

Límites, alienación y cláusula de no competencia postcontractual. Cuestiones desde las nociones de subordinación y dependencia

*Sebastián Andrés Pizarro Contreras**

RESUMEN

La cláusula de no competencia postcontractual resulta ser uno de los frutos más evidentes de un proceso de flexibilización que instrumentaliza las lógicas privatistas de autonomía de la voluntad con el fin de justificarse dentro del entramado jurídico laboral. El escenario instalado presenta para las instituciones clásicas del Derecho del Trabajo, en especial para la subordinación, un desafío, con el fin de mantener un estándar tutelar coherente con la esencialidad de la rama. El presente trabajo plantea la diferenciación de las nociones de subordinación y dependencia, buscando extender y justificar una ampliación objetiva y subjetiva de la protección del Derecho Laboral a ámbitos ajenos a la mera relación de trabajo vigente.

Cláusula de no competencia postcontractual laboral – subordinación – dependencia – autonomía de la voluntad

*Limits, alienation and post-contractual non-compete clause.
Questions from the notions of subordination and dependence*

ABSTRACT

Post-contractual non-competition clause proves to be one of the most evident fruits of a flexibilization process that exploits the private logic of autonomy of the will in order to justify itself within the labor legal framework. This existing scenario presents for the classic categories of Labor Law, especially subordination, a challenge in order to sustain a tutelary and coherent standard according the essentiality of the system. This paper proposes a differentiation of the notions of subordination and dependence, seeking to extend and justify an objective and subjective extension of Labor Law protection to areas beyond a prevailing employment relationship.

Labor non-compete clause – subordination – dependence – autonomy of the will

* Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad Viña del Mar. Abogado. Correo electrónico: sebastian.pizarro@schweitzer.cl.

El presente trabajo tiene por base particulares pasajes de la tesis presentada para optar al grado de Magíster en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Chile, "Cláusula de no competencia postcontractual laboral. Nociones doctrinales, legales y jurisprudenciales", dirigida por el profesor Claudio Palavecino Cáceres.

Artículo recibido el 22 de julio de 2017 y aceptado para su publicación en este número el 18 de enero de 2019.

INTRODUCCIÓN

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

Adicional a esta primera batería existe también varios trances de naturaleza genéticamente competitiva para la empresa, sin perjuicio de sus evidentes componentes legales, y que tienen por origen la celebración misma del contrato de trabajo¹. Desde un punto de vista de la vigencia, estos pueden distinguirse entre aquellos que significan que la relación laboral esté vigente y los que no. Dentro de los primeros se encuentra la posibilidad que el trabajador ejecute las negociaciones propias del giro del negocio del empleador estando establecido el impedimento en el contrato, mientras que los segundos, en que los intereses competitivos del empleador (“clientela, proveedores, informaciones confidenciales, etc.) puedan resultar arrebatados por su trabajador una vez concluida su relación laboral”².

El factor que aglutina a ambas perspectivas es la inclusión y consecuencial relevancia operativa del trabajador a las dinámicas estratégicas de la empresa en un contexto de una alta competencia mercantil. Las inversiones en nuevas tecnologías procurando rentabilizar a la brevedad posible, con aparejados cambios en los costos de producción, han significado alteraciones en la forma en que la fuerza de trabajo es estructurada al interior de las empresas. “A medida que el negocio crece, la empresa va adquiriendo más experiencia y va formando una red de información referida al mercado en el que se desarrolla. Esta dinámica se configura necesariamente por medio de sus trabajadores, quienes conocen los aspectos técnicos y comerciales de la empresa, y pasan muchas veces a importar el principal activo de la misma, en cuanto al conocimiento que poseen y las relaciones comerciales que generan”³. Información y conocimiento forman en este entramado un tándem estratégico en la planificación corporativa, la que delinea estrategias de descentralización decisional, otorgando a los trabajadores con una no necesariamente

¹ “En la propia celebración del contrato de trabajo reside el riesgo empresarial de que aquellos intereses competitivos (clientela, proveedores, informaciones, etc.) que, voluntaria y necesariamente, han sido facilitados al trabajador para el correcto desempeño de sus funciones, le sean arrebatados por este”, NOGUEIRA GUASTAVINO, M., *La prohibición de Competencia Desleal en el Contrato de Trabajo*, Madrid, Editorial Aranzadi, 1997, p. 85.

² SIERRA HERRERO, A., “La cláusula de no competencia postcontractual en el contrato de trabajo”, en *Revista Ius et Praxis*, Año 20, Nº 2, 2014, p. 110.

³ CAJAS ULLOA, A., *El pluriempleo y sus restricciones. Análisis particular de la obligación de no competencia en el contrato de trabajo*, Tesis para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, Santiago, Chile, 2015, p. 180.

mayor calificación⁴, mayores dosis de independencia al brindarles precisamente acceso a esos factores en beneficio de la empleadora⁵.

En lo atingente, como ya se anticipaba, es preciso indicar que estas cuestiones representan para la empresa una contingencia latente desde el momento que al estar los intereses competitivos incardinados en la información que los trabajadores manejan, es factible la posibilidad de que estos la empleen para fines y resultados ajenos a los que ella persigue. Dentro de estas, que el trabajador desarrolle las actividades ejercidas por su empleador y mute en competidor. Así, desde una arista corporativa, lo buscado será “impedir que el trabajador desarrolle otros trabajos dirigidos a la misma clientela del empleador, o que se aproveche de los conocimientos adquiridos en la empresa o que use información a la que tiene acceso por trabajar al interior de la misma”⁶. Es la estabilidad empresarial lo tutelado⁷, acometiéndose en su caso, los actos de competencia desleal por parte del trabajador, sustentándose lo anterior en la vulneración al principio de buena fe que significaría su actuar. Emergen de esta manera las obligaciones de no competencia, las que consisten en “la asunción por parte del trabajador de un compromiso de no competir con las actividades desarrolladas por el empresario así como de no realizar actividades que, de manera objetiva, sean susceptibles de ocasionar un perjuicio a los intereses competitivos del empleador”⁸.

Precisamente, y basándose en la autonomía de la voluntad de las partes y el deber de buena fe, es que se ha admitido la inclusión de pactos que signifiquen constreñir la libertad del trabajo del sujeto débil de la relación. Surgen así las llamadas cláusulas de no competencia laboral, definidas por la Corte Suprema chilena como “una disposición contractual que limita la libertad de ejercer determinadas actividades al empleado durante la relación laboral con el empleador o cuando el contrato actual termina. En ella se recogen obligaciones de lealtad, de exclusividad y de confidencialidad. Constituyen, en sí, por regla general, una obligación de no hacer”⁹. Se extrae de forma simple, aquella distinción ya anticipada a propósito del ámbito dentro del cual cabe aplicar este tipo de cláusulas que contienen obligaciones de no competencia: durante o al término del contrato de trabajo. Chile únicamente tiene regulación expresa para la primera posibilidad bajo la fórmula de una causal de caducidad del contrato de trabajo en el artículo 160 N° 2 del Código de la rama.

⁴ Originalmente, la causal que hoy se contempla en el artículo 160 N° 2 del Código del Trabajo, era únicamente aplicable al empleado, esto es, toda persona en cuyo trabajo sea predominante el esfuerzo intelectual respecto del físico, excluyendo al obrero. Hoy, tal diferenciación carece de sustento.

⁵ Al respecto, véase NOGUEIRA GUASTAVINO, M., *La prohibición de Competencia...*, pp. 27 y 28.

⁶ GAMONAL CONTRERAS, S. y GUIDI MOGGIA, C., *Manual del Contrato de Trabajo*, Santiago, Editorial Legal Publishing, 2010, p. 279.

⁷ En dicha dirección, IRURETA URIARTE, P., “La prohibición de competencia y la buena fe contractual”, en AA.VV, *Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Tomo I*, Santiago, Editorial Legal Publishing, 2012, p. 58.

⁸ NOGUEIRA GUASTAVINO, M., *La prohibición de competencia...*, p. 79.

⁹ Rol N° 5152-2009 de 27 de enero de 2011, Corte Suprema.

El pacto de no competencia postcontractual carece de una regulación expresa, empero, desde el artículo 10 N° 7 del Código del Trabajo, se le ha estimado como una estipulación que en razón de la autonomía de voluntad de las partes es posible integrar a su bagaje de obligaciones recíprocas. Se brinda así a las partes la posibilidad de convenir de manera lícita cláusulas que no impliquen renunciar a sus derechos laborales ni antes del inicio de la relación laboral ni mientras esté vigente, especialmente sus garantías fundamentales, al amparo de los incisos 1 y 2 artículo 5 del Código de la rama¹⁰. “Estas estipulaciones pueden regular aspectos no contemplados por la normativa de orden público y también mejorar los pisos mínimos en beneficio del trabajador”¹¹, además de ser, en definitiva, el reflejo de un atisbo de flexibilidad en el entorno dirigista de la normativa reguladora y conformadora del contenido del contrato de trabajo. En dicha senda se ha admitido la inclusión de pactos de permanencia¹², de confidencialidad¹³, de dedicación exclusiva¹⁴, entre otros, de gran aplicación práctica¹⁵. Dentro de ellos está el

¹⁰ En este sentido, GHEZZI, G. y ROMAGNOLI, U., *Il rapporto di lavoro*. Bologna, Zanichelli, 1987, pp. 332-333.

