



asuntos  
públicos  
— .cl



Centro de estudios del desarrollo

f /asuntospublicos

@ced\_cl

## Novedades

**18/04/2017**

**Política**

**Sobre el Deber de Confidencialidad luego de Terminado el Empleo**

**10/04/2017**

**Política**

**Política democrática y hablar veraz**

**03/04/2017**

**Economía**

**Crisis y estancamiento. Para salir de la mediocridad**

**29/03/2017**

**Política Sectorial**

**Legislación Nacional Sobre Seguridad Privada en Países de América del Sur. Parte III**

**24/03/2017**

**Política Sectorial**

**Legislación Nacional Sobre Seguridad Privada en Países de América del Sur. Parte II**

**17/03/2017**

**Política Sectorial**

**Legislación Nacional Sobre Seguridad Privada en Países de América del Sur. Parte I**

## Acerca de

Este informe ha sido preparado por el Consejo Editorial de asuntospublicos.cl.

©2000 asuntospublicos.cl. Todos los derechos reservados.

Se autoriza la reproducción, total o parcial, de lo publicado en este informe con sólo indicar la fuente.

# Informe 1287

## Política

18/04/2017

### Sobre el Deber de Confidencialidad luego de Terminado el Empleo

Ricardo Buendía<sup>1</sup>

#### 1. Introducción: el contrato de trabajo y sus cláusulas ¿Podemos disponer del deber de confidencialidad?

Como los abogados aprendemos desde los inicios de nuestros estudios de derecho, desde el nacimiento de la República, la corriente liberal se apropia del sistema jurídico, fundamentalmente del derecho civil, área predominante en aquel entonces.

El derecho civil impuso varias reglas y supuestos, entre estos últimos destaca la idea de paridad entre las partes en una relación entre privados, es decir, que si no concurría alguno de los supuestos específicos que dicha normativa contemplaba para anular un contrato, este se entendía celebrado entre dos partes igualmente capaces y con igual poder negociador.

Al menos desde aquel entonces, esta concepción de las obligaciones es la que ha regido el derecho nacional, y si no es la regla general, es al menos la regla supletoria de aquellas normas especiales que digan lo contrario.

Ahora bien, como parte de un movimiento jurídico mayor, y dentro de aquellas reglas "especiales" a las que hicimos alusión en el párrafo anterior, las normas regulatorias de las relaciones laborales se agruparon, fundamentalmente, en el Código del Trabajo.

Este movimiento, y estas normas, han tenido la virtud de destruir aquella pretensión-ficción de igualdad jurídica señalando que, al menos en una relación laboral, las partes no tienen igual poder negociador, y en consecuencia, es necesario regular ciertas materias que ocurren al alero del contrato individual, o colectivo, de trabajo. El objetivo final es lograr un reequilibrio, a través de las normas, de una desigualdad de facto.

Entonces, existen ciertas cláusulas de algún instrumento laboral, generalmente el contrato individual de trabajo, que las partes no pueden disponer libremente. Como contrapartida, hay estipulaciones que trabajador y empleador pueden convenir a su mero arbitrio.

<sup>1</sup> Abogado y Magíster en Derecho, Universidad de Chile.

Lo anterior no hace sino ratificar la diferencia explicada anteriormente, en el sentido que, general y supletoriamente, opera la libertad contractual, salvo regla en sentido contrario, como es el caso.

Una manifestación concreta de los cambios propuestos por el código del trabajo a esta ficción de igualdad jurídica es el artículo 10 del Código Laboral, que señala:

“Art. 10. El contrato de trabajo debe contener, a lo menos, las siguientes estipulaciones:”

Dicha norma utiliza la nomenclatura “a lo menos”, lo que viene a ser una clara manifestación de que ciertas estipulaciones de un contrato de trabajo son obligatorias, es decir, las partes no pueden eximir las en un contrato laboral.

Con todo, y en línea con esta dualidad jurídica presente, el artículo 7° del mismo ordenamiento permite que las partes puedan convenir cualquier acuerdo que no sea contrario al ordenamiento del mismo Código, u otra normativa especial o que lo señale.

