cláusula, el trabajador se obligaba a no realizar, en un plazo de dos años contados desde el término de su relación laboral, ninguna actividad o función que implicara desarrollar el giro o negocio cuya gerencia asumía. En especial, dicha obligación versaba en no formar sociedades que se dedicasen al giro del empleador, ni desempeñarse en algún cargo o función de empresas, sociedad, organismos o cualquier entidad que desarrolle o explote el rubro que realizara la empresa a la cual había sido designado.

Pocos meses luego de que el trabajador hubiese sido terminado y finiquitado por la empresa, éste formó una sociedad junto a dos otros socios, con un giro bastante similar al de su empleador. En el contexto de la puesta en marcha de dicho nuevo negocio, el extrabajador contactó a empresas proveedoras, clientes y trabajadores de Adiserv, explicándoles que había formado una nueva sociedad a fin de que comenzaren a trabajar con él.

Ante el conocimiento de dichos hechos, Adiserv demandó ante el Primer Juzgado Civil de Santiago el incumplimiento de la obligación de no competencia válidamente contraída en la cláusula undécima del contrato de trabajo que habían suscrito las partes.

El tribunal de primera instancia declaró de oficio la nulidad de la cláusula undécima del contrato de trabajo, que consagraba la obligación de no competencia postcontractual, dado que -a juicio del tribunal- se trataba de una disposición inconstitucional al contravenir la garantía fundamental de libertad de trabajo, adoleciendo así de objeto ilícito de acuerdo con el tenor del artículo 1462 del Código Civil⁵⁶. Ante esta sentencia, la empresa dedujo recurso de apelación que fue conocido por la Corte de Apelaciones de Santiago. Dicho tribunal confirmó la decisión tomada por el Primer Juzgado Civil de Santiago, contando -en todo caso- con el voto en contra de uno de sus integrantes⁵⁷.

⁵⁶ Primer Juzgado Civil de Santiago, Rol N°7528-2003, 25 de enero de 2006.

⁵⁷ Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N°8165-2006, 20 de mayo de 2009.

Finalmente, al ser conocido este recurso por la Corte Suprema a través de un recurso de casación en el fondo, se revierte la decisión, confirmando la validez de la cláusula del caso en comento, y además realizando un extensivo análisis acerca de la validez de este tipo de acuerdos en el marco de una relación laboral.

Con el objeto de establecer los criterios que permitirían a la cláusula de no competencia ser válida, la Corte Suprema se remite a legislaciones de otros países, expresando que este tipo de restricciones son válidas en dichas jurisdicciones si se ciñen a ciertos requisitos, entre los que se menciona: (i) determinación de un plazo de vigencia para la obligación; (ii) que la restricción sea solamente parcial de la actividad; (iii) el pago de una contraprestación en favor del extrabajador, (iv) limitación en el espacio.

Como consecuencia de lo anterior, la obligación de no competencia acordada en la cláusula undécima del contrato de trabajo es declarada válida, tomando el tribunal los siguientes criterios⁵⁸:

- (i) El plazo de la obligación era de dos años contados desde el término del contrato de trabajo, de lo que se permite establecer que es un plazo delimitado y determinado. Este criterio había sido mencionado por la Corte Suprema al referirse tanto a las jurisdicciones que han regulado expresamente la materia, como aquellas que -aun cuando no cuentan con regulación expresa a estos efectos- sí cuentan con sentencias de tribunales que han declarado la validez de este tipo de obligaciones.
- (ii) La restricción implica sólo la renuncia del trabajador a desarrollar determinadas actividades relacionadas con su oficio. Por lo tanto, ella no lo restringe de realizar todas las actividades que pueden desarrollarse con su profesión de ingeniero comercial.
- (iii) El cargo del trabajador era el de Gerente, y, por lo tanto, gozaba de la plena confianza por parte de la empresa. A mayor abundamiento, el cargo que ocupaba el

⁵⁸ SIERRA HERRERO, ALFREDO. "La cláusula de no competencia post-contractual en el contrato de trabajo". *Ius et Praxis*, 20(2), 2014. p.109-155. 130-131 p.

extrabajador en la empresa le dio acceso a información relevante y privilegiada de ésta, lo que daría derecho a la empresa a proteger estos activos.

(iv) Aun cuando al extrabajador no se le hubiese pagado una contraprestación a cambio del cumplimiento de la obligación de no competencia -tal como se ha establecido en otras legislaciones y siendo un criterio que han considerado los tribunales en Chile- la Corte Suprema razona que, en este caso, la contraprestación está constituida por la elevada remuneración que percibía durante la vigencia de su contrato de trabajo el extrabajador en su calidad de Gerente.

Esta consideración de la Corte Suprema es interesante, dado que -si bien considerada la existencia de una contraprestación como un criterio que debe ser tomado en cuenta a la hora de analizar la validez de la restricción de no competencia- permite sostener que ella podría estar comprendida en la alta remuneración de un trabajador, sin necesidad de que exista referencia expresa en tal sentido o que las partes de común acuerdo hayan acordado dicha interpretación.

e) Caso Behrmann con Chep Chile S.A.⁵⁹

En este caso don Jorge Behrmann Oettinger demanda a su empleador Chep Chile S.A. en procedimiento de aplicación general, para que el tribunal declare la nulidad de las cláusulas que consagran su obligación de no competencia para con ésta.

El demandante había prestado servicios durante 9 años a la empresa, y al momento de suscribir su contrato de trabajo, acordó una obligación de no competencia, mediante la cual se le prohibía desempeñar labores similares a las que se le encomendaban en virtud del contrato de trabajo, para la competencia de Chep Chile S.A., dentro del plazo de dos años siguientes al término de la relación laboral. A fin de compensar esta obligación, la empresa le pagaría al demandante un bono de exclusividad en forma mensual, ascendente a la suma de \$950.000. Se dejó expresa constancia que el pago de este bono estaba sujeto a la condición resolutoria de que el trabajador violare las obligaciones acodadas, en cuyo caso, tendría que restituir a la empresa las sumas percibidas bajo este concepto.

⁵⁹ Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, RIT O-1687-2010, 23 de septiembre de 2010.

Luego, al terminar su relación laboral con la empresa en virtud de la causal de Mutuo Acuerdo de las Partes, firmó y ratificó ante notario el correspondiente finiquito, documento que consagraba nuevamente la obligación de no competencia, pero prolongando su vigencia de dos a tres años una vez terminada la relación laboral. En cuanto a la contraprestación por cumplir con la restricción acordada, el finiquito señalaba que el demandante había recibido las sumas a las que se ha hecho mención y que ellas han compensado total y holgadamente las obligaciones asumidas en la cláusula por el lapso señalado, estableciendo incluso una cláusula penal en favor de la empresa de \$85.059.959 en caso de que incumpliese dicha obligación.

El Primer Juzgado de Letras del Trabajo aceptó la validez de estas obligaciones contraídas en el contrato de trabajo y el finiquito del demandante, remitiéndose a la sentencia de la Corte Suprema del caso “Silva Carvacho con Industria y Comercial Adhesit Ltda.” -analizado en la letra a) anterior- que señalaba que *“las restricciones a las actividades que pueda desarrollar el trabajador con posterioridad al término de su contrato no están reguladas en nuestra legislación, no hay impedimento legal ni constitucional para que las partes puedan convenir cláusulas de exclusividad o no competencia que rijan durante el período en que la relación laboral permanezca vigente”*.

En cuanto a los argumentos del caso particular utilizados para sustentar su decisión, en primer lugar, se establece que durante todo el tiempo que el demandante prestó servicios a la empresa, había recibido conforme de ella un bono de exclusividad que se le pagaba precisamente, y de acuerdo con lo señalado en forma expresa por su contrato de trabajo, para compensar el eventual lucro cesante que pudiese significar el cumplimiento de esta obligación. Sumado a lo anterior, al firmar el finiquito el demandante nuevamente declaró estar conforme con la restricción de no competencia (incluido el nuevo plazo de tres años) y con el pago que la empresa había hecho como contraprestación a ésta bajo el concepto de bono de exclusividad.

En segundo lugar, el tribunal razona sobre la base de que no existe disposición legal que regule este tema, más allá de que el numeral segundo del artículo 160 del Código del Trabajo, establece la posibilidad de despedir a un trabajador sin derecho a indemnización, en caso de que realice negociaciones dentro del giro del negocio y que se le hubiesen prohibido por escrito en su respectivo contrato. Al estar vigente la

relación laboral en dicho escenario, rige además el principio de irrenunciabilidad de los derechos laborales, establecido en el artículo 5° del Código del Trabajo el que señala que *“los derechos establecidos por las leyes laborales son irrenunciables, mientras subsista el contrato de trabajo”*.

En base a lo anterior, el tribunal se plantea el siguiente cuestionamiento: Si por la vía de la convención, las partes pueden limitar la libertad de trabajo de un trabajador durante la relación laboral y, por ende, siendo aplicable el principio irrenunciabilidad de los derechos laborales, ¿por qué no podría el trabajador acordar una obligación con el empleador mediante la cual se mantenga esta obligación de no competencia, más aun considerando que terminado el contrato de trabajo ya no rige la norma que establece que los derechos laborales son irrenunciables?

Es muy útil el cuestionamiento hecho por el tribunal, dado que permite llegar, a través de un razonamiento lógico, a la conclusión de que las obligaciones no competencia postcontractuales no son contrarias a la ley ni al orden público chileno, y por tanto, son perfectamente legales. Siguiendo esta misma línea, es preciso reflexionar cómo de una misma norma se puede llegar a conclusiones totalmente opuestas. Lo anterior, en vista que a partir de la norma del numeral segundo del artículo 160 del Código del Trabajo, por una parte, se ha interpretado que este tipo de cláusulas estarían prohibidas, puesto que se ha entendido que si la ley no las ha regulado en forma expresa entonces no estarían permitidas (como ha sido en análisis efectuado por la Dirección del Trabajo), y por otra parte, ha permitido sostener la legalidad y viabilidad de este tipo de pactos, tal como ha sido el criterio de los tribunales de justicia, y en especial, el análisis del caso en comento.

Cabe mencionar que el demandante dedujo recurso de nulidad en contra de la sentencia dictada por el Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, pero éste no fue acogido.

f) Caso Aracena del Río con Monrás y Günther Limitada⁶⁰

En este caso, don Marcelo Aracena del Río interpone demanda en contra de su exempleador, Monrás y Günther Limitada, por estimar que ésta ha realizado conductas atentatorias contra la libre competencia.

El demandante prestó servicios a la demandada y, durante la vigencia de su relación laboral, firmó un anexo a su contrato de trabajo denominado “Acuerdo de Confidencialidad y No Competencia”, por medio del cual se obligaba, entre otras cosas, a no competir ni ofrecer servicios o productos que compitan directamente en contra de la empresa, en Chile o en el extranjero. Esta obligación de no competencia se acordó por un plazo de 3 años luego de terminada la relación laboral entre las partes.

Luego de renunciar a su cargo en la empresa demandada, el demandante fue notificado de una demanda por indemnización de perjuicios en su contra fundamentada en el incumplimiento de la obligación de competencia a que se hizo mención en el párrafo precedente.