¹¹ GAMONAL CONTRERAS, S. y GUIDI MOGGIA, C., *Manual de Contrato...*, p. 78.

¹² Para Sierra esta clase de pactos si bien afectan la Libertad de Trabajo, no lo harían “no de manera ilícita. Pues (...) la limitación al derecho fundamental no afecta su esencia o esencia irreductible, y además resulta justificada en interés del propio trabajador”, SIERRA HERRERO, A., “El pacto de permanencia en la relación laboral. Comentario a la sentencia de la Corte Suprema de 21 de agosto de 2007, Rol 5581-2005, ‘Universidad de Concepción con Olmos Coelho’”, en *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Chile*, Vol. 4, Nº 8, 2013, p. 163.

¹³ Empleando el mecanismo de ponderación, y realizando un ejercicio interpretativo que racionaliza y hace admisible este pacto desde las libertades de expresión y de trabajo, la Dirección del Trabajo indica que “la imposición de reserva al trabajador será proporcional si resulta, en el caso concreto en que se aplique, de mayor importancia cautelar el derecho del empleador materializado en la obligación de reserva, que los derechos constitucionales de los trabajadores que pudieren verse afectados. A este respecto, resultará relevante el que el empleador, reflejando el valor asignado a la reserva, disponga diversas medidas (distintas de la prohibición consignada en un contrato de trabajo) tendientes a cautelar tal reserva. Será fundamental también, al momento de ponderar este principio, que el empleador haya precisado claramente aquello que pretende limitar su divulgación. También tendrá relevancia la existencia (y monto de la misma) de la contraprestación que reciba el trabajador por la obligación de confidencialidad, particularmente cuando pudiere alcanzar un período posterior al término del contrato de trabajo (lo contrario, significaría avalar un acuerdo en que el único obligado sería el trabajador, sin contraprestación a cambio) y, por cierto sin agotar otros elementos de juicio pertinentes a este principio, será relevante en orden a favorecer la exigibilidad del cumplimiento de la obligación de reserva, que el tiempo por el cual rija, una vez terminado el vínculo laboral, sea prudente y proporcionado”, Dictamen de la Dirección del Trabajo, Ord N° 4731/081, de 3 de noviembre de 2010.

¹⁴ La idea es que en razón de esta cláusula, el trabajador, usualmente de una alta calificación profesional, únicamente se concentre en un solo empleador, a cambio de una cantidad económica en compensación señalada expresamente, rompiendo con la regla general, cual es que “el trabajador puede concertar, vigente un contrato de trabajo, uno o más negocios jurídicos de esta naturaleza con otro u otros empresarios”, NEVADO FERNÁNDEZ, M.J., *Las restricciones a la competencia en el contrato de trabajo*, Madrid, España: Editorial Tecnos, 1998, p. 13.

¹⁵ La Contraloría General de la República, en su dictamen N° 26953 de 9 de octubre de 1984, ya señalaba la habitualidad del pacto en estudio en otras áreas del Derecho.

pacto de no competencia postcontractual laboral, muy saludable jurisprudencialmente hablando en nuestro país desde el punto de vista de su admisibilidad¹⁶.

I. TUTELA DEL DERECHO LABORAL FLEXIBLE Y ALCANCES DE LA AUTONOMÍA PRIVADA

Como bien se puede observar, la autonomía de la voluntad pasa a jugar un rol cardinal como instrumento de flexibilización, que en razón de su construcción jurídica resulta ser una válvula de apertura cognitiva del Derecho al resto de los sistemas, siendo por esta razón relevante en la forma en que lo jurídico se interrelaciona con aquellos. La resulta de aquel proceso, empero, culmina en una reducción de la complejidad que termina jibarizando la esencialidad tutelar del Derecho del Trabajo, con exiguas posibilidades de resistencia a las circunstancias de la coyunturalidad económica, naturalizándola al plasmarla en su estructura, al permeabilizarse los cotos identitarios de lo laboral jurídico. Básica en aquella trama es la forma en la que el concepto central de la disciplina, la subordinación, termina estableciendo y planteando sus postulados en este escenario de renovada libertad negocial en mares laborales. Por lo mismo, nunca está de más recordar brevemente algunas cuestiones que a pesar de ser históricas, son ciertamente contingentes en la actualidad.

Hija de su tiempo, la autonomía privada en tanto construcción resultó ser una racional respuesta al régimen absolutista que imperaba en el Antiguo Régimen, cuyo desarrollo e implementación en razón del proceso de codificación, iba a dar pie al proceso de industrialización¹⁷. Por consiguiente, “nada más lógico entonces que llevar el individualismo y el culto a la libertad al Derecho, y autorizar a los ciudadanos a que redacten sus propias leyes, sus contratos, ya que los que los negocian son dos personas capaces, mayores, concedores de la ley, que tienen los medios para defender sus intereses, que saben lo que quieren y lo que pueden dar, y que como tales pueden discutir libremente las condiciones por las cuales van a registrarse”¹⁸. El propio proceso de industrialización y

¹⁶ A modo ejemplar, véanse los siguientes casos: “Vey con Tradition Chile Agente de Valores Ltda”., RIT N° T-11-2010, Segundo Juzgado del Trabajo de Santiago. Sentencia de 14 de mayo de 2010, “Campos con Prolam Young & Rubicam S.A.”, RIT N° T-111-2011 (acumulada RIT N° T-112-2011), Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago; Rol Reforma Laboral N° 1501-2011, Corte de Apelaciones de Santiago. Sentencia de 4 de noviembre de 2011, y “Pérez con South Consulting Signature Chile S.A.”, RIT N° T-167-2016, Segundo Juzgado del Trabajo de Santiago; Rol Reforma Laboral N° 1089-2016, Corte de Apelaciones de Santiago. Sentencia de 5 de agosto de 2016.

¹⁷ DÍAZ AMBRONA, M. D. (dir.), *Derecho Civil Comunitario*. Madrid, Editorial Colex, 2001, p. 128, señala que: “el Derecho civil contenido en los Códigos decimonónicos, aunque se promulgan en una época en la que ya se había iniciado el desarrollo de la gran industria en ciertos países europeos responde a las exigencias de una sociedad agraria, rural y artesana. Por ello se ha dicho de ellos que no es el Derecho civil de la alta burguesía ni el capitalismo; es más bien el Derecho civil de los propietarios y de los poseedores, el de los amos y los criados”.

¹⁸ ELGUETA NAVARRO, J. B., “Autonomía de la voluntad y derecho. Un enfoque”, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, N° 8, 1984, pp. 248-249.

capitalismo en ciernes habría de introducir nuevas condicionantes y factores, que a su vez contribuyeron a gestar nuevas leyes especiales en relación con el Derecho Civil, las que habrían de hacer evidente lo que la realidad clamaba: que las circunstancias genéticas de la autonomía privada variaron su configuración clásica. Como bien refiere Barcia, “desde esta perspectiva no es de extrañar que el principio fundamental de la codificación, es decir, la autonomía de la voluntad o privada, se vea fuertemente sobrepasado”¹⁹.

El nacimiento del Derecho Laboral obedeció al fin preciso de tutelar al proletariado del siglo XIX, empero, empleando en sus inicios el derecho común de los contratos basado en la autonomía privada de las partes para concretar tal protección. “El derecho decimonónico se fundamentaba en una concepción jurídica individualista surgida desde la Revolución Francesa y orientada hacia un hombre que se suponía era, en abstracto, igual a los demás, y cuyo exponente jurídico era el concepto de persona. Este individualismo se manifestaba en el Derecho Civil de la época, en el rigor con que se aplicaba el principio de negociación, donde se consagra el libre juego de las partes, situadas en un plano de igualdad”²⁰. En resumidas cuentas, las concepciones centrales en este entramado liberal son las de libertad de contratación, la de ser propietario, y la de igualdad jurídica, las que decantadas en el mundo del trabajo conllevaron que quien mandaba “sobre los medios de producción lo hacía también sobre las posibilidades de trabajo de la gran mayoría de las personas no propietarias, cuyo único capital era su fuerza de trabajo, que vendían por una determinada paga”²¹. Serán precisamente la concentración de la propiedad en manos de unos pocos, monopolios, oligopolios y las precarias condiciones laborales, las que alzaron el velo del individualismo, abriendo la brecha al intervencionismo estatal²², y a la especificidad del Derecho del Trabajo desde el derecho común y la teoría general del Derecho.

