

Trabajo recibido el 11 de marzo y aprobado el 10 de junio de 2014

## La cláusula de no competencia post-contractual en el contrato de trabajo\*

POST-CONTRACTUAL NON-COMPETE CLAUSE IN THE EMPLOYMENT CONTRACT

ALFREDO SIERRA HERRERO\*\*

### RESUMEN

Las cláusulas de no competencia post-contractual cada vez reciben mayor aplicación por parte de las empresas con miras a proteger sus intereses competitivos. Esta clase de pacto se presenta como un tema complejo, toda vez que el trabajador goza del derecho constitucional de la libertad de trabajo, el que se ve afectado por la suscripción de un acuerdo en este sentido. Este trabajo analiza el fenómeno de estas cláusulas en el ámbito laboral, en particular los requisitos necesarios para que sean consideradas válidas a luz del principio de proporcionalidad y las consecuencias que se derivan de su incumplimiento.

### ABSTRACT

Post-contractual non-compete clauses are being increasingly used by enterprises looking to protect their competitive interests. This kind of agreement is presented as a complex issue, given that the employee has the constitutional right to freedom of work, which is affected by the signing of an agreement of this nature. This paper analyzes the phenomenon of these clauses in the workplace, including the requirements for them to be considered valid in light of the principle of proportionality and the consequences that arise from non-compliance.

### PALABRAS CLAVE

Libertad de Trabajo, Contrato de Trabajo, Cláusulas de no Competencia,  
Derechos de los trabajadores, Principio de Proporcionalidad

### KEYWORDS

Freedom of Labor, Employment Contract, Non-compete Clauses,  
Employee Rights, Principle of Proportionality

---

\* La redacción de este artículo ha contado con la ayuda del Fondo Nacional de Ciencia y Tecnología de la República de Chile, en el marco del Proyecto Fondecyt Regular N° 1130664, titulado "Régimen laboral de gerentes y personal directivo de exclusiva confianza", en el cual el autor es investigador responsable. Éste agradece la valiosa colaboración del licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, Sr. Ignacio Araya Paredes, en su calidad de ayudante de investigación del presente proyecto.

\*\* Profesor de Derecho del Trabajo, Universidad de los Andes (Santiago, Chile). Doctor en Derecho (Universidad de Santiago de Compostela). Correo electrónico: asierra@uandes.cl.

## 1. Introducción

Desde el punto de vista empresarial, el contrato de trabajo presenta dos realidades a tener en cuenta. Por un lado, cuando el empleador contrata a un trabajador le debe facilitar todos los medios necesarios para el correcto cumplimiento de su prestación. Sin embargo, por otra parte, en dicha contratación también reside el riesgo para la empresa de que sus intereses competitivos (clientela, proveedores, informaciones confidenciales, etc.) puedan resultar arrebatados por su trabajador una vez concluida su relación laboral<sup>1</sup>.

Frente a estos riesgos propios del contrato de trabajo el empleador puede adoptar los mecanismos que considere más adecuados –siempre que sean lícitos– para la protección de su organización empresarial y de sus intereses competitivos. Ciertamente el pacto de no competencia que opera una vez concluido el contrato de trabajo, constituye uno de esos mecanismos<sup>2</sup>.

Actualmente, el pacto de no competencia post-contractual es un tema que suscita gran interés. A este respecto, cabe tener en cuenta que el número de sentencias de nuestros tribunales que se han pronunciado sobre esta clase de pactos ha ido en aumento, advirtiéndose el tránsito desde una situación en que la institución permanecía en desuso a otra, en la que su problemática adquiere, día a día, más actualidad y recibe mayor aplicación por las empresas<sup>3</sup>.

A nivel comparado se constata el mismo fenómeno. Se dice así que su fundamento se encuentra en la creciente competitividad de los mercados, en todas las áreas de funcionamiento<sup>4</sup>. En efecto, cada año tienden a acentuarse nuevos problemas de competitividad, al concurrir diferentes empresas, con prácticas cada vez más agresivas, en un mismo mercado, resultando imprescindibles los planteamientos de nuevas estrategias empresariales, para enfrentar los problemas que se derivan de esta situación<sup>5</sup>.

Como se sabe, nuestra legislación laboral sólo hace referencia a la prohibición de competencia vigente en el contrato de trabajo<sup>6</sup>. Esto es, en materia de

---

<sup>1</sup> NOGUEIRA GUASTAVINO (1998), pp. 47-48.

<sup>2</sup> NOGUEIRA GUASTAVINO (1998), p. 48.

<sup>3</sup> En este sentido, Irureta advierte que se trata de pactos que se están aplicando en la realidad laboral chilena; véase IRURETA URIARTE (2007), p. 88.

<sup>4</sup> PEDRAJAS MORENO y SALA FRANCO (2005), p. 11.

<sup>5</sup> PEDRAJAS MORENO y SALA FRANCO (2005), p. 12.

<sup>6</sup> Una de las manifestaciones típicas del principio de buena fe en el trabajador se refiere a la no concurrencia o competencia desleal al empleador (DIÉGUEZ CUERVO (1969); MARTÍNEZ GIRÓN *et al.* (2004), p. 267). Ciertamente se ha señalado que el fundamento de esta prohibición se encuentra en el deber genérico de lealtad y fidelidad del trabajador que le impide abusar de la posición que ocupa en la empresa perjudicando comercialmente a su empleador (IRURETA URIARTE (2007), p. 65). Se sostiene así

despido, cuando se regulan las causales disciplinarias (tradicionalmente denominadas causales de caducidad), y se establece que el contrato de trabajo termina sin derecho a indemnización si el empleador decide ponerle término en caso de *“negociaciones que ejecute el trabajador dentro del giro del negocio y que hubieren sido prohibidas por escrito en el respectivo contrato por el empleador”* (cfr. núm. 2º art. 160 Código del Trabajo –en adelante “CdT”–)<sup>7</sup>. El fundamento

---

que la obligación de lealtad y de prohibición de competencia desleal confluyen del contenido ético jurídico del contrato de trabajo, y como tal, obligan al deudor de trabajo (THAYER ARTEAGA y NOVOA FUENZALIDA (2007), p. 53).

<sup>7</sup> Se advierten en la norma dos requisitos copulativos para que opere la prohibición: a) que las actividades paralelas que lleve a cabo el trabajador digan relación con el giro de la empresa y b) que hubieren sido prohibidas en forma expresa en el contrato de trabajo. En relación al primer requisito, es posible señalar que los actos prohibidos se configuran por la sucesiva colocación sobre el mercado de bienes y servicios iguales o de similar naturaleza a los del empleador (IRURETA URIARTE (2007), p. 69). Cabe advertir que la concurrencia existe no sólo cuando se trabaja para un competidor del empresario, sino también cuando se trabaja por la propia cuenta, o lo que es igual, erigiéndose uno mismo en competidor; de hecho, la constitución de entidades competitivas aparece como una modalidad habitual a este respecto (AGRA VIFORCOS (2003), p. 285). Esta prohibición comprendería a su vez los servicios que se realizan mediante entes enmascarados, en los cuales, el trabajador no aparece ni como dependiente ni como principal (IRURETA URIARTE (2007), p. 70). Por su parte, la referencia a la expresión “giro del negocio” busca circunscribir la actividad competitiva a aquellas cuestiones que son propias de la esfera comercial o industrial del empresario principal (IRURETA URIARTE (2007), p. 72). Es decir, se trata de las operaciones ordinarias que efectúa la empresa cuya titularidad pertenece al empleador (IRURETA URIARTE (2007), p. 73). En torno al segundo requisito, esto es, que el pacto de no competencia conste por escrito en el contrato respectivo, es posible indicar que pese al tenor literal de la norma, un sector relevante de la doctrina nacional no se muestra conforme con esta exigencia, pues entiende que la prohibición de competencia debiera presumirse y lo que correspondería autorizar al empleador sería justamente lo contrario, esto es, que el trabajador pueda realizar negociaciones dentro del giro del negocio (THAYER ARTEAGA y NOVOA FUENZALIDA (2007), p. 53). En este sentido, se considera que el supuesto específico de competencia desleal debía ser reconducido a otra causa de terminación de contrato, específicamente, la falta de probidad (ROJAS MIÑO (2004), p. 251). Cabe subrayar que ha existido jurisprudencia de los tribunales superiores que ha seguido este criterio, y así se ha determinado que constituye un caso de incumplimiento grave de obligaciones el llevar a efecto labores paralelas a aquellas de la empresa donde se prestan servicios, aun cuando no se hubiera estipulado la prohibición por escrito. En particular, se ha indicado que si un trabajador (gerente) “desarrolló actuaciones de índole comercial al asociarse con su subalterno para desarrollar actividades comerciales de las mismas características de aquellas que debía ejecutar por cuenta del empleador, mediante la constitución de algunas sociedades, llegando incluso a operar con éste a través de un tercero, ha incurrido en la causal de despido de incumplimiento grave de las obligaciones”. Lo anterior, se entiende sin perjuicio de que “tales hechos no hayan sido previstos por las partes en el contrato de trabajo, tanto porque no corresponde a las partes establecer anticipadamente motivos de exoneración con efecto vinculante, atendido que ésta es materia de orden público, cuanto porque no puede menos que reconocerse que en toda relación entre personas y partes existen siempre exigencias éticas no expresadas pero que son de su esencia y que cuando no son cumplidas hacen imposible la sobrevivencia del lazo”; véase Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 1861-2003, de 11 de enero de 2005. Con todo, la Corte Suprema ha ratificado la exigencia de escrituración de la prohibición en distintas sentencias. Por ejemplo, Corte Suprema, 28 de mayo de 2002, *RDJ*, T. XCIC, sección 3ª (2002), p. 113; y Corte Suprema, 8 de septiembre de 1981, *RDJ*, T. LXXVIII, sección 3ª (1981), p. 97.

de esta prohibición reside en que durante la vigencia del contrato de trabajo el riesgo de desviación o aprovechamiento de los contactos o conocimientos a los que se ha tenido acceso gracias a la prestación de servicios es evidente e incompatible con las exigencias de la buena fe contractual<sup>8</sup>. Por consiguiente, estando vigente el contrato de trabajo se acepta tal clase de prohibición y, es más, cuando se incumple el empleador puede resolver el contrato sin derecho a indemnización para el trabajador.

Por su parte, no existe disposición alguna que regule el tema de los pactos de competencia post-contractual. De este modo, en principio, finalizado el contrato de trabajo resulta perfectamente lícito que el trabajador pueda hacerle competencia a su antiguo empleador, aplicando la experiencia, conocimientos y destrezas adquiridos mientras estuvo prestándole servicios<sup>9</sup>. En este contexto, esta clase de pacto se presenta como un tema complejo, toda vez que el ex-trabajador goza del derecho constitucional de la libertad de trabajo (cfr. núm. 16º art. 19 Constitución). Tal derecho supone el reconocimiento a toda persona para buscar, escoger, obtener, practicar o desempeñar cualquier actividad remunerativa, profesión u oficio lícito<sup>10</sup>. Nos parece que en estricto rigor mediante esta clase de pacto se estaría afectando el derecho a la “libre elección del trabajo” (cfr. inc. 2º del núm. 16º art. 19 Constitución), en particular una de sus facetas, consistente en el derecho previo de opción, el cual presupone la existencia de empleos u oportunidades de trabajo en los que se puede ocupar la profesión u oficio<sup>11</sup>. En el ámbito laboral esta libertad de elección supondrá el origen de la relación jurídica entre un empleador y un trabajador, lo que en doctrina se denomina como el “rol genético” del contrato de trabajo<sup>12</sup>.

---

<sup>8</sup> Véase NOGUEIRA GUASTAVINO (1998), p. 47.

<sup>9</sup> MARTÍNEZ GIRÓN *et al.* (2004), p. 268.

<sup>10</sup> IRURETA URIARTE (2006), p. 49. En el mismo sentido Gamonal, quien señala que la libertad de trabajo y de contratación no pueden entenderse en el sentido de que los empleadores pudieran contratar libremente y establecer con plena libertad las modalidades del contrato de trabajo, ya que dicha autonomía opera sobre los mínimos establecidos en la ley para proteger a la parte más débil de la relación laboral; véase GAMONAL CONTRERAS (2008), p. 39. Sobre la libertad de trabajo en nuestra doctrina laboral, además de los autores antes citados, véase WALKER ERRÁZURIZ (2003 b), p. 248; WALKER ERRÁZURIZ (2003 a), pp. 210-211; PALAVECINO CÁCERES (2013), pp. 79-80; y LANATA FUENZALIDA (2009), p. 34. Sobre la libertad de trabajo en la doctrina constitucionalista véase BULNES ALDUNATE (1980), pp. 215 y ss.; SILVA BASCUÑÁN (2010), pp. 223 y ss.; EVANS DE LA CUADRA (1986), p. 216; y VERDUGO MARINKOVIC *et al.* (1994), p. 289.

<sup>11</sup> IRURETA URIARTE (2006), p. 49. A este respecto, Gamonal sostiene que el trabajador tiene la facultad de “autodeterminarse sin que su voluntad quede sujeta a la del otro sujeto contratante: el empleador”, véase GAMONAL CONTRERAS (1998), p. 48. Por su parte, la doctrina constitucional reciente entiende que la libre elección del trabajo implica para una persona la facultad de elegir la clase de ocupación y la de escoger oportunidades lícitas que se le ofrezcan, según la propia actitud, vocación y albedrío, sin sujeción a poder externo; véase BRONFMAN VARGAS *et al.* (2012), p. 338.

<sup>12</sup> POBLETE JIMÉNEZ (2001), p. 85; PALAVECINO CÁCERES (2013), pp. 79-80.

En principio, la disposición constitucional impediría dar acogida a prohibiciones a dicha libertad, a menos que se trate de restricciones que, encontrándose plenamente justificadas, no afecten el derecho en su esencia. En efecto, según el autor español De Val Tena, como ningún derecho es absoluto, la prohibición de concurrencia en las relaciones de trabajo no significa *per se* que el trabajador sufra un menoscabo en su derecho a la libertad de trabajo<sup>13</sup>. Y es que si el pacto de no competencia post-contractual está supeditado a una serie de limitaciones –que en España se contienen en la ley–, la afectación del mencionado derecho constitucional podría entenderse como aceptable<sup>14</sup>.

Precisamente, el presente trabajo busca analizar la problemática de las cláusulas de no competencia post-contractual a la luz de nuestro derecho, en particular determinar si éstas pueden ser consideradas válidas y, de ser así, qué condiciones deben cumplir con miras a tal objetivo<sup>15</sup>. Para llevar a cabo este estudio, conside-

<sup>13</sup> DE VAL TENA (1996), p. 10.

<sup>14</sup> DE VAL TENA (1996), p. 10.

<sup>15</sup> Aunque en el presente estudio nos limitaremos a aquellas cláusulas de no competencia de naturaleza laboral, ciertamente se trata de una figura que va más allá de las fronteras del Derecho del Trabajo. En este sentido, es nutrida la jurisprudencia nacional en sede de libre competencia, donde se discute la validez y alcance de las cláusulas de no competencia entre competidores, existiendo una clara tendencia hacia su reconocimiento, cumplidos ciertos requisitos. Véanse las siguientes resoluciones de la (extinta) Comisión Resolutiva: Resolución N° 297, de 1988 (estas cláusulas deben analizarse caso a caso, pues una determinada prohibición puede ser el fruto de la libre expresión de la autonomía de la voluntad, sin afectar la libre competencia); Resolución N° 608, de 28 de junio de 2001 (no son contrarias a la libre competencia ni atentan contra la libertad de trabajo aquellas cláusulas que no fueron pactadas como una manera de impedir o entorpecer el legítimo acceso a una actividad o trabajo, sino que como una forma de precaver despidos simulados e imputar el costo de dichos despidos a un “premio por inexistencia de contingencias” acordado entre las partes); y Resolución N° 681, de 12 de marzo de 2003 (sin perjuicio de reconocer la validez de las “cláusulas radiales”, para preservar la competencia en el mercado de los centros comerciales, la Comisión decide dejar sin efecto la parte de ellas que se refiere a las cláusulas penales por incumplimiento de lo pactado. Este criterio fue confirmado por la Corte Suprema, conociendo del recurso de reclamación, véase Corte Suprema, ROL N° 1197-2003, 19 de agosto de 2003). Véanse también los siguientes Dictámenes de la (extinta) Comisión Preventiva Central: Dictamen N° 285, de 7 de septiembre de 1981 (si bien toda persona es libre para restringir su giro de actividades, cuando dicha restricción se impone en razón de su calidad de socio de una empresa que explota el rubro a que se refiere la limitación, es necesario que expresamente se consignen en el contrato respectivo que ella se establece en razón de la calidad de socios que tienen en la filial los contratantes y que la referida prohibición tendrá validez mientras se mantenga tal calidad); Dictamen N° 678, de 3 de noviembre de 1988 (reitera la validez de estas cláusulas respecto de los socios de una sociedad, por aplicación del art. 404 N° 3 del Código de Comercio. Respecto de los terceros que eventualmente adquieran o compren los derechos de la sociedad en cuestión, la Comisión estima que en ningún caso puede imponérseles la prohibición de ejercer un determinado giro comercial); Dictamen N° 757, de 18 de abril de 1991 (considera contraria a la libre competencia una cláusula de no competencia sin limitación de tiempo); Dictamen N° 766, de 31 de mayo de 1991 (estima que es contraria a la libre competencia y que constituye un entorpecimiento a la libertad de trabajo, aquella cláusula que exige que el vendedor y su cónyuge no incurran directa o indirectamente en actividades comerciales que pudieren constituir competencia de cualquiera de los giros a los que se destinen actual-

ramos que tres eran los pilares básicos en los cuales tenía que fundamentarse la investigación. El primero, consistente en examinar cómo distintos ordenamientos extranjeros han abordado esta materia; así, se observó tanto la situación de países que han regulado en la ley este tema, como de otros que, a pesar que no hacerlo, sí han fijado criterios jurisprudenciales en relación a esta institución. El segundo, se refiere a considerar la posición y los razonamientos que nuestra jurisprudencia judicial ha ido desarrollando en torno a esta clase de pactos en los últimos años. Finalmente, el tercero, dice relación con efectuar un análisis de la validez de estas cláusulas a la luz del principio de proporcionalidad.