Habida consideración de estos antecedentes, el tribunal dictamina que *“le celebración de este tipo de cláusulas no constituiría en sí misma un atentado a la libre competencia, al tratarse de simples estipulaciones comerciales que podrían ser lícitas, especialmente si, como ocurre en la especie, se han pactado por un plazo de vigencia limitado”*.

Esta sentencia resulta particularmente novedosa a estos efectos, por cuanto el actor intenta cuestionar la validez de la obligación de no competencia, ventilando el juicio ya no en sede laboral o civil, sino que desde la arista de la libre competencia. Lo anterior, permite sostener que existe -en principio- un grado de aceptación horizontal por parte de los tribunales de justicia sobre la validez de este tipo de pactos.

Sin perjuicio de que actualmente siguen existiendo contiendas judiciales donde los tribunales se pronuncian acerca de las cláusulas de no competencia postcontractuales, no han existido sentencias posteriores que efectúen un análisis pormenorizado de las mismas. En este sentido, es posible mencionar el caso Pérez García con South Consulting

⁶⁰ Rol C-205-2010 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 13 de abril de 2011.

Signature S.A.⁶¹, en el cual el actor y su empleador habían acordado una cláusula de no competencia por toda la vigencia de la relación laboral y 5 años luego de terminada ésta, pero el tribunal no se pronuncia acerca de su validez por estimar que el *quid* del juicio versaba sobre la no competencia durante la relación laboral como fundamento del despido del actor y no la eventual exigibilidad de la obligación postcontractual. Otras sentencias recientes relacionadas a este tema son las de los casos Guzmán Ramos⁶² y Barceló Maillet⁶³, ambos con Vigeo Eiris Chile SpA, mediante los cuales exabajadoras de la empresa recién individualizada, quienes habían suscrito pactos de no competencia postcontractual, solicitan a los tribunales el pago de la compensación acordada para dichos efectos. Lo relevante de estas sentencias es que no controvierten la validez de los pactos de no competencia aludidos, sino que sólo se limitan a analizar las obligaciones para determinar si -en los hechos- las actoras tenían derecho al cobro de la prestación reclamada, esto es, la contraprestación económica a cambio del cumplimiento de la obligación de no competencia. Así las cosas, en el caso Guzmán Ramos, el tribunal estima que la actora no tiene derecho al pago de la indemnización por haberse suscrito entre ella y su empleador, un anexo al contrato de trabajo por medio del cual las partes dejaban sin efecto la obligación de no competencia postcontractual. En el marco de dicho razonamiento, el tribunal señala *“encontrándose claramente establecida la intención de la empresa de no exigir el cumplimiento del pacto de no competencia post-contractual (...) considerando que la indemnización pretendida, ciertamente se pactó para compensar el tiempo durante el cual la actora estaría impedida de ejercer labores para una empresa de giro similar al de la demandada, mas no habiéndose hecho efectiva la prohibición, ninguna limitación a la libertad e trabajo debe ser compensada”*. En cambio, en el caso Barceló Maillet, se declara el derecho de la actora a la indemnización por no competencia acordada con su empleador, la que le había sido negada en un principio porque, de acuerdo con la interpretación de la empresa de la redacción de la cláusula, a fin de que la empresa exigiera y pagara la obligación de no competencia, la trabajadora tendría que haber prestado servicios a ésta por al menos 12 meses. En opinión del tribunal, al ser ambigua la cláusula se debe interpretar en favor de la actora, haciendo así exigible la obligación y pagando a la actora la indemnización correspondiente. Queda de manifiesto que ambas sentencias dan cuenta de que los tribunales están plenamente de acuerdo con la validez

⁶¹ Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, RIT T-167-2016, 13 de mayo de 2016.

⁶² Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, RIT O-6656-2018, 12 de marzo de 2019. Cabe mencionar que existe un recurso de nulidad interpuesto en contra de esta demanda, que aún no ha sido resuelto.

⁶³ Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N°319-2019, 8 de mayo de 2019.

de estos tipos de obligaciones, subentendiéndose de los argumentos señalados en las sentencias que es lícito compensar una restricción a la libertad de trabajo de un extrabajador, al pagar una compensación que tenga por objeto disminuir el eventual menoscabo económico que podría generarse para el sujeto pasivo.

3.4 Criterios aplicables a una obligación de no competencia postcontractual

En base a los criterios utilizados por los tribunales en las sentencias analizadas en el acápite anterior, es posible establecer cuáles serían -en general- los criterios con los cuales debería cumplir una obligación de no competencia, para que cuente con mayores posibilidades de ser exigible en Chile. Los requisitos que se determinen deben, además, cumplir con el principio de proporcionalidad estudiado en la sección 2.4 anterior⁶⁴, relativa a los pactos de confidencialidad postcontractuales, en vista que aquí también habría una colisión entre derechos fundamentales -perfectamente lícitos considerados en forma individual- pero que no ha sido resuelta por la ley.

a) Delimitación de la restricción: La obligación de no competencia debería restringirse al giro del empleador, o a una porción de él. Lo relevante, en todo caso, es que el pacto permita al extrabajador tener pleno conocimiento acerca de la extensión de la prohibición a la que se encuentra sujeto, y, además, que esta delimitación le permita desempeñarse en otras áreas distintas del giro del empleador, pero afines a su profesión.

La demarcación de la prohibición a las actividades propias del giro del empleador, permitiría sostener que el pacto le es necesario⁶⁵, por cuanto si restringiera además otras actividades, la medida sería excesivamente lesiva para el extrabajador y su

⁶⁴ En vista que ya se analizó en forma detallada el principio de proporcionalidad, el análisis de esta sección versará únicamente sobre la determinación de los requisitos que pueden desprenderse de las sentencias pronunciadas por nuestros tribunales de justicia, mencionando cómo cada uno de estos criterios aporta en que la medida sea adecuada, necesaria y estrictamente proporcional. Dicho lo anterior y apoyándonos en el análisis que ha efectuado a este respecto Alfredo Sierra en su artículo "*La cláusula de no competencia postcontractual en el contrato de trabajo*", estimamos que los pactos de no competencia que cumplen con los requisitos tratados en esta sección sí serían una medida que cumpliría con el principio de proporcionalidad.

⁶⁵ SIERRA HERRERO, ALFREDO. "La cláusula de no competencia post-contractual en el contrato de trabajo". *Ius et Praxis*, 20(2), 2014. p.109-155. 140p.

objeto dejaría de ser necesario a fin de proteger la libertad empresarial del empleador.

Esta delimitación también guarda íntima relación con los denominados intereses legítimos de la empresa o *legitimate business interests*, que suelen ser considerados como un requisito para la validez de estos pactos en el Derecho comparado, siendo ejemplos de lo anterior el estado de Minnesota en Estados Unidos⁶⁶; España, a través de su Estatuto de los Trabajadores, el cual establece en su artículo 21 que este pacto sólo será válido si el empresario tiene un interés industrial o comercial efectivo en él⁶⁷; Francia⁶⁸ e Inglaterra y Gales⁶⁹.

El interés legítimo del empleador está basado en la protección al daño económico que le podría provocar el que un extrabajador suyo ingresara a prestar servicios a la competencia o a un cliente⁷⁰.

A mayor abundamiento, de las sentencias analizadas, todas definían con bastante claridad el ámbito de aplicación de la restricción, el que no contemplaba restricciones más extensas que el giro del empleador.

b) Delimitación del ámbito temporal y territorial: Guardando armonía con el principio de necesidad, un pacto de no competencia debería abarcar un territorio y tener una vigencia, delimitados y determinados, para que puedan ser considerados como necesarios a fin de cautelar los derechos del empleador y no resultar excesivamente gravosos para el extrabajador.

Si bien las sentencias estudiadas no tratan el requisito de la delimitación territorial de la restricción, es un criterio que ha sido recogido tanto en la legislación como la

⁶⁶ ELLA, V. JOHN. *Executive Employment Law: A Handbook for Minnesota Executives*. Estados Unidos: Mill City Press, 2018. 48 p.

⁶⁷ Estatuto de Trabajadores, España y SIERRA HERRERO, ALFREDO. "La cláusula de no competencia post-contractual en el contrato de trabajo". *Ius et Praxis*, 20(2), 2014. p.109-155. 115p.

⁶⁸ BERKOWITZ, PHILLIP M. et al. *Restrictive covenants in employment contracts and other mechanisms for protection of corporate confidential information*. Inglaterra: Kluwer Law International, 2006. 100 p., Cour de Cassation, N°00-45.387, 10 de julio de 2002 y SIERRA HERRERO, ALFREDO. "La cláusula de no competencia post-contractual en el contrato de trabajo". *Ius et Praxis*, 20(2), 2014. p.109-155. 119p.

⁶⁹ BERKOWITZ, PHILLIP M. et al. *Restrictive covenants in employment contracts and other mechanisms for protection of corporate confidential information*. Inglaterra: Kluwer Law International, 2006. 62 p.

⁷⁰ SERRA, YVES. *Tsunami sur la clause de non-concurrence en droit du travail*, 2015. Rescatado de: https://actu.dalloz-etudiant.fr/fileadmin/actualites/pdfs/01_2016/00-45.135_D..pdf.

jurisprudencia comparada. Así, a modo de ejemplo, el Código Civil italiano en su artículo 2125, establece que el pacto de no competencia será nulo si no está delimitado en cuanto al territorio donde será exigible⁷¹. En Francia, la *Cour de Cassation* determinó en sentencia de fecha 10 de julio de 2002⁷², que -para ser válida- la obligación de no competencia debía estar delimitada territorialmente. En el mismo sentido, los tribunales estadounidenses suelen tomar en consideración este criterio en el momento de decidir si el pacto de no competencia se ajusta o no a Derecho⁷³.

En cuanto a la delimitación temporal, primeramente, cabe señalar que, aun cuando nuestros tribunales de justicia no han señalado en forma expresa qué debe entenderse por un plazo razonable, es posible desprender de sus sentencias que un plazo de 2-3 años luego de terminada la vigencia de la relación laboral, podrá entenderse razonable. A este respecto, Alfredo Sierra comparte la postura de que, a pesar de la falta de pronunciamiento expreso, las sentencias de los tribunales permiten entender que una vigencia de 2 años luego de terminada la relación laboral se ajustaría a Derecho⁷⁴.

Adicionalmente, con fines meramente ilustrativos, es posible mencionar los casos de España, donde la ley admite una vigencia de dos años luego de terminado el contrato de trabajo, en el caso de técnicos, y de 6 meses⁷⁵, para los demás trabajadores, o Estados Unidos, donde por regla general los acuerdos tienen una vigencia por un año luego del término de la relación laboral⁷⁶.

- c) Pago de una contraprestación económica:** No existe uniformidad respecto a la opinión de nuestros tribunales de justicia en cuanto a la necesidad de establecer una contraprestación económica. Por un lado, existen sentencias en que los tribunales le otorgan valor al pago de la contraprestación económica, haciendo hincapié en que -

⁷¹ BERKOWITZ, PHILLIP M. et al. *Restrictive covenants in employment contracts and other mechanisms for protection of corporate confidential information*. Inglaterra: Kluwer Law International, 2006. 146 p. y Sierra, 2014, citando a Ghirotti en SIERRA HERRERO, ALFREDO. "La cláusula de no competencia post-contractual en el contrato de trabajo". *Ius et Praxis*, 20(2), 2014. p.109-155. 118p.

⁷² Cour de Cassation, N°00-45.387, 10 de julio de 2002.

