

UNIVERSIDAD
INTERNACIONAL SEK DEL
ECUADOR

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

TESIS DOCTORAL

LA CLAUSULA DE CONFIDENCIALIDAD EN EL
CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABAJO

DIRECTOR DE TESIS:

DR. MIGUEL ANGEL PUENTE

AUTOR: AB. JORGE IDER SALGADO MIRANDA

QUITO-ECUADOR

2006

DEDICATORIA Y AGRADECIMIENTO

Con viva y sentida emoción me dirijo a quienes con su apoyo moral, espiritual, intelectual y académico han sabido apoyarme y sostenerme durante estos 28 años de vida. Este Doctorado simboliza un paso muy importante de una vida de estudios y el compromiso de un servicio a la comunidad y a la profesión de Abogado.

En especial quiero dedicar y agradecer en esta tesis a las siguientes personas e instituciones:

Primeramente y sobre todas a las persona cosas, a Dios, porque con su amor infinito, ha derramado enormes bendiciones, me ha regalado la vida, la posibilidad de acceder a una educación y jamás a quitado de mi cabeza su mano poderosa que me ha guiado y protegido.

A mi madre celestial, la Virgen Dolorosa, que ha vuelto hacia mí sus ojos misericordiosos y durante todos estos años ha rogado he implorado por mi bienestar y ha sabido cobijarme bajo su manto santo.

A mis padres quines con su verdadero y desinteresado, amor, apoyo y formación han logrado forjar un hombre y profesional que hoy puede gritar ¡Gracias Papá¡, ¡Gracias Mamá¡ por su invaluable sustento y amor en toda mi vida.

A mi abuelito Jorge, quien con sus consejos y enseñanzas aporto mucho para mi formación; se que ahora eres parte de mi ser y estas conmigo donde quiera que este.

A mi abuelita Ligia, quien ha sabido con su comprensión, apoyo y ternura convertir un niño en un hombre y a quien le debo mucho de lo que soy y de lo que siento.

A mis hermanos Andrés y Santiago, porque sin ustedes esto no sería posible.

A Francisco, por ser mi primo y amigo incondicional.

A toda mi Familia de la “Real Academia” por alegrar y afirmar mi paso en esta vida.

A mis abuelitos Juan y Tere, por el amor sincero para conmigo.

A mis clientes porque he podido en ustedes comprender mucho la realidad del ser humano y seguir con ansias para mejorar y servirles mejor.

Al Padre SJ Guido Arteaga, quien fue en vida, mi consejero espiritual y un sostén único, para mi desarrollo cristiano y humano.

Agradezco al Doctor Miguel Ángel Puente, porque con su dirección, esta tesis ha sido posible y siempre estuvo presto para ayudarme y comprenderme.

A mis profesores, quienes me brindaron las enseñanzas académicas necesarias e inconmensurables sobre la ciencia social del Derecho

A la Universidad Internacional Sek, por acogerme, enseñarme y valorar mis estudios

A los informantes de esta tesis (Dr. Roque Farto, Dr. Mauricio Sánchez) por sus sugerencias y revisiones tan oportunas y precisas.

A la Fundación Carolina, Universidad Francisco de Vitoria y a mis maestros de postgrado en Derecho de los Negocios en Madrid, por el aporte académico a este trabajo.

Al Doctor Rodrigo Salgado Valdez, por sus valiosos consejos.

A la Pontificia Universidad Católica del Ecuador por su invaluable formación.

A mis compañeros y amigos durante estos años de Estudio, quienes supieron forjar un hombre mas humano.

A mi país y a todos quienes han compartido desinteresadamente mi vida, con amor y sentimiento.

Con cariño y agradecimiento

Ider

INDICE

LA CLÁUSULA DE CONFIDENCIALIDAD EN EL CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABAJO

DEDICATORIA	3
1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	9
1.1 FORMULACIÓN DEL PROBLEMA	11
1.2 SISTEMATIZACIÓN DEL PROBLEMA	11
1.3 OBJETIVOS GENERALES	12
1.4 OBJETIVOS ESPECÍFICOS	12
1.5 HIPÓTESIS	12
1.6 JUSTIFICACIÓN DEL TEMA	12
1.7 MARCO TEÓRICO	15
1.7.1 OBJETO DE LA INVESTIGACIÓN	15
1.7.2 PROBLEMATIZACIÓN	15
1.7.3 PROPÓSITOS DE LA INVESTIGACIÓN	16
1.8 METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN	17
2. INTRODUCCIÓN	18
3 .CAPITULO 1	21
3.1 CAPITULO 1: ANTECEDENTES	21
3.2 CONCEPTO DE CLÁUSULA DE CONFIDENCIALIDAD O DE RESERVA	22
3.3 ORÍGENES DE LA CONFIDENCIALIDAD EN EL CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABAJO.	27

4. CAPITULO 2 LA CONFIDENCIALIDAD DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL EN LA RELACIÓN INDIVIDUAL DE TRABAJO SEGÚN LA LEGISLACIÓN NACIONAL Y COMPARADA.	34
4.1 CÓDIGO LABORAL Y LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL	34
4.2 RELACIÓN DE DEPENDENCIA.-	35
4.3 CREACIÓN	36
4.4 PACTO EN CONTRARIO	37
4.5 DERECHOS DE EXPLOTACIÓN	38
4.6 NORMAS CONEXAS NACIONALES E INTERNACIONALES	43
5. CAPITULO 3	53
5. 1 CAPITULO 3: EL CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABAJO	53
5.2 CONCEPTO	54
5.2.1 FALTA DE DEFINICIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL	55
5.2.2 DEFINICIÓN JURISPRUDENCIAL DEL CONTRATO DE TRABAJO	56
5.3 CONTRATO DE TRABAJO Y CONTRATOS CIVILES DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS	59
5.3.1 MODALIDADES DE LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS	60
5.4 CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO DE TRABAJO	63
5.5 ELEMENTOS DEL CONTRATO DE TRABAJO	65
5.6 CLASIFICACIÓN GENERAL	67
5.7 ELEMENTOS ACCESORIOS DEL CONTRATO DE TRABAJO	75
5.7.1 PROFESIONALIDAD	75

5.7.2 EXCLUSIVIDAD	76
5.8 LA CLÁUSULA DE CONFIDENCIALIDAD O DE RESERVA EN EL CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABAJO	77
5.9 OBLIGACIONES Y PROHIBICIONES DEL TRABAJADOR, RESPECTO A LA CONFIDENCIALIDAD EN LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INDUSTRIAL.	78
6. CAPÍTULO 4 CONFIDENCIALIDAD EN LOS SECRETOS INDUSTRIALES: CAUSAS Y EFECTOS EN EL CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABAJO.	83
6.1 MOTIVACIÓN PARA INCORPORAR UNA CLÁUSULA DE CONFIDENCIALIDAD DE SECRETOS INDUSTRIALES.	83
6.2 LA BUENA FE	89
6.3 EL ABUSO DEL DERECHO	89
6.4 LA APARIENCIA	96
6.5 LA SIMULACIÓN	97
6.6 LA SOCIEDAD APARENTE	98
6.7 EL MANDATO APARENTE	98
6.8 LA FUNCIÓN APARENTE	102
6.9 EL DIRIGENTE APARENTE	103
6.10 LA TRANSPARENCIA	104
6.11 INCLUSIÓN DE UNA CLÁUSULA DE CONFIDENCIALIDAD	106
6.11.1 CONSIDERACIONES:	106
6.12 LOS CONTRATANTES ESPECIALMENTE PROTEGIDOS	113
6.12.1 DE LA SITUACIÓN DEL TRABAJADOR ANTES DE LA RELACIÓN LABORAL.	124
6.12.2 TIPO DE SERVICIOS A PRESTAR	126
6.12.3 DERECHOS PROTEGIDOS	126

6.13 EFECTOS DE LA CLÁUSULA DE CONFIDENCIALIDAD	128
6.13.1 SITUACIÓN DEL TRABAJADOR DURANTE LA RELACIÓN LABORAL	128
6.13.2 VIOLACIÓN DE LA CLÁUSULA DE CONFIDENCIALIDAD.	130
6.13.3 DESPUÉS DE LA RELACIÓN LABORAL	133
6.14 REDACCIÓN DE LA CLÁUSULA DE CONFIDENCIALIDAD.	139
CONCLUSIÓN	142
7. BIBLIOGRAFÍA	144

LA CLÁUSULA DE CONFIDENCIALIDAD EN EL CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABAJO

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El objetivo principal de los empresarios¹ y empleadores en general en cualquier disciplina, es obtener beneficios económicos como resultado del ofrecimiento de bienes y servicios competitivos en la sociedad, obteniendo un beneficio económico para ellos. Desde hace unos años el mundo globalizado en el que vivimos y el avance tecnológico constante, hace que los intereses sobre los desarrollos industriales crezcan. De esta manera en el mundo competitivo en que nos encontramos, cada día se pretenden registrar invenciones, las mismas que una vez registradas se convierten en recursos económicos para sus titulares.

Con motivo de las relaciones laborales individuales pueden producirse ciertos conflictos al momento de hacer efectiva las cláusulas de confidencialidad que es costumbre incluir en los contratos de aquellos trabajadores que tienen vinculación con los secretos industriales.

¹ Durante la tesis empleamos la palabra empresarios o empresa no como un término legal ni tampoco en reemplazo a la palabra compañía, ya que esta última sería más adecuada para un trabajo legal. Utilizamos esta palabra como necesidad de comprensión del mundo de los negocios y además por la necesidad de establecer en un plano más real el planteamiento y resolución de la tesis. Sin embargo cuando sea necesario se utilizará la palabra adecuada al campo de la legislación ecuatoriana.

Antonio Delgado Porras, Consejero Legal de la sociedad de Autores y Editores de España, en el X congreso sobre la protección de derechos industriales sostuvo que el revelar a un tercero un secreto industrial, que se conozca con motivo de su trabajo, desempeño de su profesión, relación de negocios o en virtud del otorgamiento de una licencia para su uso, con o sin consentimiento de la persona que guarde el secreto industrial, habiendo sido prevenido de su confidencialidad, (con el propósito de obtener un beneficio económico para sí o para el tercero o causar un perjuicio a la persona que guarde el secreto) es considerado un delito.

En virtud de lo manifestado no son raros los conflictos que se dan por parte de empleados al violar la confidencialidad durante y después de la relación laboral, muy a pesar que el artículo 127 de la Ley de Propiedad Intelectual que determina que “el derecho a la patente pertenece al inventor. Este derecho es transferible por acto entre vivos y transmisible por causa de muerte.”

Así el artículo 129 del mismo cuerpo legal, establece también que “El derecho a la patente sobre una invención desarrollada en cumplimiento de un contrato pertenece al mandante o al empleador, salvo estipulación en contrario.”

La titularidad de la patente que se realiza bajo dependencia laboral corresponderá al empleador.

Con estos antecedentes los contratos de trabajo actuales incluyen en su redacción cláusulas de confidencialidad, las mismas que tratan de amedrentar al trabajador, sin embargo su redacción y aplicación no son del todo eficaces para el verdadero fin por esta razón hemos considerado necesario realizar una investigación sobre el tema y delimitar la verdadera redacción, aplicación, causas y efectos de la confidencialidad

en la relación individual de trabajo y aún después de haber terminado la misma, que es donde se producen la mayor cantidad de conflictos, los mismos que son de difícil resolución, por el principio constitucional de la libertad respecto a expresión, asociación y trabajo

1.1 FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

¿Está siendo eficaz la cláusula de confidencialidad en la relación individual de trabajo y contempladas sus causas y efectos?

1.2 SISTEMATIZACIÓN DEL PROBLEMA

¿Qué es una cláusula de confidencialidad?

¿Qué implicaciones tiene para el trabajador el revelar secretos industriales?

¿Qué implicaciones tiene para el empleador el que se revelen secretos industriales?

¿Qué influencia tiene una cláusula de confidencialidad durante la relación individual de trabajo?

¿Qué influencia tiene una cláusula de confidencialidad una vez concluida la relación individual de trabajo?

¿Cuándo es necesario incluir cláusulas de confidencialidad?

¿Cómo la legislación ecuatoriana debería considerar la confidencialidad?

¿En que medida la legislación comparada trata el problema de la revelación del secreto industrial en la relación laboral?

¿Que medidas puede ejercer el empleador si se revela un secreto industrial?

¿Que medidas puede ejercer el ex trabajador en caso de ser acusado de revelar secretos de su ex empleador?

¿Hasta cuando se debe respetar una cláusula de confidencialidad?

1.3 OBJETIVOS GENERALES

Establecer los mecanismos más idóneos para:

- Incluir adecuadamente una cláusula de confidencialidad en el contrato individual de trabajo.
- Hacer efectiva dicha cláusula de confidencialidad.
- Regular sus causas y efectos.

1.4 OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Sugerir como debe redactarse una cláusula de confidencialidad en el contrato individual de trabajo.
- Determinar cuando es necesario incluir una cláusula de confidencialidad
- Definir las causas de inclusión de una cláusula de confidencialidad
- Definir los efectos de una cláusula de confidencialidad en el contrato individual de trabajo.
- Establecer los derechos y obligaciones del trabajador en cuanto a la confidencialidad, durante y después de la relación laboral.
- Establecer los derechos y obligaciones del empleador en cuanto a la confidencialidad, durante y después de la relación laboral.

1.5 HIPÓTESIS

Estableciendo las reformas pertinentes a la legislación ecuatoriana se puede garantizar la efectividad de una cláusula de confidencialidad durante y después de una relación individual de trabajo, en protección de los derechos industriales consagrados en la constitución.

1.6 JUSTIFICACIÓN DEL TEMA

- La actual falta de efectividad de la cláusula de confidencialidad respecto a los secretos industriales, durante y mayormente después de la relación individual de trabajo, es el tema de mi investigación debido a la falta de regulación con la que cuentan los empleadores y trabajadores para poder conocer sus derechos y obligaciones en cuanto a los efectos de la violación de la cláusula de confidencialidad.
- La vigencia e importancia del tema tanto en el campo laboral, como de propiedad industrial.
- La simple curiosidad o novedad que presenta la idea de tener un secreto industrial.
- Las características jurídicas y económicas que la confidencialidad de secretos industriales y su violación pueden implicar.
- Los beneficiarios de esta investigación, serán todas las personas que hayan desarrollado una invención en una relación de trabajo o que se encuentren expuestas a un conflicto de la naturaleza, objeto de nuestro estudio; y en general las personas que tengan interés en el campo del derecho laboral y de propiedad industrial.
- El interés personal del tema radica en la correcta y eficaz aplicación de las cláusulas de confidencialidad en los contratos individuales de trabajo.
- El aporte académico que tendrá mi investigación será el de establecer todos los mecanismos idóneos para incluir de manera correcta y eficaz dentro del contrato individual de trabajo una cláusula de confidencialidad con respecto a los derechos industriales.
- La originalidad de la investigación radica en la novedad que implica la exigencia impuesta por el constante avance de la tecnología, la competitividad y en general por la sociedad, de proteger y respetar los

derechos industriales consagrados en la Constitución Política de la República, tratados internacionales y legislación en general.

- En cuanto al aspecto de tener los conocimientos necesarios para poder realizar esta investigación, considero poseerlos por los cursos realizados en las distintas cátedras de Derecho Laboral, Propiedad Intelectual y Derecho Internacional y en general por mi formación de abogado que me permiten discernir las Ciencias Jurídicas y Sociales.
- En cuanto a la factibilidad de la Investigación se va a tomar todos los documentos expedidos por legislaciones conexas a la ecuatoriana, debido a que en el Ecuador no existe sino muy poco en cuanto a la regulación establecida. Documentos de carácter internacional de protección de secretos industriales. En cuanto a las personas expertas centraremos las investigaciones en los dirigentes de organismos encargados de la vigilancia como es el Instituto Ecuatoriano de la Propiedad Intelectual así como autoridades o funcionarios administrativos y judiciales en el ámbito laboral. Como recursos materiales y técnicos tenemos distintos libros que tratan del contrato individual de trabajo sus causas y efectos así como los de secreto industrial.
- Respecto a los recursos económicos, será mínima en la investigación de campo, en virtud de contar con biblioteca personal especializada en el tema, así como por las facilidades que brinda la universidad SEK. La visita a cada uno de los organismos señalados no implican un gasto mayor que puede ser fácilmente solventado. Adicionalmente haremos uso de medios informáticos cercanos.

- El tiempo de Investigación y terminación de la Tesis lo estimo de cuatro meses ya que toda la información la he venido recolectando desde hace aproximadamente un año.

1.7 MARCO TEÓRICO

1.7.1 OBJETO DE LA INVESTIGACIÓN:

- A. La doctrina jurídica acerca de la confidencialidad de la propiedad industrial en la relación individual de trabajo.
- B. La naturaleza jurídica de la confidencialidad de la propiedad industrial en la relación de trabajo.
- C. Las nuevas tendencias legislativas en relación a los derechos entre empleadores y trabajadores en cuanto a la confidencialidad de la propiedad industrial.

1.7.2 PROBLEMATIZACIÓN:

Los nuevos conceptos jurídicos y la evolución de nuestra sociedad han dejado retrasada nuestra legislación con respecto a las nuevas tendencias en la relaciones de empleadores y trabajadores del nuevo milenio. Sin embargo los tratadistas nacionales y extranjeros han permitido cierto desahogo de conocimientos al plantear desde el año noventa nuevas tendencias en cuanto a la confidencialidad de la propiedad industrial.

Por esto la presente investigación pretende realizar ciertas recomendaciones de tipo jurídico, a través del conocimiento adquirido en las aulas, y dar un pequeño paso más en la exploración de este amplio mundo del derecho de Laboral e Industrial. Es nuestra intención realizar una indagación precisa sobre los derechos

que tienen los empleadores y trabajadores en cuanto a la confidencialidad de los secretos industriales y además la utilización adecuada y eficaz de una cláusula de secreto en el tema.

1.7.3 PROPÓSITOS DE LA INVESTIGACIÓN:

La presente investigación está dirigida a cumplir con los puntos expuestos en la delimitación y resolver aquella problematización propuesta. Sin embargo la presente tesis quiere convertirse en un análisis de tipo jurídico y doctrinario que sea debidamente aplicado. La metodología que trataremos de utilizar desde un principio será la de tipo socrático es decir aquella que permite plantear algunas dudas adicionales a la problematización principal y partir desde ese punto, para contestar las interrogantes propuestas.

De esta manera y en base a la doctrina actual y nuestro criterio analítico pretendemos y es nuestro propósito, resolver el problema propuesto. Se tratará de realizar una análisis de nuestra realidad legislativa y social en El Ecuador y extendiéndose a la legislación latinoamericana y mundial.

Pretendemos que el presente trabajo adicione los análisis que reconocidos tratadistas realizan continuamente y sea además un inicio personal del trabajo en el tema, desde un punto de vista más amplio, a futuro.

1.8 METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

Tipo de Investigación:

Descriptiva a través de la cual se intentará especificar las características de las normas que regulan la confidencialidad en el contrato individual de trabajo.

Métodos de Investigación:

Exegético por las formas de interpretación y sentido de la normativa. Deductivo en el que al basarme en normas generales se podrá dilucidar particularidades de las exigencias.

Técnicas de Investigación:

Totalmente documental, ya que es la única forma de conocer la problemática planteada.

Fuentes de Información:

Primarias serán necesarias para la realización de la investigación logrando el propósito determinado

Secundarias las informaciones que servirán de base para establecer los objetivos de la investigación.

2. INTRODUCCIÓN.

El Derecho Laboral tiene como contenido principal la regulación de las relaciones jurídicas entre trabajadores y empleadores, y de éstos con el Estado. Asimismo el derecho colectivo del trabajo tiene como contenido regular las relaciones entre patronos y trabajadores pero ya no de forma individual sino en atención a los intereses comunes a todos ellos y a los grupos profesionales.

En material laboral, cuando hablamos de participación se hace referencia a dos aspectos diferentes aun cuando están íntimamente relacionados entre si: una la participación en las utilidades y la otra en la dirección de las compañías; sin embargo, puede decirse que en cierto modo la participación en las utilidades es una consecuencia de la participación en la dirección de la compañía.

La motivación para la elaboración de éste estudio, es la situación actual de nuestro país y que dadas las circunstancias de orden público por la que atravesamos, muchas compañías han tenido que cerrar sus actividades debido a la dificultad para conseguir préstamos e invertir en su infraestructura y modernización de equipos para competir en un mercado cada vez más exigente.

La participación de los trabajadores en la gestión de la compañía, constituye un fenómeno muy importante dentro de la administración empresarial moderna.

Haciendo partícipe en el buen manejo administrativo y económico de la compañía, no solo al empresario sino también a las personas que están a su servicio mediante un contrato de trabajo.

Por lo anterior, el estudio se iniciará con el análisis de la participación, pasando de la participación en la gestión, tema que para fortuna de la sociedad se ha tenido en cuenta en nuestro sistema laboral aunque no con mucha efectividad.

Posteriormente, se analizarán los conceptos que sobre la participación tienen algunos autores, los sistemas y clases de participación, cuáles de ellos han sido más aceptados en el mundo y cuáles han dado mayores resultados, de esta forma, resalto la normatividad que respecto al tema existe en nuestro país y los proyectos que se han presentado en el Congreso de la República.

Es importante anotar, que este tema ha sido abordado y analizado ampliamente por medio de la negociación colectiva como instrumento a través del cual los sindicatos pueden exteriorizar las necesidades que los trabajadores manifiesten para el buen desempeño de su trabajo. Con la participación de los trabajadores se pretende, entre otras, dar unas ventajas materiales y sociales a los propietarios del capital, por cuanto su implantación no obedece a una mera liberalidad patronal, sino al otorgamiento de un derecho de propiedad privada del trabajador por haber satisfecho científicamente todas las exigencias de la producción y de haber complacido convenientemente los dos instrumentos que en ella intervienen: capital y trabajo.

Finalmente, creo que la búsqueda efectiva de la participación de los trabajadores en la gestión de la compañía crearía en ellos un sentido de pertenencia que redundará en una mayor productividad en beneficio para las partes, y para la comunidad en general.

3. CAPITULO 1

3.1 CAPITULO 1: ANTECEDENTES

El acelerado crecimiento de la tecnología ha permitido que en la actualidad las compañías se conviertan en verdaderas industrias de desarrollo científico y creación industrial. Sin embargo al ser las personas jurídicas entes ficticios como señala el código civil ecuatoriano, no son capaces de crear por si solas dichas invenciones. De esta manera se sirven de las personas que contrata para poder realizar estos objetivos.

Hasta hace algunos años en las invenciones no se registraban. Únicamente el código civil ecuatoriano en el artículo 613, reconoce las invenciones como bienes incorporeales. Así mismo el Doctor Eduardo Carrión Eguiguren establece sobre los bienes incorporeales lo siguiente: “Cosas incorporeales son aquellas ^quae tangi non possunt qualia sunt ea quae jure consistum, sicut hereditas, usufructus, obligationes quoquo modo contracte^ las cosas incorporeales, por el contrario, pertenecen al dominio de la inteligencia y consisten en meros derechos”.² Sin embargo la regulación sobre la propiedad de estos bienes incorporeales como son las creaciones industriales, ya que nacen del intelecto de la persona, aún no se consolidan en la norma jurídica de una manera precisa, justa y clara. Luego de muchos años posteriores a la entrada en vigencia del código civil ecuatoriano, se crea la ley de Propiedad Intelectual, la misma que realiza consideraciones para el reconocimiento y registro de las invenciones. Pero en cuanto la regulación de la titularidad de un invento en las relaciones laborales, no se establece ningún tipo de importancia al

² Carrión Eguiguren, Eduardo Dr: *Curso de Derecho Civil - De los bienes*, Quito, Ecuador, pag. 82.

respecto, sino que se hace una pequeña consideración en el artículo 129 de la ley de propiedad Intelectual que en su texto determina lo siguiente:

“Art. 129.- El derecho a la patente sobre una invención desarrollada en cumplimiento de un contrato pertenece al mandante o al empleador, salvo estipulación en contrario.”

Tomando en cuenta las anteriores consideraciones (en particular este artículo) y el plan de tesis propuesto por el autor, considero entrar en materia de definición y análisis de lo que se entiende por cláusula de confidencialidad.

3.2 Concepto de cláusula de confidencialidad o de reserva

Para poder hacer un análisis de lo que debemos entender como cláusula de confidencialidad es importante conocer la preocupación de las compañías no solo a nivel ecuatoriano sino también a nivel internacional, por ejemplo: La cruz de los sistemas informáticos es la sospecha sobre las facilidades que otorgan para que datos confidenciales salgan a la luz. A raíz de las historias publicadas sobre piratas informáticos que dejan al descubierto el Pentágono en los EEUU, o sobre los ataques desde China a los servidores del Congreso de Estados Unidos y de la ONU. Sin embargo, todos los especialistas coinciden en que la mayoría de documentos serán en poco tiempo un documento electrónico, guardado en formato digital y transformado tecleando en un ordenador. Aun así existe una lógica preocupación por la seguridad.

Otro ejemplo es el del British Medical Journal (BMJ) dedica en su último número un artículo para explicar como debería ser un sistema informático de archivo de

historias clínicas, qué personas estarían autorizadas a contemplarlas o transformarlas y cómo se puede entrar a los datos de los enfermos.

Ante la extensión de la informática, y dado que sus beneficios son mayores que los problemas, la actitud no ha de ser de contención de los avances, sino de construcción para que éstos sean lo más eficaces y seguros posibles", indica Ian Denley, uno de los autores del trabajo de investigación de la confidencialidad y analista de la compañía informática System Computers.