“Art. 7. Contrato individual de trabajo es una convención por la cual el empleador y el trabajador se obligan recíprocamente, éste a prestar servicios personales bajo dependencia y subordinación del primero, y aquél a pagar por estos servicios una remuneración determinada.”

Una manifestación aún más evidente de la idea de disponer de los derechos en una relación laboral, aunque de manera acotada, según vimos, se observa en la correspondencia de los artículos, 9°, en relación con los artículos 12°, y 13°, el primero del Código Laboral, y los segundos del Código Civil:

“Art. 9. El contrato de trabajo es consensual; deberá constar por escrito en los plazos a que se refiere el inciso siguiente, y firmarse por ambas partes en dos ejemplares, quedando uno en poder de cada contratante.

El empleador que no haga constar por escrito el contrato dentro del plazo de quince días de incorporado el trabajador, o de cinco días si se trata de contratos por obra, trabajo o servicio determinado o de duración inferior a treinta días, será sancionado con una multa a beneficio fiscal de una a cinco unidades tributarias mensuales.”

Adicionalmente, señala el Código Civil:

“Art. 12. Podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo miren al interés individual del renunciante, y que no esté prohibida su renuncia.”

Y finalmente,

“Art. 13. Las disposiciones de una ley, relativas a cosas o negocios particulares, prevalecerán sobre las disposiciones generales de la misma ley, cuando entre las unas y las otras hubiere oposición.”

En consecuencia, en el contrato de trabajo, el legislador quiso regular este acuerdo de voluntades, con un contenido mínimo (artículo 10 del Código Laboral), creándose requisitos de la esencia, cuales son: por parte del trabajador, el trabajo bajo subordinación y dependencia; y por parte del empleador, una contraprestación en dinero, llamada remuneración, u otro beneficio asimilable, además de los otros presentes en dicho artículo.

Adicionalmente, una importante reforma al Código del Trabajo afecta directamente al tema en comento, a saber, la modificación del artículo 5° de dicho Código, el cual introduce la importancia de los derechos fundamentales, consagrados en la Constitución Política, en las relaciones laborales, incluido el contrato de trabajo. En este sentido:

“Art. 5. El ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador, tiene como límite el respeto a las garantías constitucionales de los trabajadores, en especial cuando pudieran afectar la intimidad, la vida privada o la honra de éstos.

Los derechos establecidos por las leyes laborales son irrenunciables, mientras subsista el contrato de trabajo.”

Esta sencilla descripción de la introducción de los derechos fundamentales en el ámbito laboral, es un potente reconocimiento normativo a la idea de que hay ciertos derechos, que se han de traducir en cláusulas, que no pueden ser renunciados por las partes en una relación laboral, especialmente por el trabajador. Esta concepción nos parece es la más influyente en contra de la concepción liberal clásica de los derechos, a la que hacíamos alusión al comienzo de este apartado.

Esta serie de artículos citados expresan el fruto de pugnas sociales, que tienen su origen a principios del siglo XX, y que, como se señaló, buscan establecer un equilibrio de fuerzas artificial a través de las normas jurídicas protectoras. Ello, a contrario sensu, significa que la ley reconoce la desigualdad que tienen las partes para negociar, al menos individualmente. Así, normalmente es el empleador quien determina el contenido de un contrato de trabajo, incluida la remuneración, horario y lugar de trabajo, entre otros pactos, debiendo el trabajador, generalmente, limitarse a aceptar estas y otras cláusulas.

Hasta aquí hemos hablado del contenido esencial del contrato de trabajo, y sobre como las normas les afectan. Ahora, conviene entonces hablar del destino de las cláusulas voluntarias, es decir, aquellas que las partes pueden disponer libremente.

El general desequilibrio negociador de las partes lleva a que las cláusulas obligatorias estén fuertemente normadas. Pero entonces surge una pregunta fundamental ¿Corren la misma suerte el resto de las cláusulas del contrato?

La respuesta a esa pregunta es negativa, en el sentido que, al no ser de aquellas que la norma estipula como indispensables por las partes, es generalmente el empleador el que determina su existencia y alcance, aunque con el límite general del artículo 5°, según vimos. En consecuencia, al trabajador no le queda más que aceptar, o negociar, según sea su capacidad para ello en relación al empleador, las cláusulas esenciales, pero también las accesorias. De no aceptarlas, probablemente no obtendría el empleo.