La escisión de las lógicas puramente privatistas habría de encontrar en el propio trabajo un factor difícil de encasillar en sus categorías tradicionales. “El trabajo humano se halla siempre en el punto de encuentro del hombre y las cosas, y el jurista dudará siempre si lo sitúa en el derecho de las personas o en el derecho de los bienes, y no podrá eludir

¹⁹ BARCIA LEHMANN, R., “La autonomía privada como principio sustentador de la teoría del contrato y su aplicación en Chile”, en AA.VV., *Cuadernos de Análisis Jurídicos, Colección Derecho Privado III*, Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales, 2006, pp. 160-161.

²⁰ RADBRUCH, G., *Introducción a la Filosofía del Derecho*. México D.F, México: Fondo de Cultura Económica, 1985, pp. 108-109. “En materia laboral nada debe hacerse, sino seguir el principio general de la libertad, de libertad de discusión de contratación y de acuerdo, ya que el dueño de la manufactura y el operario, un ex maestro, oficial, aprendiz o campesino inmigrado a la ciudad son ciudadanos que están en pie de igualdad y pueden por tanto discutir sus condiciones de trabajo y de remuneración en forma libre, aportando argumentos sólidos y válidos que serán capaces de convencer a la otra parte de la conveniencia de contratar bajo una u otra condición”, ELGUETA NAVARRO, José Berardo. “Autonomía de la voluntad...”, p. 249.

²¹ RADBRUCH, G., *Introducción a la Filosofía...*, pp. 108-109.

²² “El Derecho del Trabajo aparece como una de las manifestaciones más relevantes de la nueva tendencia intervencionista y comenzará a erigirse como una clara e irreversible ruptura de la hegemonía histórica del derecho civil liberal, caracterizado por la hipervaloración de lo patrimonial”, GARMENDIA ARIGÓN, M., *Orden público y Derecho del Trabajo*, Montevideo, Fondo de Cultura Económica, 2001, p. 68.

totalmente uno u otro de tales aspectos”²³. En vistas a alejarse de la categorización, es el concepto de subordinación, propio de la regulación civil de los sirvientes domésticos y sus amos en pleno siglo XIX²⁴, el que será tenido como componente diferenciador de la incipiente rama laboral en los marcos de la industrialización, mutando desde su significación inicial y desafiando, por lo demás, una comprensión absoluta de la autonomía de las partes. “La característica típica del contrato de trabajo en la fábrica no consistía ya en el tipo de remuneración por el que el trabajador acordaba intercambiar sus servicios (proporcionalmente a las horas trabajadas, si el trabajo era del tipo de los regidos por el tiempo, o proporcional a los resultados, si era un trabajo a destajo). El criterio esencial era la dependencia y el control [de los trabajadores], (...) ya que están sujetos a las órdenes, a las instrucciones y al control de su empleador”²⁵.

A pesar de la teórica claridad conceptual y el entusiasmo dogmático de la ciencia jurídica laboral en sus inicios, la coyuntura habría de demostrar que la noción de subordinación no logró, ni ayer ni hoy, satisfacer a cabalidad sus pretensiones tutelares bifurcándose de las dinámicas privatistas. Esto, pues tras la base del vínculo laboral, es decir, de un instrumento llamado “contrato de trabajo”, se asumió la dogmáticamente libre “cesión remunerada de los frutos que del mismo resultan”, así como la colocación también supuestamente libre por parte del trabajador, en una relación de subordinación que gesta al final del día, una jerarquía entre partes que distan de ser iguales. Ello, no importando la época, ni la posición social-económica-cultural de quienes son sus actores. Caracterización que a pesar de darse con diversos matices en cualquier relación *inter privados*, se ve acentuada ciertamente en lo laboral, no ingresándose a analizar con suficiente profundidad dichos bemoles con la ordenación común *vis a vis* los requerimientos corporativos. Se tiende a olvidar que la autonomía en la línea laboral dista de descubrir una voluntad libre capaz de autorregular algún aspecto de la relación laboral, mas, si tal vez y muy débilmente, con quien el trabajador desea emplearse²⁶. Gráficamente se ha dicho que en los contratos civiles “la voluntad se compromete, en el contrato de trabajo se somete. El compromiso manifiesta la libertad, la sumisión la niega”²⁷, en un contexto en el que el trabajador perfecciona su contrato bajo la sombra de un poder de dirección continuo y en un estado de necesidad que aún se mantiene como regla general²⁸.

²³ SUPIOT, A., *Crítica del Derecho del Trabajo*, Madrid, Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales, 1996, p. 63.

²⁴ En tal sentido, VENEZIANI, B., “La evolución del contrato de trabajo”, en HEPPLÉ, B. (comp.), *La formación del Derecho del Trabajo en Europa, análisis comparado de la evolución de nueve países hasta el año 1945*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1994, p. 89.

²⁵ *Ibid.*, pp. 89-90.

²⁶ Ya Supiot observa una “...contradicción entre la autonomía de la voluntad y la subordinación de la voluntad conduce a que el trabajador se analice en la empresa como sujeto y objeto del contrato. Entonces, no es posible esperar que se hallen intactos en el Derecho del Trabajo los principios jurídicos que implica la autonomía de la voluntad. Estos principios se desfiguran por el vínculo de subordinación, y por la alteración de la cualidad de sujeto de derecho que esta implica”, SUPIOT, A., *Crítica del derecho...*, pp. 147-148.

²⁷ SUPIOT, A., *Crítica del derecho...*, p. 147.

²⁸ Con la misma opinión, DE BUEN, N., *La decadencia del contrato*, México DF, Editorial Porrúa, 1986, p. 271.

Lo anterior no debe mover a equívocos, más allá de cualquier análisis volitivo extrajurídico. No se trata de renegar la humanidad de un trabajador que, sin lugar a dudas, tiene voluntad y recibe esta tutela por parte del entramado jurídico del trabajo reflejo de sus puntuales fines políticos²⁹. Tampoco se trata de determinarlo como un agente con menor capacidad y, con ello, invalidar inexorablemente los acuerdos en los que este comprometa su voluntad³⁰. Desdeñar ello sería desentenderse de un factor no menor, cual es que “los intereses de los particulares existen con independencia de la tutela jurídica y se mueven por medio de continuas vicisitudes, estos proveen a la satisfacción de las necesidades propias, según su libre apreciación, mediante relaciones diversas”³¹. Empero, la multiplicidad de incidencias, la “variedad de atipicidades”³² gestables en razón de los exhortos empresariales por flexibilidad, no pueden ni deben alterar el contenido esencial del equilibrio estructural del Derecho del Trabajo; y mucho menos forzar los límites de tal balanza en razón del feble temple autorregulatorio de esta rama desde la vereda del trabajador, dirigiéndolo artificiosamente hacia la igualdad formal propia del derecho común mercantil.

Resultado de los procesos de flexibilización es la variedad de circunstancias dables en las relaciones laborales la que está en la base de la insuficiencia tutelar de la construcción de la subordinación, como concepto unívoco. Lo anterior, pues “no existe la subordinación; existen las subordinaciones; no existe un prototipo de contrato de trabajo subordinado, sino una tipología variable de figuras negociales intermedias, a las cuales no pueden seguir la aplicación, inconsciente hasta el límite de la ficción, del *standard* protector más elevado, sino la selección de la disciplina más congruente, es decir, más adherente a las peculiaridades del equilibrio de intereses decidido por las partes, ya sean colectivas o individuales”³³. Tras tal constatación se encuentra una diversa nivelación,

²⁹ “El peligro comienza si la ‘libertad de contrato’ se configura como un hecho social en vez de como un mero símbolo verbal. En cuanto hecho social, lo que las leyes llaman ‘libertad de contrato’, en muchas esferas de la vida (no solo en las relaciones laborales) puede que no sea otra cosa que la libertad de autolimitar la propia libertad o de renunciar a ella. A la inversa, restringir la libertad de contrato de una persona puede ser necesario para proteger su libertad, esto es, para proteger a dicha persona frente a la opresión que, de otro modo, podría verse compelida a imponerse a sí misma mediante un acto de su voluntad, que aunque para la ley es libre, socialmente no lo es. Confundir el aparato conceptual del Derecho con la imagen real de la Sociedad puede producir una visión distorsionada de la relación de trabajo”, KAHN-FREUND, O., *Trabajo y Derecho*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1987, p. 61.

³⁰ “La tradicional objeción que se formula en este contexto sobre la asimetría de fuerzas entre empleador y trabajador no es un fenómeno exclusivo del contrato de trabajo sino propio de todas las relaciones de intercambio en los más diversos ámbitos de la interacción humana. El intercambio surge y se hace necesario justamente entre individuos desiguales en fuerzas y recursos que comparecen al mercado para sacar provecho a sus ventajas y obtener compensación de sus desventajas”, PALAVECINO CÁCERES, C., “La Libertad de Trabajo y su protección constitucional. Nueva lectura”, en *Revista Laboral Chilena*, Nº 219, 2013, p. 81.