⁷³ ELLA, V. JOHN. *Executive Employment Law: A Handbook for Minnesota Executives*. Estados Unidos: Mill City Press, 2018. 48 p.

⁷⁴ SIERRA HERRERO, ALFREDO. "La cláusula de no competencia post-contractual en el contrato de trabajo". *Ius et Praxis*, 20(2), 2014. p.109-155. 142p.

⁷⁵ DEL REY GUANTER, SALVADOR et al. *Estatuto de los trabajadores: comentado y con jurisprudencia*. Madrid: La Ley, 2007. 429 p.

⁷⁶ BATMAN, JEAN L. *Advising the small business. Forms and advice for the legal practitioner*. Estados Unidos: American Bar Association Books, 2007. 636 p.

considerando la remuneración del extrabajador y la extensión de la restricción- la compensación pagada habría sido escasa⁷⁷, o bien, que la obligación de no competencia sería válida en atención a la suma de dinero que el empleador habría pagado⁷⁸. En cambio, otras sentencias han declarado la validez de los pactos de no competencia aun cuando no se ha pactado una contraprestación económica para el extrabajador. Cabe mencionar, en todo caso, que algunos de estos casos sí aluden al hecho de que la remuneración o bonos pagados durante la vigencia de la relación laboral habrían sido elevados en comparación al mercado y, por tanto, en la práctica, habría existido una contraprestación en ese sentido⁷⁹.

A pesar de que no sea un criterio unánime en todas las sentencias estudiadas, no cabe duda de que la contraprestación económica es uno de los elementos que más importancia tienen a fin de que la restricción sea lo menos lesiva posible para el extrabajador. Aun cuando no sea necesario mantener su remuneración íntegra, al estar el extrabajador sometido a una limitación en su capacidad para encontrar un nuevo empleo y encontrarse su capacidad de ganancia pecuniaria en menoscabo, la medida será idónea si se le paga una contraprestación económica al extrabajador. Lo anterior, por cuanto el no hacer pago de la misma implicaría que la medida no es la menos gravosa y, por tanto, no guardaría armonía con el principio de proporcionalidad. Defiende asimismo esta postura, Alfredo Sierra, quien entiende que la contraprestación económica siempre debería estar presente en este tipo de pactos⁸⁰.

En la legislación y jurisprudencia comparada, vemos que este requisito está contemplado en la legislación española, la italiana, la portuguesa y belga, y la jurisprudencia francesa.

d) Tipo de trabajador al que se le impone la obligación: Debido a su naturaleza altamente restrictiva y la probabilidad de que lesione a la libertad de trabajo, los pactos de no competencia postcontractuales sólo deberían acordarse con trabajadores que, en consideración a su manejo de información confidencial y/o sensible de la empresa,

⁷⁷ Corte de Apelaciones de Santiago Rol N°3354-2008, 6 de mayo de 2009.

⁷⁸ Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, RIT O-1687-2010, 23 de septiembre de 2010.

⁷⁹ Corte Suprema, Rol N°5152-2009, 27 de enero de 2011, 1^{er} Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, RIT O-422-2010, 29 de junio de 2010, y 2^{do} Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago RIT T-11-2010, 14 de mayo de 2010.

⁸⁰ SIERRA HERRERO, ALFREDO. "La cláusula de no competencia post-contractual en el contrato de trabajo". *Ius et Praxis*, 20(2), 2014. p.109-155. 143-144p.

o al contacto que tengan con clientes, puedan lesionar los intereses de la empresa en caso de que llegasen a prestar servicios en la competencia o a un cliente. Es así como mientras mayor sea el dominio del trabajador sobre el negocio de su empleador, mayor será la necesidad de acordar el pacto de no competencia, con el objeto de aminorar el riesgo de que se vea afectado el interés empresarial del empleador⁸¹. Este punto se vincula con la existencia de intereses legítimos de la empresa abordado en la letra a) de esta sección.

En la jurisprudencia de nuestros tribunales, este requisito se ve -por sobre todo- reflejado en los casos Vey Moyano y otros⁸², y Sierra Bou⁸³ y otros, con Tradition Chile Agente de Valores Limitada⁸⁴, por cuanto los tribunales analizan la importancia del cargo de bróker de los demandantes en tanto activo de la empresa y canal de contacto con sus clientes. Igualmente, en el caso Adiserv S.A y Adicorp S.A. con Bordachar Boetto⁸⁵, el tribunal considera el cargo de Gerente del extrabajador.

3.5 Tratamiento tributario de la contraprestación económica

Uno de los cuestionamientos que recurrentemente se presentan durante el cumplimiento de una obligación de no competencia postcontractual, es el tratamiento tributario que tendría la compensación pagada como contraprestación al extrabajador, tanto por parte del extrabajador como por parte de la empresa en su calidad de empleador.

a) Tratamiento tributario por parte del sujeto activo de la obligación

Cuando la obligación de no competencia ha sido acordada en el marco de una relación laboral, el sujeto activo será el empleador, siendo -en la gran mayoría de los casos- una empresa. Lo relevante respecto de la empresa que efectúa el pago de esta contraprestación, es si le resulta posible deducir su monto de la determinación de su renta líquida imponible para efectos del pago del Impuesto de Primera Categoría. Aun cuando, dependiendo del monto pagado y del número de pagos que se haga por este

⁸¹ NOGUEIRA GUASTAVINO, MAGDALENA. *Pacto laboral de no competencia*. Madrid: McGraw-Hill), 1998. 89p.

⁸² Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago RIT T-11-2010, 14 de mayo de 2010.

⁸³ Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, RIT O-422-2010, 29 de junio de 2010.

⁸⁴ SIERRA HERRERO, ALFREDO. "La cláusula de no competencia post-contractual en el contrato de trabajo". *Ius et Praxis*, 20(2), 2014. p.109-155. 126 p.

⁸⁵ Corte Suprema, Rol N°5152-2009, 27 de enero de 2011.

concepto, podría ser poco probable que el Servicio de Impuestos Internos realice una fiscalización por medio de la cual dé con este pago, el riesgo que corre la empresa en caso de una deducción como gasto necesario de un concepto que no revestiría dicha calidad, es ser forzada al pago de un impuesto multa del 40% sobre el monto en cuestión, tal como se hizo presente en el párrafo 2.6, letra a) anterior, relativo a la obligación de confidencialidad.

A este respecto, cabe precisar que de acuerdo al inciso primero del artículo 31 de la Ley sobre Impuesto a la Renta, para que un gasto pueda ser calificado como necesario para producir renta, y de este modo, pueda ser susceptible de ser rebajado de la determinación de la renta líquida imponible de primera categoría de la empresa, debe reunir los siguientes requisitos:

- Debe relacionarse directamente con el giro de la empresa;
- Debe tener la calidad de necesario para producir la renta;
- No puede haber sido rebajado previamente como parte integrante del costo directo de los bienes y servicios requeridos para la obtención de la renta;
- El contribuyente debe haber incurrido efectivamente en el gasto, sea que éste se encuentre pagado o adeudado al término del ejercicio; y
- El contribuyente debe probar la naturaleza, necesidad, efectividad y monto de los gastos con los medios probatorios de que disponga, pudiendo el Servicio de Impuestos Internos impugnarlos, si por razones fundadas no se estimaren fehacientes.

Existió un cambio de criterio por parte del Servicio de Impuestos Internos respecto a la calificación como gasto aceptado de esta contraprestación. En este sentido, originalmente se estimaba que este pago por no competir era un gasto rechazado, y actualmente se ha entendido que -de cumplir con los antedichos requisitos- podría ser considerado gasto aceptado.

(i) Oficio N°1 del Servicio de Impuestos Internos de fecha 2 de enero de 2004⁸⁶

En este oficio se analiza la procedencia de considerar como gasto aceptado para ser deducido, la contraprestación que se pagó por cumplimiento de dos acuerdos de no competencia. Si bien en este caso los acuerdos fueron celebrados entre dos personas jurídicas, el análisis que se hace respecto de si el pago de la contraprestación cumpliría con los requisitos para poder deducir el gasto, serían igualmente aplicables en caso de tratarse de un acuerdo celebrado con un extrabajador.

La conclusión del Servicio de Impuestos Internos fue que los pagos como contraprestación a la obligación de no competencia, no cumplían con todos los requisitos señalados por la ley a fin de poder ser deducibles, en especial el primero y segundo:

- Que se relacione directamente con el giro o actividad que se desarrolla.

Del citado oficio se desprende que la razón por la cual los pagos no cumplirían con este requisito sería la dificultad de cuantificar en forma real y concreta el beneficio que ellos reportan a la empresa. Siguiendo esta idea, aun cuando el propósito del acuerdo de no competencia es evitar que el sujeto pasivo de la obligación compita con la empresa, este gasto estaría en la práctica abogando por futuros ingresos imprevistos, cuya existencia no es certera.

Si bien el Servicio de Impuestos Internos expresamente señala que este es uno de los requisitos que no se cumple, el desarrollo que se hace en el oficio es un tanto escaso y se confunde con el del segundo requisito, que se tratará a continuación.

- Que se trate de gastos necesarios para producir la renta.

A fin de comprender de mejor forma este requisito, cabe hacer presente que el Servicio de Impuestos Internos ha manifestado que debe entenderse esta expresión en el sentido de lo que es menester, indispensable o que hace falta para un determinado fin, contraponiéndose a lo superfluo. En consecuencia, el concepto de gasto necesario debe entenderse como aquellos desembolsos de

⁸⁶ Servicio de Impuestos Internos, Oficio N°1, 2 de enero de 2004.

carácter inevitables u obligatorios, considerándose no sólo la naturaleza del gasto, sino que además su monto, es decir, hasta qué cantidad el gasto ha sido necesario para producir la renta del ejercicio anual, cuya renta líquida imponible se está determinando.

Se determinó que este requisito no se cumplía en el caso en comento, puesto que el beneficio que reporta a la empresa el cumplimiento de las obligaciones de no competencia es incierto, de modo tal que no podría sostenerse que en el respectivo ejercicio la empresa generará mayores ingresos.

(ii) Oficio N°833 del Servicio de Impuestos Internos de fecha 25 de marzo de 2019⁸⁷

Sin perjuicio de lo señalado respecto del oficio descrito en la letra a) anterior, con fecha 25 de marzo de 2019 el Servicio de Impuestos Internos emitió el oficio N°833, en respuesta a una empresa que consultaba si la compensación pagada a un extrabajador como contraprestación al cumplimiento de la obligación de no competencia podía ser deducido, por ser un gasto necesario para producir la renta. La respuesta del Servicio de Impuestos Internos fue que dicho gasto sí podía ser considerado como gasto necesario para producir la renta, analizando así los requisitos que debe cumplir un gasto para calificar en tal sentido.

Lo relevante respecto de este pronunciamiento, fue el cambio respecto de la procedencia de los dos primeros requisitos señalados en el caso del oficio anterior:

▪ Que se relacione directamente con el giro o actividad que se desarrolla

En este caso particular, el Servicio de Impuestos Internos manifiesta que tomando en consideración la eventual competencia que podría generar el extrabajador al empleador, se cumpliría este requisito, en especial, si se considera la eventual reducción de ventas que podría generar el potencial competidor.

⁸⁷ Servicio de Impuestos Internos, Oficio N°833, 25 de marzo de 2019.