Con estos dos ejemplos lo que pretendemos decir es que todo empresario cuenta con información secreta y/o confidencial de gran valor que puede consistir en cualquier fórmula, modelo o patrón, dispositivo o compilación, en información sobre un proceso, aparato o máquina, medios o formas de distribución o comercialización de productos o prestación de servicios y, en general, cualquier conocimiento que sea utilizado en el negocio o industria y que le provea de una oportunidad para obtener ventajas sobre sus competidores que no conocen ni usan dicha información.

Guardar un secreto no es tarea fácil. La información secreta de los productores o prestadores de servicios en innumerables ocasiones ha sido revelada o mal utilizada sin su autorización por terceros ajenos, con el objeto de explotarla y sacarle provecho. Por tal circunstancia, dentro de la legislación ecuatoriana se ha acogido la figura jurídica del secreto industrial a fin de que los comerciantes, industriales o prestadores de servicios se encuentren debidamente protegidos.

Así podemos comenzar a realizar una aproximación a nuestra definición dentro de las relaciones laborales, tomando en cuenta lo que señala el artículo 129 de la Ley de Propiedad Intelectual Ecuatoriana en cuanto a la titularidad de dichos desarrollos y en relación a la cláusula de confidencialidad en el contrato de trabajo. De esta manera establecemos primeramente una definición de lo que es secreto industrial: “se define como toda información de aplicación industrial o comercial que guarde una persona física o moral con el carácter de confidencial, que le signifique obtener o mantener una ventaja competitiva o económica frente a terceros en la realización de actividades económicas y respecto de la cual haya adoptado los medios o sistemas suficientes para preservar su confidencialidad y el acceso restringido a la misma.”³

Se excluye como secreto industrial y de negocios a la información que sea del dominio público o la que resulte evidente (obvia) para un técnico en la materia con base en información previamente disponible.

³ ASIPI, *Tratados Internacionales en Materia de Propiedad industrial*. México, 1995.

De esta forma, el titular o propietario de dicha información confidencial se encontrará en posibilidad de, una vez violentados sus derechos, es decir, que los mismos sean revelados o se les haya dado un uso indebido; interponer las acciones legales correspondientes, tendientes a reparar el daño generado, para lo cual la Ley de Propiedad Intelectual considera indispensable que se hayan adoptado los medios suficientes para preservar su carácter confidencial.

A fin de que conozcamos si debe aplicar las medidas tendientes a guardar como confidencial cierta información o conocimiento, sugerimos tomar en consideración los siguientes aspectos:

I. Establecer con precisión cuál será la información y/o conocimiento industrial o de negocios que considere indispensable guardar como confidencial, pues constituye una ventaja frente a sus competidores.

II. Considerar a cuántas personas se les deberá revelar dicha información o si son susceptibles de conocerla en virtud de que constituye parte del proceso o producto a elaborar, a fin de establecer con cuáles de ellas será indispensable celebrar contratos de confidencialidad y aplicar las demás medidas tendientes a guardar el secreto.

III. Valorar el costo e inversión que le generó crear o desarrollar ese secreto industrial o de negocios.

IV. Detectar por cuánto tiempo requiere que esa información o conocimiento industrial o de negocios sea protegido.

V. El esfuerzo que terceros interesados requerirán para adquirir o reproducir dicho secreto industrial o de negocios, bien sea a través de medidas legales o por medio de ingeniería invertida.

El segundo punto que debemos considerar es el referente a la definición de cláusula de confidencialidad. Desde este punto tenemos algunos autores que han realizado innumerables definiciones de lo que puede considerarse por cláusula y por este particular y tomando en cuenta lo referente a los contratos laborales la podemos definir de la siguiente manera: cláusula es una parte del contrato en la que se encuentra inmersa derechos y/o obligaciones de las partes que intervienen en el mismo.

Aunque el análisis de nuestra tesis va particularmente a la demostración de la necesidad de una cláusula clara, legal y justa dentro de los contratos laborales, nos atrevemos a realizar a continuación una aproximación jurídica de la definición de lo que significa la cláusula de confidencialidad, particularmente en los contratos laborales que es nuestro interés:

“La cláusula de confidencialidad en las relaciones laborales es aquella parte del contrato de trabajo que establece los derechos y obligaciones de empleador y trabajador en cuanto a los desarrollos industriales que se generen en relación de dependencia”

Es importante determinar que la cláusula⁴ de confidencialidad se refiere también, en algunos casos a los secretos (no industriales) que por la actividad de trabajador llegue a conocimiento de este último

Por lo anterior, tomando en cuenta las capacidades industriales de empleadores y trabajadores, y para terminar este punto de nuestra tesis, realizamos la siguiente

⁴ ACLARATORIA.- Nuestra tesis lo que pretende es enfocarse en la confidencialidad industrial, de secretos industriales y no así de otras confidencialidades como pueden ser cartera de clientes, precios de venta de productos, etc... Todo esto sería materia de otro trabajo jurídico

recomendación, tanto para quienes prestan sus servicios como para empleadores que desean incorporar a sus compañías a trabajadores en cualquier área:

* Dar a conocer cualquier tipo de información comercial y de negocios que usted considere ventajosa a su empleador o trabajador, piénselo dos veces y garantice el éxito de su compañía, industria o capacidad industrial, a través de la aplicación de *cláusulas de confidencialidad* y demás mecanismos jurídicos que le permitirán mantener la certeza respecto a que su desarrollo industrial no podrá ser revelado.

3.3 Orígenes de la confidencialidad en el contrato individual de trabajo.

Remontarse a los inicios de la confidencialidad en el contrato de trabajo es individualizar la confidencialidad únicamente al ámbito laboral. Debido a que si nos extenderíamos a toda la legislatura deberíamos empezar por lo que prescribe la doctrina en cuanto al secreto y esto nos tomaría otra obra jurídica únicamente para explicar este asunto.

De esta manera deberíamos comenzar por la historia de secreto industrial. Por esta razón determinamos que sus inicios pueden considerarse desde el mismo momento en que el ser humano inventa técnicas para vivir o artefactos para la vida.

Quisiera tomar en cuenta que la difusión de las invenciones tiene sus inicios con Johann Gutenberg, natural de Maguncia (Alemania), está considerado tradicionalmente como el inventor de la imprenta en Occidente. Esto permitió sobretodo el conocimiento de las invenciones, ya sea a través de informes de los periódicos y posteriormente de los libros. Pero partiendo desde el mismo Gutenberg, estimamos que para la realización de su genial obra debe haber tenido colaboradores que trabajaron con este magnifico inventor y a quienes la historia poco o nada recuerda. En las enciclopedias encontramos la fecha de dicho invento que es el año 1450. Sin embargo la Enciclopedia Encarta determina que ciertos historiadores holandeses y franceses han atribuido este invento a coterráneos suyos, aduciendo

abundantes pruebas. Sin embargo, los libros del primer impresor de Maguncia, y en concreto el ejemplar conocido como la Biblia de Gutenberg, sobrepasa con mucho en belleza y maestría a todos los libros que supuestamente le precedieron. Lo cierto es que quienes trabajaron para este inventor no tienen cabida en la mente de la historia del hombre. Johann Fust, un socio de Gutenberg, y su yerno, Peter Schöffer, editaron en 1457 el Libro de Salmos, el primer libro impreso en el que quedó constancia del lugar y fecha de impresión, así como del nombre del impresor.

Por citar otro ejemplo más reciente es el de la COCA-COLA. En 1880 un coronel del ejército del sur de los EE.UU. de nombre John Styth Pemberton, químico farmacéutico de Atlanta (Georgia) - y morfinómano⁵ empedernido desde que había acabado herido en la *Guerra de Secesión* - registró oficialmente un *Vino de coca, tónico y estimulante ideal*, sobre la base de la bebida de hojas de coca de Ángelo Mariano, fundando luego la *Pemberton Chemical Company*. Pemberton tuvo que modificar la mezcla del Dr. Mariani, para registrarla de acuerdo a las medidas prohibicionistas de aquel entonces; el *Padre de la bebida más famosa del mundo*, entonces, le quitó el componente alcohólico, para inscribirla como *no alcohólica*, aumentándole cafeína; para mejorar el horrible sabor que tenía el líquido, haciéndolo también más estimulante, le añadió unas *esencias aromáticas*, junto con *nuez de cola*, un fruto africano, con alto contenido del alcaloide *cafeína*. Así, con hoja de coca, nuez de cola, *cafeína*, *unas esencias* y *varios aceites*, la farmacia Jacobs de Atlanta puso en venta el primer vaso de Coca Cola, en el mes de mayo de 1886, como *excelente remedio* después de *una noche de borrachera*.

En 1873 el señor Asa G. Candler llegó a la ciudad de Atlanta con USD 1.75 en el bolsillo; tuvo tanto éxito que, en 1889, adquirió el *brevet* del tónico del señor

⁵ Que tiene el hábito de abusar de la morfina. **Biblioteca de Consulta Microsoft® Encarta® 2004. © 1993-2003**

Pemberton por USD 2.300. Dicho señor Candler y su hermano, muy versados en relaciones públicas, convencidos de que una adecuada publicidad permite vender cualquier cosa, empezaron a obsequiar almanaques con gringuitas semidesnudas, junto a la *imbebible* Coca Cola; fundaron luego la *Coca Cola Company* ... quince años más tarde, se encontraban muy bien ubicados, disponiendo de un capital de USD 50 millones, según los comentarios. En 1894 el cartelista **James Couden** dibujó el logotipo de la bebida; parece que en 1903 se eliminó la cocaína de la misma, mas ¡no la hoja de coca, hasta ... hoy en día!!!

En 1915 apareció la conocidísima botellita de vidrio actual, cuyo dibujo fue encargado a Alexander Samuelson, colaborador de la *J.C. Root Glass Company*, que se inspiró en una semilla de coca (*¿o - por equivocación - de cacao?*), encontrada en la *Enciclopedia Británica*. Los colores *rojo y blanco* de la botella, según unos peruanistas extremos, serían los del pabellón nacional.

Actualmente la *Coca Cola Company* utiliza hojas de coca en su famosa fórmula 7 X, aunque - *¡así se dice!* - las hojas, importadas desde Perú y Bolivia a EE.UU. (la cantidad queda entre 300 y 1000 toneladas por año), bajo estricto control de la DEA, pasan por un proceso de descocainización por parte de la *Stephan Chemical Company*. La hoja de coca descocainizada es adquirida por la *Coca Cola Company*, para la elaboración de la bebida; el destino del alcaloide cocaína, apartado de la hoja, es muy dudoso y debatido: según unas fuentes, acaba exportado a Europa, para fines farmacéuticos y terapéuticos

La fórmula 7 X , hasta hace poco, era *¡el secreto industrial mejor guardado del mundo!* Parece que sólo 3 químicos estuvieron en conocimiento de la fórmula: Cliff Shillinglaw, fallecido en 1979, Orville May y Roberto Goyzueta, los cuales nunca viajaban en el mismo vehículo, tren o avión (ni viajan juntos hoy en día los dos que

sobreviven), por no correr el riesgo de perecer todos juntos, llevándose a la tumba un secreto tan precioso.

Recientemente, sin embargo, dicho secreto ha sido develado en el libro *"Dios, Patria y Coca Cola: la historia prohibida de la bebida más famosa del mundo"* del escritor norteamericano *Mark Pendergrast*. La fórmula contiene: citrato de cafeína, extracto de vainilla, aromatizantes (naranja, limón, nuez moscada, canela, *culantro*, etc.), ácido cítrico, jugo de *lima*, azúcar, agua y ... *E.F.C.* ... lo que sería *Extracto Fluido de Coca* ... ¡de la mejor calidad !!!

Desde la altura de su poder la *Coca Cola Company* ha logrado un artículo excepcional en su favor, en la *Convención Internacional sobre Estupefacientes* de 1961 y en el *Protocolo de modificación* de 1972: se trata del artículo número 27 que autoriza la libre circulación de un extracto *saborizante*, elaborado con hojas de coca y *descocainizado*.

El artículo de la Convención Internacional, hecho a medida para la *Coca Cola*, dice literalmente: *"Se podrá autorizar el uso de hojas de coca para la elaboración de un saborizante que no contenga alcaloides y, en la medida necesaria para tal uso, autoriza la producción, importación, exportación, posesión y comercialización de la hoja de coca "*. Parece imposible que la bebida quede totalmente exenta de alcaloides; es seguro que contiene algo de cocaína, en porcentaje inferior a los dosajes permitidos por la ley, que están fijados en 0,1% de cocaína, lo que equivale 0,001 miligramos.

Los análisis realizados por el peruano Dr. Teobaldo Llosa indican la ausencia de benzoilecgonina, producto del metabolismo de la cocaína, en todas las muestras de Coca Cola examinadas, con la excepción de la *Coca Cola boliviana*, que resultó positiva con valores mínimos.

Pendergrast sostiene que no se ha encontrado ningún rastro de cocaína en la Coca Cola, de acuerdo a los análisis del *Food and Drugs Administration* (F.D.A.) - la Entidad de Estado para el control de alimentos y medicamentos en EE.UU. - sino 0,0012 miligramos de ecgonina por botella.

Mucha gente cree que, hoy en día, la Coca Cola ya no se elabora a partir de la hoja de coca, lo que es rotundamente falso: el mismo F.D.A. no permite aplicar, sea el producto que sea, la denominación de un componente que no entra realmente en la composición del mismo producto.

Se deduce que la Coca Cola sigue elaborada con hojas de coca, desde un hecho contundente y relativamente reciente. A finales de 1984, el presidente de la Coca Cola, de ese entonces, el químico cubano Roberto Goyzueta, propuso al anciano Robert Woodruff, presidente *ad honorem* y patriarca de la *Compañía* con sus 95 años de edad, un cambio en la fórmula 7 X de la bebida, quitándole el E.F.C. para poder competir con la *Pepsi Cola*, que iba cuestionando la presencia o no de cocaína en la *chispa de la vida* (o sea, la *Coca Cola*).

Como menciona Pendergrast, el intento de cambiar la 7 X se convirtió en *¡el gran error del siglo!* Parece que el viejo Woodruff se dejó convencer por las argumentaciones técnicas de Goyzueta, que justificó su proyecto por la necesidad de estar al paso de los nuevos tiempos.

El *gran viejo*, que aparentemente aceptó el proyecto, dejó de comer y, a las pocas semanas, falleció el 7 de marzo de 1985: aquél que había encabezado y liderado la *Coca Cola Company* desde 1923, quizá, presintió el desastre que iba a ocurrir. Desde unos meses se habían lanzado la *Cherry Coke* y la *Coca Cola Diet*, ambas *sin hoja de coca*, para competir con la *Pepsi Cola*.

El 9 de abril 1985 Roberto Goyzueta, en conferencia de prensa, anunció el evento más significativo en los 100 años de vida de la *Coca Cola Company*: el cambio de la fórmula y del sabor de la bebida se hizo realidad, lanzando la *New Coke*. Durante los

días siguientes la *Compañía* recibió unas 8000 llamadas telefónicas diarias de ciudadanos que protestaban en contra de la *New Coke* la cual acabó desechada por las calles y en los basureros.

Según Pendergrast, desde Radio Habana, en Cuba, Fidel Castro, lanzó una invectiva contra Goyzueta, su compatriota, declarando que la desaparición de un producto tan genuino era síntoma de la decadencia norteamericana.

Aprovechando la coyuntura, un oportunista de Seattle (Washington D.C.), Guy Mullins de 57 años, fundó la *Old Coca Drinkers of America* (Aficionados de la vieja Coca Cola de América), desatando una lucha en defensa de los *cocacoleros* frustrados.

Frente a la oleada de protestas - a las llamadas telefónicas se sumaron unas 40.000 cartas - en junio 1985, los dirigentes de la *Compañía*, arrepentidos - Goyzueta a la cabeza - dieron marcha atrás y lanzaron la *Coca Cola Classic* - o, simplemente, *Coke* - según la antigua fórmula de John Styth Pemberton, de 1886, en la misma botella diseñada por Samuelson, en 1915.

Durante unos meses circuló la *New Coke* que acabó totalmente aplastada por el éxito del *antiguo sabor*, elaborado con la fórmula 7 X que - como ya se ha dicho - contiene *¡extracto fluido de ... coca!*

Definitivamente, *la Patria, Dios y la Coca Cola* habían sido *salvados* por los consumidores norteamericanos ... La experiencia le costó caro a la *Compañía*: a 4 millones de dólares, en 3 meses, sumaron las pérdidas del intento fracasado. El año siguiente, sin embargo, todo *el impasse* estaba ya archivado y se celebró el *Centenario* de la bebida (1886 - 1986) con una gran fiesta en Atlanta, como en los viejos tiempos, gastando 23 millones de dólares.⁶

⁶ ***Tomado de Hoja Sagrada de enero 1995, Lima-Perú***

Lo que he querido citar con estos dos ejemplos tanto el de la imprenta como el de la COCA-COLA es el asunto de colaboración de las personas en este ámbito, como hemos podido determinar quienes son los inventores y quienes tienen todo el poder económico son los empresarios. Durante toda esta explicación lo raro no es no encontrar ninguna normativa al respecto sino el hecho de que no tengan ningún tipo de reconocimiento quienes colaboraron en relación de dependencia con tan magníficas invenciones. Sin embargo esto no quiere decir que todos los trabajadores de la compañía deban tener este reconocimiento de inventores, sino quienes participaron con su intelecto y a quienes actualmente no podemos determinar.

Por otro lado y como hemos dicho ya en varias ocasiones la aparición clara de la regulación ecuatoriana de cláusula de confidencialidad aparece el artículo 129 de la Ley de Propiedad Intelectual.

La cláusula de confidencialidad en los contratos de trabajo, tiene sus inicios a partir de esta norma y sobretodo en el contrato como fuente del derecho. Dichas fuentes las veremos más adelante.

4. CAPITULO 2

CAPITULO 2: LA CONFIDENCIALIDAD DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL EN LA RELACIÓN INDIVIDUAL DE TRABAJO SEGÚN LA LEGISLACIÓN NACIONAL Y COMPARADA.

4.1 CÓDIGO LABORAL Y LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL

Como hemos determinado la legislación ecuatoriana en cuanto al desarrollo de invenciones industriales y la relación laboral parte su análisis del artículo 129 de la Ley de Propiedad Intelectual que lo citamos nuevamente:

“Art. 129. El derecho a la patente sobre una invención desarrollada en cumplimiento de un contrato pertenece al mandante o al empleador, salvo estipulación en contrario.

La misma disposición se aplicará cuando un contrato de trabajo no exija del empleado el ejercicio de una actividad inventiva, si dicho empleado ha efectuado la invención utilizando datos o medios puestos a su disposición en razón de su empleo.

En el caso previsto en el inciso anterior, el empleado inventor tendrá derecho a una remuneración única y equitativa en la que se tenga en cuenta la información y medios brindados por la empresa y la aportación personal del trabajador, así como la importancia industrial y comercial de la invención patentada, la que en defecto de acuerdo entre las partes será fijada por el juez competente, previo informe del IEPI.

En las circunstancias previstas en el inciso primero de este artículo, el empleado inventor tendrá un derecho similar cuando la invención sea de importancia excepcional y exceda el objeto implícito o explícito del contrato de trabajo. El derecho a la remuneración prevista en éste inciso es irrenunciable.

A falta de estipulación contractual o de acuerdo entre las partes sobre el monto de dicha retribución, será fijada por el juez competente previo informe del IEPI. Dicha retribución tiene el carácter de irrenunciable. En el caso de que las invenciones hayan sido realizadas en el curso o con ocasión de las actividades académicas de universidades o centros educativos, o utilizando sus medios o bajo su dirección, la titularidad de la patente corresponderá a la universidad o centro educativo, salvo estipulación en contrario. Quien haya dirigido la investigación tendrá derecho a la retribución prevista en los incisos anteriores.

En las invenciones ocurridas bajo relación laboral cuando el empleador sea una persona jurídica del sector público, ésta podrá ceder parte de los beneficios económicos de las innovaciones en beneficio de los empleados inventores, para estimular la actividad de investigación. Las entidades que reciban financiamiento del sector público para sus investigaciones deberán reinvertir parte de las regalías que reciben por la comercialización de tales invenciones, con el propósito de generar fondos continuos de investigación y estimular a los investigadores, haciéndolos partícipes de los rendimientos de las innovaciones..”

En esta norma encontramos varias consideraciones que deben tomarse en cuenta para considerar la relación laboral en cuanto al desarrollo industrial que realice el empleador conjuntamente con el trabajador en relación de dependencia. Para realizar un análisis importante pasemos a desentrañar los elementos de esta norma en lo que se refiere a la relación laboral.

4.2 RELACIÓN DE DEPENDENCIA.- este es un elemento importante que se sintetiza de la siguiente manera:

- El trabajador en relación de dependencia (subordinado) se compromete a una obligación de medios, no de resultados. Su obligación es trabajar en una tarea determinada, cierta cantidad de horas y a cambio tiene derecho a recibir una remuneración, independientemente del mayor o menor resultado obtenido por el titular de la compañía.
- El trabajo en relación de dependencia tiene una **triple subordinación**:
 - a. Económica: el empleador tiene superioridad económica. Normalmente es la única fuente de ingresos del trabajador.
 - b. Técnica: el empleador es quién decide (dirige) que y como producir, organiza la producción, da órdenes al trabajador (por ej.: horario de trabajo). Este tipo de subordinación se ve disminuida cuando el trabajador tiene una calificación profesional mayor que el empleador (profesionales).
 - c. Jurídica: Todo empleador ejerce una facultad disciplinaria sobre sus trabajadores, reconocida por la ley (poder sancionatorio).

El artículo 8 del código del trabajo ecuatoriano establece la dependencia como requisito fundamental para el inicio de esta relación.⁷

4.3 CREACIÓN.- la creación debe haber sido dentro de esta relación laboral la misma que permita que el empleador sea dueño de esta. Sin embargo debemos definir qué es una creación y así se señala como:

1. Acción y efecto de crear (establecer).crear

⁷ Art 8 CTE “ contrato individual de trabajo es el convenio en virtud del cual una persona se compromete para con otra a prestar sus servicios lícitos y personales, **bajo se dependencia**, por una remuneración fijada por el convenio, la ley, el contrato colectivo o la costumbre”

2. Acción y efecto de crear (instituir).crear
3. Acción de crear (hacer a alguien lo que antes no era).crear
4. Acto de crear o sacar Dios algo de la nada. ORTOGR. Escr. con may. inicial.
5. Mundo (conjunto de todas las cosas creadas).crear
6. Obra de ingenio, de arte o artesanía muy laboriosa, o que revela una gran inventiva. *Su discurso nos sorprendió porque fue toda una creación.*
7. *ant.* crianza (acción y efecto de criar).crear⁸

Podemos establecer que la más adecuada es la que determina que la creación es “Obra de ingenio, de arte o artesanía muy laboriosa, o que revela una gran inventiva.” Por esta razón establecemos que dentro de la cláusula objeto de esta tesis que analizamos para realizar una redacción adecuada debe existir la definición clara del elemento de creación

4.4 PACTO EN CONTRARIO.- el pacto en contrario podemos determinarlo que dentro de una constancia (prueba) debe existir claramente que el empleador compartirá o renunciará a los derechos de invención que surgieren de la relación laboral. Estimamos que el medio más adecuado es el mismo contrato de trabajo en el que se establezca este particular. Sin embargo podría entenderse que otros actos positivos, como el registro del invento en el INSTITUTO ECUATORIANO DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL, a nombre del trabajador sería también una clase de pacto en contrario.

⁸ Biblioteca de Consulta Microsoft® Encarta® 2004. © 1993-2003 Microsoft Corporation. Reservados todos los derechos.

4.5 DERECHOS DE EXPLOTACIÓN.- los derechos que puede ejercer una persona que inventó algo son los derechos morales y patrimoniales. Los primeros en cuanto al yo interno de la persona y los segundos en cuanto a la parte económica principalmente.

Con estos elementos vamos analizando lo que prescribe nuestra legislación en el artículo 129 LPIE:

“Art. 129. El derecho a la patente sobre una invención desarrollada en cumplimiento de un contrato pertenece al mandante o al empleador, salvo estipulación en contrario.

- En esta primera parte vemos claramente que aunque el intelecto, la idea y especialmente el desarrollo de la invención proviene en la mayoría de los casos del trabajador, la norma otorga titularidad de la patente al mandante y en caso especial al EMPLEADOR. Con esto establecemos un verdadero error de concepción ya que el verdadero creador y quien desarrolla la invención es el trabajador. Por esto no se puede decir que alguien es dueño o le pertenece algo sin haberlo creado, en algunos casos en ni siquiera haberlos visto Por tanto en esta parte de la norma concluimos que la TITULARIDAD PERTENECE AL EMPLEADOR, así como también los beneficios económicos, porque desde un punto de vista práctico es quien tiene las decisiones sobre la compañía

El EMPLEADOR así tendrá derecho a reservarse la titularidad de la invención o a reservarse el derecho de explotación.

Continuando con lo que establece el artículo de nuestro análisis se establece:

“La misma disposición se aplicará cuando un contrato de trabajo no exija del empleado el ejercicio de una actividad inventiva, si dicho empleado ha efectuado la invención utilizando datos o medios puestos a su disposición en razón de su empleo”.