³¹ LASTRA LASTRA, J. M., “Paradojas de la autonomía de la voluntad en las relaciones de trabajo”, en *Revista de Derecho Privado*, Nº 5, 2003, p. 125.

³² FUENTES PUELMA, C., *Estudios sobre Derecho del Trabajo y relaciones laborales*. Valparaíso, EDEVAL, 1996, p. 94.

³³ ROMAGNOLI, U., “La desregulación y las fuentes del Derecho del Trabajo”, en *Cuaderno de Relaciones Laborales*, Nº 1, 1992, p. 17.

pero no por ello menos compleja definición, de los pisos aceptables de tutela jurídica, atendidas las características del trabajador, su empleador o empleadores, coyunturas de mercado y sus particulares intereses sin por ello desatender el objetivo equilibrio estructural del Derecho Laboral, renunciando a su amparo.

La presente investigación tiene por base la circunstancia que el parámetro de la subordinación y dependencia en tanto sinónimos dentro del Derecho Laboral, resulta insuficiente en hipótesis de cláusulas postcontractuales como la de no competencia, al tolerar que trabajadores con vínculo laboral finalizado, mas, con pactos con incidencia ultraactiva y con causa laboral, queden desvalidos en razón de los halos de validez que dan, por un lado, la irrenunciabilidad de los derechos laborales, y por otro, la autonomía de la voluntad en clave privatista. Depositar en la insuficiente noción de subordinación las esperanzas de construcciones tutelares ante irritaciones externas, provoca reducir las posibilidades de retroalimentación del sistema únicamente al escenario de vigencia de la relación laboral, descartando las gestables a su término. En esta clave, y considerando la matriz laboral de los pactos de no competencia postcontractual, es que se estima coherente con el afán estructural tutelar de la disciplina jurídica laboral, diferenciar conceptos que comúnmente se han tenido por equivalentes –subordinación y dependencia–, para así retraducir la significación de la dependencia habiendo finalizado el vínculo de trabajo, e incorporar una matriz tutelar normalmente desdeñada por los límites de la irrenunciabilidad.

II. SUBORDINACIÓN, DEPENDENCIA E IRRENUNCIABILIDAD. DE LA ESCISIÓN CONCEPTUAL ANTE LA SINONIMIA EN VISTAS A LA TUTELA POSTCONTRACTUAL

Resulta válido cuestionarse, al amparo de lo expuesto, cuánto de las posiciones de la literatura judicial y autoral especializada guardan en su esencia una muy particular visión acerca de la subordinación y dependencia que, como se verá, refleja al mismo tiempo diversos episodios evolutivos de estas nociones. Desde ya, se advierte la adscripción a una distinción conceptual entre subordinación y dependencia; a diferencia del modo en que normalmente la doctrina chilena trata al binomio³⁴. Se persigue con ello descubrir la lógica economicista unida a la de dependencia que trasunta la finalización del contrato laboral cuando se establece una cláusula de no competencia postcontractual en esta sede, oculta tras la habituada sinonimia y juridicidad de la idea de subordinación.

La última observación es absolutamente engarzable con la singular situación del trabajador sujeto a un pacto de no competencia postcontractual, finalizada que sea la relación de trabajo. Si fuera posible de caracterizar aquella desde la dependencia económica, lo que se tiene en ciernes es a un exdependiente (nótese la revitalizada fuerza simbólica de esa palabra) que igualmente queda supeditado económicamente a su antiguo

³⁴ Por todos, THAYER OJEDA, W., *Texto y comentario del Código del Trabajo*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2002, p. 55. Agréguese IRURETA URIARTE, P., “La noción jurídica de empleador ante el Derecho del Trabajo”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 42, 2014.

empleador. Agréguese, al amparo asimismo de lo ya examinado, que tras esa extendida adhesión, se encuentra una igualmente dilatada fidelidad gestada desde una aquiescencia cuya comprensión dota a estas cláusulas de una legitimidad a todas luces contrasistémica.

Así, como bien ya se advertía, dista de ser irrelevante un somero recordatorio conceptual de cuestiones que, por básicas, al parecer son tenidas por intrascendentes en sí a la hora de ir comprendiendo las nuevas dinámicas de trabajo dentro de lo jurídico. Como primera arista, a pesar de ser el elemento tipificante de la relación laboral y decisivo en la autonomía de la disciplina³⁵, la subordinación demuestra no ser capaz de cautivar siquiera de forma parcial, en su racionalidad, las vicisitudes y complejidades propias de instituciones atípicas como las cláusulas en estudio³⁶, abreviables en el choque que se da entre la subordinación y la autonomía privada. Pareciera ser que la subordinación no reconoce que la relación de trabajo es, a no olvidar, una temática de poder, de equilibrios y ordenación, en resumidas cuentas. Una, en la que arraigadamente se le ha descrito como una en la que “uno puede mandar y otro ha de obedecer”³⁷, matizándose, con todo, tal perspectiva desde la habilitación expresa de ámbitos tolerables del ejercicio de la libertad contractual, en una dinámica que se mantiene igualmente modalizada por la resonancia de la flexibilidad laboral³⁸.

En segundo término se anota incluso como fruto de lo recién expuesto, la reafirmación de la necesidad de la distinción entre la subordinación y la dependencia en circunstancias como las planteadas, a propósito de las cláusulas de no competencia

³⁵ Este concepto tiene un “valor decisivo sobre el plano científico: la subordinación es el fundamento de la autonomía del Derecho del Trabajo”, D’ANTONA, M., “La subordinazione e oltre, una teoría giuridica pero il lavoro que cambia”, en AA.VV., *Lavoro subordinato e dintorni*. Bolonia, Italia: Ed. Il Mulino, 1989, p. 44.

³⁶ “Evanescer en muchos casos la dependencia jurídico funcional (no necesariamente, en cambio, la unilateralidad contractual en la fijación de las condiciones de trabajo y de empleo ni la consiguiente necesidad de tutela) y, en cualquier caso, estalla el tipo dominante en un espectro de creciente heterogeneidad cuya inclusión en la categoría de la dependencia jurídica, por esto mismo y por aquello, deja de ser simple, evidente y casi intuitiva”, GOLDIN, A., “Las fronteras de la dependencia”, en *Relaciones laborales: Revista Crítica de Teoría y Práctica*, Nº 2, 2001, p. 321.

³⁷ SUPLOT, A., *Crítica del derecho...*, p. 133.

³⁸ “Y es que este poder subvierte los grandes principios sobre los que reposa el derecho de obligaciones y contratos: principios de igualdad de las partes, y principio de libertad contractual. Allí donde el derecho de obligaciones postula la autonomía de la voluntad individual, el Derecho del Trabajo organiza la sumisión de la voluntad”, SUPLOT, A., *Crítica del derecho...*, p. 133. A juicio de D’ANTONA, la visión antigua de un trabajador sometido absolutamente a las dinámicas del empleador (componente negativo de la subordinación) es descartable en razón de los episodios de interacción de poderes (institucionalizados o no) desde una esfera tanto individual como colectiva. Este aspecto positivo es el que debe considerarse en una dinámica de interacción con el negativo, superándose lecturas clásicas. Véase D’ANTONA, M., “Il mutamenti del diritto del lavoro e il problema della subordinazione”, en CARUSO, B. y SCIARRA, S., *Massimo D’Antona, Opere*, Vol. 3, Tomo III, 2000, pp. 1217-1218. “El Derecho del Trabajo se ha alimentado de esta tensión entre la idea de contrato, que postula la autonomía de las partes, y la idea de subordinación, que excluye esta autonomía. Esta tensión ha llevado a construir sobre el terreno colectivo la autonomía que no podía edificarse en el terreno individual, y a hacer así jurídicamente compatibles la subordinación y la libertad”, SUPLOT, A., *Crítica del derecho...*, p. 134.

postcontractuales laborales³⁹. En ellas, dista de ser un desvarío observar que la juridicidad de los tradicionales conceptos *ius* laborales es vencida por una realidad dispositivizada en la norma, que legitima la morigeración de las posibilidades de tutela a ámbitos que superan la temporalidad de la vigencia del contrato de trabajo. Pareciera ser que, como el contrato de trabajo ha finalizado, ese hito por sí solo significa la imposibilidad epistémica absoluta de tutelar al extrabajador —que ha dejado de ser subordinado— en una coyuntura plena en circunstancias laborales, empero, desprovista del halo de la irrenunciabilidad al amparo del artículo 5 del Código del Trabajo nacional. La idea a partir de dicho escenario es, en el fondo y como ya se ha anticipado, redefinir y eclipsar la racionalidad pragmática gestable que provee por sí sola la subordinación al calificar como tal a una relación laboral⁴⁰, en pro de un sistema más eficaz de la mano de la noción de dependencia económica pensando en el trabajador que se ve expuesto a una cláusula de no competencia postcontractual laboral, evitando quedar en una situación desmedrada.