- Que se trate de gastos necesarios para producir la renta

El Servicio de Impuestos Internos determinó que la necesidad del pago para producir la renta se manifestaba, especialmente: (a) si el extrabajador manejaba información confidencial que fuese relevante para el desarrollo del giro del empleador, de manera tal que el negocio pueda ser replicado competitivamente en un corto tiempo; (b) la ausencia de barreras de entrada al negocio; (c) ausencia de fidelización; (d) ausencia de diferenciación de marcas; y/o (e) ausencia de contratos de exclusividad con los proveedores, o cualquier otra circunstancia que dé sustento a este acuerdo de pago.

No cabe duda de que el cambio jurisprudencial respecto a la validez de los pactos de no competencia postcontractuales incidió en el cambio de criterio adoptado por el Servicio de Impuestos Internos. Lo anterior, por cuanto la tendencia jurisprudencial permite sostener que el pago de una contraprestación mejora considerablemente las posibilidades de hacer exigible la restricción en comento, razón por la cual sí sería un gasto necesario para cautelar al ex empleador esa frente a un posible impacto negativo generado por la competencia que podría llevar a cabo el extrabajador.

b) Tratamiento tributario por parte del sujeto pasivo de la obligación

El sujeto pasivo de la obligación será el extrabajador, a quien se le impone la restricción de no competir.

Respecto a este último punto, me remito a lo señalado en la sección 2.6 del presente ensayo, en relación con la contraprestación en caso de una obligación de confidencialidad postcontractual.

3.6 Consideraciones respecto a la periodicidad del pago de la compensación al extrabajador

Si bien esta consideración es válida respecto de los tres pactos que se estudian en el presente ensayo, creí relevante incluirlo respecto del pacto de no competencia, por cuanto es en el que tiene una mayor manifestación práctica.

No existe una regla en cuanto a la periodicidad en la que el pago de la compensación económica debe hacerse. Sin embargo, esta determinación puede ser fundamental a la hora de proteger los intereses de la empresa pagadora.

Al ser la obligación de no competencia postcontractual de cuestionable exigibilidad, en caso de incumplimiento de la misma, no existe garantía de que se podrá conseguir la restitución del monto pagado como compensación económica. Es por ello, que lo más recomendable para una empresa es pagar un monto en cuotas mensuales, de modo que dicho monto sea pagado contra el cumplimiento mensual de la obligación de no competencia por parte del extrabajador. Así, una vez que la empresa tome conocimiento de algún incumplimiento por parte del extrabajador, ésta puede cesar en el pago de la contraprestación económica, sólo exponiéndose de esta forma a que el extrabajador demande el pago del saldo de la contraprestación, en cuyo caso -tomando en consideración la existencia del incumplimiento por parte del extrabajador- la empresa tendría argumentos para defender su actuar.

3.7 Consideraciones respecto a suscripción en documento separado

En general, las obligaciones de no competencia objeto de juicios en nuestros tribunales de justicia han sido acordadas en los contratos de trabajo respectivos. A este respecto, cabe señalar que, en miras de incrementar las posibilidades de que la obligación sea exigible, resulta más conveniente escriturar el acuerdo en un documento separado:

a) Reserva de la obligación de no competencia en el finiquito a la relación laboral

En caso de que la obligación de no competencia postcontractual se encuentre pactada en el contrato de trabajo, resultará necesario hacer una reserva expresa de la obligación en el finiquito. Ello, por cuanto de no hacerse esta reserva, podría entenderse que -dado el poder liberatorio del finiquito- no subsiste ninguna obligación de las contraídas durante la relación laboral y, por tanto, el trabajador no estaría obligado a respetar la obligación de no competencia postcontractual. En este sentido, cabe mencionar que existe jurisprudencia donde se ha utilizado como defensa la circunstancia de que el finiquito nada diga acerca de la subsistencia de la obligación de no competencia⁸⁸.

⁸⁸ Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N°319-2009, 8 de mayo de 2009.

En consideración de lo anterior, si la obligación se acuerda en un documento separado, sería más factible defender que el acuerdo de no competencia postcontractual contiene una obligación cuya vigencia trasciende y es independiente del término de la relación laboral, no afectándole así el poder liberatorio del finiquito. Siguiendo esta postura, aun cuando esta obligación se contraiga en el contexto de una relación laboral, su naturaleza excedería el marco de las obligaciones propias del contrato de trabajo.

b) Competencia de tribunales que conocerían de una eventual disputa por incumplimiento

La escrituración en instrumento separado de la obligación de no competencia postcontractual también podría tener efecto a la hora de determinar la competencia de los tribunales que serían competentes para conocer del asunto con ocasión de una disputa. Por un lado, en caso de una obligación de no competencia que se haya escriturado en un contrato de trabajo, muy probablemente los tribunales laborales se declararían competentes para conocer de la contienda. En cambio, podría argumentarse que lo anterior no sería igual en caso de que se acuerde en un instrumento separado, ya que sería posible esgrimir que -independiente del hecho de que las obligaciones contraídas tuvieron como origen la existencia de una relación laboral entre las partes- dicho acuerdo es un instrumento de naturaleza netamente civil y, por tanto, que los tribunales competentes son los civiles y no los laborales, incluso siendo factible pactar que la controversia sea resuelta por un árbitro.

Ahora bien, el que se escribiera de una manera o la otra no garantizará necesariamente el poder prever qué tribunal sería competente en caso de una eventual contienda por incumplimiento. De la revisión de la jurisprudencia sobre esta materia, es posible sostener que no existe un criterio unívoco respecto a la competencia de los tribunales competentes, existiendo diversas casas que fueron conocidas por los tribunales laborales, y otras tantas, que fueron conocidas por los tribunales civiles. Sin embargo, en los últimos años han existido pronunciamientos de los tribunales superiores de justicia, que han expresado que la competencia sería de sede laboral, tema que se analizará en el capítulo V. de este ensayo.

CAPÍTULO IV

PACTOS DE NO SOLICITACIÓN POSTCONTRACTUALES

La obligación de no solicitud ha sido la menos desarrollada por la jurisprudencia y doctrina nacionales. De hecho, prácticamente no existe jurisprudencia donde se mencione esta obligación y, en aquellos casos en que sí se ha mencionado, el tribunal respectivo no se ha pronunciado acerca de su validez. Juega un rol importante en lo anterior el hecho de que, en general, las obligaciones de no solicitud son acordadas en conjunto a obligaciones de no competencia. En consecuencia, en dichos casos, los tribunales han analizado la obligación en su conjunto como una obligación de no competencia, sin establecer directrices respecto a este pacto individualmente considerado.

No obstante la falta de pronunciamientos a este respecto, en Chile es cada vez más frecuente el uso de estas obligaciones por parte de empleadores, ya sea acompañada o no de una obligación de no competencia. Habida consideración de las limitaciones que la jurisprudencia de nuestros tribunales ha desarrollado en cuanto a las obligaciones de no competencia, la no solicitud podría ser una buena alternativa ya que, aun cuando pudiese implicar una lesión a la garantía constitucional de libertad de trabajo, dicha lesión será eventual y, aun en caso de existir, de una menor envergadura si se le compara con la que se da en una obligación de no competencia. Ello, ya que -como se verá más adelante- la no solicitud no implica una restricción para competir al ex empleador *per se*, sino que se enfoca en proteger al ex empleador del menoscabo a su negocio que podría implicar la pérdida de clientes, trabajadores, contratistas o proveedores, entre otros. En consecuencia, si un extrabajador ha acordado una obligación de no solicitud, nada obsta a que pueda competir con su ex empleador, y así desarrollarse en una línea de negocios idéntica. Su única limitación será que, en dicho caso, no podrá hacerlo utilizando al personal y contactos que generó durante la vigencia de su relación laboral con su ex empleador.

4.1 Nociones preliminares y definiciones bajo el Derecho comparado

De la revisión efectuada durante el transcurso de esta investigación, no ha sido posible encontrar definiciones o pronunciamientos respecto de los pactos de no solicitud en Chile. Lo anterior ha hecho necesario consultar la definición de este tipo de obligaciones en doctrina extranjera. A este respecto, en el libro *“Restrictive Covenants in Employment Contracts and other Mechanisms for Protection of Corporate Confidential Information”* se señala que, para la jurisprudencia francesa, la obligación de no solicitud es aquella que prohíbe a un extrabajador de solicitar a los clientes de su antiguo empleador que desarrollen negocios con su nuevo empleador o sí mismo⁸⁹. Por otra parte, en el libro *“Post-Employment Covenants in Employment Relationships”*⁹⁰, se define a la obligación de no solicitud como aquel acuerdo en forma de cláusula restrictiva en el contrato de trabajo o en un acuerdo con vigencia posterior a la relación laboral, que tiene por objeto restringir a los trabajadores de solicitar a otros trabajadores, clientes u oportunidades de negocio, de empleadores anteriores. Es interesante mencionar que la doctrina comparada ha entendido que existe un incumplimiento a la obligación de solicitud sólo si es el extrabajador el que busca asociarse o generar una relación contractual con otros trabajadores, clientes, proveedores o contratistas de la empresa, pero no existiría tal incumplimiento si son éstos los que se acercan al extrabajador⁹¹.

4.2 Tipos de obligaciones de no solicitud comúnmente utilizadas

Si bien tradicionalmente el objeto de la obligación de no solicitud fue entendido respecto de los clientes del antiguo empleador de un extrabajador, en la práctica esta obligación puede extenderse a otros objetos. Así, las obligaciones de no solicitud podrían extenderse a trabajadores, contratistas independientes e incluso proveedores del antiguo empleador.

⁸⁹ BERKOWITZ, PHILLIP M. et al. *Restrictive covenants in employment contracts and other mechanisms for protection of corporate confidential information*. Inglaterra: Kluwer Law International, 2006. 91 p.

⁹⁰ DOWLING, DONALD C. et al. *Post-employment covenants in employment relationships*. Estados Unidos: Wolters Kluwer Law & Business, 2014.

⁹¹ BERKOWITZ, PHILLIP M. et al. *Restrictive covenants in employment contracts and other mechanisms for protection of corporate confidential information*. Inglaterra: Kluwer Law International, 2006. 91 p.

4.3 Criterios en el Derecho comparado para la exigibilidad de los pactos de no sollicitación postcontractuales

Al no existir pronunciamientos respecto de esta materia en Chile, resulta interesante determinar qué criterios se toman en consideración en el Derecho comparado a fin de que esta obligación sea exigible.

En Dinamarca, las obligaciones de no sollicitación están reguladas expresamente en la Ley sobre Trabajadores Asalariados⁹². Dicha normativa previene que, para ser válidos, estos pactos deben: (a) acordarse por escrito en los contratos de trabajo desde el comienzo de la relación laboral; (b) contemplar una contraprestación económica que sea equivalente a al menos un 50% del sueldo base del extrabajador, durante los meses en que se mantenga vigente el pacto⁹³; y (c) limitarse a restringir la sollicitación de clientes de la empresa con los cuales el extrabajador haya tenido contacto en los 18 meses anteriores a la comunicación de la terminación de su relación laboral. Respecto al tipo de trabajadores a los que el pacto sería aplicable, la legislación danesa no exige que se trate de trabajadores de exclusiva confianza.⁹⁴

Luego, de acuerdo a Enrique M. Stile y Javier Patrón de Argentina, a falta de legislación expresa en cuanto a la posibilidad de acordar este tipo de obligaciones en dicho país, a fin de ser exigibles, los pactos de no sollicitación deberían: (i) ser limitados en cuanto a su vigencia y territorialidad; (ii) contar con una compensación económica a fin de permitir al extrabajador mantener un estilo de vida similar al que tenía cuando prestaba servicios al empleador; y (iii) ser justificadas en consideración al conocimiento del extrabajador sobre la empresa, su negocio y clientes⁹⁵.