## 2. Derecho comparado

En este apartado estudiaremos el derecho de distintos países extranjeros que han abordado el tema de las cláusulas de no competencia post-contratual. Con tal objetivo, distinguiremos entre aquellos países que aceptan la validez de estas cláusulas, ya sea por expresa disposición legal, o bien, por reconocimiento jurisprudencial, y aquellos países que no admiten la validez de estos pactos.

### 2.1. Países que aceptan la validez de estas cláusulas por expresa disposición legal

#### a) España

En el caso de España, se acepta expresamente la suscripción de este tipo de pacto, sujeto al cumplimiento de ciertas condiciones. La norma fundamental a este respecto es el art. 22.2 del Estatuto de los Trabajadores, que reconoce la validez de esta clase de pacto, siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

---

mente o en el futuro los activos adquiridos); Dictamen N° 787, de 19 de noviembre de 1991 (considera que una cláusula de no competencia de diez años es innecesariamente larga para proteger el interés del comprador en la inversión realizada, pero acepta una de cinco años); Dictamen N° 1103, de 10 de marzo de 2000 (la Comisión comparte el criterio de la Fiscalía Nacional Económica, en cuanto a que la cláusula analizada no es contraria a la libre competencia, pues no aparece de los antecedentes recabados atentado alguno a la libertad de trabajo del denunciante); y Dictamen N° 1106, de 10 de marzo de 2000 (se consideran contrarias a la libre competencia determinadas cláusulas de no competencia, por cuanto constituyen impedimentos a la libertad de trabajo que, a juicio de la Comisión, carecen de justificación y fundamento). Por su parte, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia ha fallado que estas cláusulas no son en sí mismas contrarias a la libre competencia, salvo que se demuestre que en el caso particular impiden, restringen o entorpecen la libre competencia, o tienden a producir dichos efectos (Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Sentencia N° 111-2011, 13 de abril de 2011); a su vez, sobre su duración máxima, dicho Tribunal ha señalado en al menos dos oportunidades que sería de dos años (véanse Resolución N° 41-2012, de 27 de septiembre de 2012; y Resolución N° 43-2012, de 12 de diciembre de 2012). Sobre los pactos de no competencia desde la perspectiva del derecho de la libre competencia, véase CONTRERAS BLANCO (2012), pp. 195 y ss.

### **i) Tener un plazo máximo de duración**

No podrán tener una duración superior a dos años para los técnicos y de seis meses para los demás trabajadores<sup>16</sup>. Se trata de tiempos que juegan como plazos de duración máxima, pudiendo celebrarse pactos de no competencia por períodos inferiores<sup>17</sup>. Ahora bien, si se estipulan pactos por períodos superiores a los indicados, al tener el límite máximo su origen en una norma de derecho necesario que las partes están obligadas a respetar y observar, la eficacia del pacto no llegará más allá de los dos años, si se trata de un técnico (o un alto directivo o mediador mercantil) o de los seis meses, si es un trabajador común. Lo anterior, de acuerdo a lo dispuesto en el art. 9.1 del Estatuto de los Trabajadores, a cuyo tenor *“si resultase nula sólo una parte del contrato de trabajo, éste permanecerá válido en lo restante, y se entenderá completado con los preceptos jurídicos adecuados conforme lo dispuesto en el art. 3.1 de esta ley”*<sup>18</sup>.

### **ii) Que el empresario posea un efectivo interés industrial o comercial en el pacto**

Para que el interés industrial o comercial sea efectivo será necesario que la actividad que pueda realizar el trabajador tenga lugar dentro del mismo ámbito de actuación que desarrolla la empresa en la que prestaba sus servicios, en razón de ir dirigida a una potencial e idéntica clientela<sup>19</sup>. Asimismo, se exigirá que el trabajador se beneficie de los conocimientos adquiridos con ocasión de su prestación de servicios en la anterior empresa para favorecer así la actividad concurrente o desviar la clientela de aquélla en interés propio o de otros<sup>20</sup>.

### **iii) Se otorgue al trabajador una compensación económica adecuada**

La compensación es un requisito esencial para la validez y licitud del pacto, de manera que si no está presente éste es nulo *ab origine* y no puede reconocér-

<sup>16</sup> La duración máxima de dos años se aplica también a los casos de altos directivos (cfr. art. 8.3 Real Decreto 1382/1985) y mediadores mercantiles (cfr. art. 10.4 Real Decreto 1438/1985).

<sup>17</sup> DE VAL TENA (1996), p. 29.

<sup>18</sup> El art. 3.1 del Estatuto de los Trabajadores dispone: 1. Los derechos y obligaciones concernientes a la relación laboral se regulan: a) Por las disposiciones legales y reglamentarias del Estado; b) Por los convenios colectivos; c) Por la voluntad de las partes, manifestada en el contrato de trabajo, siendo su objeto lícito y sin que en ningún caso puedan establecerse en perjuicio del trabajador condiciones menos favorables o contrarias a las disposiciones legales y convenios colectivos antes expresados; d) Por los usos y costumbres locales y profesionales. Véase DE VAL TENA (1996), p. 29.

<sup>19</sup> DE VAL TENA (1996), p. 30.

<sup>20</sup> DE VAL TENA (1996), p. 30.

sele efectividad alguna<sup>21</sup>. Esta retribución asegura al trabajador una estabilidad económica una vez extinguido el contrato, evitando la necesidad urgente de encontrar un nuevo puesto de trabajo<sup>22</sup>.

No se contempla criterio legal alguno que concrete los términos y el alcance de la adecuación de la compensación económica<sup>23</sup>. De esta suerte, ella debe determinarse por acuerdo entre las partes, según las circunstancias concurrentes en cada caso, pudiendo consistir, por ejemplo, en una determinada cantidad percibida a lo largo de la relación laboral y otra añadida una vez que se ha extinguido el vínculo<sup>24</sup>. Debe fijarse de una forma clara en el correspondiente pacto, y ser proporcional al sacrificio que se impone al trabajador, lo cual dependerá de diversas circunstancias, entre las que cabe destacar la merma que éste supone para el trabajador en sus posibilidades reales de colocación, así como el tiempo que dure la limitación<sup>25</sup>. Con todo, si existen discrepancias entre las partes acerca de la suficiencia de la compensación económica, la cuestión ha de ser resuelta por los tribunales del orden social<sup>26</sup>.

## **b) Italia**

El Código Civil italiano, en su art. 2125, se encarga de regular el pacto de no concurrencia una vez finalizado el contrato de trabajo. Se establece que es nulo el pacto que limita la realización de actividades al trabajador después de cesado el contrato de trabajo. Sin embargo, el pacto será válido si cumple con los siguientes requisitos:

### **i) Constar por escrito**

El pacto de no concurrencia debe constar por escrito, de no serlo se considera nulo<sup>27</sup>. De esta suerte, para que sea válido no resulta suficiente la simple

---

<sup>21</sup> DEL REY GUANTER (2007), p. 435.

<sup>22</sup> DEL REY GUANTER (2007), p. 435.

<sup>23</sup> PEDRAJAS MORENO y SALA FRANCO (2005), p. 46.

<sup>24</sup> DEL REY GUANTER (2007), p. 435.

<sup>25</sup> DEL REY GUANTER (2007), p. 435. En este mismo sentido, se señala que la compensación económica impone la proporcionalidad entre la duración del compromiso y la cuantía de la indemnización, de modo que la mayor duración de la obligación de no concurrir exige un mayor importe de la compensación pactada y viceversa. Igualmente, a mayor especialización del trabajo, más reducido será el mercado potencial de trabajo residual y menos posibilidades tendrá el trabajador de realizar otra actividad, por lo que mayor ha de ser su compensación económica; véase PEDRAJAS MORENO y SALA FRANCO (2005), p. 46.

<sup>26</sup> PEDRAJAS MORENO y SALA FRANCO (2005), p. 46.

<sup>27</sup> GHIROTTI (2008), p. 167; y CARINCI *et al.* (2013), p. 217.



manifestación de voluntad del empresario y el trabajador, sea que ésta se exprese verbalmente, o bien que se desprenda de manera implícita de la actuación de dichas partes<sup>28</sup>. Asimismo, dado que la estipulación escrita se requiere para el perfeccionamiento del pacto, no será posible probar su existencia a través de otro medio<sup>29</sup>.

## ii) Contemplar una compensación en favor del trabajador

El empleador debe comprometerse a otorgar al trabajador una compensación. Esto pone de manifiesto el carácter oneroso del pacto, que frente a la obligación de no hacer que asume el trabajador, requiere del respectivo empleador una contraprestación<sup>30</sup>.

Se señala que esta compensación viene a cumplir la función de proporcionar una suerte de reparación del perjuicio, aunque sea sólo potencial, que el trabajador debe sufrir a causa de las restricciones a su libertad de trabajo<sup>31</sup>. 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<sup>32</sup>. Cabe apuntar que existe consenso en cuanto a que no es necesario que la compensación revista siempre carácter pecuniario. Lo importante, eso sí, es que se traduzca en una concreta ventaja económica<sup>33</sup>.

El art. 2125 del Código Civil italiano no establece ningún criterio para la determinación de la compensación. Se deja así a la autonomía de las partes la fijación de su monto y forma de pago. La razón del silencio de la disposición se fundamenta en que el sacrificio que asume el trabajador y el beneficio que conlleva para el empleador sólo se podrán determinar en razón de la valoración específica de la actividad que se prohíbe realizar<sup>34</sup>. Con todo, se debe asegurar al trabajador un beneficio económico concreto y adecuado<sup>35</sup>. En este contexto, la jurisprudencia italiana ha sido sumamente casuista a la

---

<sup>28</sup> BOSCATI (2010), p. 177.

<sup>29</sup> BOSCATI (2010), p. 177.

<sup>30</sup> GHIROTTI (2008), pp. 178-179.

<sup>31</sup> BOSCATI (2010), p. 186.

<sup>32</sup> BOSCATI (2010), p. 186.

<sup>33</sup> BOSCATI (2010), p. 186. Se da el ejemplo de un trabajador al que se le permite, después de cesado su contrato de trabajo, seguir viviendo, por un cierto plazo en el apartamento que se le había concedido con ocasión de dicho contrato.

<sup>34</sup> BOSCATI (2010), p. 188.

<sup>35</sup> BOSCATI (2010), p. 189.

hora de entender o no adecuada tal clase de compensación<sup>36</sup>. Así, en un pacto de no competencia que tenía como duración un año se ha estimado como razonable compensación el equivalente a seis meses de remuneraciones<sup>37</sup>. Igualmente, se han considerado razonables compensaciones de menor monto, como aquellas equivalentes a un 15% o un 10% de la remuneración que recibía el trabajador<sup>38</sup>.

### iii) Tener limitación de objeto, tiempo y lugar

En cuanto al objeto del pacto de no competencia, se señala que éste puede legítimamente prohibir el ejercicio de una actividad que pueda ser concurrente con la de la empresa<sup>39</sup>. Ésta persigue, mediante este pacto, proteger su patrimonio inmaterial, constituido por elementos internos, como su organización administrativa y técnica, y el proceso de producción, como también por sus elementos externos, como la clientela<sup>40</sup>. Por consiguiente, si el fundamento del pacto se encuentra en la conservación de la empresa, su objeto sólo puede comprender tareas que sean propias del giro de ésta, ya que en esa área es donde el trabajador puede generar una competencia que sea peligrosa para los intereses económicos de la empresa de origen<sup>41</sup>.

El pacto debe indicar el territorio respecto del cual se aplica la prohibición de no competencia<sup>42</sup>. En un principio, la jurisprudencia era particularmente sensible a que tales pactos operaran sólo en territorio italiano, no obstante el panorama ha ido cambiando, reconociéndose la posibilidad de que se pueda abarcar el espacio comunitario europeo, como también otros países extranjeros<sup>43</sup>.

Por último, el pacto debe contemplar un plazo máximo de duración. Es la única condición, de las contempladas en el art. 2125 del Código Civil italiano, que esta norma se encarga de fijar en forma expresa. De este modo, se establece que el pacto podrá tener un plazo máximo de duración de cinco años si se trata de ejecutivos (a contar de la extinción del contrato de trabajo), y de tres años, tratándose del resto de los trabajadores<sup>44</sup>.

---

<sup>36</sup> GHIROTTI (2008), pp. 180 y ss.

<sup>37</sup> BOSCATI (2010), p. 189.

<sup>38</sup> BOSCATI (2010), pp. 189-190.

<sup>39</sup> BOSCATI (2010), p. 211.

<sup>40</sup> BOSCATI (2010), p. 212.

<sup>41</sup> BOSCATI (2010), pp. 212-213. Véase también GHIROTTI (2008), pp. 170-171.

<sup>42</sup> GHIROTTI (2008), p. 173.

<sup>43</sup> BOSCATI (2010), pp. 237-238.

<sup>44</sup> CARINCI *et al.* (2013), p. 217; y GHIROTTI (2008), p. 177.

## 2.2. Países que aceptan jurisprudencialmente la validez de estas cláusulas

### a) Francia

La cláusula de no competencia (no competencia) no está regulada expresamente en el Código del Trabajo francés. Ahora bien, la jurisprudencia le ha reconocido validez, pero sujeta al cumplimiento de una serie de condiciones. Lo anterior, en virtud de lo dispuesto en el art. L1121-1 del mencionado cuerpo legal, en cuya virtud, no es posible aplicar restricciones a los derechos de las personas y a las libertades individuales y colectivas, si no están justificadas por la naturaleza de las funciones que debe cumplir el trabajador y proporcionadas a la finalidad perseguida<sup>45</sup>. En este sentido, la cláusula de no competencia no se puede presumir, tiene que constar en forma expresa en el contrato de trabajo. Resulta usual que este tipo de cláusulas se regulen en convenios colectivos de rama, casos en los cuales, el contrato de trabajo individual se limita a establecer que el trabajador debe respetar la cláusula contenida en el convenio respectivo<sup>46</sup>.

Según decíamos, de acuerdo a la jurisprudencia es necesario que esta cláusula cumpla una serie de condiciones, a saber<sup>47</sup>:

### i) Debe ser indispensable para los intereses legítimos de la empresa

La protección de intereses legítimos consiste en evitar el daño económico que le puede provocar a una empresa la actividad concurrente de un antiguo trabajador<sup>48</sup>. Por consiguiente, se debe tratar de una actividad que esté relacionada con el giro real de la empresa, de manera que efectivamente signifique competencia, y que le pueda provocar un daño económico<sup>49</sup>. Este menoscabo puede provenir de la divulgación de información estratégica o confidencial, pero también, en particular, de la pérdida de clientela<sup>50</sup>. En este orden, la prohibición tendría que suscribirse con aquellos trabajadores que se familiaricen con esa clase de información, o bien, que tengan relaciones muy cercanas con los clientes, de manera que no les resulte difícil desviarlos frente a un cambio de trabajo<sup>51</sup>.

<sup>45</sup> Véase ANTONMATTEI (2009), p. 93.

<sup>46</sup> ANTONMATTEI (2009), pp. 96-97.

<sup>47</sup> ANTONMATTEI (2009), p. 99.

<sup>48</sup> GAVALDA (1999), pp. 585 y ss.

<sup>49</sup> ANTONMATTEI (2009), pp. 100-101.

<sup>50</sup> GAVALDA (1999), pp. 585-586.

<sup>51</sup> ANTONMATTEI (2009), pp. 100-101.

## ii) Debe estar limitada en el tiempo

La cláusula debe contemplar una limitación en relación al plazo de duración<sup>52</sup>. Cabe apuntar que la mayor parte de las convenciones colectivas de rama contemplan una duración máxima de dos años<sup>53</sup>.