Una de las más firmes basas de la subordinación es, en efecto, su maleabilidad y constante adaptabilidad histórica ante los vericuetos económicos, cumpliendo satisfactoriamente su misión caracterizadora de las relaciones laborales⁴¹. Sin perjuicio de la vitalidad a niveles dogmáticos de la subordinación, en instituciones que retan la enclaustrada temporalidad de la tutela proveniente del Derecho del Trabajo como las cláusulas en estudio, surge la imposibilidad dogmática y positiva al modo nacional de procurar salvaguardar más allá del fin del contrato de trabajo al ahora extrabajador desde esta área⁴². Ello, puesto que depositar en la insuficiente noción de subordinación las esperanzas de construcciones tutelares ante irritaciones externas, provoca reducir las posibilidades de retroalimentación del sistema únicamente al escenario de vigencia de

³⁹ Precisamente, el punto de la distinción entre subordinación y dependencia resulta ser elemental para conformar los nuevos contornos de una disciplina que va precisando continuamente de revisiones en torno a sus conceptos elementales. Reflejo de una realidad dogmática que persigue cambios, pero que se ensimisma en la búsqueda, es la siguiente reflexión: "...Pero no nos cabe duda de que cualquier hipotética alteración de límites no puede perder de vista que siempre deberán quedar dentro del marco protector de las normas laborales quienes presten servicios a otro (sea una empresa, un grupo o una red) bajo su poder de dirección, por liviano que este sea. En este sentido, quizá la clave del Derecho del Trabajo del futuro siga, como en el pasado, anclada en la continua reelaboración de los conceptos de subordinación o dependencia", GALIANA MORENO, J., "Crisis del contrato de trabajo", en *Revista de Derecho Social*, N° 2, 1998, p. 65.

⁴⁰ Se sigue el planteamiento efectuado por UGARTE CATALDO, J. L., *El nuevo Derecho del Trabajo*, Santiago, Editorial Legal Publishing, 2011, p. 35.

⁴¹ SANGUINETTI RAYMOND, W., "La dependencia y las nuevas realidades económicas y sociales: ¿un criterio en crisis?", en *Temas Laborales*, N° 40, 1996, p. 53.

⁴² "La subordinación podría bastar para delimitar la causa del contrato de trabajo, pues integra la línea divisoria con los contratos civiles y mercantiles cuyo objeto es también el trabajo personal, y bien puede decirse por ello que forma parte de la causa típica de aquel. Sin embargo no explica plenamente el origen de este contrato ni la configuración del Derecho del Trabajo ni, en fin, las líneas de futuro de nuestra materia. No porque haya errado la dirección, pues repito que se encuentra en el núcleo del tipo contractual, sino porque adolece de una insuficiente perspectiva para explicar plenamente el fenómeno, como si para describir un elefante —en el conocido símil empleado por Lord Wedderburn— lo hiciéramos desde la grupa y no desde la testa", OJEDA AVILÉS, A., "Ajenidad, dependencia o control: la causa del contrato", en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Perú*, N° 60, 2007, p. 392.

la relación laboral, descartando las gestables a su término. Tras el prisma de lo expuesto, la aceptación de, a estas alturas, una rémora sistémica del Derecho del Trabajo, habilita desafiar sistémicamente la estructura anquilosante de lo jurídico laboral, que le estanca científicamente⁴³, y que le encierra en paradigmas que contradictoriamente le restan en su capacidad intrínseca basada en la retroalimentación, de poder definir sus propias fronteras de clase. No se trata de reemplazar, por cierto, a la subordinación jurídica por la dependencia económica como criterio central e identitario del Derecho Laboral, sino de legitimar como factor expansivo de los cotos nucleares del sistema a otros⁴⁴ que, además de hacer más eficaz al sistema, son capaces de ampliar consecuentemente su estrato subjetivo de protección⁴⁵. Se logra mediante esto romper el reduccionismo histórico del Derecho del Trabajo y asociarlo a uno de clase, generado a partir de un tipo social particular, exclusivamente proletario y de lucha social, habilitando su extensión a categorías que se alejan abiertamente de dicha caracterización⁴⁶, rompiendo con aquella constante univocidad discursiva primero, luego positiva. La subordinación así “será separada de su matriz sociológica (expresada en las nociones de proletario, contratante débil, etc.) y objetivizada por el análisis jurídico formal en un dato técnico-funcional, en un modo de ser de la actividad convenida en el contrato, con indiferencia de la condición social del que la presta”⁴⁷.

La dependencia económica en tanto criterio definitorio de la aplicación del Derecho del Trabajo en los mares ultraactivos de la no competencia, ingresa conceptualmente en este bosquejo de forma diferente a la comprensión acostumbrada⁴⁸, desalienando al trabajador y haciéndolo titular de la protección del Derecho del Trabajo más allá de la

⁴³ En el mismo sentido, BAYÓN CHACÓN, G., “El concepto de dependencia en el Derecho del Trabajo”, en *Revista de Derecho Privado*, T. XLV, 1961, p. 30.

⁴⁴ Por ejemplo, la ajenidad. Revítese ALONSO OLEA, M., “Trabajo libre y trabajo dependiente”, en AA.VV., *Estudios sobre Derecho del Trabajo en homenaje al Profesor Mario Devali*, Buenos Aires, Editorial Heliasta, 1979. O también, la parasubordinación, con aceptación en Italia y Alemania. Véase, MÜCKLENBURGER, U., “Ridifinire la nozione di subordinazione? Il dibattito in Germania”, en *Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali*, Nº 86, 2000, p. 330.

⁴⁵ “El debate de las fronteras del Derecho del Trabajo está relacionado con la elección del colectivo protegido, cuestión relacionada con la decisión política acerca del ámbito subjetivo de aplicación del Derecho del Trabajo (la decisión acerca de a quienes se va a proteger socialmente), y que hasta el momento sigue teniendo, en Chile y en buena parte del mundo, como único actor relevante a la subordinación jurídica”, UGARTE CATALDO, J. L., *El nuevo derecho...*, p. 31.

⁴⁶ En dicha traza, “el fenómeno de la extensión no coincide con el de la proletarización. Al contrario, las nuevas capas asalariadas pertenecen a menudo a un nivel elevado. Si el dominio del Derecho del Trabajo se extiende, es precisamente porque se aplica a nuevas categorías (cuadros y técnicos) y a capas sociales muy alejadas del proletariado en el siglo XIX, que tienen sus propias preocupaciones y reivindicaciones”, JAVILLIER, J. C., *Derecho del Trabajo*, España, Instituto de Estudios Laborales, 1982, p. 18.

⁴⁷ MENGONI, L., “La questione della subordinazione in due trattazioni recenti”, en *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, Nº 1, 1986, p. 8.

⁴⁸ Desdeñada en beneficio de la subordinación jurídica. En dicha línea, se ha expresado que “es inadmisibles que la naturaleza de un contrato se haga depender de un elemento extraño a la convención, como es la posición económica de uno de los sujetos”, ALBURQUERQUE DE CASTRO, R., *Derecho del Trabajo. Tomo I*, Santo Domingo, Editora Lozano, 1995, p. 170.

vigencia de una relación laboral o su condición socioeconómica. La visión tradicional corrientemente procura la protección de quienes estén en “situación de necesidad o debilidad económica, con prescindencia de si los servicios se prestan bajo un régimen de subordinación o de autonomía jurídica formal. De este modo, el Derecho Laboral protegerá exactamente a quienes lo necesitan: los que trabajan en situación de debilidad económica y social”⁴⁹. Pues bien, como ya se exponía, el problema de esta perspectiva pensando en su utilidad para la protección del extrabajador sujeto a una cláusula de no competencia postcontractual, radica en la necesidad de la existencia de una prestación de servicios a la que le resulta irrelevante su marco subordinado o autónomo, porque lo importante se encuentra en el individuo mermado socioeconómicamente que desempeñó una cierta relación de servicio y a quien se le estaría limitando su libertad de trabajo; factor que define su inclusión dentro del radio de protección de este Derecho. Esto es lo que sencillamente hace inviable la comprensión ordinaria de la dependencia económica, pensando en las formas que esta podría traducirse en la protección de quien ha dejado de ser dependiente: no resulta provechoso seguir concentrando el factor de aplicación del Derecho del Trabajo en la existencia de una relación laborativa, o en la condición socioeconómica del sujeto, al perpetuar tanto sus confines como al colectivo amparado por su estructura y principios⁵⁰.