Por otra parte, en Canadá la exigibilidad de los pactos de no sollicitación ha sido generalmente aceptada por sus tribunales de justicia, dado que se ha entendido que normalmente están dirigidas al interés público. Los tribunales canadienses suelen analizar si (a) el alcance de la obligación es razonable; y (b) las restricciones de no sollicitación

⁹² Funktionærloven en danés.

⁹³ En caso de que exista una contraprestación acordada para compensar una obligación de no competencia, no existirá necesidad de pagar un monto distinto para la obligación de no sollicitación.

⁹⁴ BERKOWITZ, PHILLIP M. et al. *Restrictive covenants in employment contracts and other mechanisms for protection of corporate confidential information*. Inglaterra: Kluwer Law International, 2006. 38 p.

⁹⁵ DOWLING, DONALD C. et al. *Post-employment covenants in employment relationships*. Estados Unidos: Wolters Kluwer Law & Business, 2014.

impuestas son claras. Es interesante que Thomas Brady analiza casos donde los tribunales de justicia canadienses declararon obligaciones de no sollicitación inexigibles, determinando así que las razones que esgrimían los tribunales eran principalmente dos. En primer lugar, la ambigüedad de la obligación de no sollicitación que no hacía posible para el sujeto pasivo saber si su actuar transgredía o no su obligación, y en segundo lugar, obligaciones que eran indefinidas en cuanto a su vigencia y territorialidad.⁹⁶

En Italia es posible acordar una obligación de no sollicitación para que un trabajador no solicite ni persuada a clientes de su exempleador a terminar su relación con el exempleador y celebrar contratos con otras partes, luego de terminada la relación laboral. Lo que diferencia a este tipo de obligaciones de las de no competencia, en el ordenamiento jurídico italiano, es que las obligaciones de no competencia están reguladas por ley⁹⁷, mientras que las de no sollicitación no lo están. En este sentido, no existiría una necesidad de pagar una contraprestación a cambio. Sin embargo, el riesgo que corren este tipo de obligaciones es que un tribunal estime que son obligaciones de no competencia que no cumplen con todos los requisitos estipulados por ley y que por tanto, son inválidas. La importancia radica entonces en determinar y definir la obligación de manera que quede del todo claro que se trata de una obligación de no sollicitación y no de una de no competencia.⁹⁸

En Inglaterra las obligaciones de no sollicitación suelen ser analizadas bajo las mismas reglas que las obligaciones no competencia. Sin embargo, en opinión de James Holland, al ser este tipo de obligaciones de aquellas que sólo afectan las conexiones comerciales, sólo resulta relevante la delimitación temporal y no la territorial⁹⁹.

⁹⁶ DOWLING, DONALD C. et al. *Post-employment covenants in employment relationships*. Estados Unidos: Wolters Kluwer Law & Business, 2014.

⁹⁷ Como se informó en el capítulo sobre pactos de no competencia postcontractuales, el Código Civil italiano regula las obligaciones de no competencia vigentes luego del término de la relación laboral en su artículo 2125.

⁹⁸ DOWLING, DONALD C. et al. *Post-employment covenants in employment relationships*. Estados Unidos: Wolters Kluwer Law & Business, 2014.

⁹⁹ HOLLAND, JAMES y BURNETT, STUART. *Employment law*. Inglaterra: Oxford University Press, 2014. 211p.

4.4 Comparación entre los pactos de no competencia y los de no sollicitación

Al leer las consideraciones que distintos autores de Derecho comparado han formulado respecto de las obligaciones de no sollicitación, es inevitable darse cuenta de que se tiende a analizar a esta restricción en conjunto a los pactos de no competencia. Así las cosas, algunos autores han entendido a estas obligaciones como obligaciones distintas, que tienen como elemento común el que imponen una restricción a la libertad de trabajo de un extrabajador. Sin embargo, otros autores han sostenido que la obligación de no sollicitación sería en realidad una obligación de no competencia más acotada¹⁰⁰.

En relación a este punto, si bien es indiscutible que ambas obligaciones guardan una íntima relación una de la otra precisamente por ser de aquellas que pueden atentar contra la libertad de trabajo de un extrabajador y por ser de aquellas que pretenden proteger al negocio del empleador, pareciera que tienen objetos y alcances distintos. La obligación de no sollicitación no implica necesariamente una restricción para el extrabajador de competir con su antiguo empleador. Por lo tanto, un extrabajador podría estar sujeto al cumplimiento de una obligación de no sollicitación y desarrollar un negocio propio que se dedicara al mismo giro del negocio de su ex empleador, sin estar incumpliendo dicha obligación. La obligación de no competencia, por otro lado, implicará necesariamente una restricción a competir, y así, una mayor merma a la libertad de trabajo del extrabajador. En caso de estar sujeto a una obligación de no competencia, sin perjuicio de que es totalmente factible que un trabajador encuentre un nuevo empleo, es probable que el extrabajador tenga que cambiar de rubro a fin de seguir desempeñándose laboralmente. En casos donde los extrabajadores cuentan con estudios y experiencia que los ha llevado a desempeñarse en campos muy especializados, el impacto de dicha obligación podría ser muy significativo.

4.5 Criterios aplicables a una obligación de no sollicitación postcontractual

Al no existir pronunciamientos específicos en el Derecho chileno acerca de los criterios y requisitos que deberían ser observados con el objeto de que estos pactos sean exigibles,

¹⁰⁰ MASSACHUSETTS BAR ASSOCIATION. *Massachusetts Law Review*. Estados Unidos: Lexis Nexis, 2002. 39 p.

pretendo determinar -a partir de los criterios observados en jurisdicciones comparadas y lo que se ha dicho acerca de los pactos de no competencia- cuáles serían los requisitos que deberían observarse a la hora de pactar una obligación de no sollicitación postcontractual. Es relevante señalar que este análisis se refiere a una obligación de no sollicitación pura y simple, sin que revista características de una obligación de no competencia propiamente tal.

- a) **Delimitación en el tiempo:** Compartiendo lo que se ha señalado respecto de la confidencialidad y la no competencia por la jurisprudencia judicial y administrativa chilena y, asimismo, otros países, la obligación de no sollicitación debería tener una vigencia razonable para efectos de proteger los intereses legítimos de la empresa. En toda obligación restrictiva resulta relevante la existencia de un plazo que, por un lado, otorgue certeza al sujeto pasivo de la misma acerca de por cuánto tiempo se mantendrá sujeto a la restricción, y por otro lado, sea prudente en cuanto a los fines protectores que tiene hacia la empresa.

- b) **Delimitación del alcance de la obligación:** Como toda restricción, la obligación de no sollicitación debería ser clara y precisa respecto de su alcance. En este sentido, se deberá señalar: (i) quiénes serán el objeto de la restricción, como por ejemplo, trabajadores, proveedores, contratistas o clientes del empleador; y (ii) la tipificación de conductas que constituirán la obligación, las que generalmente versan sobre sollicitar, incitar o inducir a otros para terminar iniciar relaciones de índole contractual con el extrabajador afecto a la obligación y, como efecto colateral de ello, terminar la relación contractual que tienen con la empresa empleadora.

- c) **Delimitación espacial de la obligación:** Se debería especificar el territorio dónde será aplicable la obligación de no sollicitación. A este respecto, mientras mayor territorio abarque la restricción, menor serán las probabilidades de que ésta sea exigible, tal como ocurriría en el caso de la delimitación espacial en los casos de obligación de no competencia. Ahora bien, en mi opinión, el análisis respecto de la delimitación espacial de una obligación de no sollicitación pura y simple debería ser menos estricto que el de una obligación de no competencia, por cuanto -tal como he señalado en reiteradas ocasiones a lo largo de este ensayo- la colisión con el derecho a la libertad de trabajo será eventual y no inminente.

4.6 Consideraciones respecto al pago de una contraprestación económica y suscripción en documento separado

Dada la naturaleza de esta obligación y el hecho de que la lesión a la libertad de trabajo sería sólo eventual, en mi opinión, no sería necesario pagar al sujeto pasivo de la obligación una contraprestación a cambio de cumplirla. Lo anterior, siempre y cuando la restricción no revista características de una obligación de no competencia, en cuyo caso sí sería necesario efectuar un pago a modo de compensación.

Desde un punto de vista tributario, y desde la perspectiva de la empresa, no queda claro cuál sería el tratamiento de este pago. Por una parte, podría sostenerse que al no existir pronunciamientos por parte del Servicio de Impuestos Internos, la contraprestación sería probablemente considerada un gasto rechazado, estando sujeta a un impuesto multa del 40%. Ahora bien, también podría pensarse que -si la autoridad tributaria asimilara el tratamiento al de una obligación de no competencia- sí sería posible deducir el gasto, en conformidad al Oficio N°833 de fecha 25 de marzo de 2019, que fue analizado a propósito de este pacto.

Respecto al sujeto pasivo de la obligación, aplicarían las mismas consideraciones descritas en la sección 2.6, letra b) del presente ensayo.

Adicionalmente, pareciera ser que -salvo que se acuerde en conjunto con una obligación de no competencia, o bien, se pague una contraprestación económica a cambio del cumplimiento de la obligación- no habría necesidad de acordar la obligación de no sollicitación en documento separado. Para estos efectos, bastaría hacer una reserva en el finiquito, y adoptar las consideraciones explicadas en la sección 2.7 anterior, respecto de la obligación de confidencialidad.

CAPÍTULO V

MECANISMOS PARA PERSEGUIR EL INCUMPLIMIENTO DE ESTOS PACTOS

Un tema relevante que suscita el análisis de este tipo de obligaciones es determinar con qué herramientas contaría: (i) el empleador si el extrabajador incumple con la obligación de confidencialidad, no competencia o no solicitud postcontractual; o bien, (ii) el extrabajador, si el empleador no cumple con su obligación de pagar la contraprestación adeudada, o bien, si pretende que se declare la nulidad del pacto por estimarse excesivamente lesivo.

5.1 Competencia de los tribunales para conocer de los incumplimientos

Dada la circunstancia de que estos pactos se acuerdan en el marco de una relación laboral, pero tienen una exigibilidad una vez que el contrato de trabajo ya ha terminado, es cuestionable qué tribunales deberían tener competencia para conocer de las controversias que se susciten en relación con su cumplimiento.