## iii) Debe estar limitada en el espacio

La cláusula debe contener una limitación en cuanto a su ámbito de aplicación geográfica<sup>54</sup>. En este sentido, se considera que la determinación de la zona de prohibición, depende del lugar donde realmente se pueda generar una competencia al ex-empleador. Puede tratarse así de un espacio internacional (si la empresa está presente en varios países), territorio nacional, o un territorio menor, como una región o departamento<sup>55</sup>.

## iv) Debe contener una compensación pecuniaria para el trabajador

La validez de la cláusula de no competencia está subordinada al pago de una compensación pecuniaria<sup>56</sup>. El monto de dicha compensación va a depender de una serie de factores, tales como el tiempo de duración de la prohibición, el ámbito espacial de aplicación de dicha cláusula, y el tipo de actividad que se ha prohibido desarrollar<sup>57</sup>. A su vez, algunos convenios colectivos consideran para estos efectos las razones del término de la relación laboral; así, deberá ser mayor la suma a pagar tratándose de un despido por causas económicas, en comparación a un caso de renuncia del trabajador<sup>58</sup>.

Los montos se fijan normalmente tomando como base de cálculo la remuneración que percibía el trabajador (ya sea el último emolumento, o bien, un promedio de los últimos emolumentos recibidos). En este orden, resulta usual que los convenios colectivos fijen un piso mínimo constituido por un porcentaje inferior de dicha remuneración<sup>59</sup>. Con todo, la jurisprudencia ha

<sup>52</sup> AUZERO y DOCKÉS (2014), p. 208; y GAVALDA (1999), p. 589.

<sup>53</sup> ANTONMATTEI (2009), p. 101; y CHARRO BAENA (1995), p. 168.

<sup>54</sup> AUZERO y DOCKÉS (2014), p. 208.

<sup>55</sup> ANTONMATTEI (2009), p. 102.

<sup>56</sup> AUZERO y DOCKÉS (2014), p. 210; VATINET (1998), pp. 541-542.

<sup>57</sup> ANTONMATTEI (2009), p. 105.

<sup>58</sup> ANTONMATTEI (2009), p. 106.

<sup>59</sup> NOGUEIRA GUASTAVINO (1998), p. 156.

concluido que un monto equivalente a un 10% de la remuneración del trabajador no resulta suficiente para estos efectos<sup>60</sup>.

## b) Argentina

El art. 88 de la Ley de Contrato de Trabajo titulado como “Deber de no concurrencia” –también denominado en doctrina “competencia desleal”<sup>61</sup>–, dispone que *“El trabajador debe abstenerse de ejecutar negociaciones por cuenta propia o ajena, que pudieran afectar los intereses del empleador, salvo autorización de éste”*.

Se entiende que dicha prohibición opera estando vigente el contrato de trabajo<sup>62</sup>. A diferencia de nuestro país, donde es necesario que se pacte en forma expresa que el trabajador no realice negociaciones dentro del giro del empleador, en el ordenamiento argentino se concibe *per se* la prohibición, a menos que el empleador autorice al trabajador. De acuerdo a Grisolí, se incurre en competencia desleal no sólo si con sus actos el trabajador causa daño a los intereses del empleador, sino también si la actividad desarrollada tiene entidad para producirlo: lo que importa no es la existencia de un daño ni su magnitud, sino la actitud potencialmente perjudicial para el empleador; eso es lo que genera el incumplimiento<sup>63</sup>.

Excepcionalmente, la prohibición de competencia puede extenderse a un período posterior a la finalización del contrato. Ello sucede siempre que las partes celebren un “convenio especial de no concurrencia”<sup>64</sup>. Se dice que este convenio crea una obligación de no hacer y, en caso de incumplimiento, acarrea las consecuencias jurídicas propias de esta clase de obligaciones según el derecho común<sup>65</sup>.

La Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo de la Capital Federal ha sostenido que la limitación a la competencia una vez cesado el contrato sería válida –sin que se considere como violatoria del derecho a trabajar– si está sujeta a dos condiciones, un plazo determinado y una contraprestación a favor del trabajador<sup>66</sup>. En este sentido, se afirma que un pacto de no concurrencia post contractual, que no impide al ex-trabajador realizar una industria lícita

---

<sup>60</sup> ANTONMATTEI (2009), p. 104.

<sup>61</sup> GRISOLÍA (2008), p. 288.

<sup>62</sup> ETALA (2010), p. 286.

<sup>63</sup> GRISOLÍA (2008), p. 288.

<sup>64</sup> ETALA (2010), p. 286.

<sup>65</sup> ETALA (2010), p. 286.

<sup>66</sup> Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala 1ª, 10 de noviembre de 2006, véase MARK (2009), p. 441. Se trataba de un pacto de no competencia suscrito por quien fuera presidente de una empresa, al desvincularse de ella, cuyo plazo de duración era de diez años, percibiendo la suma de novecientos

(diferente a la prohibida en aquél) y que además contempla una contraprestación dineraria de importancia no desdeñable, no puede ser declarado nulo con base en un arrepentimiento por razones de conveniencia, ya que éstas no son válidas para descalificar la eficacia de un pacto en curso de ejecución que no parece reñido con disposiciones imperativas<sup>67</sup>.

### c) Brasil

En la legislación laboral brasileña tampoco se encuentra regulado este tópico. En estos supuestos de vacío legal, se permite a los jueces del trabajo (y a las autoridades administrativas) recurrir al Derecho comparado, con miras a resolver la cuestión que se presenta a su conocimiento (cfr. art. 8º de la Consolidación de las Leyes del Trabajo). En este contexto, tanto la jurisprudencia como la doctrina brasileña han reconocido la validez de este tipo de cláusulas<sup>68</sup>.

Ilustrativa resulta la sentencia de 18 de mayo de 2004 del Tribunal Regional del Trabalho da 2 Região (São Paulo), que examinando la validez de una cláusula de no competencia, toma en cuenta el derecho de diferentes países, como Alemania, España, Francia, e Italia, y llega a la conclusión de que estas cláusulas son válidas si cumplen con ciertas condiciones.

Entre tales presupuestos podemos destacar en primer lugar, el que la cláusula debe constar por escrito en el contrato de trabajo. No se puede admitir una estipulación implícita o tácita, pues daría margen a inseguridad para el trabajador. Por su parte, la cláusula debe señalar la actividad específica –concurrente con la del ex-empleador– que se prohíbe realizar, por tanto, y a *contrario sensu*, se entenderá que el trabajador puede llevar a cabo cualquier otro tipo de trabajo<sup>69</sup>.

Asimismo, se señala en la sentencia que esta cláusula de no concurrencia deberá ser estipulada por un tiempo determinado y para cierto lugar. No puede ser, por tanto, perpetua<sup>70</sup>. Se dice que lo ideal es que como tope se pacte un plazo de dos años, que es el período máximo de vigencia del contrato de trabajo

---

mil dólares, y centrándose la prohibición de competir en el desarrollo de semillas, véase también en ETALA (2010), p. 287.

<sup>67</sup> Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala 1ª, 10 de noviembre de 2006, véase MARK (2009), pp. 440-441.

<sup>68</sup> Véase DE MELLO JOÃO (2003), pp. 34 y ss.; y PINTO MARTINS (2013), pp. 138 y ss.

<sup>69</sup> Tribunal Regional del Trabalho da 2 Região (São Paulo), 18 de mayo de 2004.

<sup>70</sup> Tribunal Regional del Trabalho da 2 Região (São Paulo), 18 de mayo de 2004. Se señala lo mismo en PINTO MARTINS (2013), p. 141.

por tiempo determinado<sup>71</sup>. A este respecto, se afirma que ciertas actividades no precisan de un plazo muy largo de abstención, como en el área de bancos y de la informática, dado que en algunas semanas o en seis meses los demás competidores han absorbido un nuevo producto o una nueva tecnología<sup>72</sup>.

Por último, para que sea válida la cláusula se necesita que el trabajador reciba una compensación económica, que le permita hacer frente a sus compromisos como si estuviese trabajando<sup>73</sup>. Para Pinto, esta compensación debe ser calculada considerando el valor de la última remuneración multiplicado por el número de meses en que dejará de ejercer la actividad prohibida en el pacto de no competencia<sup>74</sup>. Pues, según el autor, puede ocurrir que el trabajador no esté en condiciones de ejercer otra actividad que no sea el rubro del propio ex-empendedor, de manera que estaría impedido de ejercer su profesión<sup>75</sup>.

### **2.3. Países que no reconocen la validez de estas cláusulas. El caso colombiano**

El art. 44 del Código Sustantivo del Trabajo de Colombia establece que no produce efecto alguno la estipulación por medio de la cual un trabajador se obliga a no trabajar en determinada actividad o a no prestar sus servicios a los competidores de su empleador, una vez concluido su contrato de trabajo<sup>76</sup>.

Es necesario destacar que esta norma contenía una segunda parte, según la cual, sí podía ser válida tal clase de estipulación, siempre que: (i) se tratara de trabajadores, técnicos, industriales o agrícolas; (ii) tuviera un plazo máximo de duración de un año, y (iii) se compensará al trabajador por el período de inactividad con una indemnización cuyo monto mínimo debía ascender a la mitad del salario. Esta parte del artículo fue declarada inexecutable por la Corte Suprema colombiana por considerar que atentaba contra el derecho constitucional de la libertad de trabajo<sup>77</sup>. En este sentido, la Corte señalaba que el art. 39 de la Constitución (a cuyo tenor, “toda persona es libre de escoger profesión u

<sup>71</sup> Tribunal Regional del Trabalho da 2 Região (São Paulo), 18 de mayo de 2004. Se señala lo mismo en PINTO MARTINS (2013), p. 141.

<sup>72</sup> Tribunal Regional del Trabalho da 2 Região (São Paulo), 18 de mayo de 2004. Se señala lo mismo en PINTO MARTINS (2013), p. 141.

<sup>73</sup> Tribunal Regional del Trabalho da 2 Região (São Paulo), 18 de mayo de 2004. Se señala lo mismo en PINTO MARTINS (2013), p. 141.

<sup>74</sup> PINTO MARTINS (2013), p. 142.

<sup>75</sup> PINTO MARTINS (2013), p. 142.

<sup>76</sup> OSTAU DE LAFONT DE LEÓN (2009), p. 244.

<sup>77</sup> Corte Suprema colombiana, 18 de julio de 1973. Cabe apuntar que en el momento del fallo estaba vigente la Constitución colombiana de 1886. Actualmente rige en Colombia una nueva Constitución, aprobada en 1991.

oficio”) no permitía que la ley desconociera dicha libertad tratándose de trabajadores en general o asalariados especiales, ya fuera por breve o largo lapso<sup>78</sup>.

### 3. Situación en la Jurisprudencia administrativa y judicial chilena

#### 3.1. Jurisprudencia de la Dirección del Trabajo

En Chile, la Dirección del Trabajo no admite la posibilidad de esta clase de estipulaciones, al considerar que no se ajustan a derecho, toda vez que considera que con ellas “se infringen aquellos preceptos de orden constitucional y legal que regulan la libertad de contratación y de elección del trabajo”<sup>79</sup>. De este modo, se afirma 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<sup>80</sup>.

Un sector de nuestra doctrina nacional comparte este criterio. Así, Lizama señala que la prohibición de competencia, contemplada en el art. 160 núm. 2 CdT, sólo se extiende durante la vigencia de la relación laboral, de manera que las cláusulas de no competencia que obligan al trabajador a abstenerse de desempeñar actividad alguna remunerada fuera de la empresa una vez extinguido el contrato de trabajo, no producen ningún efecto porque son restrictivas de los derechos fundamentales a la libre contratación y a la libre elección de trabajo<sup>81</sup>.

#### 3.2. Jurisprudencia judicial

Nuestros tribunales de justicia no han seguido la posición de la Dirección del Trabajo, y podríamos decir que en principio le reconocen validez a esta clase de pactos, siempre y cuando cumplan con ciertos requisitos. A continuación expondremos dos sentencias de la Corte Suprema, una de la Corte de Santiago y una del Segundo Juzgado de Letras de Santiago, que consideramos fijan los criterios de nuestra jurisprudencia en relación a esta materia.

<sup>78</sup> Reiteramos comentario de la nota precedente.

<sup>79</sup> Dirección del Trabajo, Ord. N° 5620/300, 22 de septiembre de 1997.

<sup>80</sup> Dirección del Trabajo, Ord. N° 5620/300, 22 de septiembre de 1997. En el mismo sentido, Dirección del Trabajo, Ord. N° 2790/133, 5 de marzo de 1995.

<sup>81</sup> LIZAMA PORTAL (2005), p 177. En el mismo sentido, GAMONAL CONTRERAS y GUIDI MOGGIA (2010), p. 280.



### **a) Caso “Silva Carvacho con Adicorp Neotec Limitada”, Corte Suprema<sup>82</sup>. Hacia la validez de la cláusula de no competencia post-contractual**

El caso trata de un trabajador que había suscrito una cláusula de no competencia post-contractual, consistente en no realizar ninguna actividad que implicara desarrollar el giro, negocio o industria del empleador (comercialización de equipos industriales) o de sus empresas filiales, por el plazo de dos años siguientes al término de la relación laboral. En la misma cláusula se establece que el trabajador recibirá una indemnización convencional equivalente a \$ 8.000.000 en carácter de contraprestación por la inactividad (su remuneración mensual aproximadamente ascendía a \$ 2.000.000).

El trabajador es despedido y pretende cobrar dicha cantidad, pero su ex-emp empleador se niega porque considera que aquél comenzó a trabajar en una empresa que comparte su giro. El trabajador niega tal situación, porque estima que trabaja en un área completamente distinta a la de su anterior trabajo.

El tribunal del trabajo desestima la procedencia del pacto de no concurrencia –y, por ende, la indemnización mencionada– por entender que ésta se encontraba supeditada a la firma de un finiquito. Este instrumento nunca fue suscrito por las partes, de tal manera que el tribunal determina que se encuentra fallida la condición para que opere dicho pacto y su correspondiente indemnización<sup>83</sup>.

Posteriormente, la Corte de Santiago, conociendo del recurso de apelación interpuesto por el trabajador, declaró de oficio la nulidad absoluta de la cláusula de no competencia, pues entendió que constituía “una clara restricción que la Constitución Política de la República prohíbe, desde que impide al trabajador el legítimo ejercicio de un derecho, cual es, el acceder a una actividad laboral específica, constriñendo no sólo su libertad de obrar sino también la libertad de querer, pues se le obligaría, en definitiva, a desarrollarse profesionalmente en otras áreas, ajenas a su especialidad y voluntad”<sup>84</sup>. Se declara así que dicha cláusula “adolece de objeto ilícito, en los términos que prevé el artículo 1462 del Código Civil”. En definitiva, se determina que “se está en presencia de un vicio de nulidad susceptible de declarar de oficio por el tribunal, de la manera que autorizan los artículos 1682 y 1683 del Código Civil”<sup>85</sup>.

Con todo, pareciera que la solución hubiera sido diferente si en dicha cláusula de no competencia se hubiera contemplado una indemnización de mayor monto. Y es que la Corte de Santiago apunta que “no se advierte el necesario equilibrio o proporcionalidad entre esa restricción a la libertad de trabajo y la

<sup>82</sup> Corte Suprema, ROL N° 3985-2009, 12 de noviembre de 2009.

<sup>83</sup> Tercer Juzgado del Trabajo (régimen antiguo), ROL N° 323-2007, 8 de mayo de 2008.

<sup>84</sup> Corte de Apelaciones de Santiago, ROL N° 3354-2008, 6 de mayo de 2009.

<sup>85</sup> Corte de Apelaciones de Santiago, ROL N° 3354-2008, 6 de mayo de 2009.

compensación, con que pretendió morigerársela<sup>86</sup>. En efecto, la Corte estima exigua la compensación equivalente a \$ 8.000.000, atendido que la remuneración mensual del trabajador ascendía a \$ 2.000.000 y no podría realizar actividades (del mismo giro que la empresa) por el plazo de dos años.

Por su parte, la Corte Suprema acepta la validez de esta cláusula y, por tanto, deja sin efecto la declaración de nulidad<sup>87</sup>. En este sentido, en la sentencia de nulidad de oficio se afirma que “aun cuando las restricciones a las actividades que pueda desarrollar el trabajador con posterioridad al término de su contrato no están reguladas en nuestra legislación, no hay impedimento legal ni constitucional para que las partes puedan convenirlas toda vez que el pacto que las origina no contradice la norma constitucional que regula la libertad de contratación y la libre elección del trabajo, ni el precepto establecido en el artículo 1462 del Código Civil, desde que no se encuentra prohibida por la ley, ni contraría el derecho público chileno<sup>88</sup>”.