En ese orden de ideas, principalmente sistémicas y luego estructurales, las cláusulas de no competencia postcontractuales en lo laboral presentan un rasgo ligado con la dependencia en su cariz económico que, en efecto, se distancia de esa visión tradicional apegada nuclearmente a un vínculo vigente (subordinado o no), y a un individuo irremediablemente desfavorecido económica y socialmente⁵¹. Estos pactos tienen por carácter elemental el que sus efectos sobrevinientes se suceden una vez terminada la relación de trabajo, con una incidencia que dista de ser menor pensando en las consecuencias laborales ajenas a lo jurídico que se desencadenan, tolerándose estas positiva y epistemológicamente sin mayor retroalimentación y coherencia sistémica, como inferencia final. Es por ello que se concluye que la cláusula de no competencia postcontractual no puede únicamente entender en sus márgenes a trabajadores de alta gerencia o situados en puestos decisivos, debiendo atenderse a la particular posición de garante del sujeto trabajador, más allá en definitiva de su posición en el aparato de la empresa o su posición socioeconómica⁵². Algo ciertamente coherente en nuestro país con la *ratio*

⁴⁹ UGARTE CATALDO, J. L., *El nuevo derecho...*, p. 33.

⁵⁰ “La formación jurídico-dogmática clásica hecha a base de conceptos cerrados y autosuficientes, ciertamente más comunes en la mente del jurista que en la realidad cotidiana, se ha compadecido siempre mal con una categoría como la de subordinación, ontológicamente más descriptiva de la realidad que conformadora de la misma. De ahí que se hayan sucedido los esfuerzos –sobre todo, por parte de la doctrina– de definir la noción de subordinación, fosilizando su originaria elasticidad”, PEREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco. “El trabajo subordinado como tipo contractual”, en: *Documentación Laboral*, N° 39 (1993), p. 37.

⁵¹ Tempranamente se observa en la literatura nacional un tratamiento en esta línea. V.gr. GAETE BERRÍOS, A., *Tratado de Derecho del Trabajo chileno*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1960, pp. 20-26.

⁵² Lo que en una dirección contraria a lo postulado por la doctrina nacional, que ha señalado que “(...) un pacto de no competencia post-contractual solo puede comprender a aquellos trabajadores que, en razón de

y tipificación del artículo 284 del Código Penal chileno⁵³, en conjunción con la agravante del artículo 12 Nº 7 del mismo cuerpo legal⁵⁴. Talante reafirmable a partir de la regulación tutelar de la propiedad industrial que persigue expresamente a quien hubiere detentado una posición de garante, abusando de su cargo⁵⁵. Esto permite concluir en una dinámica interpretativa coherente entre las diversas estructurales legales, que en Chile se perseguirá el castigo ultraactivo de quien atentare contra la competencia leal teniendo la mencionada posición, en la medida que tal posibilidad esté facilitada por el propio ordenamiento.

Agregado a estas ilaciones, se encuentra lo que se persigue desterrar mediante la inclusión de la *ratio* tutelar del Derecho del Trabajo: el que el trabajador sujeto a una cláusula de no competencia postcontractual, a pesar de verse aún sujeto a su empleador mediante la dependencia económica, no se encuentre desprovisto del resguardo jurídico que brinda la rama laboral. La consistencia científica del Derecho del Trabajo, doblegada por el talante actual de las relaciones de trabajo y la resonancia de los requerimientos de mercado al amparo del resurgimiento de la autonomía de la voluntad, precisa sincerarse con la efectiva eficacia de sus institutos más tradicionales. Esta rama, consecuentemente, debe girar epistémicamente a la inclusión de la dependencia económica como

la importancia del cargo que desempeñan, han tenido contacto con la clientela, proveedores o informaciones reservadas del empresario. Pues esta es la clase de trabajador que, si se emplea en otra empresa o constituyen una propia, puede provocar, sin mayores dificultades, el trasvase de los intereses del negocio del empleador, causándole un perjuicio”, SIERRA HERRERO, A., “La cláusula de no competencia postcontractual...”, p. 134.

⁵³ “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”.

⁵⁴ “Son circunstancias agravantes: 7°. Cometer el delito con abuso de confianza”.

⁵⁵ A este respecto, el artículo 87 de la Ley Nº 19.039, fruto de la adecuación normativa que significó la suscripción por parte de Chile del ADPIC (Acuerdo de la Organización Mundial de Comercio sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, aplicable en Chile desde enero del año 2000), señala que lo constituye *la adquisición ilegítima del mismo, su divulgación o explotación sin autorización de su titular y la divulgación o explotación de secretos empresariales a los que se haya tenido acceso legítimamente pero con deber de reserva, a condición de que la violación del secreto haya sido efectuada con ánimo de obtener provecho, propio o de un tercero o de perjudicar a su titular*. El artículo 39 Nº 2 del ADPIC expresa: 2. *Las personas físicas y jurídicas tendrán la posibilidad de impedir que la información que esté legítimamente bajo su control se divulgue a terceros o sea adquirida o utilizada por terceros sin su consentimiento de manera contraria a los usos comerciales honestos, en la medida en que dicha información: a) sea secreta en el sentido de que no sea, como cuerpo o en la configuración y reunión precisas de sus componentes, generalmente conocida ni fácilmente accesible para personas introducidas en los círculos en que normalmente se utiliza el tipo de información en cuestión; y b) tenga un valor comercial por ser secreta; y c) haya sido objeto de medidas razonables, en las circunstancias, para mantenerla secreta, tomadas por la persona que legítimamente la controla*. Así, si del artículo 87 de la Ley de Propiedad Industrial, en concordancia con lo prescrito por el artículo 39 del ADPIC es factible inferir que el incumplimiento de un contrato de trabajo es posible de ser calificado como un uso comercial deshonesto, pues bien, será perfectamente viable perseguir las aristas de naturaleza industrial asociadas al incumplimiento de la cláusula de no competencia postcontractual. Lo anterior, haciendo abstracción del hecho que se estará persiguiendo una conducta postcontractual cuyo bien tutelado es la competencia desleal, empero, desde una perspectiva comercial y en los términos de este articulado, lo que en síntesis significa que el incumplimiento contractual laboral con aristas vulneratorias del secreto industrial debe indefectiblemente estar protagonizada por un extrabajador que detentaba una posición de garante de los secretos industriales, abusando de la confianza propia del cargo desempeñado.

factor identificador de la laboralidad, adicional mas no por ello contradictorio al de la subordinación. Esta dependencia, alejada de su cómoda y poco crítica sinonimia con la subordinación jurídica, permite plantear un cariz diverso a la batería conceptual presente en medios postcontractuales, imbuida por una subordinación jurídica que forja terrenos yermos *ius* laboralmente hablando para los sujetos expuestos a ellos. Esta ampliación a nuevos acreedores no asalariados de los resguardos laborales con óptica jurídica, permite comenzar la revitalización estructural de la eficacia del Derecho del Trabajo, obviando un análisis asumido normalmente como necesario de los costos implícitos en la redefinición del colectivo tutelado, arrimándolo a las particularidades materiales de los sujetos más que a las formales determinables en razón de indicios de subordinación⁵⁶.

En esta línea, debe destacarse que la figura en comento goza comparadamente de una extendida aceptación, que se ve reflejada tanto en su regulación positiva como en un vasto desarrollo jurisprudencial. Dichas fuentes tienen por factor en común el establecimiento de exigencias relacionadas con la validez de estos pactos⁵⁷. Estas tienen que ver, por una parte, con una compensación económica adecuada y proporcional para el trabajador, debido a la restricción a la libertad de trabajo que este sufre. “Por consiguiente, con tal resarcimiento se entiende subsanar el ‘sacrificio’ impuesto al trabajador por la abstención de competencia y la limitación a la libertad mencionada”⁵⁸. Esto, adicionalmente, debe acoplarse con los requerimientos de objeto, tiempo y espacio, los que se traducen en la prohibición del ejercicio de una actividad que sea concurrente con la de la empresa empleadora, el tiempo y el territorio dentro del que será válida aquella. Habiéndose satisfecho lo anterior, se culmina visando por el Derecho del Trabajo finalmente que el extrabajador se tenga que someter postcontractualmente (bajo la fórmula de la autonomía de la voluntad), eso sí, ya no en una racionalidad de subordinación, sino que en una estrictamente económica respecto de su empleador, no pudiendo, a pesar de todo, desarrollar la actividad o giro al que se dedica este último en una extensión espacial y física determinada, a cambio de una justa y suficiente compensación.

La idea de esta recensión somera de las exigencias que se han planteado (y cuyo análisis acabado supera largamente las pretensiones y extensión de esta investigación), independientemente de sí, como se advertía, los requisitos de validez de estas cláusulas

⁵⁶ “... la dependencia económica implica una noción de signos muy difusas, de contornos muy imprecisos, que se traduce en un sistema de indicios complejo, que requiere de mucha más actividad por los tribunales para su determinación, que la subordinación. Esta última, en cambio, es una noción abstracta (diseñada genéricamente), y formal (que no atiende a la situación material de las partes sino a su posición jurídica), que se expresa, en su versión dominante, (...) en un sistema de indicios que en la inmensa mayoría de los casos es simple”, UGARTE CATALDO, J. L. *El nuevo derecho...*, p. 38.