De la jurisprudencia que ha sido analizada para el caso de las obligaciones de confidencialidad y no competencia postcontractuales, es posible señalar que no ha habido una uniformidad absoluta en relación con este tema. Así, en el caso de la confidencialidad, las primeras sentencias fueron conocidas ante juzgados civiles y, de hecho, incluso existen sentencias de la década de 2010, en los cuales tribunales laborales han sostenido que la competencia para conocer del incumplimiento de los pactos de confidencialidad postcontractuales debería ser de los tribunales civiles¹⁰¹. Sin perjuicio de lo anterior, existen asimismo sentencias que fueron dictadas por tribunales laborales, donde éstos se pronunciaron en forma expresa acerca de la validez postcontractual de las obligaciones de confidencialidad. Vinculada a esta última postura, cabe mencionar a Alfredo Sierra, quien - señalando que existe un pronunciamiento por parte de la Corte de Apelaciones de Santiago, que fue ratificado por la Corte Suprema, según el cual las controversias suscitadas de la aplicación de cláusulas de no competencia postcontractuales deberían ser

¹⁰¹ Sentencia RIT O-3812-2012 del Segundo Juzgado de Letras del Trabajo

competencia de los tribunales laborales- estima que podría aplicarse este mismo criterio por analogía a la obligación de confidencialidad¹⁰².

Respecto de los pactos de no competencia postcontractuales, tanto tribunales laborales como civiles han dictado sentencias que versan sobre su validez y el cobro de las eventuales prestaciones que deriven de su cumplimiento o incumplimiento. Sin embargo, tal como se señaló en el párrafo precedente, existen pronunciamientos de parte de los tribunales superiores de justicia que afirman que la competencia debería ser de los tribunales laborales¹⁰³, postura que es apoyada por Alfredo Sierra.

En este sentido, cabe señalar que la Corte de Apelaciones de Santiago, determinó que en caso de un incumplimiento de una obligación de no competencia cuya vigencia trascendía a la del contrato de trabajo, sería el juez del trabajo el que tendría competencia para conocer del asunto. El fundamento señalado por este tribunal es la disposición contenida en la letra a) del artículo 420 del Código del Trabajo, que señala que son de competencia de los Juzgados de Letras del Trabajo *"las cuestiones suscitadas entre empleadores y trabajadores por aplicación de las normas laborales o derivadas de la interpretación y aplicación de los contratos individuales o colectivos del trabajo o de las convenciones y fallos arbitrales en materia laboral"*.

En opinión de la Corte de Apelaciones de Santiago *"las exigencias naturales de ciertos asuntos aconsejan la especialización de la función jurisdiccional, generándose así la competencia de los tribunales especiales, como ocurre con los laborales, que están llamados por la ley a pronunciarse, entre otros, sobre los conflictos individuales derivados de las relaciones emanadas del contrato de trabajo, cuyo carácter técnico y social exige un conocimiento especializado"*. A mayor abundamiento, la Corte Suprema conoció de un recurso de casación en el fondo en contra de esta misma sentencia, y reafirmó lo señalado por la Corte de Apelaciones de Santiago, haciendo hincapié en que los juzgados de letras del trabajo tienen competencia respecto de materias entre personas que están o han estado ligadas por una relación laboral¹⁰⁴.

¹⁰² Corte de Apelaciones de Santiago. Rol N°5263-2007, 13 de mayo de 2008.

¹⁰³ Corte de Apelaciones de Santiago. Rol N°3350-2015, 30 de marzo de 2017.

¹⁰⁴ Corte Suprema. Rol N°4301-2008, 30 de septiembre de 2008.

Comentando las sentencias anteriores, Alfredo Sierra manifiesta estar de acuerdo con el criterio adoptado por los tribunales superiores de justicia, manifestando que “*el aspecto clave para determinar la competencia laboral emana de la aplicación de un contrato de trabajo, entre las partes que estuvieron ligados por él, más allá de si éste siguió rigiendo o no en su totalidad (...) por tal motivo, aun cuando la cláusula puede operar con posterioridad al término de contrato, no pareciera acertado desligar a aquélla de éste, pues la primera tiene el fundamento de su validez en la relación laboral.*”¹⁰⁵

Si bien *prima facie* parece sensato entender que la competencia de este tipo de conflictos debería ser de los tribunales laborales, tomando en cuenta que la obligación entre las partes ha sido contraída en el contexto de una relación laboral, existen ciertos puntos que ameritan ser analizados.

En primer lugar, es posible sostener que, de suscitarse una controversia en el cumplimiento de algún pacto postcontractual, las partes ya no podrían denominarse empleador y trabajador, estando así en un campo de aplicación distinto al demarcado por la letra a) del artículo 420 del Código del Trabajo. Siguiendo esta línea argumentativa, incluso es válido plantearse si la obligación en cuestión amerita una tutela por parte de la justicia laboral, la que obra en base a un principio protector hacia el trabajador, por considerársele la parte débil de la relación contractual.

Luego, se podría argumentar que -aun cuando las partes ya no revisten las denominaciones indicadas en el párrafo anterior- el cumplimiento de la obligación sigue siendo de aquellas derivadas de la interpretación y aplicación de los contratos individuales o colectivos de trabajo. Este parece ser el argumento de mayor potencia, por cuanto es efectivo que una obligación de las estudiadas en el presente ensayo, ya sea de confidencialidad, no competencia o no sollicitación, tiene su génesis en la existencia del contrato de trabajo e, incluso, podrían considerarse extensiones de obligaciones que igualmente existieron durante la vigencia de la relación laboral. Con el objeto de analizar este punto, sería posible cuestionarse *ex ante* si: (i) estos pactos tienen a la relación laboral sólo como antecedente y dado que las partes ya no se encuentran ligadas por una relación laboral, son independientes de ella y por tanto no son una aplicación del contrato

¹⁰⁵ SIERRA HERRERO, ALFREDO. “Las cláusulas de confidencialidad en el contrato de trabajo”. *Revista de derecho (Valparaíso)*, (41), 2013. p.145-179. 169-170p.

de trabajo, sino que de un acuerdo civil totalmente distinto e independiente; o (ii) estos pactos representan meras extensiones de obligaciones propias del contrato de trabajo, razón por la cual el término de la relación laboral en nada modifica las consideraciones que deben hacerse en cuanto a ellos al momento de resolver una controversia.

Sin tener ánimo de dar una respuesta a esta interrogante de manera tajante, mi idea es justamente dar cuenta que no existe una respuesta obvia a este asunto y, en consecuencia, dar espacio a la reflexión en torno al tema. Existen ciertos elementos meramente formales que podrían generar cambios en nuestra percepción de este asunto. Es así como, a modo de ejemplo, un pacto postcontractual que haya sido acordado en el mismo contrato individual de trabajo, sin lugar a dudas nos parecerá que tiene naturaleza laboral. Sin embargo, en caso de acordarse estas obligaciones en documento separado donde, por ejemplo, el documento contemple además elementos que no son propios de documentación laboral, como sería el caso de una cláusula de arbitraje, dichas restricciones quizá serían percibidas como de una naturaleza civil, aun cuando hayan sido pactadas en base a los mismos antecedentes y circunstancias fácticas.

Otro argumento contingente a esta discusión es el señalado por la Corte de Apelaciones de Santiago en cuanto a que los jueces laborales deben tener competencia para conocer de las controversias que se susciten en relación con un pacto de no competencia postcontractual, en consideración al nivel y grado de especialización que tienen estos jueces respecto de la relación laboral. Aun cuando es cierto que los jueces laborales son los que cuentan con un mejor nivel de conocimiento respecto del Derecho del Trabajo para resolver los conflictos que se susciten en dicha área, no es menos cierto que ese mismo grado de especialización y manera de entender el conflicto entre las partes, podría nublar la decisión que tome el juez al conocer de un conflicto acaecido en relación con el cumplimiento o incumplimiento de un pacto restrictivo de libertad postcontractual. A este respecto, debe entenderse que un extrabajador cuya relación laboral ya terminó no goza de una relación idéntica con su ex empleador que aquella que tienen un empleador y trabajador que están relacionados por un vínculo de subordinación y dependencia. Aun cuando la obligación puede haber sido contraída en el contexto de una relación laboral, parece un tanto excesivo extender el ámbito de protección de la misma a meses e incluso años luego de que el contrato de trabajo ha finalizado. En este sentido, es posible remitirse al inciso 2° del artículo 5° del Código del Trabajo, el que expresamente señala que los

derechos establecidos por las leyes laborales son irrenunciables, mientras subsista el contrato de trabajo. De ello se desprende que, una vez terminado el contrato de trabajo, el individuo no debería quedar amparado respecto del empleador por los mismos derechos ni esfera de protección que tenía en el marco de un vínculo bajo subordinación y dependencia, por lo que resulta cuestionable, que el grado de especialización de los jueces del trabajo sea siempre un elemento a favor en estos casos.

Lo recién expuesto se ve reflejado también en el Derecho comparado, existiendo jurisdicciones como España o Dinamarca, donde estos pactos se regulan en leyes laborales, y otras como Italia, donde la normativa se encuentra en el Código Civil.

No pretendo dictaminar que el conocimiento de estas materias debería ser en sede civil, sino plantear el cuestionamiento con el objeto de analizarlo a cabo, dado que -no resulta de todo obvio- adoptar una u otra postura.

5.2 Acciones para atacar el incumplimiento de alguna de las partes

Ya habiendo analizado la controversia relativa a la competencia de los tribunales que deberían conocer de las contiendas generadas a partir del cumplimiento o incumplimiento de los pactos estudiados en el presente ensayo, a continuación, se realizará una breve exposición de las herramientas con las que contarían las partes en caso de querer demandar el incumplimiento de los distintos pactos. Cabe mencionar que, sin perjuicio de la dicotomía civil-laboral respecto a la competencia en general, existen ciertos casos, como, por ejemplo, en el pacto de confidencialidad, donde la existencia de normas permitirá demandar en sedes distintas a las ya analizadas.

a) Posibilidad de reclamar del incumplimiento en sede laboral

Un extrabajador podría demandar ante los tribunales laborales a fin de que declaren la invalidez del pacto restrictivo de libertad, o bien, obliguen al empleador a pagar la contraprestación económica en caso de haberse acordado una entre las partes. La demanda por el cobro de la suma de dinero acordada se deberá hacer a través de una

acción de cobro de prestaciones laborales, tal como ocurrió en los casos seguidos en contra de Vigeo Eiris Chile SpA¹⁰⁶.

El empleador, por su parte, podría solicitar al tribunal que declare que el extrabajador incumplió su obligación de confidencialidad, no competencia o no solicitud, incluso demandado aquellos perjuicios derivados del incumplimiento¹⁰⁷. Ahora bien, cabe mencionar que, en general, el estándar probatorio que los tribunales laborales exigen con el objeto de declarar un incumplimiento de este tipo es bastante elevado. En consecuencia, salvo que se tenga evidencia concreta del incumplimiento de la obligación, no sería recomendable perseguir esta acción.

A mayor abundamiento, es relevante considerar que, en caso de que un empleador intentase perseguir el incumplimiento en otras sedes –como civil o penal, por ejemplo– una sentencia desfavorable en materia laboral podría perjudicar la posición del empleador en las demandas, pues el extrabajador podría utilizar la sentencia laboral como una evidencia de que no incumplió con sus obligaciones.

b) Posibilidad de reclamar del incumplimiento en sede penal

Otra herramienta que tendría exclusivamente el empleador y, sólo en relación con la divulgación de información que reviste el carácter de confidencialidad, es demandar en sede penal en base al artículo 284 del Código Penal, que tipifica el delito de divulgación de secretos de fábrica: *“El que fraudulentamente hubiere comunicado secretos de la fábrica en que ha estado o está empleado, sufrirá la pena de reclusión menor en su grado mínimo a medio o multa de once a veinte unidades tributarias mensuales.”*

De acuerdo con la doctrina penal en Chile, el secreto de fábrica no debe ser entendido como secreto de información comercial, como lo sería la información de clientes y potenciales oportunidades de negocios con los mismos, sino que el relacionado a aquella información que permite la fabricación de productos, diseños industriales, trabajos o productos propios del intelecto o del trabajo humano, de los sistemas de

¹⁰⁶ Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, RIT O-6656-2018, 12 de marzo de 2019, y Corte de Apelaciones de Santiago, ROL 319-2019, 8 de mayo de 2019.