En este grupo de cláusulas accesorias, se encuentran aquellas relativas al deber de confidencialidad del trabajador de lo que desarrolle y sepa en el transcurso de la relación laboral.

En consecuencia, existen razonables dudas sobre la real manifestación de voluntad del trabajador, no tan solo en las cláusulas esenciales, sino también en aquellas denominadas accesorias. Lo anterior puede incluso afectar derechos fundamentales del trabajador en la relación laboral. En el presente trabajo nos concentraremos en el deber de confidencialidad del trabajador en la empresa, cuando es regulado como cláusula accesoria en un contrato de trabajo, y como este deber se relaciona con las demás cláusulas del contrato, en relación con los derechos fundamentales y en general, del fenómeno de la ciudadanía del trabajador en la empresa.

## **2. La cláusula de obligación de confidencialidad: relación con la Constitución Política de la República, el Código del Trabajo, y el Código Civil.**

Esencialmente, es bajo la combinación de los artículos 5, 7, 9, 10 y 11 del Código del Trabajo, donde las partes ejercen su libertad de celebrar diversos pactos laborales, que contienen las más diversas cláusulas, siempre que aquello no vulnere la normativa señalada. Es en este contexto donde las partes también pueden, libremente, convenir el deber del trabajador de no divulgar los secretos y lo que este produzca con ocasión de la relación laboral, perteneciendo dicha información al empleador, con ocasión del ejercicio de su derecho de propiedad.

Así, y producto de la creciente industria de los servicios, la cual basa parte importante de su negocio en el conocimiento y el desarrollo de tecnología, es cada día más habitual que los trabajadores del empleador cuenten con cláusulas de confidencialidad, las cuales, normalmente son "tipo", o de escrituración en serie. Esta obligación pactada incluso se puede extender más allá de la relación laboral misma, o sea, cuando, por cualquier razón, el trabajador ha dejado de prestar servicios para el empleador, y este ha dejado de remunerarlo de manera definitiva.

Esta creciente necesidad de poner atención a la introducción de cláusulas de confidencialidad, nos obliga a preguntarnos cuál es el real alcance que debe tener dicha cláusula para que no afecte los derechos fundamentales de los trabajadores, y al mismo tiempo se permita el ejercicio de la potestad de dirección y mando del empleador, el cual emana de su derecho de propiedad sobre los bienes, conocimiento e información que se produce con ocasión de la relación laboral.

Con todo, pese a este importante desafío, la regulación de las cláusulas de confidencialidad es más bien escasa. Ello creemos que se debe a que históricamente se ha entendido como parte de las cláusulas accesorias en la relación laboral, y que por lo tanto, no sería merecedora de mayor atención. Creemos que lo primero es correcto, pero se echa en falta una restricción por aplicación del artículo 5° del Código Laboral. Al día de hoy, como dicha regulación queda al arbitrio de las partes, especialmente del empleador, existe un peligro latente de abuso de este en la redacción de aquella.

Con todo, y para poder delimitar el alcance de una cláusula de este tipo, tiene sentido preguntarnos sobre el objetivo que se busca al regular una cláusula de confidencialidad. En este sentido, es evidente que la estipulación persigue resguardar la propiedad del empleador.

En efecto, como ya mencionamos anteriormente, cada día es más importante proteger la información, las ideas, los proyectos, secretos comerciales, y en general cualquier conocimiento producido con ocasión de la relación laboral. Dicha información tiene un valor comercial, y por tanto es fácilmente identificable como parte del derecho de propiedad del empleador, quien, naturalmente, tiene el legítimo interés de tomar todas las medidas necesarias para resguardar dicho patrimonio.

La protección anterior no debe ser considerada como ilimitada. Así, existen ciertos conocimientos que no pertenecen a la esfera de la propiedad del empleador, aunque se produzcan con ocasión de la relación laboral. En este sentido, la experiencia que pueda adquirir el trabajador, además de no ser tangible ni tampoco determinable económicamente, es algo que pertenece a este, ello en razón del ejercicio de su oficio o profesión.