⁵⁷ Debe destacarse que en el único fallo explícito de la Corte Suprema en Chile sobre la materia, se señala que “en diversos Países se ha legislado sobre la cláusula de no competencia postcontractual, admitiéndolas, siempre y cuando reúnan ciertos recaudos o presupuestos mínimos (como ya se dijo anteriormente: fijación de plazo; restricción solo parcial de la actividad; y contraprestación en favor del empleado que carga con la obligación de no desarrollar la actividad en competencia)”, considerando decimosexto, Rol N° 5152-2009, “Adiserv S.A. y Adicorp S.A. con Bordachar”, Corte Suprema.

⁵⁸ BOSCATI, A., *Patto di non concorrenza. Art. 2125*, Turín, Giuffrè Editore, 2010, p. 186.

se hubiesen planteado expresamente en la ley⁵⁹ o bien mediante decisiones jurisprudenciales⁶⁰, es dar cuenta del giro que se le ha pretendido dar a la configuración de estos pactos limitativos de la Libertad de Trabajo desde el Derecho Laboral fuera de nuestras fronteras, buscando proteger desde la lógica de la dependencia económica a una persona sin vínculo de subordinación vigente. Dicho de otro modo, la dependencia económica encauzada más allá de su componente material permite operativizar, desde la gramática y fondo de los Derechos Fundamentales en conjunto con la autonomía de la voluntad, una extensión modalizada de la racionalidad del Derecho del Trabajo a individuos que no cumplen con el criterio tipificante clásico de la subordinación⁶¹. De esta manera, continuar exclusivamente con el paradigma de la subordinación como factor aglutinante de la estructura jurídica laboral, conlleva la definición de un plano subjetivo que, al anquilosar sus posibilidades de ampliación en dicho nicho, aliena a los ciudadanos en el ejercicio de sus Derechos Fundamentales con tintes laborales, cercando sus posibilidades de reingreso al mercado de trabajo y de desarrollo. La dependencia económica en los términos expuestos en esta investigación busca, en efecto, concentrar la posibilidad de evitar transgresiones al ordenamiento jurídico general gestadas por constructos como los pactos de no competencia postcontractual; y, a su vez, resolver problemáticas que, de proseguir con el raciocinio y operatividad de la subordinación, serían naturalmente obviadas por el Derecho del Trabajo.

La admisibilidad de este tipo de pactos ya sea desde una regulación positiva explícita como de un reconocimiento jurisprudencial, amerita compensar la restricción a la Libertad de Trabajo sufrida por el trabajador. Retribución que, por cierto, coopera con la idea de fortalecimiento del centro protector del Derecho del Trabajo, por medio de la incorporación de la dependencia económica como factor de reconocimiento de elementos de laboralidad, buscando ampliar la faz subjetiva de los acreedores de protección de este derecho. Indicios todos que, vale la pena insistir, se descartan en un escenario de subordinación configurada al modo del legislador chileno. Esta traza inclusiva del factor de dependencia revitaliza la eficacia de lo jurídico laboral habilitando el rechazo, o al menos la posibilidad de determinar ante quien corresponda, la insuficiencia de la compensación financiera en beneficio del trabajador que termina suscribiendo una cláusula con incidencias postcontractuales. Se adiciona, con todo, a su justificación, la carencia

⁵⁹ V.gr. Alemania en su Código de Comercio (sección 74 a 75f), Austria con 2 normas: la Ley de Armonización de la Legislación de Empleo (o *Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz*) y la ley para trabajadores de Cuello Blanco (*Angestelltengesetz*, o *AngG*), Italia en el artículo 2125 de su Código Civil, o República Checa en su Código del Trabajo (secciones 310 y 311).

⁶⁰ V.gr. Francia y Brasil. Chile también entra en esta categoría.

⁶¹ Complementando tal idea, se ha señalado que, “en efecto, el Derecho no puede comprenderse por sí mismo haciendo abstracción de la vida real, ya que su existencia deriva de las condiciones materiales y subjetivas de la sociedad civil en conjunto con las relaciones de producción, las cuales evocan relaciones de poder. En otras palabras las relaciones jurídicas giran principalmente alrededor de las relaciones de producción y propiedad privada como modeladores de dichas relaciones en un momento histórico determinado”, DOMÍNGUEZ MONTOYA, Á. y MELLA CABRERA, P., “Trabajo y derecho: un padre ausente, el conflicto social”, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, Nº 1, 2015, p. 123.

o inexistencia de la retribución financiera, pensando en la factible carestía de medios para subsistir del ahora extrabajador. La preocupación por ello es fruto de la dependencia económica como criterio definidor del Derecho Laboral fuera de los tradicionales límites del contrato, en los que campea sin más la lógica de la subordinación.

La conjunción identitaria de la subordinación con la dependencia económica en mares postcontractuales, da pie para proyectar una apertura sistémica dentro del requisito de la retribución, e incorporar en su *ratio* consideraciones o subfactores basados en la dependencia económica que la jurisprudencia nacional no ha tenido en cuenta, al menos de forma explícita. En dicha dirección, a modo meramente ejemplar, la experiencia comparada enseña que Alemania en su regulación toca un tópico interesante y novedoso desde la óptica de los intereses implicados en un pacto que, como sea, conlleva una obligación de no hacer traducida en la prohibición de trabajar por parte del extrabajador. La sección 74a, punto 1, del Código de Comercio Alemán⁶² indica lo que sigue (lo destacado es propio): *La cláusula de no competencia no será vinculante si no sirve para proteger un interés comercial legítimo del empleador. Además, no será vinculante, si es que contiene una desventaja injusta para la carrera de los trabajadores teniendo en cuenta la indemnización concedida de acuerdo al tiempo, lugar u objeto*⁶³. La mención a los menoscabos dables a la carrera del exdependiente en razón de la cláusula de no competencia postcontractual, representa una novedad en el entramado regulatorio de este pacto. Esto, no por el mero hecho que tal elemento pueda eventualmente ser considerado por los Tribunales competentes a propósito de la justeza o adecuación del emolumento proporcionado para reparar la prohibición, sino más bien porque incorpora explícitamente en la norma tanto un componente de desarrollo profesional con el fin de definir el poder vinculatorio del pacto⁶⁴ como un cariz de dependencia económica que se operativiza al analizar la existencia de un detrimento a la carrera del extrabajador. En consecuencia, la “desventaja injusta en contra del trabajador” conforma un canto complejo dentro de la suficiencia compensatoria, en el que, si bien se considera fuertemente el interés corporativo del empleador, no se culmina desdénando ni la faz económica ni el desarrollo profesional postcontractual de quien fue su trabajador, procurando su no alienación.

Por su parte, de la realidad francesa es rescatable la temática de la no irrisoriedad de la indemnización, enfocada nuevamente desde la dependencia económica disociada de la subordinación, resguardando al extrabajador desde el Derecho del Trabajo. La irrisoriedad planteada desde un entendimiento netamente apegado al uso habitual de la palabra no permite dar a entender las aristas de su significación en este contexto. Es por ello que la jurisprudencia de la Corte francesa ha cincelado dicha locución desde 2

⁶² En la misma línea es posible encontrar a Austria, de acuerdo a lo indicado por el artículo 36.1.3 AngG. (Ley para trabajadores de Cuello Blanco, *Angestelltengesetz*).

⁶³ “*Das Wettbewerbsverbot ist insoweit unverbindlich, als es nicht zum Schutz eines berechtigten geschäftlichen Interesses des Prinzipals dient. Es ist ferner unverbindlich, soweit es unter Berücksichtigung der gewährten Entschädigung nach Ort, Zeit oder Gegenstand eine unbillige Erschwerung des Fortkommens des Gehilfen enthält*”.

⁶⁴ A modo ejemplar, basta tener presente la sentencia de la Corte Federal del Trabajo, AZR 884/93, de 1 de agosto de 1995.

circunstancias. Por un lado, desde la proporcionalidad de la reparación considerando copulativamente los requisitos clásicos de la institución; y por otro, para el caso que esta no se exprese, cuya consecuencia se asocia a una ausencia de contrapartida financiera, coligiéndose al final del día la nulidad del pacto determinada por el juez⁶⁵. De esta manera, la calificación por parte del adjudicador de una reparación acordada por las partes como irrisoria o insuficiente, es una cuestión que debe observarse caso a caso al amparo de parámetro de la proporcionalidad, no pudiendo determinarse un monto o un parámetro como bisagras permanentes entre lo admisible y lo que no en este punto⁶⁶. No obstante todo, la *Cour* señala que la suma reparatoria teniendo por causa el pacto de no competencia deberá apreciarse siempre en función de las limitaciones a la libertad de trabajo, cupiendo anular aquel si en su estructuración no se han considerado las efectivas posibilidades del trabajador de desarrollar una actividad profesional apreciando su formación, experiencia y competencias particulares⁶⁷, al amparo de los artículos L. 1221-1 del Código del Trabajo⁶⁸ y 1134 del Código Civil⁶⁹.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBURQUERQUE DE CASTRO, R., *Derecho del Trabajo. Tomo I*, Santo Domingo, Editora Lozano, 1995.
- ALONSO OLEA, M., "Trabajo libre y trabajo dependiente", en AA.VV., *Estudios sobre Derecho del Trabajo en homenaje al Profesor Mario Deveali*, Buenos Aires, Editorial Heliasta, 1979.
- BARCIA LEHMANN, R., "La autonomía privada como principio sustentador de la teoría del contrato y su aplicación en Chile", en AA.VV., *Cuadernos de Análisis Jurídicos, Colección Derecho Privado III*, Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales, 2006.