- Esta parte de la norma resulta un poco complicada de discernir debido al frágil margen de la utilización o no de los medios de la empresa para inventar algo, porque podría o no ser dentro de horas laborables, o dentro o no del trabajo, para lo cual tendríamos que entrar en materia de prueba, es importante considerar también que existen muchos empleados que pueden abusar de lo que las empresas ponen a su disposición o entrar en el campo de robo de información (que sería un tema distinto), sin embargo con lo que respecta a este punto volvemos a concluir que en principio le pertenece la titularidad al empleador.

Entrando en materia mas explícita el artículo 129 del cuerpo legal analizado establece en el inciso tercero:

“En el caso previsto en el inciso anterior, el empleado inventor tendrá derecho a una remuneración única y equitativa en la que se tenga en cuenta la información y medios brindados por la empresa y la aportación personal del trabajador, así como la importancia industrial y comercial de la invención patentada, la que en defecto de acuerdo entre las partes será fijada por el juez competente, previo informe del IEPI”

- En esta parte de la norma encontramos que al trabajador se le remunera por su aporte a la invención, pero en ningún momento se hace un reconocimiento como titular de la obra por tanto concluimos como establece el MSC Rubén Romano que “quien paga es el inventor”.⁹ Por tanto la utilización del intelecto por parte del trabajador se limita a un reconocimiento económico y no moral o de titularidad, simplemente este es un ente laboral que por su capacidad económica debe ser reconocido. Sin embargo el trabajador podrá acudir a instancias administrativas como el IEPI (INSTITUTO ECUATORIANO DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL) o reclamaciones judiciales, en la s que podrá exigir dicho pago. Pero la pregunta es: ¿Por qué el inventor en relación de dependencia debe acudir a un reclamo determinado para exigir el reconocimiento económico de una creación industrial de su intelecto? y la respuesta caerá por su propio peso al referirse a esta parte de la norma, sin embargo nuevamente la norma se vuelve paternalista con los empleadores debido a que habla de términos subjetivos ya que se utiliza las palabras “remuneración única y equitativa”, por tanto deja al arbitrio mas del empleador que del trabajador la fijación de este reconocimiento económico.

- Esta disposición en particular no es asumida en su espíritu por los empleadores, porque por lo general no existe un reconocimiento adicional en la remuneración, sino que mas bien, los empleadores mantienen el pago que acordaron al inicio de la relación laboral y mas que a un invento responde a las horas de trabajo y puesto que ocupan para la empresa.

La norma jurídica en la segunda parte de este inciso determina que:

⁹ Conferencia de Rubén Romano Mendoza- Argentina, 15 a 19 de mayo de 2006

“...En las circunstancias previstas en el inciso primero de este artículo, el empleado inventor tendrá un derecho similar cuando la invención sea de importancia excepcional y exceda el objeto implícito o explícito del contrato de trabajo. El derecho a la remuneración prevista en éste inciso es irrenunciable.”

“A falta de estipulación contractual o de acuerdo entre las partes sobre el monto de dicha retribución, será fijada por el juez competente previo informe del IEPI. Dicha retribución tiene el carácter de irrenunciable. En el caso de que las invenciones hayan sido realizadas en el curso o con ocasión de las actividades académicas de universidades o centros educativos, o utilizando sus medios o bajo su dirección, la titularidad de la patente corresponderá a la universidad o centro educativo, salvo estipulación en contrario. Quien haya dirigido la investigación tendrá derecho a la retribución prevista en los incisos anteriores”.

- La interpretación jurídica de este inciso hace un reconocimiento al derecho titularidad del empleado cuando la creación o invención es de importancia excepcional y adicionalmente esta exceda el objeto del contrato de trabajo. Es decir que únicamente para las creaciones de importancia se reconoce al trabajador su derecho de inventor. Pero ¿cómo puede establecer la importancia o no de un invento?, ¿es quizá el público reconocimiento el que hace importante a una invención? o ¿es la trascendencia en el campo de la ciencia en la que se realiza un invento el que toma como referencia este aspecto? Con esto nuevamente la norma deja un campo muy abierto para la interpretación. Desde nuestro punto de vista creemos que el empleador tiene derecho a la patente sobre una invención cuando este ha hecho una creación que para la empresa ha traído logros y reconocimientos de índole social y económica.

- Una de las partes quizá mas beneficiosas para el trabajador es su derecho irrenunciable a la remuneración prevista en este inciso, debido a que con esto se garantiza que el trabajador por presión o no de los empleadores no pueda o no sea efectiva la renuncia a los beneficios de su creación.

En las invenciones ocurridas bajo relación laboral cuando el empleador sea una persona jurídica del sector público, ésta podrá ceder parte de los beneficios económicos de las innovaciones en beneficio de los empleados inventores, para estimular la actividad de investigación. Las entidades que reciban financiamiento del sector público para sus investigaciones deberán reinvertir parte de las regalías que reciben por la comercialización de tales invenciones, con el propósito de generar fondos continuos de investigación y estimular a los investigadores, haciéndolos partícipes de los rendimientos de las innovaciones..”

Al ser nuestra ley una norma que proviene de un estado que un se encuentra en desarrollo empresarial toma como facultativa la posibilidad de ceder los beneficios en empresas del sector pública los inventores que para estas últimas laboran, pero nuevamente se pasa por alto el reconocimiento que los que ponen el intelecto deben tener.

Con todo este análisis queremos pasar una comparación con otras legislaciones que nos permitan dilucidar la realidad de otras zonas geográficas para encontrar los errores y correcciones que se debe a esta parte de la Ley de Propiedad Intelectual del Ecuador

4.6 NORMAS CONEXAS NACIONALES E INTERNACIONALES

Algunos países tienen regulaciones específicas para determinar la titularidad de las invenciones de servicio particularmente con relación al Derecho de Patentes y al Derecho de Autor, algunos lo hacen a través de normas Especiales como Alemania, Francia, Finlandia, Noruega o Suecia, otros por intermedio de las leyes Laborales o del derecho Común como el Código Civil en Grecia y el Common Law en los Estados Unidos, Irlanda y Nueva Zelanda o por disposiciones específicas dentro de las leyes de Patentes como Argentina, Brasil, Uruguay, Chile, Inglaterra, y la mayoría de los países Europeos.

Es de destacar que recientemente algunos países han incorporado modificaciones a sus legislaciones como por ejemplo Italia y Alemania, lo que evidencia una actual preocupación por este tema.

En la regulación chocan dos corrientes jurídicas, una que se desprende del Derecho Laboral en el cual el producto del trabajo humano pertenece al empleador y otra que se desprende del Derecho Industrial en el cual el producto de la inteligencia pertenece a su creador. La doctrina, la gran mayoría de las legislaciones europeas por influencia del Derecho Alemán y Latinoamérica por la influencia que han tenido del Derecho Europeo, hacen una clasificación tripartita de las invenciones generadas por un trabajador en relación de dependencia, esta es:

- Invenciones de servicio absolutas
- Invenciones de servicio relativas
- Invenciones libres

Las invenciones de servicio absolutas o por encargo son las invenciones realizadas por el trabajador - inventor cuando éste ha sido contratado para realizar tareas de investigación y desarrollo. Las invenciones de servicio relativo o dependiente son las alcanzadas, en la esfera de las actividades del empleador, por el trabajador - inventor sin estar obligado por su vínculo contractual pero en ella confluyeron datos, equipos, conocimientos recursos económicos etc. proporcionado por el empleador. Por último las invenciones libres son las desarrolladas por el trabajador - inventor sin estar obligado a ello y sin la utilización de medios suministrados por el empleador.

No hay uniformidad de criterios al momento de regular estas tres situaciones no obstante se advierten tres tendencias diferentes: Primero, en algunos países la regla general, al menos inicialmente, es que las “invenciones de servicio” pertenecen a los trabajadores / inventores. Decimos “al menos inicialmente” porque como veremos mas adelante, por la aplicación de principios del derecho laboral, por los efectos que producen los contratos o otras disposiciones, se llega a soluciones que en la practica son similares al segundo supuesto ya que si bien la titularidad en principio es del trabajador, el empleador tiene la exclusividad sobre la explotación económica o adquiere la titularidad de modo derivado por transferencia.

Segundo, en otros países esta regla general se invierte y la titularidad nace originalmente, ya sea en forma automática o por aceptación, en cabeza del empleador, como sucede en nuestro país.

Tercero, Aunque no constituye una alternativa frecuente se pueden encontrar en algunas leyes supuestos de cotitularidad de los resultados entre el trabajador y el empleador.

Primera tendencia: Titularidad del trabajador. En Estados Unidos no hay ninguna disposición en la Legislación Federal que regule las creaciones intelectuales surgidas durante la relación laboral, por lo tanto como consecuencia del silencio, los derechos de titularidad por regla general son del trabajador, pero en la realidad los contratos de trabajo contienen cláusulas Standard de cesión de esos derechos al empleador sin compensación alguna mas que el salario, entendienddo que esos resultados son parte del llamado debito laboral.

Dentro de las nuevas tendencias y a falta de previsión contractual expresa el empleador tiene los llamados “shoprights”, estos derechos consisten en una “licencia implícita e irrevocable, no – exclusiva, no – transferible y libre de regalías para usar la invención del empleado en la misma empresa durante toda la vigencia de la patente”.

Los “shoprights” se aplacan a las invenciones que están relacionadas con las obligaciones del trabajador o con las actividades de la empresa, pero la doctrina y la jurisprudencia han evolucionado mas aun, el empleador será titular de los resultados de los trabajadores siempre que se determine que la invención se encuentra efectivamente dentro del objeto del contrato de trabajo, o si el trabajador a sido contratado para realizar tareas de investigación en le campo al que corresponde la invención patentable.

Segunda tendencia: Titularidad del empleador. Opuesto al sistema de Estados Unidos se pueden encontrar países en los que los derechos derivados de las invenciones de servicios pertenecen a los empleadores en forma originaria como Italia, Gran Bretaña, Alemania, España, Argentina, Ecuador (como hemos demostrado) y la mayoría de los países industrializados.

En relación a nuestra legislación y tomando el Art. 23 del derecho Italiano, contiene una previsión similar a la ecuatoriana y que expresa para las invenciones de servicio: “cuando una invención industrial se desarrolla en el curso del funcionamiento o del cumplimiento de un contrato de empleo o la relación en los cuales la actividad inventiva forma el propósito del contrato o la relación, y la actividad se compensa por consiguiente, el derivar derecho de la invención pertenecerá al empleador, sin perjuicio alguno el derecho del inventor de ser reconocido como tal”¹⁰

En el caso de España, Argentina y Ecuador entre otros la propiedad de la invención para las invenciones de servicio absoluta nace originariamente en el empleador como en el derecho Italiano, Por ejemplo la ley española de 1996 en su Artículo 15

Tercera tendencia. Titularidad Compartida. Por ultimo, una particular regulación es la que contiene el Art. 91 de la Ley de Patentes de Brasil estableciendo la propiedad conjunta del empleado y del empleador para las invenciones de servicio relativas, de la siguiente manera: “La propiedad de invención o de modelo de utilidad será común, en partes iguales, cuando esta resultara de la contribución personal del empleado y de recursos, datos, medios, materiales, instalaciones o equipamientos del empleador, salvo expresa disposición contractual en contrario”. Por su parte el Inc. 2° del

¹⁰ Texto original encontrado en la legislación italiana: “When an industrial invention is developed in the course of the performance or fulfilment of an employment contract or relationship in which the inventive activity forms the purpose of the contract or relationship, and the activity is compensated accordingly, the right deriving from the invention shall belong to employer, without prejudice to the right of the inventor to be recognized as such”.

mencionado Art. 91 agrega – Está garantizado al empleador el derecho exclusivo de licencia de explotación y asegurado al empleado la justa remuneración.

En relación a las invenciones libres, la regla general es que pertenecen a los trabajadores pero hay una excepción:

En Estados Unidos, por las características del sistema de apropiación, Puede decirse que tanto en el derecho como en la practica las invenciones libres que se relacionan a las actividades del empleador serán de su propiedad, basado en las cláusulas de cesión futura, libre y amplia establecidas en los contratos de empleo o como resultado de la teoría de los “shoprights”.

No hay tratamiento homogéneo en las legislaciones, en las normas de las universidades o instituciones de I+D. En Estados Unidos, por ejemplo, la Bayh Dole Acta de 1980 permite, al Gobierno Federal y/o Universidades, apropiarse de las innovaciones generadas por sus dependientes y que fueran financiadas con fondos del estado, En la mayoría de los reglamentos de las Universidades y contratos de trabajo del sector de I+D de Estados Unidos y Gran Bretaña existe la obligación del docente de ceder los derechos siempre que estos estén relacionados con su labor en esa institución. Esta obligación tiene diferentes variantes en las que la Universidad puede reclamar la titularidad a). Solo si se utilizan recursos de la Universidad, b). Si se utilizan tales recursos o la invención se desarrollo en el curso de la relación de empleo c). Con independencia de las dos situaciones mencionadas.

Otra tendencia normativa es la que se refleja en el derecho de Suecia y de Italia países en los que las invenciones universitarias pertenecen a los profesores, para este ultimo las creaciones en Universidades y entidades Públicas, quedan reguladas por el

nuevo Art. 24 bis del Royal Decree 1127 que dice: “si un trabajador en una Universidad o entidad Pública hace una investigación relacionada con las actividades en esa institución, el derecho derivado a la patente de Invención pertenecerá al Investigador que la ha desarrollado ...”

Y en el caso de que haya una licencia o negocio asociado a la Patente el Trabajador deberá entregar a la Institución el 50% y si transcurren 5 años sin que se haya explotado la titularidad deberá pasar a la institución.

Una solución opuesta a la del derecho Italiano es la que ofrece el derecho Español en su legislación en el que se establece que las invenciones generadas por los profesores son propiedad de la Universidad cuando sean consecuencia de su función de investigación en la universidad y que pertenezcan al ámbito de sus funciones docente e investigadora, correspondiéndole al docente una participación en los beneficios económicos que será determinada por los estatutos de cada universidad como compensación a su contribución.¹¹

Inventiones de Servicio Absolutas:

Art. 10 Inc. A). Las realizadas por el trabajador durante el curso de su contrato de trabajo o relación de trabajo o de servicio con el empleador que tengan por objeto total, o parcialmente la realización de actividades inventivas.

Los Estudiantes y la Titularidad

Es común la participación de estudiantes en grupos de I+D en los cuales se obtienen resultados y también es habitual que no hayan suscripto contrato de trabajo ni ninguna obligación de transferir los resultados, obviamente que esta relación no

¹¹ Apuntes de clase Master de derecho de los negocios Madrid-España V edición

puede ser resuelta por lo estipulado anteriormente, ya que no existe la relación laboral, por lo que estos sujetos se transformarían en cotitulares del desarrollo junto a la universidad.

En el derecho comparado se observa una falta de tratamiento específico para las creaciones de los estudiantes, lo que si se puede encontrar son reglamentaciones Universitarias en las que se los incluyen junto a los profesores y sus resultados son absorbidos por la Universidad como así también hay Reglamentaciones en sentido contrario a esta pretensión.

En Estados Unidos no obstante las Universidades pueden reclamar los mencionados “shoprights” cuando han contribuido a la invención con equipos, insumos y/o recursos materiales o económicos. Otro tema que merece especial atención en relación con las creaciones de estudiantes es el relacionado a las tesis de grado o posgrado, estos trabajos son generalmente generados por los estudiantes como requisito curricular, con la conducción de los profesores “tutores”, y con la ayuda de la infraestructura universitaria, naturalmente que a falta de una reglamentación o de disposiciones contractuales estos trabajos pertenecerán a sus autores y estos son los estudiantes.

Se advierte en algunas Universidades un notable apetito por apropiarse de este tipo de resultados, no obstante, también se encuentran opiniones en sentido contrario al proponer que sería conveniente dejar la titularidad en manos de los estudiantes ya que estos “preparan sus tesis de licenciaturas o doctorados como parte de su formación profesional y los resultados de sus trabajos sustentan las bases sobre las que accederán a la vida profesional. Además dejar las invenciones a los jóvenes investigadores que están a punto de incorporarse al mundo de los negocios puede ser la forma mas efectiva de transferir tecnología a la Industria”.

Para concluir este análisis de legislaciones extranjeras comenzamos señalando lo que dice Soledad Rodríguez, secretaria general de la Asociación Nacional para la Defensa de la Marca (ANDEMA), en España, ella asegura que la mayoría de las compañías no es consciente de la importancia que tiene obtener protección amparándose en los derechos otorgados por la legislación sobre propiedad intelectual. En muchas ocasiones las pequeñas compañías tienen algo registrado pero no saben qué, ni dónde, ni lo que implica.”¹²

Pedro Cartagena, técnico superior del área de difusión e información de la OEPM¹³, señala que las compañías tienen dos alternativas para la protección de sus inversiones en innovación:

a) mantener los resultados en secreto (el denominado secreto industrial) dando lugar al llamado know-how, o

b) ampararse en la protección que ofrecen las leyes de propiedad intelectual, patentes y modelos de utilidad.

“La diferencia es que las patentes ofrecen siempre una mayor seguridad. En cambio, el secreto industrial ofrece una protección más débil que se limita al derecho a exigir una compensación económica a cualquier persona que esté obligada a respetar ese

¹² http://www.microsoft.com/spain/empresas/asesoria/propiedad_industrial.msp

¹³ ORGANIZACIÓN ESPAÑOLA DE PATENTES Y MARCAS

secreto, y lo divulgue o utilice en beneficio propio o ajeno. En otras palabras, el secreto industrial sólo protege contra el espionaje.”¹⁴

Las leyes de propiedad industrial ofrecen, por tanto, una protección más segura frente a la piratería y unos mayores beneficios para la compañía, aunque, como contrapartida, implican un desembolso económico.

Pero, ¿qué se puede patentar? Según la Ley española son patentables las invenciones nuevas que sean susceptibles de aplicación industrial. Puede tratarse de un procedimiento, un aparato, un producto nuevo o un perfeccionamiento o mejora de alguno de ellos. La duración de la protección es de veinte años, y después de este período de exclusividad, la invención pasa a ser de dominio público, pudiendo cualquiera utilizarla libremente. Según comenta Marcos Vicario “es importante recordar que uno de los requisitos fundamentales para conceder una patente es que se describa la invención de manera suficientemente clara y completa para que un experto en la materia pueda ejecutar el invento.

Como podemos ver en estos comentarios que nos enseñan algunos conocedores del tema en España y en general en toda Europa existe la consciencia de registrar y sobretodo proteger los inventos que las compañías realizan. Sin embargo en el Ecuador la mayoría de compañías aún no son concientes de la necesidad de tal protección. Para citar un ejemplo quienes desarrollan técnicas para la elaboración de los famosos pantalones jeans¹⁵ en la población de PELILEO, los artesanos tienen significativas técnicas de elaboración y sin embargo el reconocimiento científico está

¹⁴ http://www.microsoft.com/spain/empresas/asesoria/propiedad_industrial.mspx

¹⁵ Pantalón Tejano.- El de tela recia, ceñido y en general azulado, usado originariamente por los vaqueros de Texas...

lejos de ser considerado por los grandes productores estadounidenses, son ellos quienes tienen las patentes y se presentan como verdaderos dueños de la invención.

5. CAPITULO 3

5.1 CAPITULO 3: EL CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABAJO

En el contrato de trabajo hacemos referencia a que este se rige por un negocio jurídico, cuando en definitiva, surge por el hecho objetivo de la realización del trabajo ajeno y dependiente, cumplido por el beneficio de la retribución económica.

Mario de la Cueva al respecto dice: "...De acuerdo a la naturaleza de derecho-realidad del Derecho de Trabajo, los documentos no cuentan frente a los datos de realidad..."¹⁶

A su vez, Francisco Walker L. manifiesta: "...el contrato de trabajo es un contrato especialísimo, autónomo, producto también de un derecho autónomo... de una individualidad única, en el cual debe tomarse en cuenta los factores morales (reales), ya que se trata de toda actividad de un ser humano puesta al servicio de otro, en donde no es dable separar al trabajador de la fuerza de su trabajo, que entrega al Empleador.

Caracteriza a este contrato el vínculo de dependencia que existe entre el que desempeña el trabajo y aquel que lo ha ordenado, siendo principalmente tal vínculo de dependencia o subordinación, jurídico económica, el que le diferencia de los contratos del Derecho Común...".

Las referencias citadas nos llevan a comprender que, al referirse al contrato se aborda a la síntesis de la evolución del derecho y las Leyes Laborales de protección al Trabajador, en su realidad social y económica, circunscrita en el modo de producción

¹⁶ www.bibliotecajuridica.com

capitalista, lo que obligó a los Estados políticos a formular un ordenamiento que garantice la convivencia en la nueva estructura social.

En los actuales tiempos, uno de los principios que fundamentan el Derecho del Trabajo se refiere a la relación de trabajo y su categorización, quedando en segundo plano las convenciones contractuales formales. Se conoce como el principio de la Primacía de la Realidad.

A falta de contrato escrito, son las normas del Código Laboral las que regulan las relaciones y finalmente en caso de contratos nulos, se aplican las mismas regulaciones legales, para satisfacer los derechos provenientes del trabajo cumplido. Teniendo en consideración lo manifestado, el objetivo del estudio del contrato de trabajo, es analizar la estructura y las características que califican a la figura jurídica, como parámetros de la relación laboral.¹⁷

5.2 **Concepto**

Nuestra legislación establece que contrato de trabajo “es el convenio en virtud del cual una persona se compromete con otra a prestar sus servicios lícitos y personales, bajo su dependencia, por una remuneración fijada por el convenio, la ley, el contrato colectivo o la costumbre”¹⁸.

Hay algunas observaciones preliminares con respecto al tema que se analiza que deben servir como base de reflexión.

¹⁷ <http://www.dlh.lahora.com.ec/paginas/judicial/PAGINAS/D.Trabajo>

¹⁸ Art 8 Código del Trabajo ecuatoriano

La primera es que a consideración del autor la definición que el código de trabajo hace no es por mas completa a las necesidades del empresario y trabajador actual y la Constitución de la República hace referencia a la relación de trabajo de manera de derecho y quizás en este asunto tan importante debería profundizarlo de mejor manera.

5.2.1 Falta de definición del contrato de trabajo en la legislación nacional.-

Una de las características de nuestra legislación laboral vigente es, como hemos dicho, que en ella existe una definición de lo que es el Contrato de Trabajo individual de manera no actual y con un enfoque empresarial.

En el artículo 1571° del Código civil Argentino define el Contrato de Trabajo de la siguiente manera:

“Por este Contrato el obrero ofrece contribuir a la producción con su trabajo personal por tiempo determinado o indeterminado mediante el pago de un salario”.

Por esto mencionamos que sea hace en este una consideración importantísima con el término de producción, este vocablo da la idea de el compromiso existente entre empleador y trabajador. Nuestro código del trabajo en el artículo 8 establece más bien una prestación de servicios, este término un poco desvincula la relación laboral que debe existir en todo este contorno.

En Argentina se lo ha venido definiendo así:

“Contrato de Trabajo es el convenio en virtud del cual una o varias personas se obligan a efectuar, para otra u otras, cualquier labor o servicio industrial o material, mediante una remuneración determinada”

Como se puede apreciar en esta definición no se hacía referencia expresa a la subordinación o dependencia que es uno de sus elementos fundamentales del contrato de trabajo haciéndose mención únicamente a la prestación del servicio para otro a cambio de la remuneración.

5.2.2 DEFINICIÓN JURISPRUDENCIAL DEL CONTRATO DE TRABAJO

La existencia de una definición legal deficiente del Contrato de Trabajo y posteriormente la falta de definición legal acorde al siglo XXI ha ido originando una definición jurisprudencial la que se ha visto enriquecida por la presencia de una serie de figuras encaminadas a evadir los efectos de una relación típicamente laboral, entre ellos la existencia de los pronunciamientos jurisprudenciales más significativos con respecto a este tema son los siguientes:

De la síntesis jurisprudencial transcrita podemos concluir que a través de la jurisprudencia se ha definido el Contrato de Trabajo señalándose sus elementos típicos, es decir aquellos que le otorgan la personalidad que tienen y que permiten diferenciarlos de otros contratos.

En algún momento se suscitó una gran controversia acerca de si debía tratarse Contrato de Trabajo o Relación de Trabajo.

Esta polémica no aparece en la legislación nacional porque las legislaciones laborales escasamente hacen referencia a la Relación de Trabajo utilizando más el término de Contrato de Trabajo.

Este hecho no deja de lado la necesidad de tratar el tema para conocer sus alcances. El Contrato de Trabajo surge de un acuerdo expreso de voluntades; la Relación de Trabajo también se puede originar en el acuerdo, como también a veces sucede con mayor espontaneidad y sin ninguna manifestación expresa de voluntad, la que sin embargo existe y se demuestra por hechos concretos como son la prestación del servicio y el pago de la remuneración.¹⁹

La Relación de Trabajo viene a ser el conjunto de derechos y obligaciones que emergen o son consecuencia de la prestación efectiva del servicio. Basta que se presente la prestación, y que se den las condiciones apropiadas para que se apliquen los derechos legales o contractuales en su caso, para que estos sean exigibles por el titular, sin que pueda sustentarse oposición alguna al reconocimiento de ellas en consideraciones estrictamente formulistas tales como falta o defecto de capacidad de contratación, prestación de servicios prohibidos, etc.