### **b) Caso “Vey Moyano y otros con Traditio Chile Agente de Valores Limitada”, Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago<sup>89</sup>. La importancia de la clase de trabajador**

El caso trata de un grupo de trabajadores que prestaban servicios como operadores de la mesa de dinero (denominados usualmente *brokers*) en la empresa

---

<sup>86</sup> Corte de Apelaciones de Santiago, ROL N° 3354-2008, 6 de mayo de 2009. Es necesario destacar que este fallo se adoptó con el voto en contra del abogado integrante de la sala, quien estaba por reconocer la validez de esta clase de cláusulas. A este respecto, indica que “una vez celebrado el contrato y firmado a plena satisfacción por los contratantes, no falta que uno de éstos no haga honor a su compromiso válidamente adquirido y alegue nulidades o interpretaciones que a la fecha de formación del consentimiento, nadie, con un mínimo de seriedad se hubiere imaginado”. Sostiene que “la experiencia contractual ha buscado los medios de evitar la deslealtad comercial, y ha encontrado entre ellos, uno que ha denominado cláusulas de no competencia y que tiene por objeto restringir la actividad económica de una de las partes a fin de que ésta no se transforme de inmediato en un competidor”. Concluye así que “la referida cláusula de no competencia es absolutamente legal pues sólo se refiere al giro de la empresa y durante un tiempo determinado”.

<sup>87</sup> Corte Suprema, ROL N° 3985-2009, 12 de noviembre de 2009.

<sup>88</sup> Corte Suprema, ROL N° 3985-2009, 12 de noviembre de 2009. En la sentencia de reemplazo, la Corte Suprema además se refiere a la validez de las cláusulas de no competencia que rijan durante la vigencia de la relación laboral, haciendo presente que en ellas sí existe norma expresa que las autorice: “aun cuando las restricciones a las actividades que pueda desarrollar el trabajador con posterioridad al término de su contrato no están reguladas en nuestra legislación, no hay impedimento legal ni constitucional para que las partes puedan convenir cláusulas de exclusividad o no competencia que rijan durante el período en que la relación laboral permanezca vigente. Tal es así que el Código del Trabajo admite expresamente la posibilidad de un pacto de esta naturaleza, al contemplar en el artículo 160 N° 2, como causal de terminación el contrato de trabajo sin derecho a indemnización alguna, la siguiente: ‘Negociaciones que ejecute el trabajador dentro del giro del negocio y que hubieran sido prohibidas por escrito en el respectivo contrato por el empleador’”.

<sup>89</sup> Segundo Juzgado de Letras de Santiago, RIT N° T-11-2010, 14 de mayo de 2010.

demandada. Al ingresar a trabajar ellos suscribieron un contrato de trabajo, y con posterioridad firmaron otro contrato de trabajo en inglés denominado “*employment agreement*”. En una de las cláusulas de este contrato se les obligaba a abstenerse de celebrar contratos de trabajo con cualquier empresa del rubro de su empleador, dentro de los ciento veinte días hábiles siguientes al término de la vigencia del mismo. Con posterioridad, estos trabajadores solicitan al tribunal que, entre otras peticiones, se declare la nulidad del pacto de no competencia post-contractual, por ser vulneratorio del derecho constitucional de la libertad de trabajo, consagrado en el art. 19 núm. 16° de la Constitución.

El tribunal estima que para determinar la validez de una cláusula de no competencia post-contractual de cara al derecho de la libertad de trabajo, es necesario analizar su legitimidad, proporcionalidad y si afecta dicho derecho en su esencia. En este sentido el tribunal desarrolla las siguientes consideraciones:

– Existencia de un mercado especialísimo, reducido, altamente competitivo, complejo, en el cual se manejaba la mayoría de las veces información confidencial, muchas veces relativa a relevantes operaciones financieras, donde participaban importantes instituciones públicas y privadas, donde se debía respetar el secreto, siendo sustancial la confianza generada, donde las empresas invertían en fidelizar al cliente y al *broker*, donde era este último el activo principal, de quien dependía la mantención del cliente. En definitiva, si fallaba el *broker*, se perdía el cliente.

– El *broker* es un activo importante y escaso, las empresas compiten por los mercados, pagan grandes sumas para retener este activo, sus remuneraciones escapan a la media nacional, y son estimados como ejecutivos calificados.

– A los *brokers* se les pagan bonos millonarios en forma semestral. Dichos bonos están asociados generalmente a su producción, siendo la mayoría de las veces por ello coincidentes con la toma de resguardos por parte del empleador, en este caso Tradition, destinados a reconocer el trabajo y su importancia dentro de la estructura de la empresa. Dichos bonos no responden en su cuantificación a la suma de las remuneraciones obtenidas, existen otros factores que se toman en cuenta.

– El tiempo que se pactó como restricción es razonable, ciento veinte días. Cada uno de los *brokers*, con el bono que hubiesen recibido de haber terminado en mejores condiciones su relación con la demandada y con el bono de incorporación que les pagó su nuevo empleador, podía perfectamente esperar ese tiempo.

– Necesariamente el tiempo de restricción estaba asociado a una condición legítima, poder adoptar la afectada las medidas necesarias para no perder clientes o para que la información que se obtuvo por el desempeño de los *brokers* pierda relevancia.

– Al suscribir el anexo en inglés donde se pactó esta cláusula, al señor Vey se le pagó un bono excepcional de varios millones de pesos. Además, la emplea-

dora les garantizaba respetarles el contrato por un determinado tiempo, uno o dos años, lo que significaba que si ésta decidía despedirlos, debía pagarle los sueldos caídos. En conclusión, los *brokers* eran suficientemente compensados por dicha restricción.

– La restricción al derecho, además de temporal, era específica, decía relación con el giro del negocio de Tradition.

Fundándose en dichas consideraciones, el tribunal entiende que es válida la cláusula de no competencia. En esta línea, concluye que atendidas las circunstancias concomitantes a ellas, como por ejemplo, característica del mercado, beneficios recibidos por los firmantes y extensión moderada de la restricción, no afectaba el contenido esencial o núcleo irreductible del único derecho fundamental que podía verse afectado por ella, cual era la libertad de trabajo<sup>90</sup>. Lo anterior, aun cuando la empresa no hubiere pagado una compensación específica como contraprestación por la prohibición de no competencia, toda vez que el tribunal entiende que los trabajadores, dado el tiempo breve de la restricción (ciento veinte días) y los bonos que se habían recibido, podían hacer frente al tiempo de inactividad.

### **c) Caso “Behrmann con Chep Chile S.A”, Corte de Santiago<sup>91</sup>. La importancia del pago de una compensación**

El caso trata de un trabajador que cumplió labores, primero, como gerente comercial, y luego, como gerente general, en una empresa cuyo giro consistía en el arriendo y comercialización de *pallets*. Las partes ponen término al contrato de trabajo por mutuo acuerdo (núm. 1 art. 159 CdT) y suscriben un finiquito, que en una de sus cláusulas contenía un pacto de no competencia post-contractual para no realizar “negocio alguno relacionado directa o indirectamente con el giro del ex-empleador”. La duración de este pacto era de tres años a contar del cese del contrato. Es necesario señalar que en la cláusula indicada se dejaba constancia de que, mientras estuvo vigente la relación laboral, el trabajador recibió una suma mensual (\$ 1.640.568; su sueldo mensual equivalía a \$ 4.374.847)

<sup>90</sup> Cabe destacar que en el Primer Juzgado de Letras de Santiago se siguió una causa en contra de la misma empresa, donde una de las cuestiones discutidas consistía precisamente en la validez de una cláusula de no competencia post-contractual idéntica a las anteriores. Al igual que la otra causa, el juez considera que la cláusula es válida: “Que, (...) la cláusula en comento es válida, a juicio de esta sentenciadora, ya que la forma en que fue pactada y atendidas las circunstancias concomitantes a ellas, como por ejemplo, características del mercado, beneficios recibidos por los firmantes y extensión moderada de la restricción, no afectaba en su esencia el contenido esencial del único derecho fundamental que podía verse afectado por ella, cual era la libertad de trabajo”; véase Primer Juzgado de Letras del Trabajo, RIT N° O-422-2010, 29 de junio de 2010.

<sup>91</sup> Corte de Apelaciones de Santiago, ROL N° 1367-2010, 3 de marzo de 2011.

en carácter de compensación por la inactividad laboral (dentro del giro de la empresa) que debía asumir una vez finalizada la relación laboral<sup>92</sup>.

El trabajador presenta la nulidad por una serie de cláusulas del finiquito, en particular la recién aludida, por ser contraria a la libertad de trabajo (cfr. núm. 16° art. 19 Constitución), y al art. 2° CdT que reconoce “*la función social que cumple el trabajo y la libertad de las personas para contratar y dedicar su esfuerzo a la labor lícita que elijan*”<sup>93</sup>.

El Juez de Letras del Trabajo toma en consideración el art. 160 núm. 2 CdT que, como se sabe, permite pactar una cláusula de no competencia estando vigente el contrato de trabajo, y dispone que, en caso de incumplimiento del trabajador, éste puede ser despedido sin derecho a indemnización. A este respecto, se pregunta “por qué no puede el trabajador, ahora concluida la relación laboral, y por ende, no estando sujeto al principio de la irrenunciabilidad de los derechos laborales, establecer una cláusula en que pacta una obligación de no hacer, consistente precisamente en mantener por un lapso determinado su ya antigua obligación de exclusividad y confidencialidad”<sup>94</sup>. El juez considera entonces que la cláusula de no competencia es válida. El antecedente fundamental para esta decisión es que el trabajador ha recibido, durante la vigencia de su relación laboral, una suma mensual en carácter de contraprestación por la futura inactividad laboral (dentro del giro del empleador) y además una indemnización voluntaria por el término del contrato, que el tribunal entiende que –aun cuando no se señale en el finiquito– es también “una compensación por lucro cesante ante la obligación de no hacer que se ha impuesto el trabajador”<sup>95</sup>. Así las cosas, el juez concluye que las “cláusulas no son inválidas ni atentan contra la Constitución ni contra las leyes, ni contra los convenios internacionales que versan sobre la materia y que se encuentran ratificados por Chile y vigentes, sino que son una manifestación libre y soberana del actor de sujetarse a una prohibición y de renunciar, tras la conclusión de su relación laboral, a trabajar en determinadas áreas productivas, bajo sanción de que si lo hace, se ve expuesto a la aplicación de una cláusula penal por parte de su ex empleador”<sup>96</sup>.

Por su parte, la Corte de Santiago desestima el recurso de nulidad interpuesto por el trabajador, y acoge el criterio del Juez de Letras expuesto previamente. De esta manera, se determina que la cláusula es válida básicamente pues “no impide

<sup>92</sup> Primer Juzgado de Letras del Trabajo, RIT N° O-1687-2010, 23 de septiembre de 2010.

<sup>93</sup> Primer Juzgado de Letras del Trabajo, RIT N° O-1687-2010, 23 de septiembre de 2010.

<sup>94</sup> Primer Juzgado de Letras del Trabajo, RIT N° O-1687-2010, 23 de septiembre de 2010.

<sup>95</sup> Primer Juzgado de Letras del Trabajo, RIT N° O-1687-2010, 23 de septiembre de 2010.

<sup>96</sup> Primer Juzgado de Letras del Trabajo, RIT N° O-1687-2010, 23 de septiembre de 2010.

que el trabajador pueda desempeñarse, sino que sólo restringe su actividad laboral a cambio de una compensación económica libremente acordada y que conforme a los antecedentes de autos fue íntegramente percibida por el trabajador<sup>97</sup>.

#### **d) Caso “Adiserv y Adicorp con Bordachar”, Corte Suprema<sup>98</sup>. La consolidación de un criterio**

El caso trata de un trabajador que fue contratado como gerente del área de negocios de Adicorp S.A.<sup>99</sup>, y en su contrato de trabajo había suscrito el compromiso de abstenerse de desarrollar un negocio similar al de las demandantes (principalmente el rubro de la captura, lectura e impresión de códigos de barra), por el plazo de dos años contados desde el cese de su relación. Cabe apuntar que la cláusula en cuestión no contenía a favor del trabajador ningún tipo de contraprestación económica.

Para las demandantes, el demandado habría incumplido dicho compromiso, pues una vez que se puso término a su contrato de trabajo, habría constituido una sociedad, la cual tenía como objeto precisamente el área de negocios que se habría obligado a no realizar. En este contexto, el extrabajador se habría puesto en contacto con proveedores de Adicorp S.A., como también habría ofrecido sus servicios a clientes de esta última; es más, habría hecho ofertas de trabajo a excompañeros de trabajo, de los cuales cuatro aceptaron la proposición y pasaron a prestar servicios a esta nueva sociedad.

Como consecuencia de ello, las demandantes deciden demandar a su extrabajador para exigir que deshaga todo lo que ha hecho en contravención con la cláusula de competencia post-contractual, y no continúe realizando actividades que impliquen desarrollar el giro de aquéllas<sup>100</sup>.

---

<sup>97</sup> Corte de Apelaciones de Santiago, ROL N° 1367, 3 de marzo de 2011.

<sup>98</sup> Corte Suprema, ROL N° 5152-2009, 27 de enero de 2011.

<sup>99</sup> Adiserv S.A. es una sociedad comercial que forma parte de un conglomerado de empresas dedicadas principalmente al rubro de adhesivos, lecturas e impresión de códigos de barras unidimensionales y bidimensionales. Y que habría sido constituida con fines organizacionales, encargada de la contratación del personal del holding al que pertenece. Por su parte, Adicorp es la matriz de este grupo de empresas. Con fecha 7 de junio, Adiserv S.A. contrató al demandado, en calidad de gerente del área de negocios de Adicorp S.A. Estos datos se obtuvieron de la sentencia de primera sentencia, véase Primer Juzgado Civil de Santiago, ROL N° 7258-2003, 25 de enero de 2006.

<sup>100</sup> Las demandantes específicamente solicitan lo siguiente: “debe deshacer todo lo hecho en contravención con la cláusula undécima del contrato de trabajo suscrito con Adicorp, lo cual implica que disuelva la sociedad constituida para desarrollar el mismo negocio de Adicorp como la empresa desarrollada para tales efectos o en caso de no deshacerse lo hecho deberá indemnizar los perjuicios causados; que, deberá abstenerse desde el momento que quede ejecutoriada la sentencia de realizar cualquier actividad o función que implique desarrollar el giro o negocio de Adicorp, ya sea formando sociedades que se dediquen al giro, desempeñarse en algún cargo o función en empresas, sociedades,

El tribunal de primera instancia desestima la demanda presentada, basándose para ello en el art. 19 núm. 16º de la Constitución<sup>101</sup>. En efecto, se señala que conforme a dicha norma constitucional, que establece la libertad de trabajo, las partes de un contrato de trabajo no pueden convenir cláusulas que obliguen al dependiente a abstenerse de desempeñar actividad alguna remunerada una vez extinguida la relación de trabajo. Se concluye así que la cláusula en cuestión es inconstitucional y adolece de objeto ilícito<sup>102</sup>.

La Corte de Santiago ratifica el criterio del tribunal *a quo*, y añade que no se observa “ningún equilibrio o proporcionalidad” en la convención, por cuanto ninguna compensación económica fue acordada en beneficio del trabajador una vez extinguido el contrato de trabajo<sup>103</sup>.

La Corte Suprema, conociendo del recurso de casación en el fondo interpuesto por las demandantes, deja sin efecto la sentencia de la Corte de Santiago. En tal orden, se reconoce la validez de las cláusulas de no competencia post-contractual. Para esto, se toma en especial consideración el Derecho comparado. Se señala así que en los países que han legislado sobre esta clase de cláusulas, se admiten siempre que reúnan presupuestos mínimos, a saber: fijación de un plazo, restricción sólo parcial de la actividad y contraprestación en favor del ex-trabajador. Asimismo, se apunta que en los países que no han legislado sobre el tema, mayoritariamente se considera que estos pactos son válidos si contienen una limitación en el espacio y en el tiempo. Se agrega que en el caso en cuestión la cláusula fue libremente convenida por el trabajador, de modo que ella no constituyó una prohibición impuesta sobre su persona, en contra de su voluntad, sino una limitación conocida, aceptada y querida por él. De acuerdo a estos fundamentos, se concluye que una cláusula de no competencia post-contractual no debe ser estimada *per se* contraria a derecho, sino que su legalidad o validez dependerá de cada caso en específico.

En particular, la Corte Suprema entiende razonable la cláusula en cuestión, en primer lugar, en cuanto a su plazo de duración que es de dos años, en segundo lugar, en relación a las actividades que comprende la prohibición que son sólo aquellas correspondientes al giro de la empresa, de manera que implica únicamente la renuncia a realizar actividades propias de su antiguo cargo, pero no todas las que pueden prestarse por su profesión (ingeniero comercial)<sup>104</sup>.

---

organismos o cualquier entidad que desarrolle o explote el rubro que realice Adicorp, etc., hasta por un plazo de 2 años o por el período que este tribunal”; véase Primer Juzgado Civil de Santiago, ROL N° 7258-2003, 25 de enero de 2006.

<sup>101</sup> Primer Juzgado Civil de Santiago, ROL N° 7258-2003, 25 de enero de 2006.

<sup>102</sup> Primer Juzgado Civil de Santiago, ROL N° 7258-2003, 25 de enero de 2006.

<sup>103</sup> Corte de Apelaciones de Santiago, ROL N° 8165-2006, 20 de mayo de 2009.