⁶⁵ En esta línea, la sentencia de la *Cour de Cassation de France (chambre sociale)*, N° 04-46.721, de 15 de noviembre de 2006. En este caso, la cláusula tenía una duración de 2 años, y la contrapartida representaba en su totalidad, un décimo de la remuneración; lo que llevado a un parámetro de remuneración mensual, era equivalente a 2,4 meses.

⁶⁶ A vía ejemplar, si bien los montos se fijan considerando habitualmente como base un promedio de las remuneraciones percibidas por el trabajador, las convenciones colectivas suelen a su vez establecer un piso inferior equivalente a un porcentaje de estos emolumentos. Se sigue a NOGUEIRA GUASTAVINO, M., *Pacto laboral de no competencia*, Madrid, Editorial McGraw-Hill, 1998, p. 156.

⁶⁷ En dicha *ratio*, la sentencia de la *Cour de Cassation (chambre sociale)*, N° 11-17.941, de 20 de febrero de 2013. Efectivamente, a pesar que la Corte reconoce que primeramente deben tenerse presentes los intereses corporativos, una lectura del pacto del que no sea posible extraerse la necesaria proporcionalidad al amparo de la Libertad de Trabajo, deberá declararse nulo. En la especie, el pago de 1/6 del sueldo bruto, teniendo presentes las capacidades y formación del trabajador, definió que la Corte de Casación francesa declarara la nulidad de la cláusula.

⁶⁸ *Le contrat de travail est soumis aux règles du droit commun. Il peut être établi selon les formes que les parties contractantes décident d'adopter* (El contrato de trabajo está sometido a las reglas del derecho común. Puede ser establecido según las formas que las partes contractuales decidan adoptar).

⁶⁹ *Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi* (Las convenciones legalmente formadas tendrán fuerza legal entre quienes las hayan celebrado. Podrán ser revocadas por mutuo consentimiento, o por las causas que autoriza la ley. Deberán ser ejecutadas de buena fe).

- BAYÓN CHACÓN, G., "El concepto de dependencia en el Derecho del Trabajo", en *Revista de Derecho Privado*, T. XLV, 1961.
- BOSCATI, A., *Patto di non concorrenza. Art. 2125*, Turín, Giuffré Editore, 2010.
- CAJAS ULLOA, A., *El pluriempleo y sus restricciones. Análisis particular de la obligación de no competencia en el contrato de trabajo*, Tesis para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, Santiago, Chile, 2015.
- CALSAMIGLIA, A., "Justicia, eficiencia y óptimo de la legislación", en *Documentación Administrativa*, N° 327, 1989.
- DE BUEN, N., *La decadencia del contrato*, México DF, Editorial Porrúa, 1986.
- D'ANTONA, M., "Il mutamenti del diritto del lavoro e il problema della subordinazione", en Caruso, B. y Sciarra, S., *Massimo D'Antona, Opere*, Vol. 3, Tomo III, 2000.
- D'ANTONA, M., "La subordinazione e oltre, una teoría giuridica pero il lavoro que cambia", en AA.VV., *Lavoro subordinato e dintorni*. Bolonia, Italia: Ed. Il Mulino, 1989.
- DÍAZ AMBRONA, M. D. (dir.), *Derecho Civil Comunitario*. Madrid, Editorial Colex, 2001.
- DOMÍNGUEZ MONTOYA, Á. y MELLA CABRERA, P., "Trabajo y derecho: un padre ausente, el conflicto social", en *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, N° 1, 2015.
- ELGUETA NAVARRO, J. B., "Autonomía de la voluntad y derecho. Un enfoque", en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, N° 8, 1984.
- FUENTES PUELMA, C., *Estudios sobre Derecho del Trabajo y relaciones laborales*. Valparaíso, EDEVAL, 1996.
- GAETE BERRÍOS, A., *Tratado de Derecho del Trabajo chileno*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1960.
- GALLANA MORENO, J., "Crisis del contrato de trabajo", en *Revista de Derecho Social*, N° 2, 1998.
- GAMONAL CONTRERAS, S. y GUIDI MOGGIA, C., *Manual del Contrato de Trabajo*, Santiago, Editorial Legal Publishing, 2010.
- GARMENDIA ARIGÓN, M., *Orden público y Derecho del Trabajo*, Montevideo, Fondo de Cultura Económica, 2001.
- GHEZZI, G. y ROMAGNOLI, U., *Il rapporto di lavoro*. Bologna, Zanichelli, 1987.
- GOLDIN, A., "Las fronteras de la dependencia", en *Relaciones laborales: Revista Crítica de Teoría y Práctica*, N° 2, 2001.
- IRURETA URIARTE, P., "La noción jurídica de empleador ante el Derecho del Trabajo", en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 42, 2014.
- IRURETA URIARTE, P., "La prohibición de competencia y la buena fe contractual", en AA.VV., *Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Tomo I*, Santiago, Editorial LegalPublishing, 2012.
- JAVILLIER, J. C., *Derecho del Trabajo*, España, Instituto de Estudios Laborales, 1982.
- KAHN-FREUND, O., *Trabajo y Derecho*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1987.
- LASTRA LASTRA, J. M., "Paradojas de la autonomía de la voluntad en las relaciones de trabajo", en *Revista de Derecho Privado*, N° 5, 2003.
- MENGGONI, L., "La quistione della subordinazione in due trattazione recenti", en *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, N° 1, 1986.
- MÜCKLENBURGER, U., "Ridifinire la nozione si subordinazione? Il dibattito in Germania", en *Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali*, N° 86, 2000.
- NEVADO FERNÁNDEZ, M. J., *Las restricciones a la competencia en el contrato de trabajo*, Madrid, España: Editorial Tecnos, 1998.
- NOGUEIRA GUASTAVINO, M., *La prohibición de Competencia Desleal en el Contrato de Trabajo*, Madrid, Editorial Aranzadi, 1997.
- NOGUEIRA Guastavino, M., *Pacto laboral de no competencia*, Madrid, Editorial McGraw-Hill, 1998

- OJEDA AVILÉS, A., “Ajenidad, dependencia o control: la causa del contrato”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Perú*, Nº 60, 2007.
- PALAVECINO CÁCERES, C., “La Libertad de Trabajo y su protección constitucional. Nueva lectura”, en *Revista Laboral Chilena*, Nº 219, 2013.
- PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., “El trabajo subordinado como tipo contractual”, en *Documentación Laboral*, Nº 39, 1993.
- RADBRUCH, G., *Introducción a la Filosofía del Derecho*. México D.F, México: Fondo de Cultura Económica, 1985.
- ROMAGNOLI, U., “La desregulación y las fuentes del Derecho del Trabajo”, en *Cuaderno de Relaciones Laborales*, Nº 1, 1992.
- SANGUINETTI RAYMOND, W., “La dependencia y las nuevas realidades económicas y sociales: ¿un criterio en crisis?”, en *Temas Laborales*, Nº 40, 1996.
- SIERRA HERRERO, A., “El pacto de permanencia en la relación laboral. Comentario a la sentencia de la Corte Suprema de 21 de agosto de 2007, Rol 5581-2005, “Universidad de Concepción con Olmos Coelho””, en *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Chile*, Vol. 4, Nº 8, 2013.
- SIERRA HERRERO, A., “La cláusula de no competencia post-contractual en el contrato de trabajo”, en *Revista Ius et Praxis*, Año 20, Nº 2, 2014.
- SUPIOT, A., *Crítica del Derecho del Trabajo*, Madrid, Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales, 1996.
- THAYER OJEDA, W., *Texto y comentario del Código del Trabajo*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2002.
- UGARTE CATALDO, J. L., *El nuevo Derecho del Trabajo*, Santiago, Editorial Legal Publishing, 2011.
- VENEZIANI, B., “La evolución del contrato de trabajo”, en Hepple, B (comp.), *La formación del Derecho del Trabajo en Europa, análisis comparado de la evolución de nueve países hasta el año 1945*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1994.