La noción de la Relación de Trabajo permite explicar el surgimiento de beneficios laborales en situaciones que serían cuestionables, *lógicamente entre una de ellas la de ser copartícipe de las invenciones* de la compañía que muchas de las veces el mismo trabajador hace todo el trabajo industrial y hasta físico; bajo una óptica diferente (por ejemplo desde la perspectiva del derecho civil). Un caso que se da

¹⁹ Artículo 8 código de trabajo RO 162 29.SEPT.97

con frecuencia es el de las contrataciones espontáneas y el pago de la remuneración. En ellos se da la prestación del servicio y su retribución y el hecho de no haberse autorizado expresamente la contratación o acordado formalmente el pago de una remuneración, no invalida la Relación de Trabajo que surgió, ni menoscaba los derechos del titular.

5.3 CONTRATO DE TRABAJO Y CONTRATOS CIVILES DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS

Es muy importante diferenciar el contrato de trabajo de otras figuras jurídicas que guardan alguna similitud - cercana o lejana- con el mismo. Esto resulta de mucha importancia práctica por la tendencia de utilizar otras relaciones jurídicas parecidas para evitar los efectos de una relación laboral que no están constreñidos específicamente a la prestación salarial sino que generan otros beneficios adicionales y muchas veces diferidos. (Vacaciones, compensación por tiempo de servicios y otros beneficios).

Los múltiples intentos de evadir los efectos de la relación de trabajo mediante la celebración de figuras similares han originado una producción jurisprudencial muy importante en aplicación de principios tales como el de primacía de la realidad y el de la irrenunciabilidad de los derechos laborales. En los contratos laborales como es el caso de contratos de prestación de servicios igualmente el titular de la patente es el mandante, y nuevamente caemos en la frase mencionada el que “paga es el titular”, al igual que el trabajador, quien crea o desarrolla una invención solo tiene derecho a mención como lo señala el artículo 130 de la Ley de Propiedad Intelectual.

El Código Civil que nos rige regula la prestación de servicios en sus diversas modalidades, una de las cuales es la locación de servicios, a la que hacemos referencia expresa por ser la que más se asemeja a la relación laboral . Sin embargo ninguna de ellas es susceptible de ser confundida con el contrato de trabajo, en tanto que éste tiene sus características propias y definidas que lo diferencian de figuras similares. Por lo general los intentos de encontrar figuras

nuevas y rebuscadas para obviar los efectos de una relación laboral han caído fulminados por acción de los tribunales quienes han sancionado los intentos de cometer fraude en contra de la ley.

5.3.1 Modalidades de la prestación de servicios:

La prestación de servicios puede darse bajo modalidades nominadas e innominadas. Las primeras son las que tienen nombre propio dentro de la nomenclatura civil, mientras que las segundas asumen una de varias modalidades. Entre las que establece el código civil ecuatoriano están

a.- La prestación de servicios.

b.- El mandato.

En lo que respecta a las modalidades innominadas ellas se dan dentro de las formas de “doy para que hagas” y “hago para que des”. Dentro de una de estas figuras se puede considerar una muy común dentro de nuestro medio que es la de transporte para cambio de vivienda. En este caso no puede considerarse la existencia de una relación de trabajo por faltar uno de los requisitos fundamentales de la misma que es el pago de la remuneración como contraprestación del servicio.

No existe mayor posibilidad de confundir la prestación de servicios, aún en su forma más cercana al contrato de trabajo, con la relación de naturaleza laboral porque sus elementos están claramente diferenciados.

Los elementos del contrato de trabajo permiten diferenciar a éste de los demás. Aún cuando en el contrato de trabajo y la prestación de servicios se presentan dos

elementos comunes que son la prestación del servicio, como tal, y el pago de la remuneración, *la subordinación*, que constituye el elemento de diferenciación, que se da en el contrato de trabajo y no en la prestación de servicios, impide toda posibilidad de confusión de uno con otro.

La nota típica del contrato de trabajo es la subordinación y ella es inexistente en la prestación de servicios. Por el contrato de prestación de servicios el locador se obliga, sin estar subordinado al comitente, a prestarle sus servicios por cierto tiempo o para un trabajo determinado, a cambio de una retribución.

Como se advierte la subordinación no existe en los contratos civiles a tal extremo que se encuentra expresamente excluida; si el contrato de trabajo se caracteriza por la subordinación, la nota más saltante de los civiles es justamente lo contrario, esto es porque no existe subordinación.

Otro elemento que permite diferenciar una de otra relación es el referente a su naturaleza personal. En el contrato de trabajo la obligación de prestar el servicio es personal y no puede ser objeto de delegación. En la prestación de servicios la prestación personal no constituye un requisito imprescindible. En algunos casos se admite la colaboración o participación de terceros. Ello está claramente expresado en el artículo 2066 del Código Civil:

“El mandatario debe prestar personalmente el servicio, pero puede valerse, bajo su propia dirección y responsabilidad, de auxiliares y sustitutos si la colaboración de otros está permitida por el contrato o por los usos y no es incompatible con la naturaleza de la prestación”.

Tal posibilidad no se da en el contrato de trabajo en el cual la sustitución en la prestación está prohibida, y en el caso de realizarse ella podría generar un nuevo vínculo con la persona que presta el servicio. (Intuito personae laboral)

Entendemos que el temor que puede existir frente a la nueva disposición del Código es que se pretenda encubrir una relación de trabajo con la denominación de prestación de servicios o contrato de mandato. Ello sin embargo resulta relativo en la medida que la relación de la misma y no por la denominación que reciba. En este sentido, en atención al principio de primacía de la realidad, aún cuando a una relación se le denomine con cualquier nombre, si del análisis de los elementos propios de la relación laboral se desprende la existencia de ésta, ella operará para todos sus efectos. Como por ejemplo el hecho de contratar una empleada domestica para el trabajo en el hogar, aquí vemos que existe una clara reacción de dependencia y no podríamos darle una figura de prestación de servicios

De la propia definición de la modalidad del mandato apreciamos la diferencia existente entre cada una de ellas y el contrato de trabajo.

Así tenemos que en el mandato el mandatario se obliga a realizar uno o más actos jurídicos por cuenta y en interés del mandante tratándose de una relación principalmente onerosa - aunque puede ser gratuita-. Lo que falta sin embargo en el mandato es la subordinación y principalmente la continuidad o permanencia.²⁰

²⁰ Esta regla no es absoluta pues en algunos casos el mandatario puede ser también trabajador del mandante en la medida que el mandato se cumpla en condiciones de subordinación.

5.4 CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO DE TRABAJO

Se dice de manera uniforme en la doctrina que Contrato de Trabajo es consensual, bilateral, de tracto sucesivo, oneroso, personal y sinalagmático o de prestaciones recíprocas.

a) **Consensual:** Es consensual por cuanto su validez no está condicionada al cumplimiento de determinadas formalidades como es el caso del contrato solemne y su perfeccionamiento se produce por efecto de la simple voluntad de las partes. Solo requiere ser formalizado por escrito en condiciones excepcionales señaladas expresamente por la ley.²¹

b) **De tracto sucesivo:** Reúne esta característica por cuanto se renueva diariamente por la concurrencia del trabajador al centro de trabajo y su admisión en el mismo. Frente al contrato de tracto sucesivo, o sea de repetición, tenemos el de agotamiento instantáneo o inmediato, en el cual la prestación se agota en un sólo momento.²²

c) **Oneroso:** Se dice que el contrato de trabajo es fundamentalmente oneroso pues se produce a cambio de una transferencia patrimonial representada por la retribución. Al contrato oneroso se opone el gratuito en el cual no se produce la transferencia antes mencionada. La onerosidad se demuestra, por cuanto una parte recibe de las otras prestaciones patrimoniales.

²¹ Esta obligación existe en el caso de los contratos de trabajo con trabajadores extranjeros así como en los contratos de trabajo sujetos a modalidad. En estos casos especiales se exige la forma escrita debido a que deben someterse para su aprobación a la Autoridad Administrativa de Trabajo.

²² Un caso muy claro de locación de servicios es la contratación de un médico para una consulta o una operación.

d) **Personal**: El contrato de trabajo implica que la prestación la realice aquél que fue contratado para hacerla. Se dice por esto que es *intuitu personae*. De allí que no se admite la sustitución o reemplazo del trabajador sin el consentimiento principal. Hay otros contratos en que la prestación puede ser cumplida por terceros en sustitución del deudor de la obligación pero esto no sucede en el caso del contrato de trabajo.

e) **Sinalagmático**: El contrato de trabajo es sinalagmático o de prestaciones recíprocas porque lo constituye obligación para uno de los contratantes implica para el otro la correlativa facultad y viceversa. Así por ejemplo el principal puede exigir la prestación laboral que constituye la obligación para el trabajador.

Por el simple hecho de la prestación de la relación, el principal está obligado al pago de la retribución y el trabajador la puede exigir.

En el contrato sinalagmático o de prestaciones recíprocas ambos contratantes son acreedores y deudores entre sí de determinadas obligaciones.

Como consecuencia de esta característica tenemos que la retribución es la contraprestación del trabajo. Esto implica entre otras cosas que si no se presta el trabajo, no se puede exigir la retribución. En esta nota encontramos el fundamento de por qué no se paga el sueldo o salario por los días en que el trabajador se encuentra en huelga.

5.5 ELEMENTOS DEL CONTRATO DE TRABAJO

La determinación de los elementos del contrato de trabajo constituye la parte del estudio de este tema pues ellos son los que permiten diferenciarlo de otros contratos que se le asemejan.

Como hemos indicado es frecuente que se intente encubrir la existencia de una relación laboral para evitar sus efectos, principalmente las obligaciones que de él se desprenden en forma complementaria al pago de la retribución. Para ello en algunos casos se recurre al expediente simple pero ineficaz, de denominar el contrato con un nombre diferente al que realmente le corresponde. Tales métodos carecen en eficacia como se ha precisado jurisprudencialmente.

Clases

Sin embargo de lo anterior, nuestra legislación da especial importancia a los aspectos y obliga a que celebren por escritos los contratos siguientes:

- los de plazo mayor a un año;
- los que requieren conocimientos técnicos o de arte;
- los de una profesión determinada;
- los de obra cierta en que la mano de obra exceda de cinco salarios mínimos vitales; los eventuales, ocasionales y de temporada; y, los a destajo, prueba, aprendizaje, enganche y de equipo.

Los contratos anteriores, deben ser celebrados en el domicilio del Trabajador, por instrumento público y privado.

El contrato debe contener

- la clase de trabajo;
- la manera de ejecutarse;
- por unidades de tiempo o de obra;
- el lugar que debe ejecutarse el trabajo o la obra;
- el plazo;
- la cuantía y la forma de pago;
- las sanciones y la forma de determinarlas;
- las garantías; y,
- las formas de terminar la relación de trabajo.

Se registrarán dentro de los treinta días siguientes, e la Inspección del Trabajo de la misma jurisdicción, y puede conferirse copias a quien lo solicite.

5.6 CLASIFICACIÓN GENERAL

Por una razón meramente ilustrativa se hace constar la clasificación general de los contratos de trabajo. La explicación, en los casos necesarios, se formulará al estudiar, particularmente, los elementos del contrato.

El Código clasifica a los contratos de trabajo por las personas que intervienen, el modo, la dependencia, la remuneración y, el plazo.

Personas: individual, grupo, equipo y colectivo.

Modo: expreso y tácito. El expreso, puede ser: escrito y verbal;

Dependencia: dirigida, tarea, obra cierta y destajo;

Plazo: determinado, indefinido, eventual, ocasional, temporal y prueba.

Las Partes del Contrato.

En el contrato de trabajo intervienen: el Empleador y el Trabajador. Pueden presentarse varios casos: un solo Empleador y pluralidad de Trabajadores, varios Empleadores y un solo Trabajador y pluralidad de Empleadores y Trabajadores. Empleador o Empresario.- es la persona o entidad, de cualquier clase, por cuenta u orden de la cual, se ejecuta la obra o a quien se presta el servicio. Las personas jurídicas de derecho público son Empleadores, de los obreros de obras públicas o de industrias monopólicas o no, que pueden ser explotadas por

particulares, cuando realicen trabajos materiales de construcción, mantenimiento, etc., aun cuando se encuentren amparados por nombramiento. Trabajador.- es la persona que se obliga a la ejecución de la obra o a la prestación del servicio y puede ser Obrero o Empleado.

La pluralidad de las partes contratantes conforma los contratos denominados de: equipo, grupo, enganche y colectivos.

Las Obligaciones del Empleador.

Obligación Fundamental

Conceder a los trabajadores la debida consideración, evitando los maltratos de palabra o de obra y atender oportunamente los reclamos debidamente justificados.

Obligaciones Administrativas

- a.** Instalar los locales de trabajo sujetándose a las disposiciones del Código del Trabajo y a las órdenes de la Autoridad Sanitaria; facilitar la inspección y vigilancia; y, otorgar los informes que sean requeridos;
- b.** Cumplir con las obligaciones contractuales y de acuerdo con las disposiciones del Código de Trabajo;
- c.** Sujetarse al Reglamento Interno, legalmente aprobado.
- d.** Llevar un registro autorizado de los Trabajadores, debiendo constar: nombre, edad, estado civil, procedencia, clase de trabajo, fecha de ingreso y de salida;

- e.** Cumplir con las leyes de Seguridad Social, afiliando a los trabajadores, desde el primer día de labores, presentar los avisos de ingreso, salida, modificaciones de sueldos, accidentes y enfermedades profesionales;
- f.** Exhibir en lugares visibles las planillas mensuales de pago de las obligaciones con el instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, debidamente certificadas; Las Compañías que no cumplieran serán sancionadas con multa igual a un salario mínimo vital, concediéndose el plazo de diez días para el pago. Los Inspectores del Trabajo y del IESS, tienen la obligación de controlar el cumplimiento de este pago;
- g.** Entregar las herramientas y materiales necesarios para la ejecución del trabajo; suministrar gratuita y anualmente, por lo menos un vestido de trabajo;
- h.** Proporcionar un lugar seguro para guardar los bienes de propiedad del Trabajador, sin ser lícito retenerlos a título de garantía;
- i.** Conferir certificados de trabajo, cuando sean solicitados; y, en los casos de terminación de la relación laboral, el certificado deberá acreditar: el tiempo de servicios, la clase o clases de trabajo y las remuneraciones percibidas.

Obligaciones Laborales

Permisivas.

- a.** Declarar una comisión de servicios, hasta por un año, con derecho a seis meses de remuneración, para realizar estudios de especialización en institutos nacionales o extranjeros, siempre que la compañía cuente con quince o más Trabajadores y que los becarios no excedan del dos por ciento. Los interesados deberán acreditar cinco años de antigüedad y, por lo menos, dos de trabajo en la compañía. La beca será devengada con dos años de trabajo en la misma compañía;
- b.** Otorgar licencia o permiso remunerado, hasta por tres días, en caso de fallecimiento del cónyuge o de parientes dentro del segundo de consanguinidad y afinidad;
- c.** Conferir permisos remunerados por el tiempo necesario para: recibir asistencia médica, atender a los requerimientos judiciales y ejercer el sufragio, en el último caso, por un máximo de cuatro horas; y,
- d.** Conceder permiso remunerado, por el tiempo necesario, para desempeñar comisiones de la Asociación de Trabajadores, siempre que se solicite con la debida oportunidad.

Remunerativas

- a.** Pagar la remuneración por todo el tiempo de la suspensión del trabajo cuando se produzca por parte del Empleador;
- b.** Cubrir los gastos de traslado, alojamiento y alimentación (subsistencias y viáticos) en cumplimiento de comisiones dispuestas por razones del servicio;

- c. A la terminación de la relación laboral, cubrir los gastos de traslado al Trabajador que por razones de servicio hubiera cambiado su residencia habitual;
- d. Pagar el cincuenta por ciento de la remuneración, no inferior a la básica, que corresponda al reemplazado;
- e. Pagar el cincuenta por ciento de la remuneración, hasta por dos meses, en caso de enfermedad profesional e indemnizar los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, a los Trabajadores no afiliados al IESS; y,
- f. Entregar a la Asociación que pertenezcan, el cincuenta por ciento de las multas impuestas a los Trabajadores, por incumplimiento del contrato de trabajo;

Obligaciones de Bienestar Social.

- a. Contratar los servicios de profesionales en Trabajo Social, con la siguiente proporción: uno cuando la compañía tenga cien o más Trabajadores, dos cuando sean trescientos o más. Se incrementará un profesional, por cada trescientos adicionales.
- b. Otorgar el servicio de comedor, en los locales de trabajo que estuvieren situados a más de dos kilómetros de los centros poblados y que los trabajadores fueran en un número mayor de cincuenta.
- c. Establecer el servicio de comisariato propio, contratado o asociado con otras compañías, cuando el número de trabajadores sea mayor de diez. Los artículos serán suministrados a precio de costo y los valores serán descontados al momento del pago de la remuneración. El incumplimiento será sancionado.
- d. Proporcionar el servicio de guardería infantil, suministrando gratuitamente: local, implementos, atención y alimentación, cuando el número de los trabajadores sea mayor de cincuenta.

e. Establecer escuelas elementales en los lugares permanentes de trabajo ubicados a más de dos Kilómetros de distancia de los centros poblados, en beneficio de los hijos de los Trabajadores y de los analfabetos, cuando el número de los trabajadores sea mayor de cincuenta.

f. Contratar personas discapacitadas, según sus aptitudes y de acuerdo a las necesidades y posibilidades de la compañía.

Las Prohibiciones del Empleador.

Prohibiciones Administrativas

a. Impedir las visitas o inspecciones de las Autoridades del trabajo a los locales y la revisión de documentos referentes a los trabajadores;

b. Realizar propaganda política o religiosa, entre los Trabajadores;

c. Desconocer o inferir el derecho al libre desenvolvimiento de las actividades sindicales;

d. Obligar al Trabajador a retirarse de la Asociación o que vote por determinada candidatura;

e. Exigir a los Trabajadores la adquisición de bienes, en lugares determinados;

f. Imponer a los trabajadores la participación en colectas o suscripciones, de cualquier naturaleza; y,

g. Recibir como Trabajadores a ciudadanos que carezcan de Libreta Militar. La violación es sancionada según lo previsto en la Ley de Servicio Militar Obligatorio.

Prohibiciones Laborales

- a. Requerir del trabajador la entrega de dinero o especies para administrarla en el trabajo o para cualquier otro motivo;
- b. Sancionar al Trabajador con la suspensión del trabajo;
- c. Imponer multas no previstas en el Reglamento Interno, legalmente aprobado;
- d. Retener más de diez por ciento de la remuneración por concepto de multas, en el incumplimiento del trabajo; y,
- e. Cobrar interés por las cantidades que se anticipe, por cuenta de la remuneración.

Las obligaciones del Trabajador.

- a. Guardar escrupulosamente los secretos técnicos de fabricación y comercialización de los productos en cuya elaboración intervenga o tenga conocimiento en razón del trabajo;
- b. Sujetarse a las medidas preventivas e higiénicas, dispuestas por las Autoridades competentes;
- c. Cumplir las disposiciones del Reglamento Interno, aprobado legalmente y observar buena conducta en la jornada de trabajo;
- d. Ejecutar el trabajo con la debida responsabilidad, en forma, tiempo y lugares convenidos en el contrato. Restituir al Empleador los materiales no utilizados;
- e. Conservar en buen estado los equipos y herramientas de trabajo, sin ser de su responsabilidad el deterioro en los siguientes casos: el normal uso, los ocasionados por caso fortuito o fuerza mayor y los provenientes por defectuosa construcción o mala calidad;
- f. Dar aviso al Empleador, cuando por causa justa falte al trabajo;
- g. Comunicar al Empleador sobre los peligros de daños materiales que amenacen a la vida o a los intereses de la compañía;

h. Trabajar en casos de peligro o siniestro eminentes, por un tiempo mayor a la jornada de trabajo y aun en días de descanso obligatorio. El trabajo será reconocido como extraordinario; y,

Las demás establecidas en el Código de Trabajo.

Prohibiciones del Trabajador.

Prohibiciones Laborales

a. Abandonar el trabajo, sin causa justificada; y,

b. Suspender el trabajo, salvo el caso de Huelga.

Prohibiciones Éticas.

a. Competir con el Empleador en la producción de los artículos fabricados por la compañía en la que presta sus servicios;

b. Tomar de la compañía o negocio equipos, herramientas, materia prima o artículos elaborados, sin la autorización correspondiente;

c. Utilizar los equipos y herramientas suministrados por el Empleador, en trabajos ajenos o de propio provecho;

d. Poner en peligro su propia seguridad, la de sus compañeros y los bienes de la compañía o negocio;

e. Asistir al trabajo en estado de embriaguez o bajo la acción de estupefacientes;

f. Portar armas durante la jornada de trabajo, excepto en los casos debidamente autorizados; y,

g. Realizar colectas en los lugares de trabajo, sin contar con el permiso respectivo.

El Objeto del Contrato de Trabajo es "la realización laboral remunerada" que debe ser determinada, física y moralmente posible; en definitiva debe ser lícita o como

determina el Código de Trabajo: "...prestar sus servicios lícitos..."

“Como se establece en la doctrina el objeto de los contratos de trabajo se refieren a los servicios lícitos personales, permitidos por la Ley; en buenos términos, los que están relacionados o comprometidos con las actividades generadas por los actos de comercio, determinados en el Código de trabajo”²³

5.7 ELEMENTOS ACCESORIOS DEL CONTRATO DE TRABAJO

Los elementos adicionales del contrato de trabajo, además de los ya señalados son la profesionalidad y la exclusividad. Si bien son importantes no tienen el carácter de fundamentales. En lo que se refiere a la exclusividad, ésta se encuentra en un proceso de mutación y su concepción actual resulta distante de la original.

5.7.1 PROFESIONALIDAD

La profesionalidad es una “condición inherente al trabajador que presta los servicios propios de un empleo, facultad u oficio”.

La profesionalidad implica sobre todo que la prestación del trabajo la realiza el trabajador para asegurar su propia subsistencia así como la de sus familiares.

²³ Dr. Robalino, el contrato de trabajo, revista judicial, derecho laboral.

El trabajador vive de la remuneración que percibe como consecuencia de la prestación de su esfuerzo. Quien trabaja de manera esporádica con fines de entretenimiento y tiene rentas no provenientes del trabajo no tendrá la calidad profesional del trabajador.

5.7.2 EXCLUSIVIDAD

La última nota típica del contrato de trabajo es la exclusividad, la misma que inicialmente estaba vinculada a la idea de que ningún trabajador podía estar sujeto a una doble vinculación de subordinación; en algún momento se exigía la prestación laboral única.

Cuando no existía la limitación de la jornada de trabajo la exclusividad constituía una consecuencia de dicha situación pues el agotamiento fisiológico del trabajador impedía la posibilidad de que éste prestara sus servicios para varios empleadores.

La posición de la legislación y doctrina con relación a la exclusividad ha ido variando.

La exclusividad se ha analizado en función de dos criterios: a) la exclusividad absoluta por la cual únicamente se admite una sola prestación laboral y, b) la relativa que reconoce la posibilidad de desempeñar varios empleos en forma sucesiva.

En algunos casos concretos la exclusividad no es requisito para la configuración de la relación laboral, aún cuando esto es únicamente en casos de excepción.

5.8 LA CLÁUSULA DE CONFIDENCIALIDAD O DE RESERVA EN EL CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABAJO

Una vez que hemos revisado, quizás de forma breve lo que significa el contrato laboral, sus características, sujetos, objeto y en general todo lo que se propone. Entremos de manera inmediata a la parte medular de nuestra tesis que es la confidencialidad o más bien la cláusula de confidencialidad en el contrato laboral.

De todo este contexto anterior del análisis del contrato laboral y particularmente en el énfasis que pusimos sobre la relación de dependencia existente en este tipo de acuerdos, sumándole a este punto, lo que prescribe la ley de Propiedad Intelectual en su artículo 129 sobre el derecho de patente en relación de dependencia. Es decir que lo que pretendemos proponer es una fórmula que tenga su consecuencia en la propuesta de nuestra tesis por lo tanto esta sería de la siguiente manera:

DEPENDENCIA CT+ART. 129 L.P.I. = CLÁUSULA DE CONFIDENCIALIDAD

Esta ecuación propuesta nos permite entrar ya en el análisis profundo de la propuesta de una cláusula de confidencialidad adecuada y porque no una propuesta para la reforma legal que permita al trabajador y empleador tener un respaldo legal adecuado de la misma.

Pero antes nos parece pertinente realizar consideraciones de la relación laboral que existe actualmente, juntamente con la confidencialidad y quizás extenderme a un punto no de invención sino más bien de ética laboral y empresarial.

Actualmente las compañías de cualquier tipo de negocios están optando por la calificación con normas de calidad como son la ISO 9001:2000, en este tipo de

normas no jurídicas, sino de calidad se miden en base a ciertas prescripciones los procesos dentro de una compañía y entre uno de los enunciados importantes es el ambiente o la relación entre empleador y trabajador. En este proceso de calificación según el Ing. Pablo Vallejo, miembro activo de BUREAU VERITAS (certificadora de calidad) determina que en la auditoria de calidad de una compañía se evidencia situaciones confidenciales donde los trabajadores de la compañía llegan a conocer.²⁴ Este es un ejemplo de donde parte la necesidad de suscribir entre empleador y trabajador, y, dentro del contrato de trabajo una cláusula adecuada que permita evitar riesgo de competencia desleal posterior a la finalización de dicho contrato. Actualmente algunos profesionales del derecho, sobretodo, quienes se dedican a propiedad industrial en el país ya incluyen dentro de los contratos normas de confidencialidad. Actualmente el problema esta en la redacción adecuada de de dicha cláusula.