En atención a lo anterior, existe un desafío para el empleador en orden a mantener organizada la normativa sobre aplicación de cláusulas sobre confidencialidad en la empresa. Así, al comentado deber del empleador de escriturar las cláusulas de los contratos, incluida aquella sobre confidencialidad, es importante también que este fije condiciones similares en el reglamento interno de orden, higiene y seguridad de la empresa, si aplica, como asimismo en la práctica diaria, esto último producto del principio de primacía de la realidad que impera en el derecho del trabajo.

El riesgo de no precaver estas situaciones, sobretodo en el ejercicio diario de la potestad de dirección y mando, estriba en que, por aplicación del principio de primacía de la realidad, la norma contenida en el contrato de trabajo o en el reglamento interno carezca de validez producto de la práctica habitual en un sentido diverso a la norma, de manera que la información que el empleador pudo haber entendido como confidencial, devino en no confidencial producto del uso distinto. Esta consideración debe ser entendida junto con el límite general del artículo 5° del Código del Trabajo, de manera que, bajo ningún supuesto, podrán vulnerarse los derechos fundamentales del trabajador en la relación laboral.

Otro principio transversal al derecho del trabajo, y que conviene mencionarlo en el presente trabajo, es la buena fe.

Dicho principio, contenido normativamente en el artículo 1546 del Código Civil (y de aplicación supletoria a las normas laborales), reza:

“Art. 1546. Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella.”

Tradicionalmente, en el derecho civil, este principio ha sido entendido en dos dimensiones: subjetiva y objetiva. Ahora, corresponde que el juez examine los actos exteriorizados que permiten, razonablemente, inferir una conducta. En este sentido entonces, al menos en lo que respecta al derecho del trabajo, debe primar la apreciación de la buena fe objetiva.

### 3. La obligación de confidencialidad más allá de la relación laboral.

Ya dijimos que, producto de la relevancia de la industria de los servicios, la protección de bienes intangibles por parte del empleador ha cobrado una relevancia mayor. Pues bien, ahora corresponde analizar si corresponde que el trabajador deba cargar con una cláusula de lo obliga más allá de la relación estrictamente laboral, la cual, normalmente, finaliza a través de un finiquito.

En cuanto al término de una relación laboral y sus efectos, el artículo 177, inciso final, del Código del Trabajo señala:

“El finiquito ratificado por el trabajador ante el inspector del trabajo o ante alguno de los funcionarios a que se refiere el inciso segundo, así como sus copias autorizadas, tendrá mérito ejecutivo respecto de las obligaciones pendientes que se hubieren consignado en él.”

Así, típicamente se sostiene que el finiquito tiene 3 grandes efectos en una relación laboral: poder liberatorio, mérito ejecutivo y valor probatorio.

En cuanto al poder liberatorio del finiquito, este tiene como fin arreglar todas y cada una de las obligaciones pendientes entre las partes en la relación laboral. Por tanto, generalmente, las partes nada debieran adeudarse producto del término del contrato de trabajo.

En este sentido, y para comprender en la práctica los efectos de dicho poder liberatorio, la sentencia rol 32-2008 de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago ha señalado que el finiquito: “tiene el mismo mérito que una sentencia ejecutoriada y posee un amplio poder liberatorio”<sup>2</sup>

Y a mayor abundamiento: “(...) y ambas partes quedan impedidas de revisar unilateralmente lo ya pactado.”

Adicionalmente, se ha pronunciado en igual sentido la Dirección del Trabajo.<sup>3</sup>

### 4. La opinión de la Jurisprudencia Sobre el Deber de Confidencialidad

En cuanto a la jurisprudencia administrativa relevante, podemos citar el ORD 4731/081<sup>4</sup>, donde la Dirección del Trabajo responde una consulta de una empresa, sobre la legalidad de incluir una cláusula de confidencialidad en los contratos individuales de trabajo de sus empleados.

Si bien la Dirección del Trabajo reconoce la posibilidad de insertar cláusulas de confidencialidad en los contratos de los trabajadores, inmediatamente previene que esta es de carácter accesorio, es decir, el empleador debe cumplir previamente con todas las estipulaciones consideradas como esenciales.