<sup>104</sup> Corte Suprema, ROL N° 5152-2009, 27 de enero de 2011.

En relación a que la cláusula no contenía ninguna contraprestación en favor del ex-trabajador, la Corte Suprema aun cuando reconoce que es una exigencia de la doctrina comparada, no la estima necesaria en este caso, pues considera que ella “está constituida por la remuneración elevada que en su calidad de gerente percibía el demandado”<sup>105</sup>.

#### **4. Análisis de la validez de estas cláusulas a la luz del principio de proporcionalidad**

##### **4.1. Doctrina de los tribunales**

De las sentencias expuestas es posible concluir que nuestra jurisprudencia no concibe *per se* la ilicitud de este tipo de pactos por afectar el derecho a la libertad de trabajo. No obstante, se entiende que tales acuerdos deben cumplir con determinados requisitos para que no se estimen vulneratorias del derecho aludido.

De los casos “Adiserv y Adicorp con Bordachar”, “Vey Moyano y otros con Traditio Chile Agente de Valores Limitada” y “Behrmann con Chep Chile S.A.”, es dable deducir con mayor nitidez las condiciones que los tribunales exigen para la validez de dichos pactos, las que se limitan a dos principalmente: en primer lugar, que la prohibición de competencia sólo se refiera a materias del giro de la empresa, de modo que no se impide que el trabajador pueda desarrollar su profesión en otras áreas; y, en segundo lugar, que dicha prohibición tenga un plazo máximo de duración; que, recordemos, en el primer caso era de dos años, en el segundo de ciento veinte días y en el tercero de tres años, sin embargo, ninguna de estas sentencias establece criterios para determinar hasta qué lapso se considera razonable la inactividad.

A diferencia de lo que hemos podido observar de los ordenamientos comparados, en la mayoría de las sentencias analizadas no se consideró en principio necesario que la cláusula de no competencia contemplara una compensación económica en favor del extrabajador (salvo en el caso “Behrmann con Chep Chile S.A.”). En este sentido, en el caso “Silva Carvacho con Adicorp Neotec Limitada”, recordemos que la Corte de Santiago a pesar de calificar de por sí un pacto de esta naturaleza como nulo (por ser contrario a la libertad de trabajo), se daba tiempo para señalar que entendía exigua la cantidad que se había estipulado con el trabajador por este concepto (\$ 8.000.000), teniendo en cuenta su remuneración mensual (\$ 2.000.000) y el tiempo de dos años duración de la prohibición de competencia. Como apuntamos, en el mismo caso, la Corte Suprema reconoce la validez del pacto, pero lamentablemente no se refiere al

---

<sup>105</sup> Corte Suprema, ROL N° 5152-2009, 27 de enero de 2011.



tema de la compensación económica. En consecuencia, no es posible deducir si la Corte consideraba a esta compensación como un requisito necesario de validez.

Por su parte, en el caso “Vey Moyano y otros con Traditio Chile Agente de Valores Limitada”, la cláusula de no competencia no consignaba en específico una compensación económica, no obstante el juez estima que ella no es necesaria, toda vez que entendía que, por el bono de incorporación y los bonos semestrales recibidos por los demandantes, se encontraban suficientemente compensados por la restricción de trabajo pactada. Asimismo, en el caso “Adiserv y Adicorp con Bordachar”, la Corte Suprema no consideró indispensable que la cláusula de no competencia contemplara una compensación económica, pues se apreciaba que ésta se suplía por la elevada remuneración que percibía el extrabajador. Resumiendo el criterio de estos dos últimos casos, podemos decir que los tribunales tuvieron en cuenta si se había estipulado una compensación económica, no obstante concluyeron que para estos supuestos en particular ella no era necesaria, dado las altas remuneraciones que los demandantes obtenían por la prestación de sus servicios.

En cambio, en el caso “Behrmann con Chep Chile S.A.”, uno de los principales puntos que se tuvo en consideración a la hora de determinar la validez de la cláusula, fue precisamente que el trabajador recibió, mientras estuvo vigente el contrato de trabajo, una compensación económica de carácter mensual como contraprestación por la inactividad, y que equivalía aproximadamente a un tercio del sueldo mensual del trabajador<sup>106</sup>.

En definitiva, para nuestros tribunales serían, en principio, dos los principales requisitos para que una cláusula de no competencia sea válida. Éstos son: que la prohibición de competencia se refiera a cuestiones propias del giro del empleador y que tenga un plazo máximo de duración. Tales requisitos los analizaremos en detalle en el apartado siguiente.

En torno a la compensación económica en favor del trabajador, como se pudo apreciar, nuestra jurisprudencia no tiene un criterio uniforme sobre su exigibilidad de cara a la procedencia de la cláusula. Únicamente, en el caso “Behrmann con Chep Chile S.A.” se le otorga a esta compensación gran relevancia con miras a calificar como válido dicho pacto. En cambio, en el resto de las sentencias, como sucede con los casos “Adiserv y Adicorp con Bordachar” y “Vey Moyano y otros con Traditio Chile Agente de Valores Limitada”, si bien es un elemento que se toma en cuenta, no se le considera finalmente como

---

<sup>106</sup> Hacemos presente, además, que el trabajador había recibido, al momento de la firma del finiquito (término de contrato por mutuo acuerdo), una indemnización voluntaria equivalente a \$ 72.084.400, que el tribunal entendía que era “una compensación por lucro cesante ante la obligación de no hacer que se ha impuesto el trabajador”.

requisito necesario para la validez de la cláusula, al entender que la falta de dicha compensación puede ser soslayada debido a las altas sumas que a título de remuneración habían recibido los trabajadores en cuestión por la prestación de sus servicios. Desde ya, adelantamos que no estamos de acuerdo con este criterio, ya que estimamos que la cláusula de no competencia debe contemplar una compensación económica, según explicaremos en el apartado siguiente.

#### 4.2. El principio de proporcionalidad y las cláusulas de no competencia post-contractual

Decíamos que el derecho fundamental que se podría considerar conculcado mediante un acuerdo de este tipo, era el derecho constitucional a la libertad de trabajo, en particular el derecho a la “libre elección del trabajo” (cfr. inc. 2º del núm. 16º del art. 19 Constitución), en una de sus facetas, consistente en el derecho previo de opción, el cual presupone la existencia de empleos u oportunidades de trabajo en los que se puede ocupar la profesión u oficio<sup>107</sup>. Esto se debe traducir en que una persona tiene la libertad de escoger y desarrollar un trabajo, sea en calidad de dependiente o de independiente (por cuenta propia). De tal manera, que una restricción a este respecto se presenta *a priori* como contraria a dicho derecho.

Para determinar con mayor certeza si es posible aceptar una intervención a la libertad de trabajo, como lo es una cláusula de no competencia post-contractual, nos parece necesario efectuar un análisis de ellas a través del principio de proporcionalidad. A este respecto, cabe clarificar que seguimos el criterio de Arnold, Martínez y Zúñiga, en cuanto a que este principio no se debe identificar necesariamente como un mecanismo destinado a resolver conflictos o colisiones de derechos<sup>108</sup>. Más bien, es ante todo un instrumento destinado a medir si una determinada intervención de un derecho es o no lícita<sup>109</sup>, y no lo será, si en la práctica ella se traduce en la anulación o derogación del derecho o libertad de que se trate<sup>110</sup>; en este caso, de la libertad de trabajo.

---

<sup>107</sup> IRURETA URIARTE (2006), p. 49. A este respecto, Gamonal sostiene que el trabajador tiene la facultad de “autodeterminarse sin que su voluntad quede sujeta a la del otro sujeto contratante: el empleador”, véase GAMONAL CONTRERAS (1998), p.48. Por su parte, la doctrina constitucional reciente entiende que la libre elección del trabajo implica para una persona la facultad de elegir la clase de ocupación y la de escoger las oportunidades lícitas que se le ofrezcan, según la propia actitud, vocación y albedrío, sin sujeción a poder externo; véase BRONFMAN *et al.* (2012), p. 338.

<sup>108</sup> ARNOLD *et al.* (2012), p. 86. De otra opinión, UGARTE CATALDO (2013), pp. 95 y ss., quien analiza el principio de proporcionalidad desde la visión que él mismo denomina “conflictivista”.

<sup>109</sup> ARNOLD *et al.* (2012), p. 86.

<sup>110</sup> ARNOLD *et al.* (2012), p. 86.

Por consiguiente, en virtud del principio de proporcionalidad se pretende establecer una medida de valoración de toda restricción que se quiera imponer a un derecho fundamental<sup>111</sup>. Para tal objeto, dicho principio se divide en tres subprincipios, a saber: (i) principio de adecuación o idoneidad, (ii) principio de necesidad, y (iii) principio de proporcionalidad en sentido estricto. Estos tres subprincipios se aplican de manera sucesiva y escalonada, de forma tal que sólo ha de aplicarse el subprincipio de necesidad en la medida de que se superen las exigencias del subprincipio de idoneidad y, del mismo modo, sólo ha de aplicarse el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto en tanto se haya superado el subprincipio de necesidad<sup>112</sup>.

A continuación veremos si una cláusula de no competencia post-contractual puede cumplir con las exigencias de cada uno de estos subprincipios y, de ser así, qué condiciones se deben observar en cada uno de los casos. En este orden, se podrá apreciar que resultará fundamental la consideración de los criterios judiciales y presupuestos legales y jurisprudenciales de Derecho comparado analizados en los apartados precedentes.

#### **a) Principio de adecuación**

La cláusula de no competencia post-contractual será idónea o adecuada en la medida que persiga un fin legítimo y que, razonablemente y de acuerdo a su naturaleza, pueda alcanzar dicho objetivo<sup>113</sup>. De esta manera, una medida restrictiva será inidónea cuando no guarde ninguna relación de causalidad con el fin propuesto<sup>114</sup>.

De acuerdo a este criterio, en primer lugar, se debe clarificar cuál es el fin legítimo de una cláusula de no competencia post-contractual. Podemos afirmar que este fin consiste en tutelar el patrimonio del conocimiento y la experiencia que constituyen uno de los componentes más importantes de la potencialidad económica y productiva de una empresa<sup>115</sup>. Y es que si este patrimonio se pone en riesgo se puede afectar la conservación y desarrollo de la empresa. Por tal motivo, entendemos que dicha protección tiene su sustento en la garantía cons-

<sup>111</sup> MELIS VALENCIA (2009), pp. 105-106; ARNOLD *et al.* (2012), pp. 65 y ss.

<sup>112</sup> MELIS VALENCIA (2009), p. 108.

<sup>113</sup> ARNOLD *et al.* (2012), p. 71; y UGARTE CATALDO (2011), p. 101.

<sup>114</sup> MELIS VALENCIA (2009), p. 111. Se deberían así rechazar las medidas del empleador que persigan un fin constitucional legítimo –protección de derechos fundamentales propios o de terceros– cuando la medida o conducta no contribuye en forma relevante al fin inmediato buscado. De esta forma, se lleva a excluir a aquellas medidas caprichosas, arbitrarias, irracionales, inútiles y carentes de una conexión sólida con el fin que se propone.

<sup>115</sup> BOSCATI (2010), p. 74.

titudinal de la “libertad de emprendimiento económico” (cfr. N° 21° art. 19 Constitución), toda vez que ella no sólo implica la libertad para entrar y para salir de un negocio<sup>116</sup>, sino también el amparo del mismo cuando está en pleno desarrollo<sup>117</sup>. De ahí, que pueden considerarse vulneraciones al ejercicio de esta libertad, la clausura y los impedimentos desproporcionados para desistirse de la actividad económica que se está emprendiendo<sup>118</sup>.

El patrimonio del conocimiento y la experiencia indicados se pretenden proteger de la competencia que puede realizar un ex-trabajador. Pues éste, aprovechándose de la formación, los conocimientos, la experiencia y la relación con la clientela adquiridos durante el tiempo que prestó servicios para su ex-empleador, puede desarrollar, en beneficio propio o de terceros, actividades susceptibles de perjudicar la posición que ocupa este último en el sector del mercado en que él mismo actúa<sup>119</sup>.

Se trata así de evitar la llamada “competencia diferencial” que puede ocasionar un antiguo trabajador, puesto que el conocimiento que ha adquirido de las interioridades del negocio de su ex-empleador, lo sitúan en una posición privilegiada a la hora de convertirse en un nuevo competidor; lo que, en definitiva, puede provocar un perjuicio económico al empleador<sup>120</sup>.

El peligro o riesgo de desviación del negocio que puede realizar el extrabajador se materializaría principalmente en dos aspectos: la pérdida de la clientela y la pérdida de la información confidencial o secretos de empresa.

La clientela de la empresa es uno de los activos más importante del negocio y, al mismo tiempo, el más vulnerable de verse afectado por la actividad del trabajador con posterioridad al término del contrato. En efecto, aunque se supone que los nexos comerciales se crean entre una compañía y sus clientes, en realidad dichas relaciones se cimientan más bien entre las personas implicadas en ellas, es decir, entre el personal de la empresa y los clientes<sup>121</sup>. A medida que el negocio empresarial aumenta, el contacto con los clientes se va descentralizando y pasa de ser controlado de manera directa por el empresario, a

---

<sup>116</sup> BRONFMAN *et al.* (2012), p. 364.

<sup>117</sup> CEA señala que se trata de un derecho a emprender y “proseguir” toda clase de actividades empresariales; véase CEA EGAÑA (2012), p. 526. La Corte de Santiago sostiene que esta garantía constitucional llamada de libre iniciativa o libertad de empresa, es de contenido vasto, ya que comprende la libre iniciativa y la “prosecución indefinida” de cualquiera actividad económica; véase Corte de Apelaciones de Santiago, ROL N° 4017-1995, 25 de mayo de 1996, citada en FERMANDOIS VÖHRINGER (2006), p. 126; y VIVANCO MARTÍNEZ (2006), p. 444.

<sup>118</sup> BRONFMAN *et al.* (2012), p. 365.

<sup>119</sup> PEDRAJAS MORENO y SALA FRANCO (2005), p. 34. En el mismo sentido, NOGUEIRA GUASTAVINO (1998), p. 46.

<sup>120</sup> PEDRAJAS MORENO y SALA FRANCO (2005), p. 34.

<sup>121</sup> NOGUEIRA GUASTAVINO (1998), p. 88.

ser confiado a varios de sus dependientes. Cuando el único o mayor contacto del empresario con sus clientes reside en gran parte sobre unos trabajadores cuyo interés en el negocio se circunscribe a las remuneraciones que puedan recibir, mucha parte del éxito o fracaso de la empresa depende en exclusiva de la efectividad y lealtad de éstos<sup>122</sup>. En este orden, a mayor grado de control del trabajador sobre los negocios del empresario, se incrementa el riesgo de que éstos se vean afectados si el primero se marcha y, en consecuencia, aumenta el interés empresarial en el compromiso de abstención de competencia por parte del trabajador<sup>123</sup>.

Por su parte, la información confidencial o el secreto de empresa se define como “una información de conocimiento reservado que tiene un valor económico derivado de la ventaja comercial que significa, para quien lo posee bajo condición, que sus competidores no lo conozcan también”<sup>124</sup>. Este secreto puede comprender dos clases de información principalmente, a saber: (i) información comercial, como puede ser p. ej. una lista de clientes o de proveedores, un catálogo de precios, un estudio de mercado o el contenido de una estrategia de marketing, y (ii) información técnica, que es aquella relacionada con la propiedad industrial, toda vez que puede comprender una fórmula química, un procedimiento, una técnica para la realización de un proceso industrial o para la obtención de un resultado determinado<sup>125</sup>.

El objetivo que busca el empresario para proteger este tipo de información, se encuentra en la ventaja que su conocimiento representa en relación a sus competidores. El desconocimiento que éstos tienen respecto de aquélla es uno de los factores que permiten a su titular situarse en una mejor posición competitiva<sup>126</sup>. Por consiguiente, si los competidores del empresario están en conocimiento de dicha información se puede perder la superioridad o posición privilegiada que se tenía, de manera que razonablemente se sufriría un perjuicio producto de dicha pérdida<sup>127</sup>.

Con todo, la utilización de las cláusulas de no competencia post-contractual como una vía para evitar el conocimiento de secretos de relevancia competitiva sólo constituye un mecanismo preventivo con que se refuerza la protección de los intereses informativos de la empresa que ya brindan las cláusulas de confidencialidad o reserva. Por ello, se afirma que la utilización de los pactos de

<sup>122</sup> NOGUEIRA GUASTAVINO (1998), pp. 88-89.

<sup>123</sup> NOGUEIRA GUASTAVINO (1998), p. 89.

<sup>124</sup> CASTRO GARCÍA (2009), p. 426.

<sup>125</sup> CASTRO GARCÍA (2009), p. 427.

<sup>126</sup> SIERRA HERRERO (2013), pp. 159-160.

<sup>127</sup> SIERRA HERRERO (2013), pp. 159-160.

no competencia en este ámbito es más bien residual, siendo frecuente utilizar otra modalidad contractual, consistente en las cláusulas de confidencialidad o no regulación<sup>128</sup>.