5.9 OBLIGACIONES Y PROHIBICIONES DEL TRABAJADOR, RESPECTO A LA CONFIDENCIALIDAD EN LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INDUSTRIAL.

Los contornos de la ética de los negocios han permitido tener una vista, sin duda bastante superficial, sobre las palabras esenciales en el debate entre trabajadores y empleadores, en el tema de propiedad industrial. Mostrar la razón de ser de una ética, igual en el mundo jurídico, ello es verdadero recentrándola sobre su real naturaleza. Pero su consistencia no ha sido sin embargo descubierta: tal es el objeto de los desarrollos consagrados a los adornos de la ética de los negocios. Consideraron constatar cómo, y en qué medida, el derecho de los negocios y la administración son asidos por la ética. A decir verdad, nuestro recorrido ha sido ya sembrado de

²⁴ APUNTES DE CURSO Lead Asesor Iso 9001:2000 Noviembre 2003

ejemplos de impregnación o de concordancia entre los principios morales y las reglas jurídicas o la administración. Por otra parte, no se tratará, en las páginas a esbozar, la tabla de las relaciones entre los dos campos, de lanzar aquí los jalones y de mostrar las líneas de fuerza; pues, si no, sería necesario exponer todo el derecho de los negocios y toda la administración, lo cual no corresponde al espíritu de la colección de esta tesis, y sería muy fastidioso. Igual limitando el campo de investigación, el terreno sobrepasado queda vasto.

El *mínimum* ético es el respeto del derecho (a condición que sea justo). Derecho y moral se respaldan mutuamente. La ética de los negocios sin derecho sería desencarnada y desarmada; el derecho de laboral, por ejemplo, sin moral sería inhumano y el reino de la ley de la jungla. Se produce un fenómeno de osmosis, a tal punto que se hace difícil discernir cuál es el primer actor. La moral se incorpora del derecho; el derecho se envuelve de la moral. El derecho es coherente en la sombra de la ética. La alianza de los dos permite superar sus contradicciones, asegurando la paz y la belleza. Pero los valores y preceptos morales no son directamente operacionales en ellos mismos. Ellos necesitan el portavoz sea de leyes, sea de ingresos o de principios de aplicación, de las herramientas conceptuales de naturaleza jurídica. De hecho, numerosas son las leyes más o menos conformes a la moral, e igualmente encontrarán a veces su inspiración en un principio moral. Yo no estableceré derechos y obligaciones en materia de confidencialidad en cuanto al trabajador, limitándome a las herramientas jurídicas generales, que son más interesantes, quizá. Nosotros encontraremos estas herramientas conceptuales puestas en ejecución concretamente en los desarrollos ulteriores, limitándose en esta sección a un inventario selectivo (por otra parte incompleto).

Las herramientas jurídicas de cómo las normas son los estándares jurídicos que encontramos en el tema de propiedad industrial conforme a la confidencialidad. Primeramente tenemos el ya revisado artículo 129 de la ley de propiedad industrial en que establece que solo ha decisión del empleador, el trabajador tendrá derecho en una invención y aunque el artículo 130 establece la mención esta es facultativa. Todas las normas que violen esta obligación de respetar la titularidad son puestas a disposición de los jueces por el titular. Sin embargo los mismos jueces aún no conocen en todo su contorno estas normas por ser relativamente nuevas, sin embargo estos no son los instrumentos de precisión. En efecto, el contenido de estas nociones-marco es voluntariamente impreciso, eso que les procura una gran flexibilidad: su interpretación puede fácilmente evolucionar con el tiempo y las circunstancias. El juez tiene la última palabra. Haciendo esto, él es la “palabra viviente” y vivificante del derecho, del mismo que, en la más auténtica tradición, el sacerdote siempre ha sido considerado como la expresión de la regla en acción, puesto que él la aplica a las necesidades contingentes, pero dentro de la fidelidad a su espíritu.

La imprecisión de esta obligación en cuanto a que el inventor de todo un desarrollo científico puede ser el trabajador pero jamás, salvo pacto en contrario, el titular de los derechos. Estas nociones son a la vez toda su ventaja y su peligro. Ellas deben ser “llevadas a cabo con moderación”, a fin de evitar que ellas sirvan de instrumento a la mala fe. La seguridad jurídica, el secreto de los negocios y el respeto a la palabra dada, que también son reglas morales, permanecen como bases fundamentales de nuestro derecho.

Hecha esta breve consideración mas de tinte moralista que jurídico, me limitaré a enumerar los derechos del trabajador en relación de dependencia que tiene a partir de la cláusula de confidencialidad, según la normativa actual.

RECONOCIMIENTO.- si el empleador cree necesario que el invento o el desarrollo de tecnología es del trabajador, tendrá todos los derechos que según la ley de propiedad le confiere. Estos son básicamente derechos morales y patrimoniales del invento. Sin embargo si no existe una prueba de tal pacto, todo este derecho lo tendrá el empleador a excepción de una posible mención según el artículo 130

OBLIGACIONES.- dentro de las obligaciones pertinentes del trabajador encontraremos sobretodo prohibiciones como la del artículo 46 del código de trabajo que determina: “g) Hacer competencia al empleador en la elaboración o fabricación de los artículos de la compañía;”²⁵. La falta a esta prohibición trae como consecuencia la competencia desleal tipificada en la ley de propiedad Intelectual y que la veremos mas adelante.

Otra de las obligaciones que tiene el trabajador es la de no revelar los secretos que por su trabajo lleguen a su conocimiento. Actualmente en los contratos laborales se incluye esta cláusula en la que lógicamente esta inmersa las invenciones.

Así mismo otra es la declaración que suele firmar el trabajador para no realizar competencia al trabajador en el negocio hasta por lo menos un año después.

²⁵ ARTÍCULO 46 CÓDIGO DE TRABAJO ECUATORIANO

Con estas obligaciones y derecho del trabajador sintetizo en buena parte lo referente a la confidencialidad en los contratos laborales. Sin embargo creo que los juristas encontraran algunas o muchas mas, pero que para el tema de interés no es necesario.

6. CAPÍTULO 4

CONFIDENCIALIDAD EN LOS SECRETOS INDUSTRIALES: CAUSAS Y EFECTOS EN EL CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABAJO.

Una vez que hemos llegado al capítulo final que hemos propuesto, me parece necesario pasar a analizar los motivos, es decir las causas y de los efectos jurídicos de la cláusula de confidencialidad. Para posteriormente terminar la tesis propuesta en base a la fórmula redactada anteriormente y proponer a los juristas, trabajadores y empleadores una cláusula acorde a las necesidades de la compañía actual.

6.1 MOTIVACIÓN PARA INCORPORAR UNA CLÁUSULA DE CONFIDENCIALIDAD DE SECRETOS INDUSTRIALES.

Antes de iniciar esta parte de la tesis quiero hacer ciertas consideraciones o aclaraciones que serán necesarias en mi investigación y también de utilidad de quienes la lean.²⁶ Una vez hecho este pie de página me sentiré más libre de expresar mi teoría en base a las recopilaciones, análisis y posterior síntesis de mi tesis, así que mejor continuar:

El nuevo Código civil de Québec da excelentes definiciones de estas las nociones tan complejas, que motivan la elaboración de un contrato “La causa del contrato es la razón que determina cada una de las partes para concertar” (art. 1410.); “el objeto del contrato es la operación jurídica considerada por las partes al momento de su conclusión...” (Principio del art. 1412). Tanto el objeto como la causa deben existir y ser lícitas. Durante largo tiempo, la cuestión de la existencia de la causa casi no tenía que ver con la moral. Una evolución sensible se diseñó actualmente, anulando de este

²⁶ Nota del autor: Es interesante aclarar que esta parte de mi tesis pretendo que sea la medula espinal de lo que quiero redactar. He planteado una fórmula de tinte matemático, sin pretender que lo sea por el ámbito social en el que se encuentra desarrollada. Pero sin embargo sumado a este punto estarán todas y cada una de las consideraciones que estime necesario para que los siguientes puntos sean conclusivos y definitorios.

campo las cláusulas o los contratos verdaderamente demasiado desequilibrados, considerando que ellos carecen de causa.

Pero es bajo este ángulo de la licitud que el objeto y la causa ha presentado un importante aspecto ético, tradicionalmente de conciencia moral para incluir dentro del contrato de trabajo la cláusula de confidencialidad o reserva. El objeto y la causa deben estar conformes a la ley, al orden público y a las buenas costumbres establece el código civil. Todo contrato, en los negocios como en otros dominios, debe respetar estos imperativos, lo que permite una cierta “moralización” de los contratos (sin moralismo).²⁷

El objeto y la causa contraria a las buenas costumbres

La ley prohíbe las transacciones sobre las cosas fuera de comercio jurídico, que no pueden pues hacerse objeto de las convenciones, al primer rango de las cuales generalmente es citado el ser humano (que es todo sorprendente considerarlo como una cosa); pero, en ausencia del texto, la solución sería la misma, a título de la contrariedad del objeto con las buenas costumbres. La jurisprudencia ha tenido ocasión de declarar ilícitas las ventas de estupefacientes o de un objeto de contrabando, como el tráfico de influencia para intentar obtener un contrato. O aún, si el objeto de una sociedad, no estatutario sino real, es explotar una casa de tolerancia, o un fumadero de drogas, lo que es nulo por ilicitud, que un texto tenga o no. Afortunadamente, toda sociedad o asociación debe tener una meta estatutaria conforme a las buenas costumbres. Y un contrato de trabajo no podrá tomar como carga las consecuencias perjudiciales de las infracciones penales, en nuestro caso el

²⁷ <http://www.ucsm.edu.pe/rabarcaf/enas05.htm>

de competencia desleal; así: un trabajador no puede encubrirse de las multas penales por las cuales él vendría a ser condenado, o negociar la pena por competencia desleal.

Bajo el ángulo de su licitud, y luego de su moralidad, la causa tomada en consideración es la causa subjetiva del contrato, las razones personales que han incitado a las partes a contratar. Cuando la compra-venta de un inmueble ha sido motivada por el intento de crear allí un establecimiento de libertinaje, la causa es contraria a las buenas costumbres y el acto nulo (si el establecimiento tenía ya este destino antes, el objeto será nulo: el recurso a la causa será entonces inútil). Un contrato de trabajo motivado por la creación o el mantenimiento de las relaciones adúlteras tiene una causa ilícita.

La dinámica contractual no puede ser abandonada totalmente al libre juego de las voluntades individuales. Los riesgos serían demasiado grandes para la sociedad y para los individuos. También, es bueno que la libertad contractual sea limitada por la ley y continúe por los hitos protectores, tanto del interés como aquel de las personas.

El objeto y la causa son los procedimientos técnicos de control de los contratos para el juez, especie de director oficial de conciencia. Pero ellos necesitan, para su aplicación, las normas de referencia (al menos cuando se trata de apreciar su licitud): tales son el orden público y las buenas costumbres.

El orden público postula que algunas reglas legales disfruten de una supremacía en relación con otras. Las reglas del orden público pertenecen a un orden de valor superior: ellas son colocadas fuera de los alcances de la voluntad individual. Estos son pues los límites en la libertad contractual. La mayoría de la doctrina contemporánea distingue el orden público de dirección del orden público de

protección. El primero está destinado a transmitir a los diferentes engranajes de la actividad los impulsos que el Estado decide; él es el medio de un dirigismo económico, y no nos interesa directamente.

Es particularmente inestable, dependiente de las circunstancias económicas, de las opciones políticas o ideológicas de los gobiernos sucesivos, incluso de los modos.

El orden público de dirección no es de temporada: la más grande libertad para las compañías presenta las ventajas, pero la sustitución del orden público económico por la ley del mercado (internacional) es esto un bien, o un rechazo de la ética? El segundo tiene por objeto proteger a un contratante contra la otra parte, el débil (el consumidor, el prestatario, el arrendatario, etc.) contra el fuerte; él traduce un proteccionismo social.

Su manifestación la más resplandeciente existe en el derecho del trabajo, que comprende muchas disposiciones tendientes a asegurar el respeto de la libertad y de la dignidad del trabajador. Esta es una manifestación del humanismo del derecho contemporáneo.

Para citar un ejemplo que quizás se nos ocurre. Digamos que una persona es contratada por la compañía IEI, que se dedica al tema de desarrollo de tecnología. Durante algunos años este ya trabajador permanece durante horas y horas en la investigación de un nuevo modelo para los computadores. Luego de muchas horas de trabajo y sobretodo de desgaste industrial logra crear una cámara digital para tomar fotos del aura, basada en la cámara kirlian. La compañía IEI por su parte aporta con un capital considerable para este desarrollo, esto fue lo único que los empresarios hicieron. Posteriormente el trabajador reclama sus derechos y la ley le informa que no tiene ninguno porque todo lo ha hecho en relación de dependencia y sus

empleadores han registrado a nombre de la compañía dicho invento. Me parece inaceptable este asunto y en nuestro país es común, debido a que el mérito de tan formidable invento, sin ningún tipo de ética, se lo llevan las compañías. Claro está que sin ese aporte económico el trabajador no hubiera concluido la obra maestra. Por lo tanto el intelecto hoy en día lo sigue moviendo la economía.

Con este ejemplo breve quisiera pasar al punto de las buenas costumbres en el contrato. Si la expresión buenas costumbres es familiar, su sentido jurídico es impreciso. En el primer momento, ella evoca a su contrario, es decir, la mala vida, que enseguida hace sobresalir mil imágenes sulfurosas: el juego, el alcohol, las drogas, las malas relaciones y los lugares de los hechos turbios, etc. Nadie ve allí los impedimentos de la felicidad, pero no ciertamente la felicidad.

Las costumbres son seguramente variables según los tiempos (igual si la base permanece bastante ampliamente estable) y los lugares. Si la noción de buenas costumbres es jurídica, puesto que ella es tomada en consideración por el Derecho, es también sociológica, estando todo impregnado de moral (y, mal entendida, deriva hacia el moralismo). Por lo demás, la ley no remite generalmente a las costumbres, sino a las buenas costumbres, lo cual implica un juicio de valor.

Desde entonces, los jueces no deben medir los actos o actitudes en función de las prácticas efectivamente seguidas por los ciudadanos, por los buenos padres de familia de base, para tomar el estándar del Código civil: El ideal será que ellos se refieran al bien objetivo, del derecho natural. Pero, en una República laica, no es mucho pedir? Por lo menos, los tribunales tienen el deber, para apreciar la conformidad a las buenas costumbres, de referirse al ideal de la población, al modelo que tiene la sociedad en un momento dado (la exigencia es más fuerte que el envío a

eso que algunos llaman la “conciencia colectiva”, expresión que repruebo, y cuya comparación con la simple opinión de los ciudadanos, como lo ha hecho la Oficina europea de las patentes²⁸.

Ahora bien, los hombres son mucho más idealistas aunque ellos no lo manifiestan en su comportamiento, como lo han percibido lúcidamente muchos escritores: entre nosotros, estas son cosas que yo siempre valoro por singular acuerdo: las opiniones supercelestes y las costumbres subterráneas. ¿Esta afirmación puede ser mantenida tal cual al principio de un nuevo milenio?

Volviendo a nuestro ejemplo, según la doctrina de la iglesia establece ciertas normas de conciencia y buenas costumbres y que para cada uno puede variar, al respecto puedo determinar que lo que para la sociedad ecuatoriana es reprochable para la americana es aceptable. Por esto el trabajador que estuvo mucho tiempo debe ser reconocido su trabajo debe ser remunerado mas acorde a las buenas costumbres que indican que si alguien me da trabajo durante muchos años debe existir un reconocimiento, por que su invento me esta dando posición en el mercado y hace que mi compañía crezca, por eso tenemos que reconocer la labor realizada. ¡Esto a mi parecer es una buena costumbre! Es decir el reconocimiento económico, industrial y moral.

La unidad del orden público y las buenas costumbres

Solamente como parte de información he recopilado algunas diferencias entre orden público y buenas costumbres y posteriormente he realizado las siguientes conclusiones:

La distinción de las nociones de orden público y de buenas costumbres es puramente verbal: ellas no son sino una de las múltiples facetas de orden público, que es noción

²⁸ www.oepm.es

unitaria pero polimorfa. Las obligaciones inmorales son las obligaciones ilícitas, de una naturaleza particular, en este sentido su carácter reprehensible obtiene su origen en la moral y no en el texto de la ley; y que, por consiguiente, su apreciación es dejada a la prudencia de los jueces; pero, aún una vez, ellas forman parte integrante del orden público. Los mejores diccionarios, a la palabra ilícito, confirman esta lectura: “que es defendido por la ley o por la moral”²⁹. Conscientemente la jurisprudencia no distingue en general las buenas costumbres del orden público. Basta leer las decisiones sin idea preconcebida para constatar que, cuando ella anula una convención en virtud de la ley, frecuentemente tiene cuidado de hablar a la vez de “causa ilícita e inmoral” o, sin temer la redundancia, de “causa ilícita, inmoral y contraria al orden público”.

6.2 LA BUENA FE

Al lado de la causa y del objeto, la buena fe es otro instrumento privilegiado de control, en la más extensa influencia y la más universal. Ella procede de la fides romana, caracterizando el respeto de los compromisos tomados, que según Cicerón, es “el fundamento de la justicia”; él agregaba que la buena fe (fides) ha sido llamada así por causa de la expresión: que se haga (fiat) esto que ha sido dicho (dictum).

Fides fue una diosa romana, en cuyo honor Numa Pompilius había erigido templo al Capitolio, al lado de aquel de Júpiter, del cual ella era la divinización de un carácter; en efecto, entre sus numerosas atribuciones, Júpiter era el dios protector de los contratos, Deus fidius, dios del juramento y de la lealtad. Aquello me parece bastante lógico, en la medida en que Júpiter era maestro del rayo y de la luz: ahora bien, la

²⁹ Academia francesa, 9ª edición, en curso de elaboración. El Nuevo pequeño Robert de 1933 da la misma definición, trastocando las palabras ley y moral

buena fe supone la plena claridad (la luz), y aquel que la ha ridiculizado se expone a los rigores de la justicia (el rayo).

La Alianza entre Yahvé e Israel exige también la lealtad (hesed) de dos compañeros, que ellos sean respetuosos de los compromisos asumidos el uno hacia el otro, como los textos lo recuerdan para Israel aquella de Yavéh saliendo de sí.³⁰

Los contratos deben ser ejecutados de buena fe³¹. Esta disposición, largamente olvidada, ha sido puesta en plena luz, tomándola al pie de la letra. El rol de la buena fe ha sido acrecentado aún considerablemente y continúa a desarrollarse: ella domina desde arriba el conjunto del derecho contractual. El análisis es exacto. Pero un texto, una vez promulgado vive por su vida propia (como un infante). Se desliga de su origen histórico; cuanto más tiempo se aleja de su promulgación, sus fundamentos históricos tienen menos valor. Si una necesidad se hace sentir, sobre todo cerca de dos siglos después de su redacción, es legítimo hacerle ofrecer todas sus posibilidades, sea las no queridas por sus redactores, como las no conformes a su origen.

El derecho está al servicio del hombre, y no el hombre al servicio del derecho. Este es un medio y nada más.

³⁰ La Biblia, Oseas 6, 6; Miqueas 6, 8),

³¹ CÓDIGO CIVIL ECUATORIANO ARTÍCULO 1494: este se refiere al dolo mas que a la buena fe pero debe existir por tanto dicho precepto, porque sino constituirá vicio del consentimiento.

Doble consecuencia de la exigencia de la buena fe

Concretamente, la exigencia jurídica de buena fe se desdobra en una obligación de lealtad, y en una obligación complementaria de cooperación (de la cual nosotros encontraremos las consecuencias después). Esto es decir que ella presenta un aspecto moral incontestable; su letra misma testimonia, que devuelve a un modelo de comparación in abstracto, un hombre de buena voluntad y diligente, para nosotros un buen profesional de negocios. Es aún muy evidente considerar su contrario, la mala, la intención malévola, el fraude, el dolo, el abuso del derecho, el abuso. “Quitad de entre los hombres / la simple fe, lo mejor es quitado” (La Fontaine). No obstante, se trata de una especie de moral endulzada, autobús matutino por interés.

El derecho marca así su territorio: sin puntería espiritual o trascendental, el se contenta con asegurar un cierto orden social. Sin embargo, eh ahí uno de los más espectaculares puntos de convergencia de la moral y del derecho, y que tiene que ver con el tema de confidencialidad.

La buena fe cuya interpretación puede evolucionar en el tiempo (igual si ella cambia sin duda menos velozmente que las buenas costumbres). Pero, en toda época, ella permanece como noción impregnada de moral; ella envía a la conciencia de las partes y, en caso de litigio, a aquella del juez (y ciertamente no a una “conciencia colectiva”).

Está en la conciencia tener el timón y mantener el rumbo. En cada especie, los tribunales deben actualizar y concretizar in specie esta referencia de base (la buena fe o su revés, la mala fe), darle un contenido objetivo y, así, edificar o reforzar una

norma que conoce, que en tanto obra humana, ella es siempre imperfecta, “como la niebla de la mañana, como el rocío que pronto se disipa”³²

De inspiración moral, el principio de buena fe es sin embargo bien de derecho positivo, constituyendo igual un principio general. Al seno de esta categoría, ella presenta la figura de un principio corrector. La buena fe planea sobre los contratantes; a falta de disposición específica, ella permite controlar su comportamiento, aparentemente regular en atenerse a la letra del derecho escrito; la forma conforme, pura apariencia exterior, no sabrá ocultar la realidad, por ejemplo la malignidad real pero secreta de alguno de entre ellos.

En revancha, ella no puede remediar las consecuencias de una nulidad absoluta. Tanto como principio general del derecho de los contratos, la buena fe es de orden público. Desde entonces, es imposible eludir, por una cláusula contractual, la ejecución de la buena fe de un contrato. La buena fe es un principio presumido: está en aquel que invoca la mala fe de probarla.

La buena fe y la *lex mercatoria* clásica

La buena fe es una herramienta conceptual fundamental tanto más que ella es dotada de una cierta universalidad. Eso es “la sola moneda que tenga curso en todas partes” según un proverbio chino (sin embargo, todos los derechos no comportan un principio general de buena fe en los contratos: por ejemplo el derecho inglés). Así, ella es tomada en consideración en la práctica internacional de los negocios, sus usos reconocidos y sus principios generales, la *lex mercatoria internationalis*. Algunos

³² La Biblia. Oseas 6, 4.

autores han establecido que la buena fe es un principio fundamental de la *lex mercatoria*, donde es mucho más vigorosa que en los derechos nacionales. El carácter jurídico de la buena fe, como exigencia de la *lex mercatoria*, ha sido consagrado en varias ocasiones por los tribunales arbitrales y por las jurisdicciones estatales y por la Corte de casación francesa. La Corte de justicia de la Unión europea ha admitido ella misma que los obstáculos a la libre circulación intra-comunitaria podían ser necesarios para satisfacer a las exigencias imperativas, teniendo particularmente en la lealtad las transacciones comerciales. En fin, la Convención de Viena del 11 de abril de 1980 sobre la venta internacional de mercancías erige la buena fe como principio general de interpretación del conjunto de las disposiciones (art. 7-2).

La buena fe y la *lex mercatoria* sublimada: los principios UNIDROIT y los principios de la Comisión para el derecho europeo de los contratos

Los principios UNIDROIT, relativos a los contratos del comercio internacional, como aquellos del derecho europeo de contratos, se sitúan en la línea de la *lex mercatoria* que ellos refuerzan y subliman, ellos indican formalmente que “las partes están obligadas a conformarse a las exigencias de la buena fe en el comercio internacional” (UNIDROIT, art. 1. 7, 1; fórmula establecida en los Principios del derecho europeo de contratos, art. 1.106, 1). Ellos ayudan a las partes que no pueden excluir ni limitar el alcance de la exigencia de la buena fe (para los primeros art. 1. 7, 2; para los segundos art. 1.106, 2). El comentario precisa que ella es la “idea fundamental en la base de los Principios” (UNIDROIT, *op. et loc. cit.*), y enumera veinticinco artículos constituyendo una aplicación directa o indirecta. El texto de la Comisión para el derecho europeo de contratos no es residuo: posee particularmente la buena fe como regla de su interpretación (art. 1.104). Si los Principios son una

nueva manifestación del “derecho amortiguado”, según expresión del profesor Francisco Rigaux, la buena fe allí es amortiguante.

La abundancia de bienes daña: la sospecha insinúa que esta instancia traiciona un desprecio de la virtud por los interventores del mundo de los negocios.

6.3 EL ABUSO DEL DERECHO

El abuso del derecho, de una aplicación frecuente en materia contractual, no es una noción unitaria. Una oposición nítida existe en función de la perspectiva según la cual es considerado el contrato, que es a la vez un lazo (un fenómeno interpersonal), y un bien (un fenómeno real), que constituye una operación económica.

El abuso puede consistir primero en una falta del contratante (siendo el contrato considerado como un lazo), faltando a la lealtad exigida por la ley. Cómo no sentir, aún aquí, el aspecto moral de esta noción jurídica.

Este abuso crea en la carga del agente una deuda de responsabilidad, de orden delictual o cuasidelictual. En efecto, no consistiendo en la inejecución de una obligación contractual, principal o accesoria, ella no sabría ser considerada como un desfallecimiento contractual. La buena fe es una norma exterior al contrato, cuya falta de respeto conserva bien la naturaleza delictual. La falta cometida faltando allí no es pues un verdadero abuso de derecho, strictu sensu, pues importa poco que ella se haya manifestado “con la ocasión del ejercicio de un derecho o en otra circunstancia.