¹⁰⁷ A este respecto, puede estimarse que si aceptamos que la competencia para conocer de estas controversias es de los tribunales laborales, éstos deberían tener la facultad de fijar los montos de indemnización de perjuicios, tal como ocurre actualmente en casos de demandas por accidentes del trabajo y enfermedades profesionales o tutela de derechos fundamentales, en cuyos casos los tribunales fijan la compensación por daño moral.

desarrollo o de las formas del emprendimiento que permiten la producción de los bienes y/o servicios que se prestan¹⁰⁸.

Dicho lo anterior, si se está barajando la posibilidad de perseguir este incumplimiento en sede penal, sería necesario tener en consideración los siguientes elementos con el objeto de aplicarlos en el caso particular:

- (i) La información comercial a la que tuvo acceso el extrabajador debe ser entendida como secreto de fábrica, en los términos expuestos en el párrafo anterior.
- (ii) La ley exige específicamente que quien revele el secreto de fábrica debe ser una persona cualificada para haber obtenido dicho acceso, específicamente, indica que debe ser quien ha estado o está empleado.
- (iii) Debe existir una manifestación de voluntad de que la información en cuestión permaneciera reservada. Es decir, la existencia de un acuerdo de confidencialidad o cláusulas incluidas en contratos para efectos de establecer, de forma expresa, la expectativa de reserva que tienen los titulares de la información.

c) Posibilidad de alegar incumplimiento en sede civil

Considerando que la relación laboral ya ha terminado, sería posible perseguir este incumplimiento en sede civil, argumentando que -aun cuando la obligación haya sido contraída durante la vigencia de una relación laboral- la naturaleza del pacto es diversa. Dicho esto, las principales vías mediante las cuales podría perseguirse la responsabilidad de las partes son las siguientes:

(i) Acción de indemnización de perjuicios por incumplimiento de contrato

En el caso del extrabajador, sería necesario demandar el incumplimiento de una obligación de dar, representada por el pago de la contraprestación económica. Por lo tanto, se debería aplicar el artículo 1489 del Código Civil, pudiendo el

¹⁰⁸ ACOSTA SÁNCHEZ, JUAN DOMINGO. "El delito de comunicación fraudulenta de secretos de fábrica: (breve estudio de la figura del art. 284 del C. Penal)". *Revista Chilena de Derecho*. Volumen 15 N°1, 65-79, 1988.

extrabajador demandar el cumplimiento forzado o la resolución del contrato, en ambos casos acompañado de indemnización de perjuicios.

Desde la perspectiva del empleador, en vista que la obligación incumplida sería una obligación de no hacer, se podría intentar una demanda de responsabilidad contractual en contra del extrabajador, en virtud de la cual se solicite el resarcimiento de todos los perjuicios causados al empleador en virtud del incumplimiento de la obligación de confidencialidad, no competencia o no sollicitación, válidamente contraída.

A este respecto, cabe mencionar que el incumplimiento de las obligaciones de no hacer se encuentra regulado en el artículo 1555 del Código Civil, el cual señala que *“toda obligación de no hacer una cosa se resuelve en la de indemnizar los perjuicios, si el deudor contraviene y no puede deshacerse lo hecho. Pudiendo destruirse la cosa hecha, y siendo su destrucción necesaria para el objeto que se tuvo en mira al tiempo de celebrar el contrato, será el deudor obligado a ella, o autorizado el acreedor para que la lleve a efecto a expensas del deudor. Si dicho objeto puede obtenerse cumplidamente por otros medios, en este caso será oído el deudor que se allane a prestarlo. El acreedor quedará de todos modos indemne.”*.

Dada la dificultad de deshacer lo hecho por el extrabajador, en consideración a la naturaleza de las obligaciones objeto de los pactos estudiados, es probable que el empleador decida perseguir la indemnización de perjuicios.

A fin de poder demandar la indemnización de perjuicios por incumplimiento contractual es necesario que se acredite: (a) la existencia de un contrato, el que en estos casos podrá ser el mismo contrato de trabajo o un acuerdo separado; (b) el incumplimiento de una obligación contractual, el que estará representado por la divulgación de información confidencial, incurrir en acciones de competencia o sollicitar a clientes, trabajadores, proveedores o contratistas, en el caso que el extrabajador sea la parte incumplidora, o bien, el no pago de la contraprestación económica, si es el empleador quien incumple el contrato; (c) la existencia de perjuicios; y (d) la relación de causalidad entre el incumplimiento y los perjuicios.

En la práctica, la dificultad de obtener un resultado favorable a través de esta acción radicaré en determinar los perjuicios y al nexo de causalidad entre ellos y el incumplimiento, ya sea de parte del extrabajador o del empleador. En el caso del extrabajador, sería dable pensar que éste podría valerse de documentación que acredite que ha perdido oportunidades laborales, como, por ejemplo, ofertas de empleo. En el caso del empleador, la situación se torna más compleja, puesto que los daños podrían no existir o ser de carácter abstracto como sería el caso de una baja en las ventas o servicios del empleador, a causa de que la clientela se está dirigiendo a comprar o requerir los servicios de competidores del empleador.

Lo anterior, por cuanto será necesario demostrar que el incumplimiento de la obligación de confidencialidad, no competencia o no sollicitación, es causa directa y necesaria del perjuicio que el empleador está alegando, el generalmente se traducirá en una eventual baja en las ventas, sollicitud de servicios o prestaciones de parte de su clientela, lo que se explicaría en que éstos habrían optado por elegir los servicios de los competidores, los que, a su vez, habrían mejorado su posición de mercado debido al uso de información confidencial por el extrabajador.

(ii) Acción de competencia desleal de la Ley N°20.169

Los actos de competencia desleal están definidos en la Ley N°20.169 sobre competencia desleal como *“toda conducta contraria a la buena fe o a las buenas costumbres que, por medios ilegítimos, persiga desviar clientela de un agente de mercado”*.

Además, el artículo 4° de la antedicha ley señala un catálogo no taxativo de conductas desleales, distinguiéndose en éste los actos de confusión y apropiación de reputación ajena, actos de engaño, actos de denigración, los actos de publicidad comparativa engañosa, actos de inducción a incumplimiento de contratos y de ejercicio abusivo de acciones judiciales. Entre ellos, la letra f) incluye *“Toda conducta que persiga inducir a proveedores, clientes u otros contratantes a infringir los deberes contractuales contraídos con un competidor.”*

Por consiguiente, podría entablarse esta acción, pero ella estaría dirigida contra la empresa competidora que contrate al extrabajador, y no contra éste, dado que sería la empresa la que estaría compitiendo deslealmente.

La principal dificultad que se presenta al deducir esta acción es que sería necesario para el empleador comprobar que la empresa competidora ha inducido al extrabajador a infringir sus deberes de confidencialidad, no competencia o no sollicitación.

Adicionalmente, existen los mismos inconvenientes mencionados respecto a la acción por indemnización de perjuicios, es decir, la determinación de los perjuicios y que éstos tienen su origen en el acto de competencia desleal llevado a cabo por la empresa competidora.

CONCLUSIONES

A pesar de la falta de regulación expresa en nuestra legislación, los pactos restrictivos de libertad postcontractuales estudiados son de uso común en las relaciones laborales en Chile. En este sentido, la obligación de confidencialidad ha sido entendida por parte de la doctrina y la jurisprudencia nacional como una manifestación del principio de buena fe y del contenido ético-jurídico del contrato de trabajo, razón por la cual, podría argumentarse que -aun a falta de acuerdo expreso- un extrabajador estaría sujeto a dicho pacto. Como contrapartida a la confidencialidad que -podría decirse- es aplicable en forma transversal en las distintas categorías de trabajadores, las obligaciones de no competencia y no solicitud suelen incluirse sólo en casos de dependientes que tengan cierto grado de jerarquía en la empresa o control sobre el negocio de un empleador, ya sea por el manejo de información sensible y/o confidencial, o bien, por el contacto con clientes, proveedores o contratistas.

Si bien, en principio, podría sostenerse que -a pesar de ser potencialmente lesivos a la garantía fundamental de libertad de trabajo- actualmente todos estos pactos tienen posibilidad de ser acordados y considerados válidos al amparo del Derecho chileno, ello no siempre fue así. En el caso de la obligación de confidencialidad, fue principalmente la Dirección del Trabajo, en su calidad de ente administrativo que supervigila el cumplimiento de la normativa laboral, la que se pronunció respecto a la validez de exigir a un extrabajador que guarde reserva respecto de cierta información a la que tuvo acceso en virtud de su relación laboral. A este respecto, se aplica el principio de proporcionalidad, proveniente del constitucionalismo alemán y desarrollado copiosamente tanto en la doctrina nacional como la comparada, con el objeto de determinar -caso a caso- si es factible restringir derechos de un extrabajador en favor de proteger derechos del empleador. Esta colisión de derechos está igualmente presente en el caso de los pactos de no competencia, pero han sido los tribunales de justicia y no la Dirección del Trabajo, los que han propuesto directrices a fin de entender que estas restricciones se ajustarían a Derecho. Siguiendo esta línea, es dable señalar que, en la actualidad, un pacto de no competencia que se restrinja al giro del empleador; tenga un ámbito territorial y temporal delimitado, demarcado y razonable; sea compensado a través del pago de una contraprestación económica justa en base a la extensión de la restricción; y se aplique a trabajadores clave de la empresa, probablemente no sea cuestionado en cuanto a su

validez. Para el caso de los pactos de no solicitud, dada las dificultades prácticas que se presentan en su análisis, esto es, la falta de jurisprudencia específica en relación con esta obligación por ser usualmente acordadas en conjunto a obligaciones de no competencia ha hecho necesario aplicar por analogía ciertos criterios de las restricciones de no competencia y, asimismo, analizar lo que se toma en consideración en legislaciones y jurisprudencia comparada. Es así como, en general, los pactos de no solicitud serán válidos en cuanto estén delimitados en tiempo y éste sea razonable, contengan una delimitación clara respecto de la extensión de la obligación y, aunque no sea estrictamente necesario, se establezca el ámbito espacial en que será exigible la obligación. No parece necesario pagar una contraprestación económica, dada la menor lesión que provoca este pacto en comparación al de no competencia, ni tampoco el que el pacto sea aplicado exclusivamente a trabajadores clave de la empresa.