Acertadamente, el mismo órgano identifica las normas constitucionales y la normativa internacional pertinente. Así, se encuentra en entredicho la potencial infracción a la libertad de expresión del trabajador producto de la inclusión de una cláusula de confidencialidad.

<sup>2</sup> Adicionalmente sugerimos la lectura de otras sentencias, tales como CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, ROL 6989-2011.

<sup>3</sup> DIRECCION DEL TRABAJO, ORD. N° 2115/125

<sup>4</sup> DIRECCIÓN DEL TRABAJO, ORD N° 4731/081

En este análisis nosotros agregamos la libertad de trabajo, puesto que, por tener una cláusula de confidencialidad muy extensa, el trabajador podría no seguir laborando en la misma industria, o al menos le será muy oneroso. Adicionalmente, es atingente también considerar el derecho de propiedad del empleador. Compartimos la solución propuesta por la Dirección del Trabajo, en el sentido que se recomienda aplicar el criterio de proporcionalidad de diversas normas. Ello busca considerar diversos derechos de las partes.

A continuación, y para pormenorizar su análisis, la misma Dirección del Trabajo señala 3 subprincipios relevantes para una correcta aplicación de la proporcionalidad.

“a) El principio de adecuación o idoneidad, según el cual, el medio empleado debe resultar apto o idóneo para la consecución del fin propuesto, resultando inadecuada, en consecuencia, la limitación de un derecho fundamental, cuando ella no sirva para proteger la garantía constitucional en conflicto; b) El principio de necesidad, según el cual la medida limitativa debe ser la única capaz de obtener el fin perseguido, de forma tal que no exista otra forma de alcanzar dicho objetivo sin restringir el derecho o que fuese menos gravosa, y, c) El principio de proporcionalidad en sentido estricto, lo que supondrá analizar si la limitación del derecho fundamental resulta razonable en relación con la importancia del derecho de que se trata de proteger con la restricción.”

Nos manifestamos contrarios a esta interpretación, especialmente en lo que respecta a la aplicación del principio de necesidad. Así como de aquella sección del Dictamen donde permite que la obligación de confidencialidad subsista más allá de la relación laboral, en el contexto del derecho del trabajo.

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



### 5. Conclusiones

Las partes en un contrato de trabajo pueden obligarse libremente, pero solo respecto de aquellas materias donde ellos pueden disponer sus intereses, las cuales son determinadas por el legislador por oposición a aquellas materiales de regulación obligatoria. En este contexto, la inclusión de una cláusula de confidencialidad es una facultad para las partes. Pese a ello, el peligro de incluir arbitrariamente por parte del empleador esta obligación, que para la Dirección del Trabajo puede tener consecuencias más allá de la duración del contrato de trabajo, es preocupante, sobre todo cuando se pretende que ella surta efectos más allá del término de la relación laboral, y respecto de cualquier tipo de trabajadores.

En consecuencia, este peligro debe ser aminorado insertando el criterio de proporcionalidad en la forma reseñada, atendiendo al contexto de la aplicación de la medida, y sobre todo al puesto que ocupa el trabajador, de manera de determinar si es o no relevante la inserción de dicha cláusula. Mención aparte merece la formación, profesión u oficio del trabajador, criterio que debiera incorporarse y ser transversal en el análisis.

Será tarea del juez ponderar este y otros factores que puedan influir en un caso en particular.

Finalmente, si bien pueden existir cláusulas de confidencialidad en la forma explicada, creemos que ello no puede ser a costa del derecho a la libre expresión y a la libertad de trabajo fuera de la relación laboral. En efecto, una cláusula de confidencialidad no debiera subsistir más allá del término de la relación laboral. Ello no supera el test de ser una medida necesaria, puesto que el ordenamiento jurídico ofrece alternativas menos gravosas de los derechos fundamentales del trabajador, un ejemplo de lo anterior podría ser la celebración de un pacto civil posterior a la relación laboral, el cual, en todo caso, debe ser extensivo solamente a los criterios explicados en este trabajo.