Ella se estima in abstracto como habitualmente. Pero el modelo de comparación es verdadero; se refuerza entre los profesionales y, afortunadamente, entre los compañeros de trabajo especialmente relacionados, sea por la antigüedad de sus relaciones de negocios, sea por la naturaleza de su contrato (de interés común, intuitu personae, etc.).

La segunda forma de abuso en el contrato alcanza solamente a una clase en su fuerza obligatoria (Ph. Stoffel-Munck). Entonces ningún juicio es llevado sobre la conducta del contratante (estando el contrato considerado aquí tanto como bien). Este abuso se desdobra el mismo. Primero puede consistir en aquel de la libertad contractual por infracción del orden público (particularmente las cláusulas abusivas o los abusos de posición dominante); pero, en otros casos el abuso es aquel de una prerrogativa contractual (donde la ejecución de las mismas estipulaciones contractuales puede ser abusiva). A veces, los dos aspectos son mezclados.

La ruptura abusiva de un contrato

Uno de los notables usos tradicionales del abuso de derecho se produce en la ruptura de todo contrato a duración indeterminada (abuso de una prerrogativa contractual), o al rechazo de renovación de un contrato a duración determinada (deslealtad). La jurisprudencia es particularmente abundante para la rescisión abusiva o el rechazo abusivo de renovación de un contrato de concesión comercial. Se ha juzgado que el abuso de rescisión no resulta exclusivamente de la voluntad de perjudicar a aquel que ha rescindido: puede nacer de la brutalidad de la medida, de la manera desleal que ella ha sido puesta en obra, por ejemplo avanzando los motivos erróneos, etc.

El cese de simples relaciones comerciales antiguas puede ser abusivo, y la ausencia misma de un contrato.

Un autor ha sugerido que el juez puede neutralizar efectivamente los efectos del comportamiento abusivo de un contratante en el momento de la ruptura de un contrato, lo cual no permite la simple asignación de perjuicios e intereses. ¿Cómo? Convendría que el juez imponga el mantenimiento del lazo contractual, abusivamente rescindido. En presencia de la no renovación abusiva de un contrato a duración determinada, el juez prorrogará el contrato en las condiciones anteriores, incluso la duración. Si se trata de la ruptura abusiva de un contrato a duración indeterminada, él prolongará (o hará revivir) el contrato para un período indeterminado.

En fin, aún cuando el abuso reside en la brusquedad de la rescisión, la solución consistirá en eso cuyas referencias el juez prolongue (artificialmente) la vida contractual por un lapso de tiempo correspondiendo al detalle normal de preaviso que no hubiera sido respetado.

6.4 LA APARIENCIA

Eh aquí otra teoría pretoriana, la apariencia, que ampliamente ha conquistado las letras de nobleza. Ella “basta para producir los efectos en la consideración de los terceros que, como consecuencia de un error legítimo, han ignorado la realidad” (G. Cornu et ali). El hecho (la apariencia) crea el derecho, sin duda con una preocupación de seguridad (de “seguridad dinámica”, opuesta a la seguridad estática, según las célebres fórmulas de Demogue) y de la rapidez (en ciertos casos, dispensando a los contratantes verificar las circunstancias de la situación: “la fe es

debida a la apariencia”). Puede decirse que se trata de una medida protectora de los terceros, dictada por una preocupación de justicia y que, una vez más, está ligada a la buena fe. Como la apariencia es tomada en cuenta en favor de terceros, ella no puede serles impuesta: ellos elegirán, según su interés, la realidad o la quimera. Y como ella es de origen jurisprudencial, ella es subsidiaria (a igual título que la acción de in rem verso), siendo todo general.

La celeridad natural de la vida de los negocios explica que esta teoría se encuentra antes de aplicarse en derecho comercial que en derecho civil, igual si ésta no la ignora (por lo demás ella nació allí).

Ella existe también en derecho internacional privado. El legislador no la desconocía jamás; ha dado una aplicación implícita a propósito de la responsabilidad del hecho de los productos defectuosos, asimilando al productor (responsable de los perjuicios causados por un producto peligroso que puso en circulación), es decir que tiene la apariencia.

El fundamento más general de la apariencia resulta del refrán *error communis facit jus* (el error común es creador del derecho); induce una condición bastante rigurosa (error común), de suerte que la jurisprudencia le ha substituido, en ciertos casos (sobre todo, pero no exclusivamente el mandato aparente), por la creencia legítima.

6.5 LA SIMULACIÓN

Las aplicaciones de la teoría de la apariencia son diversas. Una de las primeras, que permanece relativamente importante, fue la validación de los actos de administración o de alineación cumplidos por un propietario aparente. La simulación parece ser

otra. La simulación no es ilícita en ella misma. Los terceros pueden invocar el acto ostensible, de suerte que el testafierro está entonces personalmente comprometido frente a frente de ellos, y aquella misma si ellos habrían tenido conocimiento de la realidad. No sería de otro modo sino si ellos hubieran participado activamente en la simulación. Viceversa: los terceros contratantes están empeñados con el testafierro. Pero los terceros también pueden sacar ventaja del acato oculto.

En revancha, ni “el prestatario” de nombre ni el testafierro normalmente pueden oponer al tercero de buena fe.

6.6 LA SOCIEDAD APARENTE

Las sociedades aparentes son consideradas como que han sido válidamente creadas respecto a terceros que, desde entonces, benefician de un recurso contra las personas que se han comprometido como asociados. Se trata ya de una hipótesis particular de la simulación, ya de una sociedad creada de hecho, por ejemplo entre concubinos. Por otra parte, ni la sociedad ni los terceros pueden sustraerse por sí de sus compromisos, sacar ventaja de una irregularidad en la nominación de una persona encargada de regir, de administrar o de dirigir una sociedad, cuando ella ha sido regularmente publicada.

6.7 EL MANDATO APARENTE

Aunque anteriormente ya habíamos tratado este tema creo que es interesante realizar una acotación más: La hipótesis más célebre de la teoría es el mandato aparente. Una

persona está comprometida como si ella fuera un mandante, porque alguno ha creído que una tercera persona, con la cual él ha tratado, era el mandatario de la primera.

Si el “hábito no hace lo menos”, la apariencia hace el mandato. La teoría, especial en alguna suerte de la apariencia que es el mandato aparente, ha conocido un largo desarrollo (sin contar un abundante contencioso...). Al paroxismo de su gloria, ella se soltó de la responsabilidad civil para falta que, en el origen, ella era nacida. Después, un movimiento de retroceso se operó. El dominio del mandato aparente regresa. La multiplicidad de reformas legislativas, rigiendo los actos cumplidos por la representación, conduce a un reflujo del juego del mandato aparente. Algunos terceros son sistemáticamente protegidos cuando el acto cumplido por un mandatario sin poder levanta la administración. Los actos más graves justifican aún, en este caso, el recurso al mandato aparente.

La creencia legítima

El resorte de la jurisprudencia de que en adelante una sola condición es exigida para el reconocimiento de un mandato aparente: aquel de la “creencia legítima”. En efecto, lo importante no es efectuar una comparación entre esto que era conocido al momento del litigio, y la situación al momento de la conclusión del acto: conviene ponerse al día de la conclusión del acto y razonar en términos de creencia del tercero.

Esta condición de creencia legítima es muy vaga: esto es una ventaja, dejando el juego a la interpretación, y luego a la posibilidad de aplicar el mandato aparente teniendo en cuenta las circunstancias de la causa.

La creencia verosímil, oracional, es aquella del buen padre de familia (ni especialmente negligente, ni especialmente atento) o, eventualmente, del buen profesional (competente en su arte: la creencia será más difícilmente reconocida como verosímil), que ha dado confianza a alguno, estando convencido de su cualidad de mandatario. Esta creencia resulta de la combinación de circunstancias objetivas y subjetiva.

Las circunstancias objetivas resultan del acto mismo. El juez debe primero sujetarse al acto escrito para descubrir si, efectivamente, el intermediario ha declarado actuar a nombre de otro, o ha dado a creer que él actuaría así y, por allí, ha suscitado la creencia de un tercero. El juez se preguntará igualmente si el acto, por su naturaleza, su gravedad o su urgencia, era normal. Se trata de una consideración de apoyo: un buen padre de familia no ejecuta actos anormales. Las circunstancias objetivas bastarían para hacer jugar la teoría del mandato aparente. La circunstancia subjetiva, sacada de la buena fe del tercero, no es una condición de aplicación de la teoría.

En todo caso, la buena fe implica que las circunstancias autoricen al tercero no verificar los poderes del mandatario aparente. Las circunstancias retenidas por la jurisprudencia son diversas, y es imposible caracterizarlas, ellas parecen muy dependientes de la íntima convicción de los jueces. Sin embargo he aquí algunas referencias: la existencia de relaciones de negocios antiguas entre el tercero y el presunto mandato, en las cuales intervenían el presunto mandatario, bien presente el carácter de circunstancia autorizando al tercero no verificar los poderes. Los usos profesionales son a veces retenidos, particularmente para el banquero que negocia, cuando la carta de cambio ha sido aceptada por una persona moral; por el contrario, a veces el uso excluye la legitimidad de la creencia. El hecho que un corredor de seguros efectúe después del asegurado todas las operaciones unidas al contrato de

seguro, y él libere un testimonio de seguro, frecuentemente es considerado como constituyendo la buena fe. Igualmente, la debilidad del tercero.

A la inversa, el mandato aparente no aprovecha a aquel que habría podido y debido verificar los poderes. Esta pasividad intempestiva afecta la naturaleza de su creencia: ella es inverosímil, ilegítima; para decir todo, es de mala fe. Puede ser así cuando el tercero, profesional prudente hubiera debido hacer prueba de una vigilancia especial, o cuando el acto era importante – pero esto es encontrar la condición objetiva. De una manera más general, toda falta del tercero excluye la creencia legítima o, más bien, la legítima de su creencia. La exigencia legal de un poder escrito excluye en principio la existencia de un mandato aparente, salvo cuando el uso no es demandar su presentación.

Comparación con la gestión de negocios

La gestión de negocios se parece al mandato aparente cuando el gerente ha presentado la materia, al punto que algunos autores, entre los cuales yo me ubico, sostienen que la apariencia constituye un nuevo cuasi-contrato. No obstante, no se trata sino de un acercamiento: las dos nociones son distintas. Contrariamente al mandato aparente, la gestión de negocios no posee la existencia de una apariencia de poder; ésta tiene un dominio más amplio que aquella. Pero las dos nociones tienen un campo de aplicación común. Parece que el tercero pueda libremente elegir el terreno sobre el cual actúa, cuando las condiciones de la una y de la otra son ejecutadas. Y como aquellas de la gestión de negocios no son muy favorables al tercer contratante, particularmente en cuanto a la utilidad de la gestión, siendo el objetivo sobre todo proteger al gerente, un retroceso parece diseñarse en provecho del mandato aparente,

habiendo desligado la apariencia de la responsabilidad civil; en efecto, la apariencia protege mejor a los res contratantes.

6.8 LA FUNCIÓN APARENTE

El abuso de función permitido o cometido, de no estar comprometido en lo concerniente a los perjuicios causados por sus encargados, implica la reunión de tres condiciones acumulativas; una de entre ellas se ata de nuevo en la apariencia.

La posición actual del derecho positivo, es cuando ejecutante no es exonerado si el encargado ha actuado fuera de sus funciones, como cuando el director de una agencia que pone a punto un sistema en razón de las relaciones familiares que tenía con el cliente, encontrándose ser su tío o como cuando el trabajador de la compañía que mencionábamos antes haga su invento por un tercer. A la inversa, el ejecutante permanece responsable de los actos perjudiciales cometidos por el encargado durante el ejercicio de las funciones que le fueron confiadas. Es igual si los actos perjudiciales del encargado son penalmente reprecensibles, eso que es más singular. La jurisprudencia ofrece numerosos ejemplos.

Cómo apreciar esa condición? Ella presenta un carácter objetivo, extraído del examen de las funciones confiadas al encargado. Sin embargo, ella es teñida por una cierta subjetividad, pues el juez hará el recurso, en algunas situaciones, con una aproximación psicológica, colocándose en el punto de vista de la tercer-víctima. Ha podido “legítimamente pensar“ (o creer) que el encargado cumplía un acto de sus funciones. Dicho de otro modo, se trata de una opinión cercana a aquella de la “creencia legítima”, criterio de la apariencia creadora de derechos. Pero no es cierto que tomar en consideración la apariencia sea aquí feliz: no quería él atenerse mejor a

los elementos objetivos, incontestables, que son el lugar, el tiempo y los instrumentos de trabajo? Cualquiera que sea, ella no parece jugar sino cuando la víctima había tenido la intención de contratar con el ejecutante, o era cliente de éste (por ejemplo de un banco), que la situación entre en el dominio de la ejecución contractual (o sus franjas), y no cuando la suerte de la víctima es puramente accidental y restablece la responsabilidad delictual.

6.9 EL DIRIGENTE APARENTE

Cuando una insuficiencia de activo, consecutiva a una falta de gestión, es descubierta por un procedimiento de restablecimiento o de liquidación judicial de una compañía entonces, el tribunal puede decidir que las deudas de la persona moral serán asumidas, en todo o en parte, con o sin solidaridad, por todos los dirigentes de derecho o de hecho, remunerados o no, o por algunos de entre ellos. En el fondo, eso es una especie de apariencia que aquí está sancionada. Frecuentemente, se trata de cualquiera que se inmiscuye intempestivamente en la gestión de una sociedad. La falta de gestión no ha sido definida por el legislador y no puede serlo, lo cual deja una gran latitud a los jueces del foro. Ella aparece, de una manera general, como la violación de las obligaciones de competencia, de transparencia y de diligencia, que son los deberes morales de los dirigentes. Pero ella ensortija frecuentemente la deshonestidad más directa, como los hechos de algunas sentencias permiten darse cuenta. Eh aquí un presidente conservando su domicilio en París, aún cuando la sociedad estaba en provincia y que sus funciones exigían una presencia constante, además que utiliza abusivamente los bienes de la sociedad, particularmente haciéndole regularizar los gastos personales inconsiderados a pesar de la deuda crónica, o se hace consentir las ventajas financieras aún cuando la situación es comprometida. Así, esa acción, llamada acción de terraplenar el pasivo social,

permite hacer desaparecer la pantalla cinematográfica social, para sancionar al dirigente deshonesto y simplemente (si es posible hablar así) incompetente.

6.10 LA TRANSPARENCIA

Si el derecho conocía tradicionalmente algunas aplicaciones de la transparencia, el concepto y la palabra misma allí eran poco más o menos desconocidos: eso era más bien el secreto que dominaba y era llevado al pináculo, particularmente el secreto de la vida privada de las personas físicas, que se transformaba para las personas morales en secreto de los negocios, permitiendo a los interventores del mercado continuar a jugar al escondite, como del tiempo de sus calzones cortos, pero a gran escala, y con las posturas procurando más emociones. Ciertamente, el secreto subsiste (aunque atenuado). Pero hoy día la moda está en la transparencia; ella es invocada en numerosos campos y en todo el derecho (con excepción de aquella de la familia, que le es la más alérgica). Ella ha venido a ser un concepto jurídico, adoptado por el legislador, dando lugar a los coloquios y a interesantes tesis. La atención se ha desplazado de la apariencia, en adelante bien establecida y conociendo un cierto repliegue, a la transparencia, que no es sino lo inverso (ese es el secreto que ocupa esa plaza), al menos en lo opuesto; la apariencia es opaca, puesto que ella no es la realidad, que ella queda en la superficie de las cosas sin penetrar en su verdad.

Portador de la luz

La transparencia buena está inserta en la ronda de virtudes y atrae más y más las miradas, en detrimento de otras, cuya plaza decrece. Su resplandeciente y rápido suceso está, sin duda en parte, en la magia de esa palabra etérea, “portadora de luz”,

y de eso que él llama delicado: “la verdad, la limpidez, la pureza”¹¹¹, o la ingenuidad, la blancura, candidez, el cristal también, del cual ella comparte la fragilidad. La transparencia es un instrumento cierto de moralización de la vida de los negocios (y sin duda su entrada estruendosa en el mundo del derecho es proporcional a la instalada en potencia del inmoralismo, como yo indiqué en la introducción). De otro lado, el reconocimiento de la transparencia está unido al prodigioso desarrollo de la información y de la comunicación intervenida recientemente, rendida posiblemente por los medios técnicos: hay aquí una concomitancia significativa; ella apela a una estricta vigilancia, pues la transparencia y la comunicación pueden conducir a abusos ilegales (la violación del secreto de la instrucción, de la vida privada o de la confidencialidad de los negocios), y a excesos inmorales o, por lo menos, moralistas (como lo ha mostrado el procedimiento público intentado contra el presidente Clinton por los hechos de orden privado, en eso que ha sido llamado “el affaire Lewinsky”; ella traduce al mismo tiempo una desviación de la democracia: esto implica el control de los actos de los gobernantes pero no aquel de su intimidad). Eso está en el justo título que una tesis reciente ha negado la existencia de un derecho a la transparencia, deseando que esta haya sido entendida y aplicada de manera razonable. Sea lo que fuere, es innegable que la plaza ocupada por la transparencia en la vida de los negocios es considerable; nosotros encontramos diversas aplicaciones ulteriormente. Ella ha devenido una pieza del derecho, aportando un suplemento de ética, o antes bien restableciendo esta por la coacción o por el terror (el miedo de una sanción). Contrariamente a la apariencia, que es en alguna suerte espontánea, hija del aire (o de la semblanza, según el vocablo empleado por la consideración de las personas), la apariencia es forzada, hija del intervencionismo, del dirigismo. Por otra parte, bien que ella evoca la invisibilidad del cristal, que no añade nada a eso que existe por ambas partes, “ella tiene una sustancia, como el cristal, eso es un bien, como el cristal; ella tiene pues un precio”,

un costo para las compañías y la colectividad. Uno no tiene nada por nada (pero, en los negocios, la virtud es origen de provecho a largo plazo, según un tema recurrente de mi propósito).

6.11 INCLUSIÓN DE UNA CLÁUSULA DE CONFIDENCIALIDAD

Una vez que ha sido realizado un trabajo moralista y jurídico sobre las motivaciones para incluir la cláusula de confidencialidad en los contratos laborales, esto es orden público, buenas costumbres y buena fe me parece necesario determinar que todos estos aspectos no son sino bases para formar una buena redacción de una cláusula de confidencialidad en el contrato laboral, por ser este el objetivo primordial de nuestra propuesta, para esto es necesario realizar consideraciones que nos ayudan a concluir en la redacción definitiva:

6.11.1 CONSIDERACIONES:

Los contratantes (empleador y trabajador) son aquellos con los cuales una ética forzada podía a priori parecer la más inútil, en la medida o su competencia daba a pensar que ellos desearían evitar las deshonestidades, luchando con armas iguales.

Pero precisamente ese no es siempre el caso. La ética impuesta está pues destinada, en primer lugar, a proteger a los interventores los más débiles, igualmente profesionales; pero en segundo lugar ella tiene una línea de mira dirigista: asegurar un mejor dinamismo de la vida económica, salvaguardando la competencia, motor del mercado, factor de vitalidad (y cuidando a los consumidores).³³

³³ <http://www.ucsm.edu.pe/rabarcaf/enas05.htm>

Yo voy a presentar algunas medidas dictadas para esos dos objetivos, que son interesantes y protegen seguramente a algunos profesionales, trabajadores, empleadores etc. Pero más allá de esas disposiciones técnicas, eso es una disposición de ánimo que convendría instaurar, que termina con una verdadera ayuda mutua, en particular con los subcontratistas y los miembros de las redcillas de redistribución.

Hacia la ayuda mutua

Detengámonos sobre el caso propuesta de la compañía IEI y el trabajador. El porvenir de la concesión exclusiva, y más aún del pasar de un lado a otro, supone una transformación progresiva, ya comenzada, de las relaciones desiguales, de dependencia, hacia las relaciones más igualitarias, conduciendo, más allá del deber de cooperación, en esa ayuda mutua, en la cual yo milito después de largo tiempo a propósito de los traslados de dominio industrial.

La ayuda implica particularmente una transparencia total entre los trabajadores y estos con su empleador, que sepan que la comunicación, instrumento de la administración dinamizante, es creadora de valores económicos, y una participación de todos, en las estructuras flexibles, en la elaboración de la política de la red y de las evoluciones, de la cultura de la compañía, de su código interno (entre miembros de la red) y externa (hacia la clientela), incluso en su autodisciplina (por un comité de vigilancia de los concesionarios o de las franqueros, compuesto en parte de los miembros elegidos por sus pares).

La ayuda mutua podía igualmente mejorar las relaciones de las compañías con sus proveedores, cualesquiera que ellos fueren, y sus subcontratistas en el subcontrato industrial. Algunos donadores de órdenes, sobre todo los fabricantes de automóviles,

pretenden pasarse del subcontrato industrial clásico a la ayuda mutua. Eso que es algo, eso es lo que ellos han cambiado sus relaciones con sus subcontratos industriales a fin de ganar tiempo en la época del cambio de modelo, de mejorar la cualidad (en la perspectiva loable de la cualidad total), y permitir la producción en flujo tenso (sin existencias). Pero esta evolución está acompañada de una disminución voluntaria del número de proveedores de los constructores de automóviles, de suerte que ella ha acrecentado aún la fuerza de esta. Bien frecuentemente, esa ayuda mutua no es sino una imagen, que deslumbra, destinada a imponer más fácilmente y más eficazmente las ordenes al subcontratante, a hacer pesar sobre él una parte de los costos de la idea del producto, además de hacerle consentir el precio excesivamente bajo. Eso no es evidentemente como aquel que yo lo concibo.

La verdadera ayuda mutua debe desterrar toda especie de dominación del fabricante, y estar por el contrario marcada por relaciones de igualdad, traduciéndose concretamente en las diversas maneras siguientes. Los objetivos y las vías para llegar ahí son debatidos en común. El proveedor participa en la redacción del cuaderno de sus encargados, y está asociado río arriba a la elaboración del producto final desde las primeras fases. Dispone de alguna autonomía en la idea y la puesta a punto de los componentes que debe fabricar; cuando un subcontratante tradicional no tiene que hacer uso de una oficina de estudios, debiéndose contentar con ejecutar según las especificaciones precisadas por el ensamblador, un fabricante-compañero debe crear uno (que trabajará en relación constante con aquel de la otra parte). El más competente ayuda a su compañero a adoptar las nuevas técnicas y procedimientos de fabricación de mayor performace (que le permitirán por otra parte encontrar más fácilmente nuevas salidas complementarias, habiéndose mejorado su competitividad); comprende un enriquecimiento permanente de los conocimientos y

de las competencias. El precio otorgado al proveedor debe ser correcto, permitiéndole un justo provecho, y los éxitos de productividad son repartidos equitativamente. El contrato es de una duración razonable (bastante largo, por ejemplo de siete a diez años, considerándose la gravedad de las inversiones), con una facultad de rescisión anticipada pero después de un largo preaviso (por ejemplo de un año). Cada una de las partes actúa con una total transparencia hacia el otro, y cada uno no busca engañar a su compañero (por ejemplo, en presencia de productos defectuosos, el verdadero responsable aceptará llevar los pesos sin pretender que la falta sea atribuida al otro). Algunos fabricantes ensambladores actúan con este espíritu: pues realmente ellos han creado las relaciones de ayuda mutua. A veces, toman una participación en el capital del proveedor para marcar la cualidad de las relaciones que ellos pretenden trabar (pero ella debe ser inferior a la minoría del bloqueo, si no se trataría más de una ayuda sino de una dominación).

La obligación legal de la información pre-contractual con la condición de los “concedentes”

Un profesional está obligado, “previamente a la firma de todo contrato concluido en interés común de las dos partes, a suministrar a la otra parte un documento que contenga las informaciones sinceras, que le permitan comprometerse con conocimiento de causa”, así como el proyecto del contrato. El escrito debe incluir gran número de menciones precisadas en los textos (que yo no voy a indicar), pues el derecho se esfuerza por atrapar cuanto más cerca la realidad concreta, eso que obliga entrar en detalles, sin embargo, sin poder evitar las incertidumbres.

Es posible preguntarse si la exigencia legal, inspirada por nobles sentimientos morales, es realmente eficaz; la respuesta es dubitativa: frecuentemente ella es inútil aún cuando el concesionario es un profesional precavido, pero se expone a ser insuficiente o muy esotérico para proteger realmente al candidato concesionario profano. Eh aquí una elocuente demostración de la dificultad de legislar y de poner en obra los buenos sentimientos.³⁴

La interdicción de alguna práctica restrictiva

El derecho francés prohíbe toda suerte de prácticas discriminatorias, a nivel macroeconómico. Una de las curiosidades de esta reforma fue la desaparición (entre profesionales) del rechazo de venta y de servicios de la panoplia³⁵ (al menos

³⁴ <http://www.ucsm.edu.pe/rabarcaf/>

³⁵ PANOPLIA.-

1. Armadura completa con todas las piezas.
2. Colección de armas ordenadamente colocadas.
3. Parte de la arqueología que estudia las armas de mano y las armaduras antiguas.

oficialmente). El rechazo de venta entre profesionales es a priori lícito, y no ha de ser pues motivado. Ahora bien, antes, constituía el soporte de las disposiciones, aparentemente discordantes, en efecto, las otras maniobras, por su normalidad, conducen al comprador potencial lúcido a reconocer a contratar: ellos equivalen a los rechazos de venta. Pero si el rechazo de venta, curiosidad francesa, oficialmente ha desaparecido de la escena, sin embargo continúa el poder dar lugar a las sanciones por el medio indirecto de muchas otras disposiciones. El rechazo de venta o de prestación de servicios contraria a los consumidores permanece ilícito, salvo motivo legítimo

Por el contrario, las condiciones particulares permanecen lícitas cuando ellas son justificadas en las contrapartes reales y/o cuando ellas no visan o no tienen por efecto hacer daño a la competencia. Así, las prácticas discriminatorias pueden ser justificadas aún cuando ellas corresponden a una diferencia de precio de coste del producto. Esta es función de criterios cuantitativos y cualitativos.