Por último, de acuerdo a este subprincipio de adecuación se debe determinar si la cláusula de no competencia es apta o adecuada para la consecución del objetivo antes mencionado<sup>129</sup>. Consideramos que dicho objetivo sí se consigue con una cláusula de no competencia, toda vez que el trabajador no podrá utilizar dichos conocimientos, por el tiempo que esté estipulada la prohibición, ya sea en un emprendimiento propio o por cuenta de otra empresa en la que preste sus servicios. Se cumple así con el objetivo de evitar que, por medio de un ex-trabajador, los conocimientos o experiencias industriales o comerciales de una empresa se puedan desarrollar por un tercero competidor.

### **b) Principio de necesidad. Trabajadores calificados y condiciones requeridas del pacto**

La aplicación del principio de necesidad conlleva que la medida restrictiva de un derecho fundamental es la única que puede alcanzar la finalidad perseguida o que, existiendo medios alternativos igualmente eficaces, es la menos gravosa para el derecho que se pretende limitar<sup>130</sup>. En tal sentido, la cláusula de no competencia será necesaria en la medida que para cautelar el bien jurídico protegido no exista un medio menos gravoso para el ejercicio de los derechos constitucionales del trabajador afectado<sup>131</sup>.

Sobre este principio en particular, cabe apuntar que el pacto de no concurrencia es la medida más efectiva para lograr que un ex-trabajador –sea por cuenta propia o ajena– no se convierta en un competidor de la empresa donde prestaba servicios, con todas las consecuencias que esto puede significar, según veámos. Ahora bien, para que la medida sea indispensable –conforme a los parámetros de este principio– para la consecución del fin legítimo del empleador<sup>132</sup>, creemos que debe estar limitada en relación con el ámbito subjetivo de aplicación, es decir, respecto de los trabajadores que podría comprender.

A nuestro entender, esta cláusula sólo será posible de estipular con aquel personal que tenga el carácter de calificado en virtud de los contactos e informa-

<sup>128</sup> NOGUEIRA GUASTAVINO (1998), p. 93.

<sup>129</sup> ARNOLD *et al.* (2012), p. 71.

<sup>130</sup> ARNOLD *et al.* (2012), p. 71; MELIS VALENCIA (2009), p. 112. Este juicio parcial de proporcionalidad ha sido también denominado como “principio de indispensabilidad”, en el sentido de evaluar si la medida es indispensable para el logro de un fin empresarial; véase UGARTE CATALDO, (2011), p. 103.

<sup>131</sup> Véase Dictamen Dirección del Trabajo, Ord N° 4731/081, 3 de noviembre de 2010.

<sup>132</sup> Véase nota 130.

ción de la empresa con que estén familiarizados. De esta manera, creemos que un pacto de no competencia post-contractual sólo puede comprender a aquellos trabajadores que, en razón de la importancia del cargo que desempeñan, han tenido contacto con la clientela, proveedores o informaciones reservada del empresario. Pues esta es la clase de trabajador que, si se emplea en otra empresa o constituyen una propia, puede provocar, sin mayores dificultades, el trasvase de los intereses del negocio del ex-empresario, causándole un perjuicio<sup>133</sup>.

Así las cosas, constituye un error considerar que el vínculo laboral proporciona *per se* una ventaja superior a la de cualquier participante en la lucha comercial, ya que no todos los trabajadores se encuentran en tan favorable situación a efectos de poder desarrollar una actividad competitiva por cuenta propia o ajena<sup>134</sup>; sólo algunos conocen los pormenores del sector, de la empresa, sus éxitos y fracasos, los destinatarios de sus bienes o sus proveedores<sup>135</sup>.

Es por ello que estas cláusulas deben operar solamente tratándose de trabajadores que hayan mantenido contacto estrecho con los intereses competitivos del empresario, y cuya salida de la empresa e incorporación a otra de la competencia, los haga peligrar de modo real<sup>136</sup>. Si se trata de trabajadores que no van a afectar dichos intereses, el riesgo es irrelevante y el pacto ya no responde a una necesidad generada por la previa relación del trabajo mantenida. De este modo, no sería justificable la estipulación indiscriminada de esta clase de cláusulas para gran parte del personal, sin considerar la clase de las funciones realizadas. Por tales motivos, la aplicación de este tipo de pactos tiene que ser restringida al personal mencionado, pues no debe olvidarse que el trabajo tiene un sentido de subsistencia y también de autorrealización<sup>137</sup>. Toda vez que la empresa no es sólo una organización dirigida a la producción de bienes y servicios, sino una célula social en la que se integra al hombre para su plena realización mediante su trabajo, privilegio, deber y vocación de la persona<sup>138</sup>.

La cláusula de no competencia no sólo se debe circunscribir a un determinado ámbito subjetivo, según vemos, sino que debe someterse a ciertas condiciones con miras a lograr que entre diferentes alternativas, se escoja aquella que

<sup>133</sup> NOGUEIRA GUASTAVINO (1998), p. 47.

<sup>134</sup> AGRA VIFORCOS (2003), p. 305.

<sup>135</sup> AGRA VIFORCOS (2003), p. 305.

<sup>136</sup> PEDRAJAS MORENO y SALA FRANCO (2005), p. 40.

<sup>137</sup> En este sentido, Gamonal sostiene que el trabajo tiene gran importancia en la vida de las personas, ya que por medio de esta actividad, las personas no sólo obtienen los medios para su subsistencia individual y familiar, sino que también “se realizan en una actividad creadora”; GAMONAL CONTRERAS (2008), p. 3. Véase también GAMONAL CONTRERAS (2013), p. 14.

<sup>138</sup> PACHECO ZERGA (2007), p. 43.

cumpliendo con el objetivo de garantizar el interés empresarial, destacado en el apartado precedente, sea la menos gravosa para la libertad de trabajo. Teniendo en cuenta el Derecho comparado y parte de los criterios de nuestra jurisprudencia, creemos que las condiciones aludidas se deben reflejar en los términos de la cláusula en orden a consignar tres puntos. El primero, relativo a que la prohibición de no competencia se debe referir exclusivamente a actividades propias del giro de la empresa. El segundo, consistente en que esta prohibición debe tener un plazo máximo de duración. El tercero, referido a que se debe pagar al trabajador una compensación económica como contraprestación por su inactividad. A continuación analizaremos cada uno de ellos.

### **i) Actividades propias del giro de la empresa**

Para que pueda calificarse el pacto como necesario, consideramos que éste sólo puede prohibir la realización de actividades comprendidas dentro del giro de la empresa en las que se prestaba servicios. En este orden, cabe recordar el tenor del antes comentado art. 160 núm. 2 CdT, que permite, vigente el contrato de trabajo, estipular esta clase prohibición siempre que comprenda cuestiones propias del “giro del negocio”; es decir, operaciones lucrativas y de interés que realice el empleador<sup>139</sup>. Si la ley contempla esta condición, rigiendo el contrato, creemos que con mayor razón debe exigirse en caso que se estipule una prohibición de competencia una vez extinguido éste, ya que terminado el contrato el trabajador podría perfectamente dedicarse a actividades propias del ex-empleador<sup>140</sup>.

Se debe considerar que esta clase de cláusula protege el interés relevante del empleador tendiente principalmente a evitar la llamada “competencia diferencial”, que le puede ocasionar un antiguo trabajador. Ciertamente, en este punto se fundamenta la prohibición, cual es, tratar de impedir que surja una contraposición de intereses entre empleador y trabajador, que termine perjudicando al primero. Luego, esta contraposición sólo se puede producir si el trabajador lleva a cabo por su cuenta o como dependiente actividades dentro del mismo sector de actividad industrial o comercial<sup>141</sup>. En este escenario es donde la labor que emprenda el trabajador puede afectar negativamente el negocio del empleador (o exempleador). Y es que tratándose de un extrabajador –que reúna las condiciones de los párrafos precedentes– la competencia resultará la mayoría de las veces más acentuada, dado que será usual que el trabajador

---

<sup>139</sup> IRURETA URIARTE (2007), p. 73.

<sup>140</sup> IRURETA URIARTE (2007), p. 86.

<sup>141</sup> Véase IRURETA URIARTE (2007), p. 89.



en su nueva situación laboral se aproveche o recurra a los conocimientos y prácticas adquiridos en la empresa donde prestaba servicios.

Por tales motivos, debe existir una conexión entre las actividades prohibidas y la actividad empresarial<sup>142</sup>. En esta línea, resulta ilustrativo el ordenamiento español, que exige, para poder suscribir esta clase de pactos –entre otros requisitos–, el que exista por parte del empleador un “interés comercial o industrial” en la prohibición de competencia post-contractual. Bajo este esquema, la jurisprudencia española ha entendido que no resultaría válido el pacto de no concurrencia que se extendiese a cualquier prestación de servicios, sino que debe circunscribirse a actividades que sean concurrentes con aquellas que lleve a cabo el ex-empleador<sup>143</sup>. Se señala así que existirá concurrencia entre ambas empresas si desarrollan una actividad que incide en un mismo mercado y sobre un mismo círculo potencial de clientes<sup>144</sup>.

## ii) Limitación en el tiempo

En este punto destacamos el caso “Vey Moyano y otros con Traditio Chile Agente de Valores Limitada” (Segundo Juzgado de Letras del Trabajo), donde se considera razonable el plazo de ciento veinte días de inactividad contado desde la finalización de los servicios, teniendo en consideración las altas remuneraciones que percibían los trabajadores en cuestión<sup>145</sup>. En los casos “Silva Carvacho con Adicorp Neotec Limitada” y “Adiserv y Adicorp con Bordachar”, la Corte Suprema reconoce validez a los pactos de no competencia cuya duración era de dos años, pero sin profundizar en este punto<sup>146</sup>. Sucede lo mismo con el caso “Behrmann con Chep Chile S.A.”, donde la Corte de Santiago aceptaba la procedencia de un pacto cuya duración era de tres años<sup>147</sup>.

Ninguna de las sentencias analizadas fija parámetros para determinar hasta qué lapso de tiempo la inactividad se considera razonable. Pero sí podemos decir que en ellas se reconoce –de manera explícita o implícita– el plazo de duración del pacto como un elemento de su validez.

Si entendemos que la justificación de esta clase de pactos reside en el interés de competencia del empleador, el peligro de conculcar dicho interés decae a medida que transcurre el tiempo de inactividad del trabajador. Por consiguiente,

<sup>142</sup> PEDRAJAS MORENO y SALA FRANCO (2005), p. 38.

<sup>143</sup> PEDRAJAS MORENO y SALA FRANCO (2005), p. 41.

<sup>144</sup> PEDRAJAS MORENO y SALA FRANCO (2005), p. 41.

<sup>145</sup> Véase apartado III.2, b).

<sup>146</sup> Véase apartados III.2, a), y III.2, d).

<sup>147</sup> Véase apartado III.2, c).

una cláusula de esta clase, de duración ilimitada, carecería de causa lícita, en la medida que transcurrido cierto tiempo de inactividad del extrabajador no existiría el peligro indicado<sup>148</sup>. Una prohibición por tiempo indefinido se traduciría en una limitación inaceptable de cara a la libertad de trabajo. De esta suerte, la limitación temporal de esta especie de pactos persigue el resguardo de los derechos del trabajador, evitándole aquellos compromisos que pudieran mermar su desarrollo personal<sup>149</sup>.

Por lo demás, el establecimiento de una duración máxima para la obligación de abstención constituye una constante en el Derecho comparado, tanto en sistemas que poseen una regulación específica para los pactos laborales de no competencia, como en aquellos en que sus condicionamientos de validez se han ido elaborando judicialmente<sup>150</sup>. Sin embargo, en estos ordenamientos no existe uniformidad en cuanto a los plazos de duración de esta clase de pactos. Así, por ejemplo, en España el plazo de duración del pacto de no competencia para los trabajadores que tengan carácter de técnicos es de dos años contados desde que el contrato ha finalizado, y para el “resto de trabajadores” es de seis meses. En cambio, en Italia, tratándose de ejecutivos se permite un plazo de máximo de duración de cinco años, y de tres años para el resto de los trabajadores.

Como hemos indicado, nos parece que el plazo máximo es un requisito fundamental para la validez del pacto. Ahora bien, dada la ausencia de normas que regulen esta materia en nuestro país no resulta sencillo establecer criterios a este respecto. Desde ya, podemos decir que la Corte Suprema ha reconocido la validez a pactos cuya duración era de dos años, de manera que por lo pronto dicho plazo se considera aceptable para estos efectos (en dos supuestos).

Con todo, creemos que se tendrá que atender caso a caso de acuerdo a los criterios de razonabilidad. En este orden, siguiendo el criterio de la jurisprudencia brasileña antes analizada, puede ser útil tener como referencia las normas de duración de los contratos a plazo fijo (véase II.2, c). Recordemos que de acuerdo al CdT, el régimen general establece un plazo máximo de un año de duración del contrato a plazo fijo, y de dos años tratándose de gerentes o personas que tengan un título profesional o técnico otorgado por una institución de educación superior del Estado o reconocida por éste (cfr. núm. 4 art. 159 CdT). Ciertamente, a nuestro entender el plazo de dos años es un límite más que suficiente para que un pacto de este tipo pueda cumplir con sus objetivos.

<sup>148</sup> MORENO DE TORO (1994), p. 900.

<sup>149</sup> NOGUEIRA GUASTAVINO (1998), p. 184.

<sup>150</sup> NOGUEIRA GUASTAVINO (1998), p. 183.

### iii) Compensación económica

Como pudimos advertir en su momento, a diferencia de lo que hemos observado en los ordenamientos comparados, en las sentencias de nuestros tribunales no existe uniformidad en cuanto a que el pacto de no competencia post-contractual contemple la necesidad de una compensación económica. De tal modo, podemos concluir que nuestra jurisprudencia no exige la compensación ante cualquier cláusula de no competencia. Veíamos que en los casos “Vey Moyano y otros con Traditio Chile Agente de Valores Limitada” y “Adiserv y Adicorp con Bordachar” no se le considera finalmente como requisito necesario para la validez de la cláusula, al entender que su ausencia podía ser suplida por las elevadas remuneraciones que habían recibido los trabajadores por la prestación de sus servicios.

Nosotros estimamos razonable la exigencia de una compensación con miras a lograr un equilibrio de intereses del empresario y del trabajador<sup>151</sup>. En efecto, para el primero su interés reside en que este último no utilice los conocimientos calificados adquiridos en su negocio en otras empresas competidoras. Para el segundo, uno de sus intereses radica en asegurarse estabilidad económica una vez extinguido el contrato, evitando la necesidad urgente de conseguir un nuevo puesto de trabajo<sup>152</sup>. Se persigue así –desde la perspectiva de la compensación económica– que el trabajador salga en lo posible indemne de la limitación de su derecho a trabajar<sup>153</sup>.

Por consiguiente, la compensación económica viene a ser aquella contra-prestación que se otorga al trabajador por la inactividad laboral (dentro del giro de su empleador), que debe asumir como consecuencia de la suscripción del pacto. Por tal motivo, no coincidimos con las sentencias que no estimaron necesaria dicha compensación dada las elevadas remuneraciones que recibían los trabajadores en cuestión. Y es que dichas remuneraciones estaban dirigidas a cubrir los servicios realizados por ellos de acuerdo al contrato de trabajo, de manera que no parece razonable concluir, con posterioridad, que además tenían otra finalidad, consistente en costear una obligación de no competencia.

En los países en los cuales se admiten tales acuerdos bajo la condición del pago de una compensación económica, se coincide en no establecer presupuestos para fijar el monto de dicha indemnización. En este contexto, la doctrina comparada ha ido elaborando criterios o módulos con miras a determinar el monto de la compensación. Se considera así que, en primer lugar,

<sup>151</sup> MORENO DE TORO (1994), p. 901.

<sup>152</sup> MORENO DE TORO (1994), p. 901.

<sup>153</sup> MORENO DE TORO (1994), p. 901.

la remuneración percibida por el trabajador se debe tomar como base para el cálculo<sup>154</sup> y, directamente relacionado con lo anterior, se señala que se debe considerar la ocasión de ganancia que pierde el trabajador al celebrar el pacto de no competencia<sup>155</sup>.