Ahora bien, aun cuando en este momento pareciera haber un mayor grado de aceptación de estas restricciones, siguen existiendo inconvenientes para perseguir su incumplimiento en sede judicial, sobre todo, por parte del empleador. Lo anterior, por cuanto se deben probar los perjuicios que se generaron por el incumplimiento y el nexo de causalidad entre el incumplimiento y los perjuicios. Tal como fue abordado en el capítulo V de este ensayo, demostrar que un perjuicio tiene como causa directa y necesaria el incumplimiento de parte del extrabajador, requiere que se cuente con medios de prueba que sean capaces de hacer frente a estándares probatorios bastante exigentes. Habida consideración de lo anterior, los pactos restrictivos parecieran regularse de mejor manera -en la práctica- por el pago de una contraprestación económica. En este sentido, una empresa podrá velar por el cumplimiento del pacto que contrajo con su extrabajador, estableciendo un incentivo hacia éste por el pago que recibirá contra el cumplimiento de dicha obligación. Es en este contexto que adquiere relevancia efectuar el pago en mensualidades para que dicho incentivo no se desvanezca apenas terminada la relación laboral, o bien, sea muy lejano como para generar un verdadero estímulo en el extrabajador.

Si no se pactó una contraprestación a cambio del cumplimiento de la obligación, como usualmente será el caso de la confidencialidad o la no solicitud, en mi opinión, la restricción será una suerte de obligación moral para el extrabajador, pudiendo el empleador advertir o demandar al extrabajador en base a que libre y espontáneamente ha acordado cumplir con el pacto en cuestión. Sin embargo, si ello no resulta por sí solo

como una manera eficaz para disuadir al extrabajador de continuar contraviniendo su obligación, las probabilidades de obtener un resultado en sede judicial que le sea favorable a la empresa desde un punto de vista pecuniario parecieran ser bajas.

BIBLIOGRAFÍA

1. ACOSTA SÁNCHEZ, JUAN DOMINGO. (1988). *El delito de comunicación fraudulenta de secretos de fábrica: (breve estudio de la figura del art. 284 del C. Penal)*. Revista Chilena de Derecho. Volumen 15 N°1, 65-79.
2. ALEXY, ROBERT. (1993). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
3. ALONSO OLEA, MANUEL y CASAS BAAMONDE, MARÍA EMILIA. (1998). *Derecho del Trabajo*, Decimosexta Edición. Madrid, España: Civitas.
4. ARNOLD, RAINER; MARTÍNEZ ESTAY, JOSÉ IGNACIO y ZÚÑIGA URBINA, FRANCISCO. (2012) *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Estudios Constitucionales, 10(1), 65-116. <https://scielo.conicyt.cl/pdf/estconst/v10n1/art03.pdf>
5. BATMAN, JEAN L. (2007). *Advising the small business. Forms and advice for the legal practitioner*. Estados Unidos: American Bar Association Books.
6. BERKOWITZ, PHILLIP M. et al (2006). *Restrictive covenants in employment contracts and other mechanisms for protection of corporate confidential information*. Inglaterra: Kluwer Law International.
7. BELLAN, ALBERTO et al. (2016) *Employees, trade secrets and restrictive covenants*. Estados Unidos: Wolters Kluwer.
8. BOROWSKI, MARTIN. (2003) *La estructura de los derechos fundamentales*. Colombia: Ediciones Universidad Externado de Colombia.
9. BULNES, LUZ. (1980) La libertad de trabajo y su protección en la Constitución. *Revista de Derecho Público*. 1980, Núm. 28. Pág. 207-224, 217 p.
10. CEA, JOSÉ LUIS. (2004) *Derecho Constitucional chileno. Tomo II: derechos, deberes y garantías*. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile.
11. DE VAL TENA, ÁNGEL LUIS. (1996) *La prohibición de concurrencia entre empresario y trabajador*. Madrid, España: Tecnos.
12. DEL REY GUANTER, SALVADOR., LUQUE PARRA, MANUEL, AGOTE EGUIZÁBAL, RUBÉN, GALA DURÁN, CAROLINA, AGUSTÍ MARAGALL, JOAN y SÁNCHEZ TORRES, ESTHER. (2007). *Estatuto de los trabajadores: comentado y con jurisprudencia*. Madrid: La Ley.
13. DOMÍNGUEZ MONTOYA, ÁLVARO y WALTER DÍAZ, RODOLFO. (2017). *El despido disciplinario por incumplimiento grave de las obligaciones laborales en el*

- ordenamiento jurídico chileno*. Revista de derecho (Concepción), 85(241), 7-40.
<https://dx.doi.org/10.4067/S0718-591X2017000100007>
14. DOWLING, DONALD C. et al. *Post-employment covenants in employment relationships*. Estados Unidos: Wolters Kluwer Law & Business, 2014.
 15. ELLA, V. JOHN. (2018) *Executive Employment Law: A Handbook for Minnesota Executives*. Estados Unidos: Mill City Press.
 16. GAMONAL CONTRERAS, SERGIO. (2013). *el principio de protección del trabajador en la constitución chilena*. Estudios constitucionales, 11(1), 425-458.
<https://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002013000100011>
 17. GONZÁLEZ MORENO, MARÍA (2007). *La importancia de la Protección de la Información Corporativa. Los acuerdos o pactos de confidencialidad*. Recuperado de https://navactiva2013.wordpress.com/2007/08/21/la-importancia-de-la-proteccion-de-la-informacion-corporativa-lo_30250/
 18. HOLLAND, JAMES y BURNETT, STUART. (2014) *Employment law*. Inglaterra: Oxford University Press.
 19. IRURETA URIARTE, PEDRO. (2011). *Vigencia del principio de la buena fe en el Derecho del Trabajo chileno*. *Ius et Praxis*, 17(2), 133-188.
<https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122011000200007>.
 20. IRURETA, PEDRO. (2007) *La prohibición de competencia y la buena fe contractual*. «En Estudios Laborales N° 1-2007, Septiembre. Editorial LexisNexis/Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Santiago.
 21. LANATA, GABRIELA. (2009). *Contrato Individual de Trabajo*. Santiago: Legal Publishing.
 22. LIZAMA (PONER REFERENCIA EN TEXTO)
 23. LÓPEZ SANTA MARÍA, JORGE. (1998). *Los contratos. Parte General*. Segunda Edición. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
 24. MARTÍNEZ ZORRILLA, DAVID. (2007). *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*. Madrid, España: Marcial Pons. Ediciones Jurídicas y Sociales.
 25. MASSACHUSETTS BAR ASSOCIATION. (2002) *Massachusetts Law Review*. Estados Unidos: Lexis Nexis.
 26. MELIS VALENCIA, CHRISTIAN. (2009) *Los derechos fundamentales de los trabajadores como límites a los poderes empresariales*. Santiago de Chile: Abeledo Perrot-Legal Publishing.

27. NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO, PFEFFER URQUIAGA, EMILIO Y VERDUGO MARINKOVIC, MARIO. (1994) *Derecho Constitucional, Tomo 1*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
28. NOGUEIRA GUASTAVINO, MAGDALENA. (1998). Pacto laboral de no competencia. Madrid: McGraw-Hill).
29. NOGUEIRA, HUMBERTO. (2009) *Derechos fundamentales y Garantías Constitucionales. Tomo 3*. Santiago: Editorial Librotecnia.
30. PALAVECINO, CLAUDIO (2013). La libertad de trabajo y su protección constitucional. Nueva lectura. *Revista laboral chilena*, 219, 79-83.
31. PALOMEQUE LÓPEZ, MANUEL y ÁLVAREZ DE LA ROSA, MANUEL. (2019) *Derecho del Trabajo*, 27ª Edición, España: Editorial Universitaria Ramón Areces.
32. PERELLO DOMENÉCH, ISABEL. (1997) *El principio de proporcionalidad y la jurisprudencia constitucional*. Jueces para la Democracia, 28.
33. ROMANIK, KATY. (2014). La voluntad de las partes en el contrato individual del trabajo: análisis de algunas cláusulas especiales. Santiago: Departamento de Estudios Dirección del Trabajo.
34. SELMA PENALVA, ALEJANDRA. (2007) *Los límites al contrato de trabajo en la jurisprudencia española*. Valencia, España: Ediciones de la Universidad de Murcia.
35. SERRA, YVES. (2015). *Tsunami sur la clause de non-concurrence en droit du travail*. https://actu.dalloz-etudiant.fr/fileadmin/actualites/pdfs/01_2016/00-45.135_D..pdf
36. SIERRA HERRERO, ALFREDO. (2013). *Las cláusulas de confidencialidad en el contrato de trabajo*. *Revista de derecho (Valparaíso)*, (41), 145-179. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512013000200005>
37. SIERRA HERRERO, ALFREDO. (2014). *La cláusula de no competencia post-contractual en el contrato de trabajo*. *Ius et Praxis*, 20(2), 109-155. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122014000200004>
38. STARR, EVAN; PRESCOTT, J.J. y BISHARA, NORMAN. (2019) *Noncompetes in the U.S. labor force*. University of Michigan Law & Economics Research Paper No. 18-013. Consultado en: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2625714>
39. THAYER ARTEAGA, WILLIAM y NOVOA FUENZALIDA, PATRICIO. (1980) *Manual de Derecho Del Trabajo, III*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
40. UGARTE CATALDO, JOSÉ LUIS. (1996). *El contenido del contrato individual de trabajo*, Boletín Oficial de la Dirección del Trabajo, N°94-96.

41. UGARTE CATALDO, JOSÉ LUIS. (2018). *Derechos fundamentales, tutela y trabajo*. Santiago: Editorial Thomson Reuters.

JURISPRUDENCIA JUDICIAL CITADA

1. 1^{er} Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, RIT O-422-2010, 29 de junio de 2010.
2. 2^o Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago RIT N°T-11-2010, 14 de mayo de 2010.
3. 2^o Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, RIT N°O-6656-2018, 12 de marzo de 2019.
4. 2^o Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, RIT N°T-167-2016, 13 de mayo de 2016.
5. 3^{er} Juzgado del Trabajo de Santiago (sistema antiguo), Rol N°323-2007, 8 de mayo de 2008.
6. 4^o Juzgado Civil de Santiago, Rol N°C-7880-2003, 3 de octubre de 2006.
7. Corte de Apelaciones de Santiago. Rol N°5263-2007, 13 de mayo de 2008.
8. Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N°3354-2008, 6 de mayo de 2009.
9. Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N°3350-2015, 30 de marzo de 2017.
10. Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N°319-2019, 8 de mayo de 2019.
11. Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N°8165-2006, 20 de mayo de 2009.
12. Corte de Apelaciones de Valdivia Rol N°129-2016, 11 de enero de 2017.
13. Corte de Casación francesa (*Cour de Cassation*) N°00-45.387, 10 de julio de 2002.
14. Corte Suprema, Rol N°3985-2009, 12 de noviembre de 2009.
15. Corte Suprema, Rol N°4301-2008, 30 de septiembre de 2008.
16. Corte Suprema, Rol N°5152-2009, 27 de enero de 2011.
17. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Rol N°C-205-2010 del, 13 de abril de 2011.

JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA CITADA

1. Dirección del Trabajo, Ordinario N°2790/133, 5 de mayo de 1995.
2. Dirección del Trabajo, Ordinario N°5620/300, 22 de septiembre de 1997.

3. Dirección del Trabajo, Ordinario N°1300/59, 3 de abril de 2001.
4. Dirección del Trabajo, Ordinario N°4731/81, 3 de noviembre de 2010.
5. Dirección del Trabajo. Ordinario N°2496/68, 7 de junio de 2017.
6. Servicio de Impuestos Internos, Oficio N°1, 2 de enero de 2004.
7. Servicio de Impuestos Internos, Oficio N°833, 25 de marzo de 2019.