Los criterios cuantitativos son relativos a la importancia de las cantidades liberadas, y también a la regularidad de las entregas. Los concesionarios, de ese jefe, pueden merecer un tratamiento de favor. Los retornos a los gordos y/o fieles clientes son autorizados en la medida que los pedidos importantes (y/o regulares) permiten amortiguar más rápidamente los gastos fijos y rebajar el precio de coste. Es aún una diferencia cuantitativa objetiva del precio de coste la diferencia de gastos de transporte teniendo en la proximidad o en la lejanía una refinería o un puerto de importación, que legitime las discriminaciones del precio. Los criterios cualitativos

4. Tabla, generalmente en forma de escudo, donde se colocan floretes, sables y otras armas de esgrima.

se restituyen a los servicios transferidos por el proveedor al distribuidor (y viceversa). Un distribuidor procediendo con una publicidad local de marca asegura un servicio normalmente efectuado por el concedente: una rebaja puede serle consentida.

Por consecuencia, parecerían lícitas las discriminaciones fundadas sobre la cualidad jurídica del revendedor (particularmente concesionario), cuando esta cualidad jurídica tiene los efectos sobre el precio de coste (y que las ventajas correspondientes son acordadas a todos los distribuidores que presentan los mismos caracteres). La práctica de rebaja, alquileres y bonificaciones, inmediatos o periódicos, llamados de potencialidad o de objetivo, parece igualmente admisible. Pero es necesaria que las condiciones de atribución sean definidas de manera objetiva, no dando motivo a discriminación. En fin, las condiciones de venta discriminatorias, necesidades por una viva competencia sufrida por un comerciante al por menor del hecho de otros proveedores, dicha excepción de alineación o de penetración, son lícitas. Pero, en nuestro sentido, ellas deben ser temporales.

6.12 LOS CONTRATANTES ESPECIALMENTE PROTEGIDOS

Aunque la revolución francesa había decidido suprimir todo estatuto personal y poner al conjunto de ciudadanos en el mismo rango, el derecho contemporáneo ha vuelto a ser bastante paradójicamente un derecho de clase, como Josserand lo había presentado desde 1937. Él distingue categorías de ciudadanos, eso que habría parecido bastante singular a los autores de la Declaración de los derechos del hombre de 1789. Por tanto, esa solución es perfectamente justificada: ella es una prueba del realismo, pretendiendo tomar en cuenta las desigualdades de hecho entre los hombres (bien que todos son iguales en dignidad y en derecho). El legislador ha redescubierto que la igualdad no es el igualitarismo, y que ella a veces supone una serie de privilegios. Las dos amplias categorías privilegiadas son los consumidores y los trabajadores. Pero hay otras (por ejemplo las víctimas de accidentes de la circulación y, entre ellas, algunos son súper privilegiados según el artículo 3 de la ley del 5 de julio de 1985: las personas ancianas de menos de sesenta años o de más de setenta años).

El derecho del trabajo toma en consideración los intereses de todas las personas que reciben el dinero, es decir, que protege también a las compañías (los aportantes del capital más exactamente) contra algunos abusos cometidos por los trabajadores. Las reglas son conocidas, igual si es rara que ellas sean percibidas bajo este ángulo de visión, con todo, del que yo voy a dar tres ejemplos. Por otra parte, el trabajador debe ser leal hacia su compañía, buscando el bien de ésta, particularmente por eso que se llama su conciencia profesional, presentando una imagen positiva, revelando su saber-hacer, etc.

El aspecto subjetivo le trabajo

El trabajo es antes que todo para el hombre, y no el hombre para el trabajo. De ahí que en la balanza de los intereses de los capitalistas y de los trabajadores, al seno de la compañía, la prioridad debe ir a los segundos, que el capital no tiene valor sino como medio. El capitalismo salvaje había operado una inversión de orden y, en ese sentido, era una de las formas del materialismo: ese fue y ese es aún a veces “el error del economicismo”. Todo trabajo lleva la marca de la dignidad del hombre, ninguna función es despreciable, ni ninguna es superior a las otras, igual si es mejor pagada. Cada uno en su campo es indispensable, el manual como el industrial, de suerte que todos son interdependientes: “quién puede distinguir las piedras de la base y de la llave de bóveda, y quién puede mostrarse envidioso del uno o del otro?” (Saint-Exupéry). Así, los orígenes de la dignidad del trabajo deben ser buscados, no en su dimensión objetiva, sino más bien en una dimensión subjetiva. El trabajador no es una “fuerza” (a pesar de la expresión usual de “fuerza de trabajo”), ni un instrumento de producción: es el “sujeto eficiente” del trabajo, “su verdadero artesano y su creador”.

Por donde, es inmoral e ilícito tratar al trabajador como una mercadería, prestada o vendida a otro, bien que la práctica utiliza expresiones ambiguas chocantes. Hasta 1998 una relación del Centro de estudios del empleo afirmaba que los constructores y los armadores de automóviles, que recorren intensamente en el ínterin, consideran a éste “como un “suministro” relevante de su política de compra”; esa visión inhumana es abominable. Igualmente, el “préstamo de mano de obra” no puede existir, no siendo el hombre un bien; en realidad se trata de la puesta a disposición de otro del personal, sea a título gracioso por un contrato de ayuda mutua, sea a título oneroso por una sociedad de trabajo temporal, y aún cuando ella es la consecuencia necesaria

de la transmisión de un saber-hacer o de la puesta en obra de una técnica que restablece la especificidad de la compañía del trabajador puesto a disposición de otro. Del mismo modo, un deportista no podrá ser “vendido” por un club a otro. En este mundo todo tiene un precio, todo vale, salvo el hombre. La Corte de justicia de las Comunidades europeas, sin haberse pronunciado sobre este particular, igualmente ha juzgado todo como las reglas de una asociación deportiva, prohibiendo a otra emplear un jugador sin pagar una indemnización de transferencia, que era contrario al antiguo artículo 48 del tratado de Roma (pero ese principio no se aplica sino a las transferencias de deportistas súbditos de diferentes Estados en el seno de la Unión europea).

La solidaridad creada por el trabajo

Siendo para cada uno un y deber una necesidad, el trabajo instaura una solidaridad entre los hombres (cuyo testimonio “entra” de emprender y de compañía), refrendando el bien común, y porque cada uno en su campo ocupa un lugar indispensable en el conjunto, que eso esté al seno de la compañía pero también, más allá, de las otras compañías, de las administraciones y de los otros colectivos. Por lo demás, esta solidaridad se extiende al plano internacional. En la búsqueda de un mundo mejor de justicia y de paz, la solidaridad debe golpear en la brecha los fundamentos de la injusticia y de la violencia, no por la violencia o por la lucha de las clases, sino por el diálogo y la concertación. Y esta solidaridad renovada del mundo del trabajo a partir de hoy debe ser planetaria: “el bien común mundial apela una nueva solidaridad sin frontera” (OIT 10, 2). Ella ve “en la dignidad mundial de la persona humana el criterio primero y último de su valor” (OIT 14, 1).

El perfeccionamiento personal procurado por el trabajo

Por el trabajo, lugar de fusión del espíritu y de la materia, el hombre “se realiza como hombre él mismo, en algún sentido, se hace más hombre”. Más allá de una necesidad biológica (tener una actividad, esforzarse) o económica (para obtener los medios de subsistencia para él y su familia), el trabajo es una necesidad moral del hombre. En efecto, es una manera de desarrollar la alteridad (uno de los rasgos de la persona), del hecho del reconocimiento por el otro del trabajo cumplido y de su cualidad; obra en la cual cada uno aporta su toque personal (salvo en las tareas estandarizados en extremo, como el trabajo llamado en cadena pero que, precisamente, es indigno por alienante). Eso es obrando, luchando con la materia, la naturaleza de las cosas y los misterios del mundo, que el trabajador, en cualquier campo que sea, desarrolla sus capacidades industriales o físicas, sus virtualidades innatas, se perfecciona moralmente (desarrollando sus cualidades, la perseverancia, la prudencia, el coraje, la abnegación); frecuentemente, a fin de cuentas, el trabajo procura júbilo; sí, el júbilo de vencer la dificultad, de descubrir las leyes secretas de la vida, de crear, de sobrepasarse, de servir. Dicho de otra manera, el trabajo participa a la felicidad del hombre, que es el fin último de la ética.

Los jefes de compañía están llamados a mostrarse magnánimos: ellos deben para sí, en conciencia, tomar obreros lo más posible, este tonel a título temporal, ese tonel para los empleos modestos. La pusilanimidad y el exceso de prudencia son las graves faltas morales en este campo, por los tiempos que corren. En complemento, los empleadores deben practicar una política humana de licenciamientos, que yo concretizo de la manera siguiente. Elegir aquellos de los que la compañía se separa teniendo en cuenta evidentemente las obligaciones económicas (que designan los puestos a suprimir), pero también la edad, las cargas de familia y las facilidades de

nueva clasificación. Por otra parte, no proceder sino en última necesidad (cuando sólo esta medida permite salvar los otros empleos), pero a tiempo (cuando la compañía tiene aún la posibilidad de ayudar a la nueva clasificación de las "víctimas"), y esforzándose por atenuar el shock por las medidas de acompañamiento y de formación. Estas consignas han penetrado en el medio de los dirigentes. Por otro lado, los trabajadores tienen también su parte de responsabilidad en la cuestión del desempleo: ellos deben saber contentarse, en función de las circunstancias, con un salario correcto para no hacer pesadas las cargas de la compañía, a fin de permitirle tomar nuevos obreros o evitar que ella los tome. No se trata del propósito alentador de la inercia, sino de un llamado a tomar en cuenta las realidades (sin detenerse en discursos alarmistas del patronato). En definitiva, el desempleo presenta un desafío que "todos tienen que levantar sobrepasando los egoísmos de las personas, de los grupos o de las naciones" (Juan Pablo II). Además, el trabajo en una compañía es un maravilloso medio de integración, uno de los más eficaces, por la miscelánea de los hombres que necesita, y por los valores que ella promueve (que impregnarán el espíritu de los trabajadores).

El justo salario

Para la concepción puramente liberal, el salario resultante de un acuerdo entre el empleador y el trabajador es justo, igual si es puramente formal. La Iglesia recusa esa posición después de la encíclica *Rerum novarum*, pues ella tiene en cuenta la desigualdad de los compañeros (eso que hacen la mayoría de las legislaciones sociales de hoy día); la mayor parte de los trabajadores no pueden realmente negociar el importe de su remuneración. Debajo de la voluntad de los compañeros, "hay una ley de justicia natural más elevada y más antigua" (*Rerum novarum*) exigiendo un justo salario. Merece esta calificación aquel que da al trabajador los medios de vivir

dignamente, y de constituir en capital de precaución, en previsión del porvenir. En presencia de un sujeto casado, el salario debe ser “familiar”, es decir, asegurando una subsistencia correcta a todos los miembros de la familia (en sentido estricto), sin que la esposa sea obligada a trabajar fuera el hogar para aportar un segundo salario. Además, el salario no es justo si no es suficiente para que el trabajador y su entorno puedan aprovechar de los entretenimientos y cultivarse. La contra parte del trabajo suministrado, depende de éste (particularmente del peso de las responsabilidades o de su “penosidad “ y de la más o menos buena prosperidad de la compañía, pero también de las necesidades vitales del trabajador. Debería ahí añadir una parte del “producto común” de la colaboración de las compañías y de los trabajadores, dicho de otra forma, una participación en los beneficios de la compañía y en el crecimiento de la productividad. Las disparidades no deben existir entre los hombres (varones) y las mujeres (en el trabajo igual se entiende). Y, sin ser excluidos absolutamente pues la desigualdad sería aquí injusta (las tareas no siendo equivalentes) y esclerosante (elevando todo dinamismo), ellas deben permanecer razonables entre las diversas categorías sociales y los diversos sectores económicos. Algunos salarios son inmorales por su importancia excesiva (y crea usted bien que yo escribo esto sin ninguna envidia, no estando en una situación “desfavorecida” según la expresión actual). Algunos ejemplos en el mundo del deporte, es decir, a propósito de personas que no crean riquezas: en enero de 1999, un corredor ciclista, M. Richard Virenque, fue comprometido por un salario mensual de 500 000 francos (sin contar sus precios eventuales ni sus ingresos indirectos, resultado de las rentas que percibe por la utilización de su nombre y de su imagen); M. Marco Simone, y M. Nicolas Anelka, "futbolistas" respectivamente del club Paris-Saint-Germain y al Lazio de Roma, ganan un millón de francos neto por mes, mientras que el salario de M. Fabien Bartez en AS Mónaco es el doble; los ingresos de otro, Zinedine Zidane, en el club londinense de Chelsea, alcanza veinte millones de francos por año (salario y rentas

de la publicidad, mientras que el solo salario anual de M. Batistuta, en el AS Roma, se eleva a treinta y seis millones de francos; y cada miembro del equipo de Francia de football ha percibido, al final de la Copa de Europa 2000, una prima de 3 700 000 francos, haya o no entrado al campo; estas cifras son ellas razonables? Y aún son las gotas de agua por relación a las marcas de algunos cantantes y actores (por ejemplo, la srta. Julia Roberts percibe cien millones de dólares por film). En fin, la Iglesia invita a los trabajadores para que con facilidad acepten voluntariamente las deducciones (un porcentaje de su remuneración) a favor de los países en vía de desarrollo.³⁶

Condiciones inmateriales del trabajo

La concepción subjetiva del trabajo, no se detiene en el objeto del trabajo, en eso que es el hecho, sino en el agente que obra, conduce a respetar a éste, desde todo punto de vista. Primero, a propósito de las condiciones puramente inmateriales, que ponen en juego la libertad y la responsabilidad, que gobierna un turno más inseparable, combinado aquí con el principio de subsidiaridad. La compañía debe preservar la libertad de los trabajadores, bajo la forma del espíritu de iniciativa, y su sentido de las responsabilidades. Añada a eso el principio de confianza y el espíritu de diálogo, que deben existir entre todos los ciudadanos, a fortiori entre todos los miembros de una compañía, así como una transparencia, sino total, por lo menos cierta (los comités de compañía, cuya creación es obligatoria en las compañías con más de cincuenta trabajadores, están informados de la vida de la compañía; pero la dirección no respeta a veces esta disposición sino de manera formal, sin entrar en su espíritu). En fin, la compañía debe permitir al trabajador perfeccionarse y cultivarse. Nosotros volveremos sobre estos aspectos de la administración.

³⁶ <http://www.ucsm.edu.pe/rabarcaf/enas05.htm>

Objeto del trabajo

La dignidad del trabajador implica que no se les imponga trabajos degradantes, por ser contrarios a la moral (por ejemplo, la prostitución, pero también demandar o verter los “sobornos”), o que atenten contra la vida de las personas (eso que supone, al mínimo, que los Estados admitan y que hagan respetar la cláusula de conciencia, principalmente del personal médico rehusando ayudar a las interrupciones voluntarias de embarazo).

Ritmo del trabajo

A continuación, no imponiendo al trabajador un ritmo de trabajo (físico o industrial) demasiado intensivo, tratándole como una máquina (eso que ha sido antaño la suerte de los obreros considerados un bien, y es aún de los deportistas profesionales, cuyo rendimiento maximal es buscado, al precio de dopaje y de su equilibrio psíquico, como de algunos cuadros superiores).

Condiciones materiales del trabajo

Además, los empleadores deben poner todo en obra para que las condiciones materiales del trabajador sean correctas, a fin de atenuar los efectos penosos (reducir el ruido, la cadencia, el calor o el frío). La pena y el esfuerzo no son moralmente admisibles si ellos no son técnica y socialmente necesarios. Con este propósito no es necesario olvidar que la técnica es nuestro sirviente, nada más: no dejemos que nos domine. Toda dificultad técnica puede resolverse; basta quererlo realmente. Sin embargo, la liberación de pequeñas tareas materiales penosas no libera forzosamente al hombre, en su totalidad, si ella es remplazada por una nueva forma de

servidumbre, más solapada, de orden psíquico, como el sometimiento a las pantallas de control, o a los sistemas informatizados envolventes, yendo hasta integrar las emociones del operador; o, para un cuadro, el “tres” resultante de la obligación de estar siempre acompañado de un teléfono portátil que valga.

Tiempo de trabajo

Es en esas condiciones materiales que se transcurre del tiempo de trabajo. La moderación es admisible: conviene suprimir en la medida de lo posible el trabajo de noche y de domingo. El Código de trabajo prescribe: “El reposo semanal debe ser el domingo”. Esta regla cada vez más contestada por las compañías, y a veces ridiculizada abiertamente, particularmente por la Sociedad de las bolsas francesas (SBS) que, tomando pretexto del nacimiento del euro, ha decidido que los domingos y días festivos no serán más feriados, salvo el 1º de enero. El tesoro no puede conocer treguas? Sus intereses deben predominar sobre el hombre, sus aspiraciones legítimas? El domingo es sin duda para un cristiano el día de Dios pero, para todos ese es “el día del hombre”, como lo anota san Ambrosio (IV siglo), pues ese tiempo de descanso le permite ser él mismo, ocuparse de su familia, de descansar, de cultivarse, de practicar deportes, etc. Fuera de este tiempo especial, la duración semanal del trabajo debe permanecer razonable, en función de las posibilidades económicas (generales, y particulares, es decir, aquellas de la compañía en causa), con el mismo deseo de regocijo de los trabajadores. La disminución progresiva de la duración semanal del trabajo, que es además una constante después de un siglo, es deseable, a condición que ella no agrave la situación de las compañías en un mundo abierto, sin fronteras (eso está en aquello que es impertinente que una ley imponga el “paso” obligatorio a las 35 horas, sin tener en cuenta las circunstancias y sin prever un largo tiempo de adaptación; pero, los acuerdos de compañía sobre las 35 horas

generalmente han comprendido una reorganización del trabajo, conduciendo a los progresos de la productividad, compensando el sobre costo de la medida). El trabajo a tiempo parcial debe ser propuesta (no impuesta), al menos las madres que lo deseen, a fin de permitirle consagrarse a los infantes; igualmente, si es posible el tiempo llamado “flexible” (que yo prefiero llamar modulable o escogido), a condición que no se torne contra el hombre, sometiéndole a períodos de trabajo demasiado intensos.

Discriminaciones positivas

El respeto de las personas conduce aún a adaptar el trabajo en el ser humano concreto, sexuado y de una raza (discriminaciones positivas), por ejemplo a la mujer cuyas fuerzas físicas son diferentes de aquellas del varón, o a un asiático de talla más pequeña (medio) que aquella de los occidentales, y aún, conviene tener en cuenta la edad del trabajador manual (el trabajo industrial no provoca las mismas dificultades), afectando eventualmente a las tareas menos rudas (y aún cuando los trabajadores sean ancianos contribuyen ampliamente a la transmisión de la cultura de la compañía). Además, el Código de trabajo prevé que “el médico del trabajo está habilitado para proponer las medidas individuales tales como los cambios y traslados de puestos, justificados por las consideraciones relativas particularmente a la edad, a la resistencia física o al estado de salud de los trabajadores”). En caso de dificultad o de desacuerdo la decisión es tomada por el inspector del trabajo (el mismo art., al. 3). La jurisprudencia ha entendido ampliamente esta disposición, de suerte que existe hoy día una obligación de nueva clasificación en la carga del empleador, más allá de la misma compañía (en el interior del grupo), salvo imposibilidad absoluta de proceder así o ineptitud del agente para ejercer toda actividad (traduciéndose por su licenciamiento). Por otro lado, la ergonomía es una disciplina a desarrollar:

adaptando el trabajo y las máquinas al hombre, ella marca la primacía de éste (aún cuando antes se demandaba al trabajador adaptarse a su trabajo y a las máquinas).

La dirección

Además, el dirigente es modesto y humilde. Ya Savary en el “Parfait négociant² (Perfecto negociante) recomendaba llevar una vida racional y no buscar enriquecerse en poco tiempo. Más allá, la modestia se traduce por una justa apreciación de sí mismo con relación a otros, una actitud que sabe situar su verdadero puesto al seno del conjunto (ni más que ella sea, pero ni menos). Si el suceso corona sus esfuerzos, sabe relativizar su rol y asociar a sus colaboradores y todos los trabajadores: cada uno en su puesto, igual el más modesto, ha sido un eslabón necesario en la obra común. En fin el dirigente debe poseer el más alto puntaje de la cualidad de munificencia, entendida especialmente como la disposición a utilizar ampliamente, sin contar, con magnificencia, sus capitales, sus ideas y sus dones, al servicio de la compañía y luego del bien común. “Su tarea puede ser comparada con aquella de ese administrador del cual habla el Evangelio, a quien el patrón demandaba la cuenta de su trabajo. Las palabras me dan cuentas de tu gestión (Lc. 16, 2) se dirigen también a los empresarios” (Juan Pablo II)

Quién, en esas condiciones, querrá y (podrá) ser empresario, sino un santo? El cuadro aquí presentado es sin duda inaccesible. Pero, como lo indiqué precedentemente, quien no ve lo imposible no va lejos! Eso es lo que importa, eso es tener un ideal y tratar de conformarse ahí. Un autor, quizá muy optimista, recientemente ha enumerado “Las siete cualidades del patrón francés”: la razón, la tolerancia y el respeto del hombre, espíritu crítico, el arte de decidir, penacho, humor, saber-hacer. Le incita a no renunciar esta herencia y a no adoptar sin

discernimiento la lengua y las herramientas de la administración “universalizadas por los anglosajones”, cuya crisis ha mostrado las fallas.

6.12.1 DE LA SITUACIÓN DEL TRABAJADOR ANTES DE LA RELACIÓN LABORAL.

Una nueva función, es la “gestión de los conocimientos” (llamada también de las “competencias”), y si es cierto que el trabajador mientras permanece en la compañía es un capital humano trascendente, también esta de paso quizás, por esta razón está en paso de entrar en las costumbres, la gestión de conocimientos y que sintetiza la situación antes del contrato con el empleador; ella consiste en capitalizar y en transmitir el saber-hacer de la compañía (es decir la competencia de los trabajadores).

Por defecto, los planes sociales, las pre-retiradas y la movilidad interna provocan una pérdida radical de algunos conocimientos. La gestión de los conocimientos apunta también a facilitar la creación de conocimientos nuevos y de aprendizajes. La compañía es un “lugar de disposición, de construcción, de selección y de conservación de las competencias”. Por esto en la actualidad se crea departamentos de recursos humanos en los que se escoge al trabajador de una manera muy particular y basada en verdaderas técnicas y estudios. La producción y la difusión de conocimientos importan más que aquellas de las informaciones personales: eso es quizá una evidencia, pero la atención no ha sido atraída sobre ella sino recientemente.

Todo esto es el signo del paso de una civilización de producción a una civilización de creación y a una economía del saber. Esta reposición al primer plano del hombre, en y por la compañía, conduce a reflexionar sobre el trabajador y sus motivaciones, a fin de adoptar los sistemas de administración los más eficaces. Todos los analistas revelan la necesidad de favorecer el espíritu de iniciativa, la autonomía y la formación del trabajador, igual si los medios propuestos divergen frecuentemente.

El provecho queda evidentemente una prioridad para la compañía pues, sin él, ella cesaría sus actividades, con gran perjuicio de sus trabajadores (y de los accionistas), de los hombres por consecuencia. Ese provecho, elemento de riqueza, que suscita emociones y pasiones: emulación, ambición, envidia, celos, cólera, frustración... El provecho y el respeto del hombre no son antinómicos, cuando el primero no es el objetivo único, ni menos principal.

Por otra parte el trabajador se siente en la necesidad de recibir una remuneración por lo que conoce o sabe para así poder contribuir a su hogar que quizás es lo más común.

El trabajador en el momento de firmar un contrato laboral prácticamente lo toma como un requisito adicional a algo que ya había conversado anteriormente con su empleador. En la mayoría de compañías el abogado de la misma es quien tiene un modelo, lo imprime y casi en apuros le hace firmar dicho contrato.

Es legítimo remunerar el riesgo corrido por los aportantes del capital y retribuir el servicio que ellos han entregaran a la compañía pero más loable es el hecho de quien tiene conocimiento sobre el tema de contratos aporte con los minutos que sean necesarios para explicar al trabajador sus derechos y obligaciones y en el caso de la

confidencialidad, establecer la obligación o el reconocimiento que tendrá en el futuro con la compañía. Por lo demás, el provecho es indispensable para asegurar el desarrollo de la compañía y permitirle progresar; él genera capital. Así, es un justo revelador de su buen funcionamiento, pero no es el único: el regocijo y el bien-estar de los trabajadores es otro, más importante.