En este orden, debe existir proporcionalidad entre la duración del compromiso y la cuantía de la indemnización, de modo que, como es natural, la mayor duración de la obligación de no concurrir exigirá un mayor importe de la compensación pactada y viceversa<sup>156</sup>. Igualmente, es importante tener en cuenta la clase de trabajador en cuestión, pues a mayor especialización, más reducido será el mercado potencial de trabajo residual y menos posibilidades tendrá el trabajador de realizar otra actividad, por lo que mayor habrá de ser su compensación económica<sup>157</sup>. Si bien un aspecto clave a considerar es la remuneración percibida por el trabajador, el análisis no debe hacerse bajo el presupuesto de que la empresa debe pagar el total que el trabajador percibiría por el tiempo de la prohibición, pues el pacto de no competencia no implica una inactividad total del trabajador, ya que éste puede llevar a cabo otras actividades que no estén relacionadas con el giro de la empresa que se deja<sup>158</sup>. En este orden, se sostiene que pretender el total de las remuneraciones como compensación tendría como efecto gravar desproporcionadamente al empleador en la medida en que se le obligaría a abonar la misma cantidad que cuando el trabajador prestaba sus servicios<sup>159</sup>. Así es como en Alemania se establece que la compensación debe ascender al menos a la mitad de la remuneración que el trabajador recibiera (cfr. § 74 HGB)<sup>160</sup>. Una compensación inferior a las ganancias del trabajador es igualmente la tendencia apreciable en los convenios colectivos de Francia<sup>161</sup>. Este criterio ha sido acogido también por la jurisprudencia española<sup>162</sup>.

Con todo, lo anterior no significa que atendiendo a las circunstancias de hecho, no sea lícito que el pacto contemplase una compensación económica calculada conforme al total importe de la última remuneración, teniendo en cuenta la posible “ocasión de ganancia” que el trabajador pierde cuando acepta

<sup>154</sup> NOGUEIRA GUASTAVINO (1998), p. 153.

<sup>155</sup> NOGUEIRA GUASTAVINO (1998), p. 153.

<sup>156</sup> PEDRAJAS MORENO (2002), p. 9.

<sup>157</sup> PEDRAJAS MORENO (2002), p. 9.

<sup>158</sup> CHARRO BAENA (1995), p. 161.

<sup>159</sup> CHARRO BAENA (1995), p. 161.

<sup>160</sup> Véase NOGUEIRA GUASTAVINO (1998), p. 156.

<sup>161</sup> Véase NOGUEIRA GUASTAVINO (1998), p. 156.

<sup>162</sup> PEDRAJAS MORENO y SALA FRANCO (2005), pp. 47 y ss.

un pacto de este tipo (sobre todo en casos de trabajadores muy específicos)<sup>163</sup>. Pero, desde luego, no podría permitirse un pacto que contenga una compensación ínfima que constituiría una disposición de derechos no admisible, rompiéndose la equivalencia de las prestaciones recíprocas<sup>164</sup>.

En definitiva, siguiendo a Pedrajas, nos parece que con carácter general y abstracto, una compensación que se aproxime al cincuenta por ciento de la retribución de origen, durante el período de prohibición de concurrencia, debería considerarse aceptable, salvo en las hipótesis de que el campo de actividades residuales sea muy reducido y, por tanto, la compensación debiera ser mayor<sup>165-166</sup>.

<sup>163</sup> CHARRO BAENA (1995), pp. 161-162.

<sup>164</sup> PEDRAJAS MORENO (2002), p. 10; y ANTONMATTEI (2009), p. 104.

<sup>165</sup> PEDRAJAS MORENO (2002). p. 10.

<sup>166</sup> Sobre la naturaleza jurídica de esta compensación, dos son las posiciones que existen principalmente a este respecto. Por un lado, considerar que este desembolso tiene carácter de “remuneración”, o bien, entender que tiene naturaleza “indemnizatoria”. A favor de la naturaleza indemnizatoria del pacto de no competencia post-contractual se sostiene que su objeto es la compensación del perjuicio que se causa al trabajador al restringirse su libertad de iniciativa económica e impedirle desarrollar su capacidad profesional en una actividad donde sus aptitudes personales y profesionales pudieran ser más eficientes (véase NOGUEIRA GUASTAVINO (1998), p. 176). Nosotros estimamos que corresponde su calificación como remuneración. Si tenemos en cuenta la definición de contrato de trabajo donde se deduce que la causa de la remuneración es el pago de los servicios personales a los que se compromete el trabajador (art. 7º CdT), y nos centramos sólo en esta conexión (“remuneración-servicios”), se tendría que concluir que para que un estipendio sea calificado como remuneración es necesario que esté relacionado con un servicio contratado que está siendo compensado. Con todo, si consideramos la definición de remuneración de nuestro CdT, es posible apreciar que ella amplía su noción no sólo a aquella conexión “remuneración-servicios”, sino a toda contraprestación que debe percibir el trabajador del empleador “por causa del contrato de trabajo” (art. 41 CdT). Existen varios ejemplos en nuestra legislación donde el empleador paga una remuneración a un trabajador aun cuando éste no preste sus servicios; entre otros, podemos mencionar: el feriado legal (art. 67 CdT), los permisos para el padre por nacimiento de un hijo (195 inc. 2º CdT), muertes de parientes (art. 66 CdT), si el juez ordena la separación de un trabajador de la empresa durante un juicio de desafuero con derecho a remuneración (art. 174 inc. 2º CdT), y el pago de permiso sindical por la empresa por pacto individual o colectivo (art. 250 inc. final CdT) (GAMONAL CONTRERAS (2008), pp. 22-23). Existen asimismo otros desembolsos que tampoco obedecen al pago de servicios. Quizás el supuesto más ilustrativo en nuestra legislación viene a ser el “bono de reemplazo” durante la huelga; que, como se sabe, consiste en el pago de la suma de cuatro unidades de fomento por cada persona que el empleador contrate como reemplazante; cantidad que se debe repartir entre los trabajadores involucrados en la huelga (art. 381 CdT). Según se advierte, se trata de una estipulación que no guarda relación con una prestación efectiva de servicios, sino más bien, es un disuasivo para que el empleador no recurra a dicho reemplazo (GAMONAL CONTRERAS (2011), p. 403). Pese a ello, teniendo en cuenta el concepto amplio de remuneración (art. 41 CdT), la Dirección del Trabajo entiende que dicho bono reviste tal naturaleza, pues considera que tiene como “causa el vínculo jurídico laboral existente entre el empleador y cada uno de los trabajadores involucrados en la negociación colectiva (...) y que no se encuentra incluido expresamente en el inciso 2º del artículo 41 del Código del Trabajo como beneficio no constitutivos de remuneración” (Dictamen Dirección del Trabajo, Ord. N° 261/20, 24 de enero de 2002). En este contexto, volviendo a la compensación

### c) Principio de proporcionalidad en sentido estricto

El principio de proporcionalidad en sentido estricto implica en este caso concreto, que la gravedad de la prohibición de no competencia debe ser proporcionada a la urgencia o necesidad de los objetivos empresariales que se persiguen con ella<sup>167</sup>.

Para que la cláusula de no competencia se entienda proporcionada resulta fundamental que sus alcances sea acotados, en orden a que no se produzca una situación de desequilibrio entre las obligaciones asumidas por el trabajador y los intereses legítimos del empleador que se pretendan proteger<sup>168</sup>. De manera que la prohibición en cuestión no puede suponer la anulación o negación de los derechos del trabajador<sup>169</sup>. Con tal objetivo, es que esta cláusula debe estar limitada de forma de asegurar que su cumplimiento no implique una carga excesiva e injustificada al trabajador a través de una prohibición absoluta y general<sup>170</sup>.

Por tal motivo, para que la cláusula sea calificada como proporcional, tiene que contemplar ciertas restricciones, con miras a que no conlleve dicha anulación o negación. Desde ya, debemos recordar que, en aplicación del principio de necesidad, el pacto podía tener aplicación sólo respecto de aquellos trabajadores cuyo empleo en otra empresa podía causar una competencia que perjudicara los intereses de la empresa original. A su vez, el pacto debía cumplir con otras tres condiciones, a saber: (i) que la prohibición de no competencia comprenda exclusivamente actividades propias del giro del ex-empleador, (ii) que tenga una duración determinada en el tiempo, y c) que contemple una compensación económica para el trabajador, que corresponde a la contraprestación por el tiempo que debe permanecer inactivo en el ámbito competencial de la empresa.

---

de la cláusula de no competencia post-contractual, si bien la abstención del trabajador opera una vez cesado el contrato y, por consiguiente, dicha retribución no tiene por objeto pagar servicios correlativos –lo que llevaría en principio a pensar que no es una remuneración–, no es menos cierto, que el derecho a retribución se genera para el trabajador por “causa del contrato de trabajo” (art. 41 CdT). Por tal motivo, concluimos que este desembolso debe ser calificado como remuneración. En efecto, el pacto de no competencia es la ejecución de una obligación surgida de un contrato de trabajo, que persiste después del término de éste. De este modo, la compensación en cuestión no es más que la contraprestación de una obligación bilateral cuya ejecución opera una vez finalizada la relación laboral, y con la cual se persigue cubrir parte de la remuneración que el trabajador recibiría al situarse en un puesto de acuerdo con sus capacidades y experiencia (NOGUEIRA GUASTAVINO (1998), p. 177). De ahí, que en otras latitudes se hable de un “salario por inactividad” (NOGUEIRA GUASTAVINO (1998), p. 179).

<sup>167</sup> Véase ARNOLD *et al.* (2012), p. 71.

<sup>168</sup> DE MELLO JOÃO (2003), pp. 42-43.

<sup>169</sup> Véase ARNOLD *et al.* (2012), p. 71.

<sup>170</sup> DE MELLO JOÃO (2003), pp. 42-43.

Por su parte, el fundamento de la urgencia o necesidad de los objetivos empresariales que se persiguen con esta prohibición, se encuentran en la protección de la subsistencia y del desarrollo de la empresa<sup>171</sup>. Ya que, como hemos apuntado, ésta podría verse afectada negativamente si un ex-trabajador calificado, con posterioridad al término de su contrato, lleva a cabo una actividad dentro de su mismo giro. Esto, según decíamos, implicará una competencia diferencial en contra de aquélla, lo que puede terminar provocándole un perjuicio por el trasvase, principalmente, de parte de su clientela o información confidencial.

De esta manera, si, por un lado, la razón de la limitación de la libertad de trabajo encuentra su justificación en la subsistencia y desarrollo de la empresa y, por otro, dicha restricción debe estar condicionada al cumplimiento de una serie de factores, como los expuestos a propósito del principio de necesidad, entendemos que se cumple con la exigencia del principio de proporcionalidad en sentido estricto, en orden a que la limitación del derecho fundamental –en este caso, la libertad de trabajo– sea racional, y, por tanto, se pueda aceptar su admisibilidad.

Pues bien, si se cumplen las condiciones expuestas, sería posible compatibilizar el pacto de no competencia descrito con el derecho a la libertad de trabajo. Recordemos que no se impediría al ex-trabajador que, en el tiempo de duración del pacto, pueda desarrollar su profesión en un área distinta a la de la empresa donde prestaba servicios, con el añadido de que éste recibirá una compensación económica como contraprestación a la obligación de inactividad asumida. De esta suerte, la libertad de trabajo no se vería afectada en su “esencia o núcleo irreductible”<sup>172</sup>, al no ser privada de aquello que le es consustancial de manera tal que deje de ser reconocible<sup>173</sup>. Por el contrario, la libertad de trabajo sería vulnerada en su contenido esencial si el pacto fuera ilimitado o excesivo en su extensión objetiva o temporal, hipótesis en las que tal derecho sería irreconocible y quedaría anulado como tal<sup>174-175</sup>.

<sup>171</sup> BOSCATI (2010), pp. 212-213. Véase también GHIROTTI (2008), pp. 170-171.

<sup>172</sup> Según se señala en Vey Moyano y otros con Traditio Chile Agente de Valores Limitada, Segundo Juzgado de Letras de Santiago, RIT N° T-11-2010, 14 de mayo de 2010.

<sup>173</sup> Véase, en cuanto a las limitaciones aceptables a un derecho fundamental, Tribunal Constitucional, ROL N° 43, 24 de febrero de 1987.

<sup>174</sup> Véase NOGUEIRA GUASTAVINO (1998), p. 70.

<sup>175</sup> Una cuestión interesante consiste en determinar si el pacto es igualmente eficaz cuando la extinción del contrato de trabajo, no se produce por la renuncia del trabajador, sino por otro tipo de causas vinculadas a la voluntad o comportamiento del empleador. En efecto, surge la duda sobre la validez de esta clase de pactos, si el cese contractual se origina en la voluntad del trabajador que se fundamenta en un incumplimiento grave de obligaciones del empleador (es decir, en caso del despido indirecto; cfr. art. 171 CdT), o cuando el contrato se extingue por un despido que es declarado injustificado por un tribunal (véase NOGUEIRA GUASTAVINO (1998), p. 194). Lo anterior, debido a que en otros países, en

### 4.3. Incumplimiento del pacto de no competencia

Por el carácter consensual y bilateral del pacto de no concurrencia post-contractual, resulta evidente el interés recíproco de las partes en el cumplimiento de las obligaciones mutuas<sup>176</sup>. De esta manera, la efectividad del pacto interesa a las dos partes, es decir, tanto al empleador como al trabajador. Del mismo modo, cualquiera de ellos puede transformarse en un contratante incumplidor, y situar al otro en la compleja posición de intentar compeler el cumplimiento del pacto<sup>177</sup>.

#### a) Incumplimiento del empleador

Como gran parte del análisis de esta clase de cláusulas se centra en su validez a la luz del derecho a la libertad de trabajo (art. 19 N° 16° Constitución), pareciera que el único interesado en su aplicación es el empleador. Luego, del análisis de los casos prácticos, vemos que ello no es así, y que muchas veces es

---

presencia de dichas hipótesis, se considera inaplicable la cláusula de no competencia pos-contractual (véase NOGUEIRA GUASTAVINO (1998), pp. 194-195). En el caso de nuestro país, ante la ausencia de previsión legal o convencional de una u otras causas extintivas, debe entenderse que la regla general es la de la aplicación del pacto de no competencia con todos sus efectos cualquiera que sea la causa por la que se ha producido la extinción del contrato de trabajo (véase NOGUEIRA GUASTAVINO (1998), p. 196). Con todo, como señalábamos, las partes podrían estipular en el propio pacto de no competencia que éste tendrá o no eficacia, como a su vez, que la compensación económica en favor del trabajador resulte más onerosa, dependiendo del tipo de cese contractual, en especial si éste fue declarado o no justificado por un tribunal del trabajo. A este respecto, si es el empleador quien decide resolver el contrato, consideramos necesario distinguir entre dos supuestos: a) si el despido es calificado como justificado o bien el trabajador acepta la causal de término al momento de suscribir el finiquito (usualmente tratándose de razones económicas o desahucio; art. 161 CdT); b) si el despido es calificado de injustificado por un tribunal. En el primero de los supuestos, la cláusula de no competencia debiera operar normalmente de acuerdo a sus términos. Con todo, sería razonable que las partes estipularan que la compensación sea más onerosa tratándose de un despido –aun cuando sea justificado– en comparación a una renuncia del trabajador. La razón de esta diferencia se encuentra en que el trabajador no tiene la iniciativa de dejar su trabajo en la empresa, sino que es ésta quien lo pone en una situación de ser potencialmente su competidor (como consecuencia del despido), ya sea que éste trabaje en otra empresa o bien forme una propia. En el segundo de los supuestos (b), esto es, que el término del contrato es producto de un despido injustificado, creemos que el trabajador debiera ser precavido en estipular que la cláusula de no competencia no tendrá aplicación (véase NOGUEIRA GUASTAVINO (1998), p. 153). Estimamos que el control empresarial –aun cuando medie el pago de una compensación– no puede ser total en cuanto a decidir que una persona no realice su trabajo mediante una vía ilícita –laboralmente hablando, como sería el despido injustificado–, y que esta última asimismo no pueda desarrollar una actividad con posterioridad, aun cuando se circunscriba al giro de la empresa. En este supuesto, el trabajador no tiene en principio la iniciativa (como en el caso de la renuncia) de realizar una actividad independiente o dependiente que sea competencia de su ex-empleador –que viene a ser el gran fundamento para la procedencia de esta clase de cláusulas–, pues es éste quien decide colocarlo en una situación de desempleo. Con todo, entendemos que el trabajador sí podría hacer valer la cláusula siempre que recibiera una compensación más elevada en comparación con los otros supuestos que analizamos (véase NOGUEIRA GUASTAVINO (1998), p. 153).

<sup>176</sup> PEDRAJAS MORENO y SALA FRANCO (2005), p. 75.

<sup>177</sup> PEDRAJAS MORENO y SALA FRANCO (2005), p. 75.



el trabajador quien intenta hacer cumplir el pacto, con miras a recibir el pago de la compensación<sup>178</sup>.

El incumplimiento del empleador de esta clase de pacto, se traducirá normalmente en el impago de la compensación estipulada. En relación a las consecuencias de este incumplimiento, nos parece que el tratamiento de la cuestión debe reconducirse, principalmente a lo establecido en el art. 1489 del Código Civil, complementado con lo dispuesto en el art. 1552 del mismo cuerpo legal. De acuerdo a las normas citadas, el trabajador tendría las siguientes opciones<sup>179</sup>: (i) solicitar el cumplimiento del pacto, esto es, el pago de la compensación y además la indemnización de daños y perjuicios; y (ii) solicitar la resolución del pacto y además la indemnización por daños y perjuicios. En este supuesto, el trabajador quedaría liberado de su deber de abstención y los daños y perjuicios habría que cuantificarlos en relación con las expectativas de trabajo sacrificadas como consecuencia del propio pacto<sup>180</sup>.

En ambos casos, de acuerdo el art. 1552 del Código Civil, el trabajador podría haber realizado actividades concurrentes a su ex-empleador, mientras hubiera subsistido el impago de la compensación por parte de éste<sup>181</sup>.

## b) Incumplimiento del trabajador

El pacto de no competencia post-contractual conlleva para el trabajador una obligación de no hacer, consistente en la abstención de efectuar actividades competitivas a las de su antiguo empleador<sup>182</sup>. De esta manera, el incumplimiento de este pacto implicará la realización de dichas actividades prohibidas<sup>183</sup>. Esta inobservancia puede ser total, materializándose desde el momento en que se inició la operatividad de la prohibición, o parcial, actualizándose tras una etapa inicial de respeto a la prohibición<sup>184</sup>.

En principio, si se produce este incumplimiento, una de las opciones del contratante cumplidor será buscar la ejecución forzada del pacto, que importará lograr el cese de la actividad prohibida. No obstante, esta ejecución resultará

---

<sup>178</sup> Esta situación se podía advertir en el caso, antes analizado, "Silva Carvacho con Adicorp Neotec Limitada", donde el cuestionamiento sobre la validez del pacto de no concurrencia, se generaba a partir del reclamo del trabajador de la compensación acordada.

<sup>179</sup> Se sigue el esquema desarrollado en PEDRAJAS MORENO y SALA FRANCO (2005), p. 78.

<sup>180</sup> Se sigue el esquema desarrollado en PEDRAJAS MORENO y SALA FRANCO (2005), pp. 78-79.

<sup>181</sup> PEDRAJAS MORENO y SALA FRANCO (2005), p. 79.

<sup>182</sup> Ciertamente se ha clasificado por la doctrina comparada como una obligación negativa convencional, véase EGUSQUIZA BALMASEDA (1990), p. 49.

<sup>183</sup> CHARRO BAENA (1995), p. 174.

<sup>184</sup> PEDRAJAS MORENO (2002), p. 17.

de difícil materialización. En efecto, en la práctica no será sencillo compeler al extrabajador para que cese en la actividad prohibida. Y es que si consideramos que este pacto de no concurrencia tiene una duración determinada, si transcurre cierto tiempo hasta que se detecta el incumplimiento y se reclama ante los tribunales, puede ser probable que ya no pueda ordenarse el cumplimiento de lo estipulado<sup>185</sup>.

En razón de lo anterior, es que esta clase de incumplimiento se suele reconducir a través de la indemnización por daños y perjuicios<sup>186</sup>. Lo que ciertamente coincide con el art. 1555 del Código Civil que, como se sabe, a propósito de las obligaciones de no hacer, dispone que toda obligación de este tipo “*se resuelve en la de indemnizar los perjuicios, si el deudor contraviene y no puede deshacerse lo hecho*”.

Esta indemnización cumpliría una doble función, por un lado, resarcir a la empresa de los daños y perjuicios sufridos por la actuación del antiguo trabajador y, de otro lado, cumple una finalidad disuasiva para el trabajador, con el objeto de que se abstenga de realizar dichos actos<sup>187</sup>. Asimismo, entendemos que sería factible que el empresario concededor del incumplimiento del trabajador no continúe pagando las compensaciones pendientes. Lo anterior, sobre la base de lo dispuesto en el art. 1552 del Código Civil, que le serviría de cobertura en caso de reclamación de las mismas por parte del trabajador<sup>188</sup>.

La determinación del daño debe considerar no sólo el hecho que lo causó, esto es, el incumplimiento de la obligación contractual, sino también el nexo causal entre este incumplimiento y los daños, y obviamente la realidad y cuantía de éstos<sup>189</sup>. Luego, si el trabajador no respeta el pacto, y el empleador hubiera pagado todo o parte de la compensación, consideramos que es posible pedir la restitución de dicha suma. Puede surgir la duda, si esta restitución es una prestación diferente de la indemnización de perjuicio o bien se incluye en ésta. A nuestro modo de ver, son admisibles los dos caminos. Si el empleador solicita la resolución del pacto y además la indemnización de perjuicios, la restitución de lo pagado sería una consecuencia de dicha resolución contractual y, por tanto, una cuestión independiente de la indemnización<sup>190</sup>. En cambio, si sólo pide la

---

<sup>185</sup> CHARRO BAENA (1995), p. 174.

<sup>186</sup> CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ (1977), p. 205; y CHARRO BAENA (1995), p. 174.

<sup>187</sup> MORENO DE TORO (1994), p. 906.

<sup>188</sup> PEDRAJAS MORENO y SALA FRANCO (2005), p. 78.

<sup>189</sup> NOGUEIRA GUASTAVINO (1998), p. 240.

<sup>190</sup> Como señala López Santa María el efecto de la resolución, acogida por sentencia judicial firme, es la desaparición retroactiva del contrato. De modo que si una de las partes había ya ejecutado su obligación procede devolverle lo pagado; véase LÓPEZ SANTA MARÍA (2010), p. 508.

indemnización de perjuicio –sin solicitar la resolución contractual– creemos que ésta además de contemplar los perjuicios que ha sufrido el empleador (siempre teniendo en cuenta el daño efectivamente causado), pudiera abarcar el valor de la restitución antes comentada<sup>191</sup>.

## 5. Conclusiones

La cláusula de no competencia será válida en nuestro Derecho en la medida que cumpla con las siguientes condiciones:

a) Que se suscriba exclusivamente con aquellos trabajadores que hayan mantenido contacto estrecho con los intereses competitivos del empresario, y cuya salida de la empresa e incorporación a otra de la competencia haga peligrar estos intereses de modo real. De esta manera, no sería justificable la estipulación indiscriminada de esta clase de cláusulas para gran parte del personal, sin considerar la clase (delicadeza) de las funciones realizadas.

b) Que se prohíba sólo la realización de actividades comprendidas dentro del giro de la empresa en la que se prestaban servicios. Esta prohibición se fundamenta en tratar de impedir que surja una contraposición de intereses entre empleador y trabajador, que termine perjudicando al primero. Luego, esta contraposición sólo se puede producir si el trabajador lleva a cabo por su cuenta o como dependiente actividades dentro del mismo sector de actividad industrial o comercial de su ex-empleador.

c) Que cuente con un plazo máximo de duración. Teniendo como referencia las normas de duración de los contratos de plazo fijo, a nuestro entender el plazo de dos años es un límite más que suficiente para que un pacto de este tipo pueda cumplir con sus objetivos.

d) Que contemple una compensación económica en favor del trabajador. Esta compensación viene a ser una contraprestación que se otorga al trabajador por la inactividad laboral (dentro del giro de su ex-empleador), que debe asumir como consecuencia de la suscripción del pacto. Se persigue así que el trabajador salga en lo posible indemne de la limitación de su derecho a trabajar.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

AGRA VIFORCOS, Beatriz (2003): *Comportamiento desleal en la dinámica de la relación laboral. Estudio del artículo 21.1 del Estatuto de los Trabajadores* (León, Universidad de León).

<sup>191</sup> Sobre la posibilidad de demandar la indemnización de perjuicio, sin solicitar el cumplimiento forzado o la resolución del contrato, producto del incumplimiento de una obligación de no hacer, véase LÓPEZ DÍAZ (2010), pp. 94-95.

- ANTONMATTEI, Paul Henri (2009): *Les clauses du contrat de travail* (París, Editions Liaisons).
- ARNOLD, Rainer, MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio y ZÚÑIGA URBINA, Francisco (2012): “El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en: *Estudios Constitucionales* (año 10, N° 1), pp. 65-116.
- AUZERO, Gilles y DOCKES, Emmanuel (2014): *Droit du Travail*, 28ª edición (París, Dalloz).
- BOSCATI, Alessandro (2010): *Patto di nonconcorrenza. Art. 2125* (Turín, Giuffré Editore).
- BRONFMAN VARGAS, Alan, MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio y NÚÑEZ POBLETE, Manuel (2012): *Constitución Política Comentada* (Santiago de Chile, AbeledoPerrot-LegalPublishing).
- BULNES ALDUNATE, Luis (1980): “La libertad de Trabajo y su Protección en la Constitución de 1980”, en: *Revista de Derecho Público* (N° 2), pp. 121-138.
- CARINCI, FRANCO, TAMAJO, Raffale De Luca, TOSI, Paolo y TREU, Tiziano (2013): *Diritto del Lavoro* (Turín, Utet Giuridica).
- CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, Jaime (1977): *Prohibición de competencia y contrato de trabajo* (Madrid, Ministerio de Trabajo).
- CASTRO GARCÍA, Juan David (2009): *La propiedad industrial* (Bogotá, Universidad Externado de Colombia).
- CEA EGAÑA, José Luis (2012): *Derecho Constitucional chileno*, 2ª edición (Santiago de Chile, Ediciones Universidad Católica).
- CHARRO BAENA, Pilar (1995): “El pacto de no competencia postcontractual”, en: *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica* (N° 1), pp. 145-180.
- CONTRERAS BLANCO, Óscar (2012): *La competencia desleal y el deber de corrección en la ley chilena* (Santiago de Chile, Ediciones Universidad Católica).
- DE MELLO JOÃO, Regiane (2003): *Cláusula de não concorrência no contrato de trabalho* (São Paulo, Editora Saraiva).
- DEL REY GUANTER, Salvador (2007): *Estatuto de los Trabajadores. Comentado y con Jurisprudencia*, 2ª edición (Madrid, La Ley).
- DE VAL TENA, Ángel Luis (1996): *La prohibición de concurrencia entre empresario y trabajador* (Madrid, Tecnos).
- DIÉGUEZ CUERVO, Gonzalo (1969): *La fidelidad del trabajador en la Ley de Contrato de Trabajo* (Pamplona, Eunsa).
- EGUSQUIZA BALMASEDA, María Ángeles (1990): *La configuración jurídica de las obligaciones negativas* (Barcelona, Bosch).
- ETALA, Carlos (2010): *Contrato de Trabajo*, 6ª edición (reimp.) (Buenos Aires, Astrea), tomo I.

- EVANS DE LA CUADRA, Enrique (1986): *Los derechos constitucionales* (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile), tomo II.
- FERMANDOIS VÖHRINGER, Arturo (2006): *Derecho Constitucional Económico* (Santiago de Chile, Ediciones Universidad Católica).
- GAMONAL CONTRERAS, Sergio (1998): *Introducción al Derecho del Trabajo* (Santiago de Chile, Conosur).
- GAMONAL CONTRERAS, Sergio (2008): *Fundamentos de Derecho Laboral* (Santiago de Chile, LegalPublishing).
- GAMONAL CONTRERAS, Sergio (2013): “Las dos almas del Derecho del Trabajo”, en: *Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social* (vol. 1, N° 1), pp. 13-22).
- GAMONAL CONTRERAS, Sergio (2011): *Derecho Colectivo del Trabajo* (Santiago de Chile, AbeledoPerrot-LegalPublishing).
- GAMONAL CONTRERAS, Sergio y GUIDI MOGGIA, Caterina (2010): *Manual del Contrato de Trabajo* (Santiago de Chile, AbeledoPerrot-LegalPublishing).
- GAVALDA, Natacha (1999): “Les critères de validité des clauses de non-concurrence en droit du travail”, en: *Droit Social* (N° 6), pp. 582-590.
- GHIROTTI, Enrico (2008): *Il patto di non concorrenza nei contratti commerciali* (Milán, Giuffrè Editore).
- GRISOLÍA, Julio Armando (2008): *Manual de Derecho Laboral* (Buenos Aires, LexisNexis).
- IRURETA URIARTE, Pedro (2006): *Constitución y Orden Público Laboral. Un análisis del art. 19 N° 16 de la Constitución chilena* (Santiago de Chile, Colección de Investigaciones Jurídicas N° 9, Facultad de Derecho, Universidad Alberto Hurtado).
- IRURETA URIARTE, Pedro (2007): “La prohibición de competencia y la buena fe contractual”, en: Rafael Pereira L. y Eduardo Caamaño R. (coordinadores), *Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* (Santiago de Chile, AbeledoPerrot-LegalPublishing), tomo I, pp. 59-92.
- LANATA FUENZALIDA, Gabriela (2009): *Contrato Individual de Trabajo*, 3ª edición (Santiago de Chile, LegalPublishing).
- LIZAMA PORTAL, Luis (2005): *Derecho del Trabajo* (Santiago de Chile, LexisNexis).
- LÓPEZ DÍAZ, Patricia (2010): “La indemnización compensatoria por incumplimiento de los contratos bilaterales como remedio autónomo en el Derecho Civil chileno”, en: *Revista Chilena de Derecho Privado* (N° 15), pp. 65-113.
- LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge (2010): *Los contratos. Parte general*, 5ª edición (actualizada por Fabián Elorriaga De Bonis) (Santiago de Chile, AbeledoPerrot-LegalPublishing).
- MARK, Mariano H. (2009): *Ley de Contrato de Trabajo. Anotada con Jurisprudencia* (Buenos Aires, AbeledoPerrot).

- MARTÍNEZ GIRÓN, Jesús, ARUFE VARELA, Alberto y CARRIL VÁZQUEZ, Xosé Manuel (2004): *Derecho del Trabajo* (A Coruña, Netbiblo).
- MELIS VALENCIA, Christian (2009): *Los derechos fundamentales de los trabajadores como límites a los poderes empresariales* (Santiago de Chile, AbeledoPerrot-LegalPublishing).
- MORENO DE TORO, Carmen (1994): "El pacto de abstención postcontractual de la actividad competitiva", en: *Revista Española de Derecho del Trabajo* (Nº 68), pp. 887-908.
- NOGUEIRA GUASTAVINO, Magdalena (1998): *Pacto laboral de no competencia* (Madrid, McGraw-Hill).
- OSTAU DE LAFONT DE LEÓN, FRANCISCO (2009): *Tratado de Derecho del Trabajo*, 3ª edición (Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez), tomo I.
- PACHECO ZERGA, LUZ (2007): *La dignidad humana en el Derecho del Trabajo* (Pamplona: Thomson-Civitas).
- PALAVECINO CÁCERES, Claudio (2013): "La libertad de trabajo y su protección constitucional. Nueva lectura", en: *Revista Laboral Chilena* (Nº 219), pp. 79-83.
- PEDRAJAS MORENO, Abdón (2002): "El pacto de no concurrencia postcontractual: Aspectos prácticos para su instrumentalización, desde la óptica jurisprudencial", en: *Aranzadi Social* (Nº 5).
- PEDRAJAS MORENO, Abdón y SALA FRANCO, Tomás (2005): *El pacto de concurrencia postcontractual* (Valencia, Tirant Lo Blanch).
- PINTO MARTINS, Sergio (2013): *Direito do Trabalho* (São Paulo, Atlas).
- POBLETE JIMÉNEZ, Carlos (2001): "Los roles genéticos y funcional y la crisis del contrato individual de trabajo", en: *Revista Laboral Chilena* (Nº 98), pp. 85-91.
- ROJAS MIÑO, Irene (2004): *Manual de Derecho del Trabajo. Derecho Individual* (Santiago de Chile, LexisNexis).
- SIERRA HERRERO, Alfredo (2013): "Las cláusulas de confidencialidad en el contrato de trabajo", en: *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso* (Nº 41, 2º semestre), pp. 145-179.
- SILVA BASCUÑÁN, Alejandro (2010): *Tratado de Derecho Constitucional* (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile), tomo XIII.
- THAYER ARTEAGA, William y NOVOA FUENZALIDA, Patricio (2007): *Manual de Derecho del Trabajo*, 4ª edición (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile), tomo IV.
- UGARTE CATALDO, José Luis (2011): *Derecho, Trabajo y Privacidad* (Santiago de Chile, AbeledoPerrot-LegalPublishing).
- UGARTE CATALDO, José Luis (2013): *Derechos fundamentales en el Contrato de Trabajo* (Santiago de Chile, ThomsonReuters-LegalPublishing).

- VATINET, Raymonde (1998): “Les principes mis en œuvre par la jurisprudence relative aux clauses de non concurrence en droit du travail”, en: *Droit Social* (Nº 6), pp. 534-543.
- VERDUGO MARINKOVIC, Mario, PFEFFER URQUIAGA, Emilio y NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (1994): *Derecho Constitucional* (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile), tomo I.
- VIVANCO MARTÍNEZ, Ángela (2006): *Curso de Derecho Constitucional* (Santiago de Chile, Ediciones Universidad Católica), tomo II.
- WALKER ERRÁZURIZ, FRANCISCO (2003 a): “Análisis sucinto de las normas constitucionales vigentes en materia de Derecho Laboral en Chile”, en: VV.AA., *El trabajo y la Constitución. Estudios en homenaje al profesor Alonso Olea* (Madrid, Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales), pp. 207-222.
- WALKER ERRÁZURIZ, FRANCISCO (2003 b): *Derecho de las Relaciones Laborales* (Santiago de Chile, Editorial Universitaria).