6.12.2 TIPO DE SERVICIOS A PRESTAR

El trabajador presta varios tipos de servicios, como son, para citar algunos: contabilidad, administración, ventas, bodega, mano de obra etc. Pero al punto que quiero llegar con este comentario es el de establecer los trabajadores que con su intelecto colaboran al desarrollo de tecnologías o inventos que son necesarios para el crecimiento de la compañía, entre estos encontramos: los de desarrollo de software, quien desarrolla formulas químicas y las pone en producción, diseño gráfico y en general una infinidad de labores.

Sin más por este punto que ha sido ya estudiado con anterioridad quiero poner en evidencia que en todos aquellos contratos en los que implique la utilización del intelecto para crear algo es importante incorporar la cláusula de confidencialidad. Sin que esto quite mérito al resto de empleados que no desarrollan esta labor.

6.12.3 DERECHOS PROTEGIDOS

Los derechos de propiedad industrial le permiten proteger sus invenciones, sus marcas comerciales, su creatividad y su inventiva. La propiedad Intelectual consta de dos aspectos principales: la propiedad industrial y los derechos de autor.

- La propiedad industrial abarca primordialmente la protección de las invenciones (patentes y modelos de utilidad), las marcas (marcas registradas

de productos y de servicios) y los diseños industriales, así como la represión de la competencia desleal, que veremos más adelante. Los tres primeros ámbitos tienen ciertos rasgos en común, ya que se garantiza la protección de las invenciones, marcas y diseños industriales mediante derechos exclusivos de explotación. La represión de la competencia desleal no sólo concierne a los derechos exclusivos, sino que se dirige contra cualquier acto de competencia contrario al recto uso en el ámbito industrial o comercial, por ejemplo en relación con la información confidencial (secreto comercial). La propiedad industrial también abarca la protección de las denominaciones geográficas (indicaciones de procedencia y denominaciones de origen).

- El objeto de los derechos de autor y derechos afines viene definiéndose tradicionalmente como "las obras literarias y artísticas", esto es, las creaciones artísticas y literarias originales. Pero los sectores que abarcan estos derechos son más variados y entre ellos se encuentran los medios impresos, las artes, la música, las grabaciones sonoras y las películas, pero también las emisiones de radio y televisión, los programas informáticos, las bases de datos y otros tipos de obras multimedia. La llamada sociedad de la información está repercutiendo enormemente en este sector, ya que la mayoría de los nuevos productos y servicios están protegidos por derechos de autor (productos fuera de línea, como las grabaciones en vídeo, CD, CD-Rom y CDI, y servicios en línea).

Las compañías pueden aprovecharse de las diferencias existentes en las legislaciones relativas a la propiedad intelectual con objeto de crear obstáculos proteccionistas a la libre circulación de bienes y servicios y distorsionar la competencia, socavando de este modo el mercado único. Naturalmente, la protección de la propiedad Intelectual está regulada por numerosos convenios internacionales (como los de París, Berna y

Cartagena). Los correspondientes compromisos asumidos por algunos o todos los Estados Miembros están dando como resultado un cierto grado de normalización de las legislaciones nacionales en ámbitos específicos. Ello, no obstante, no ofrece una base adecuada para completar el mercado único.

Con esta explicación doctrinaria pretendo poner en conocimiento las generalidades sobre los derechos que están protegidos según los convenios internacionales y la ley en materia de propiedad industrial.

6.13 EFECTOS DE LA CLÁUSULA DE CONFIDENCIALIDAD

Durante todo este proceso investigativo nos hemos dedicado a realizar las causas por las cuales se produce una cláusula de confidencialidad, a partir de este punto y hasta el final de nuestra tesis creo conveniente aplicar la fórmula propuesta con anterioridad para la redacción de una cláusula justa y adecuada en el contrato de trabajo.

6.13.1 SITUACIÓN DEL TRABAJADOR DURANTE LA RELACIÓN LABORAL

Una vez que ha sido contratado el trabajador, comienza la tarea de realizar aquel mecanismo cerebral que le permita desarrollar su trabajo industrial y en el caso del desarrollo de tecnología, inventos o desarrollos que contribuyan a la satisfacción de la compañía con una remuneración justa y adecuada a sus necesidades.

La época del “trabaja y cállate” es tan concluida como aquella del “sé bella y cállate”. Las revistas especializadas están llenas de exhortaciones a la liberación de energías y de iniciativas individuales. Los dirigentes son invitados a poner la imaginación y la creatividad de los equipos de trabajo y estos últimos a cumplir con

el trabajo de desarrollar. La hora está en la comunicación, en la transparencia opuesta al secreto con mala fe, al diálogo, a las decisiones preparadas para los reencuentros.

No es más aceptable que el patrón viva solo en su torre de marfil, mientras que una armada de ejecutantes obraría en la sombra, igual por otra parte bien tratados y bien pagados. Pero la consideración pasa también por el salario o remuneración: un trabajador que constata que la compañía le paga correctamente (por relación al mercado y por relación a los beneficios que ella realiza), trabajará con más corazón, más entusiasmo, y luego más eficacia, sin contar que aquella aligerará la carga de los controles y vigilancias. Sombart resumía los efectos del capitalismo liberal del siglo XIX con la fórmula, terrible pero justa, de “milagro económico, infierno social”. El infierno social entrañaría actualmente una debacle económica: tanto mejor si, queriendo evitar la segunda, la primera es ella misma conjurada. En adelante, el éxito económico está unido a la paz social y éste supone una consideración para los trabajadores, quienes entienden son tomados para eso que ellos son, es decir, seres dotados de inteligencia y capaces de progresar. E igual una solución difícil de aceptar, pero necesaria, como el cierre de un pasaje de producción, “pasará” mejor si la dirección ha tenido en cuenta a los hombres que ahí viven, haciéndoles tomar conciencia lentamente de sus dificultades. Todo el error de la administración de Renault, en el cierre de su fábrica belga de Vilvorde anunciada súbitamente en 1997, está precisamente en la ausencia de diálogo y de transparencia, empujada a tal punto que los procedimientos legales no fueron respetados, impulsando la condena judicial de la sociedad (eso que fue una extraordinaria contra publicidad para la marca). El inmoralismo es económicamente ruinoso.

Pero a esta consideración económica debemos aumentarle para la redacción adecuada de la cláusula el reconocimiento al intelecto que debe hacer la compañía,

desde este punto de vista en nuestro país y en la mayoría de estados encontramos la elección de empleados del mes y a lo largo de restaurantes y almacenes vemos fotografías de empleados o empleadas quienes con su esfuerzo tienen un sitio con su foto para que todos quienes pasen por el lugar los vean. Este reconocimiento en materia de creación tiene un factor económico que impide reconocer legalmente el esfuerzo de todo empleado, este entonces se somete a que quede en su interior y su conciencia el trabajo industrial bien realizado. Es el empresario quien se lleva el reconocimiento de la sociedad por su gran capacidad y nuevamente el dinero el que mueve estos intereses.

Por esto creo necesario incluir en la cláusula un enunciado que permita reconocer económica, legal y justa las creaciones o desarrollos que se lleven a cabo en relación de dependencia. Para esto tomaremos el pacto en contrario en el que el art 129 de la ley de propiedad Intelectual lo permite.

Para concluir tenemos clara que la situación del empleado durante la dependencia es la del desarrollo mas no el reconocimiento legal, por otro lado proponemos incluir en la cláusula de confidencialidad es pacto en contrario permitido por la ley.

6.13.2 VIOLACIÓN DE LA CLÁUSULA DE CONFIDENCIALIDAD.

Si no ha existido este pacto en contrario estamos frente a la violación de la cláusula a de confidencialidad y que se sintetiza más claramente en la competencia desleal a partir del artículo 284 de la ley de propiedad Intelectual, en esta encontramos lo siguiente

DE LA COMPETENCIA DESLEAL

Art. 284.- Se considera competencia desleal a todo hecho, acto o práctica contrario a los usos o costumbres honestos en el desarrollo de actividades económicas.

La expresión actividades económicas, se entenderá en sentido amplio, que abarque incluso actividades de profesionales tales como abogados, médicos, ingenieros y otros campos en el ejercicio de cualquier profesión, arte u oficio.

Para la definición de usos honestos se estará a los criterios del comercio nacional; no obstante cuando se trate de actos o prácticas realizados en el contexto de operaciones internacionales, o que tengan puntos de conexión con más de un país, se atenderá a los criterios que sobre usos honestos prevalezcan en el comercio internacional.

Art. 285.- Se consideran actos de competencia desleal, entre otros, aquellos capaces de crear confusión, independiente del medio utilizado, respecto del establecimiento, de los productos, los servicios o la actividad comercial o industrial de un competidor; las aseveraciones falsas en el ejercicio del comercio capaces de desacreditar el establecimiento, los productos o los servicios, o la actividad comercial o industrial de un competidor, así como cualquier otro acto susceptible de dañar o diluir el activo intangible o la reputación de la compañía; las indicaciones o aseveraciones cuyo empleo en el ejercicio del comercio pudieren inducir al público a error sobre la naturaleza, el modo de fabricación, las características, la aptitud en el empleo o la calidad de los productos o la prestación de los servicios; o la divulgación, adquisición o uso de información secreta sin el consentimiento de quien las controle.

Estos actos pueden referirse, entre otros, a marcas, sean o no registradas; nombres comerciales; identificadores comerciales; apariencias de productos o establecimientos; presentaciones de productos o servicios; celebridades o personajes ficticios notoriamente conocidos; procesos de fabricación de productos; conveniencias de productos o servicios para fines específicos; calidades, cantidades u otras características de productos o servicios; origen geográfico de productos o

servicios; condiciones en que se ofrezcan o se suministren productos o servicios; publicidad que imite, irrespete o denigre al competidor o sus productos o servicios y la publicidad comparativa no comprobable; y, boicot.

Se entenderá por dilución del activo intangible el desvanecimiento del carácter distintivo o del valor publicitario de una marca, de un nombre u otro identificador comercial, de la apariencia de un producto o de la presentación de productos o servicios, o de una celebridad o un personaje ficticio notoriamente conocido.

Art. 286.- Se considera también acto de competencia desleal, independientemente de las acciones que procedan por violación de información no divulgada, todo acto o práctica que tenga lugar en el ejercicio de actividades económicas que consista o tenga por resultado:

a) El uso comercial desleal de datos de pruebas no divulgadas u otros datos secretos cuya elaboración suponga un esfuerzo considerable y que hayan sido presentados a la autoridad competente a los efectos de obtener la aprobación de la comercialización de productos farmacéuticos o de productos químicos, agrícolas o industriales;

b) La divulgación de dichos datos, excepto cuando sea necesario para proteger al público y se adopten medidas para garantizar la protección de los datos contra todo uso comercial desleal; y,

c) La extracción no autorizada de datos cuya elaboración suponga un esfuerzo considerable para su uso comercial en forma desleal.

Art. 287.- Sin perjuicio de otras acciones legales que sean aplicables, toda persona natural o jurídica perjudicada podrá ejercer las acciones previstas en esta Ley, inclusive las medidas preventivas o cautelares.

Las medidas a que se refiere el inciso anterior podrán ser solicitadas también por asociaciones gremiales o de profesionales que tengan legítimo interés en proteger a sus miembros contra los actos de competencia desleal.

6.13.3 DESPUÉS DE LA RELACIÓN LABORAL

Por efecto de la globalización y de la intensa competencia que ésta ha generado en muchos sectores de la economía, existen organizaciones que frente a la necesidad de proteger sus secretos industriales y/o comerciales han visto la necesidad de comprometer la exclusividad de sus trabajadores durante la vigencia de la relación laboral, e incluso la de trasladar esta exigencia durante un período posterior a su extinción. Justamente, el frecuente recurso a estas prácticas ha puesto en tela de juicio la legalidad de los compromisos de no concurrencia poscontractual. Es decir, el de aquellos pactos que, temporalmente, restringen la posibilidad de acceder a cualquier futuro empleo en el que exista necesidad de utilizar los conocimientos adquiridos en una determinada organización. En torno a la licitud de estos pactos reflexionaremos en estas líneas.

Nuestra legislación sanciona los actos de competencia desleal acaecidos durante el desarrollo de la relación laboral (porque constituyen una expresa infracción a la buena fe laboral), pero no aquellas prácticas compañariables no relacionadas con la actividad comercial y/o industrial de la organización a que pertenece, y menos aún, las que se despliegan luego de concluida la relación laboral.

Es bastante usual que aquellas compañías que requieren proteger sus secretos industriales, así como su clientela efectiva y potencial, pacten con sus trabajadores compromisos en virtud de los cuales se exija exclusividad durante la vigencia del

contrato de trabajo, y/o la abstención de cualquier futuro empleo directo o indirecto en alguna de sus competidoras luego de extinguido el vínculo laboral.

Lo dicho implica que aunque el deber del trabajador de no competir con su empleador se encuentra implícito en el contrato de trabajo (y es exigible a lo largo de la vigencia de éste), no puede decirse lo mismo de los pactos de exclusividad, ni tampoco de los de no competencia posteriores a la conclusión del vínculo laboral, pues para que éstos sean oponibles, requieren pactarse de manera expresa.

Ahora, pese a ser cierto que nuestra legislación no desarrolla el alcance de la prohibición de competencia luego de extinguido el vínculo laboral, ni tampoco delimita su contenido, bien podemos sostener que en tanto restrictiva de la libertad de trabajo, su validez se encuentra condicionada a la existencia de una real motivación, que haga razonable su restricción. Por ello, aunque resulte plenamente lícito que el empresario evite la competencia que puede producirle su anterior trabajador por el conocimiento de las interioridades de la misma y de sus peculiaridades comerciales y de fabricación, mal podría servir este pacto para limitar por completo la actividad futura del trabajador al punto de quedar prohibidas todas las posibles actividades de éste, o lo que es peor, hacer prevalecer un pacto de este tipo sin mediar una adecuada compensación que restituya el costo de las oportunidades a las que debería renunciar el trabajador para poder cumplir con aquél.

En rigor, este tipo de pactos busca impedir que el trabajador que termina su relación laboral aproveche la formación, los conocimientos, la experiencia y el trato con la clientela adquiridos durante el tiempo que prestó servicios, con el fin de desarrollar en beneficio propio o de un tercero actividades susceptibles de perjudicar la posición que ocupa su ex empleadora en el sector del mercado y de la economía en que se

mueve¹.

A nivel doctrinal existe consenso en señalar que en tanto es la libertad de trabajo la que está en juego, para que ésta no quede “injustificadamente limitada”, se requiere de la concurrencia de tres (3) factores claves: i) la existencia de un efectivo interés industrial o comercial del empresario, ii) la satisfacción de una adecuada compensación económica y iii) la limitación temporal de la prohibición de competencia poscontractual.

Pese a que estas exigencias no están expresamente incorporadas en nuestra legislación, por tratarse de condiciones que surgen como garantía de la propia libertad de trabajo, creemos que éstas son las mínimas garantías que habría que observar en resguardo de la licitud de este tipo de acuerdos.

¿Cuándo se entiende que existe un efectivo interés industrial o comercial?

En tanto la limitación de la libertad de trabajo se funda en la necesidad de proteger los intereses de su anterior empleador, su intervención tendrá validez siempre que con ella se busque:

–Evitar que un profesional preparado y bien formado a costa de un empleador se emplee con otro empresario de la competencia que se beneficiaría de una capacidad profesional que éste no ha costado.

–Garantizar la reserva de los métodos de producción comercialización y organización del trabajo de la compañía, protegiéndose frente a la divulgación de los secretos de fabricación y negocio, así como de la posible absorción de su clientela.

¿Cuándo se entiende que existe adecuada compensación económica?

La renuncia a la experiencia y trayectoria profesional en favor de los intereses compañariales requiere de una expresa compensación económica (distinguible de la propia remuneración) que esté dirigida a indemnizar la abstención de sus capacidades profesionales en actividades, por cuenta propia o ajena, competitivas para el empresario. Por tratarse de una consideración doctrinal, pero con desarrollo jurisprudencial en otros países, habría que considerar que para que la compensación económica justifique adecuadamente el deber de abstención, ésta debería pactarse en función del salario real que percibía el trabajador, y la ocasión de ganancia futura que ha sido sacrificada. Sólo en la medida en que exista una compensación equitativa al tiempo de abstención, difícilmente podría cuestionarse esta medida.

¿Qué limitación temporal debe tener el pacto de no competencia para después de extinguido el contrato?

La justificación de la limitación temporal es evidente: si el compromiso de no competencia pudiera tener un alcance ilimitado, se produciría una intolerable lesión al derecho a la libertad de trabajo.

Por ello, para la validez de este tipo de pactos no sólo es necesaria la imposición de un tiempo que razonablemente cubra la finalidad que persigue, sino, a su vez, que con él no se lesionen los derechos constitucionales del trabajador involucrado. En la legislación española, por ejemplo, este tipo de pactos no puede exceder de dos años si se trata de técnicos y de seis meses si se trata de trabajadores comunes.

En tanto, la concurrencia de los requisitos descritos es lo que valida los acuerdos de no competencia a los que nos hemos referido, resultará plenamente lícito que frente al incumplimiento de pactos que reúnan esas condiciones, el trabajador quede obligado al pago de una penalidad que indemnice el perjuicio causado al empresario. Este tipo de cláusulas no sólo tiene por propósito garantizar a la compañía el resarcimiento de los daños y perjuicios que le pudiera irrogar la competencia del trabajador cesado, sino también impeler al trabajador para que se abstenga de realizar actos que incurran en competencia con la compañía a la que había pertenecido.

Claro, con el propósito de racionalizar al máximo esta medida, sería conveniente que la duración de este tipo de pactos guarde correspondencia con el tipo de información a la que el trabajador accedió y que se desea resguardar. Mientras más especializada haya sido la labor que se desarrolló, es previsible que existirá mayor riesgo frente a su eventual difusión. Por ello, pese a que en estos casos resultaría plenamente lícito pactar un período de abstención mucho mayor, no lo sería si el tipo de labor que el trabajador desarrolló no facilitó el acceso a información pasible de poner en riesgo la actividad comercial del empresario. Si no hay riesgo, no tendría sentido exigir abstención, y mucho menos, que ésta sea exageradamente extensa.

Sin duda, para garantizar la razonabilidad de las cláusulas de no competencia es recomendable que tanto su extensión como la compensación económica que se ofrece giren en función del tipo de actividades que cumplió quien se adscriba a aquél, su posición en la compañía y el eventual perjuicio que podría causar para el empresario su incorporación inmediata a alguna de sus competidoras. Es cierto que ello involucra un análisis casuístico, del que sería conveniente no prescindir.

Con el recuento realizado hasta aquí, se ha buscado demarcar la función de los pactos

de no competencia poscontractuales, así como las exigencias que la doctrina y jurisprudencia de otros países imponen para su validez. Fundamentalmente, porque aunque nuestra legislación no las desarrolla, por tratarse de condicionamientos que buscan resguardar el contenido esencial de la libertad de trabajo, y garantizan su plena vigencia aun en el marco de ese tipo de acuerdos, creemos que el razonamiento que las respalda resulta plenamente trasladable a nuestro sistema normativo.

6.14 REDACCIÓN DE LA CLÁUSULA DE CONFIDENCIALIDAD.

Según el plan de tesis aprobado por mi director esta contenía en este punto las acciones del titular de los derechos protegidos, sin embargo el desarrollo de la tesis ha dado un giro importante que nos centra en un tema de conclusión de todo lo que hemos puesto para poder redactar adecuadamente una cláusula de confidencialidad.

De esta manera proponemos las cláusulas que debería ser redactada dentro del contrato de trabajo tomando como base algunas que actualmente lo hacen:

Cláusula de Confidencialidad y no competencia

El empleado de manera expresa se obliga a guardar absoluta confidencialidad, reserva y discreción sobre los procedimientos, metodologías, datos y cualquier información de la empleadora, sus representantes, y de los clientes de la misma, que llegaren a su conocimiento en razón del trabajo que realiza, así como a comunicar oportunamente a su empleadora todas aquellas informaciones que puedan ser de interés de la misma.

El empleado declara conocer y aceptar la prohibición de hacer competencia a la compañía, durante la vigencia de este contrato y hasta por un año más de concluido el mismo.

Cláusula de Propiedad industrial

Las partes convienen en aclarar expresamente que los descubrimientos e invenciones, las mejoras en los procedimientos, programas, etc., así como los trabajos y resultados de las actividades del empleado, mientras preste sus servicios al empleador, serán de propiedad exclusiva de ésta última, la cual podrá patentar o registrar a su nombre tales

inventos o mejoras. Será facultativo del empleador aceptar la coparticipación o cotitularidad con el empleado.³⁷

Como podemos observar en esta redacción se trata de proteger al empleador como titular de los derechos de autor sin embargo realizaré las siguientes modificaciones a la cláusula:

TITULO.- En el título de esta encontramos la Cláusula de Confidencialidad y no competencia, sin embargo esta deberla llamarse cláusula de Confidencialidad, RESERVA y no competencia

EL EMPLEADO POR TRABAJADOR.- La redacción establece el empleado como manera de referirse a una de las partes, pero más adecuado es el trabajador debido a que el código de trabajo así lo determina el artículo 9 al utilizar este vocablo. Además empleado nuevamente determina quizá una relación de inferioridad y que en este tema tan delicado queremos apartar.

De manera expresa.- quizá es más adecuado utilizar la palabra libre y voluntariamente mediante este documento. Aunque parecería tratar de incrementar las palabras al texto, estamos poniendo también que no ha existido ninguna obligación para aceptar lo que se esta poniendo en ese contrato. En un proceso judicial es de enorme importancia estos detalles que nos ayudan a argumentar la defensa.

Se obliga a guardar absoluta confidencialidad, reserva y discreción.- en este tipo de contrato laboral encontramos la necesidad de aclarar la confidencialidad, la reserva y discreción. Creo que el jurista que elaboró esta cláusula ha introducido bien estos términos y así lo dejaremos.

Sobre los procedimientos, metodologías, datos y cualquier información de la empleadora.- en esta parte de esta cláusula encontramos la necesidad de poner términos mucho mas jurídicos que respalden al empleador. Así podría ser que sobre

³⁷ Estas dos cláusulas que acabamos de redactar han sido tomadas de contratos en base a la experiencia profesional y redactada por juristas importantes, del país , sin embargo no tengo constancia a quien se le atribuye su titularidad, sin embargo reconozco que dicha cláusula es de un autor diferente al de la tesis

todo los procesos, métodos y en general lo referente a las invenciones deberá guardar reserva.

Comunicar oportunamente.- aunque el derecho pretende el dinamismo debo determina que existen algunas maneras de comunicar, por tanto es necesario proponer una de tantas, como puede ser por medio escrito o una constancia de esa comunicación.

La no competencia.- hemos determinado que esta restricción no solo que no permite al trabajador crecer en el ámbito laboral y social sino que es restrictiva a los derechos de trabajo por tanto sería adecuado eliminar esta parte de la cláusula e incorporar que mientras la competencia no sea de carácter desleal el trabajador puede realizar labores en otros puesto de trabajo.

- De esta manera la cláusula de confidencialidad quedaría lista para ser incorporada de la siguiente manera:
- **CLÁUSULA DE CONFIDENCIALIDAD, RESERVA Y NO COMPETENCIA.**- el trabajador de manera libre y voluntaria, por este documento, se obliga a guardar absoluta confidencialidad, reserva y discreción, sobre los procesos, métodos y en general todo cuando se desarrolle junto con el empleador, siendo este el autorizado a solicitar la revelación de secretos industriales, técnicos o confidenciales de la compañía. Entiéndase por confidencial, todo lo que sería perjudicial para el empleador una vez que sea revelado. Cuando sea necesario el trabajador comunicará y llevará una constancia de dichas comunicaciones. El trabajador declara no realizar ningún tipo de competencia desleal prescrita en el código de trabajo y la ley de propiedad Intelectual.

Cláusula de Propiedad industrial

Las partes convienen en aclarar expresamente que los descubrimientos e invenciones, las mejoras en los procedimientos, programas, etc., así como los trabajos y resultados

de las actividades del empleado, mientras preste sus servicios al empleador, serán de propiedad exclusiva de ésta última, la cual podrá patentar o registrar a su nombre tales inventos o mejoras. Será facultativo del empleador aceptar la coparticipación o cotitularidad con el empleado.

Para indicar luego los motivos que nos impulsan a cambiar este tipo de redacción diremos que en esta parte de la propiedad industrial es necesario aclarar lo del Art. 129 de la ley de propiedad Intelectual por tanto la redacción que proponemos será así:

CLÁUSULA DE PROPIEDAD INDUSTRIAL

El trabajador y empleador convienen en determinar que todas las invenciones o creaciones que se hagan en la relación de trabajo serán en su parte patrimonial del empleador con todos sus derechos y obligaciones. Sin embargo el empleador se compromete a reconocer en su ámbito moral la titularidad del empleador siempre y cuando este haya desarrollado con su intelecto dichas creaciones o invenciones, por tanto en todos los lugares donde se establezca el nombre del autor deberá constar el de la compañía así como también el del trabajador, sin perjuicio del reconocimiento económico que el empleador pueda hacer. Además en caso de reforma legal las partes renuncian a estos derechos. Por tanto si la ley permite de manera normativa la cotitularidad el empleador reconocerá los derechos patrimoniales que por la creación o invención le correspondan al trabajador.

CONCLUSIÓN

Realmente este cúmulo de información jurídica, administrativa y de negocios han permitido llegar a aplicar una fórmula jurídica que ha terminado en la redacción adecuada de una cláusula de confidencialidad y propiedad industrial. Por tanto debemos concluir que ha nuestro parecer y en la época actual encontramos una obligación y derecho claro a través de esta tesis que hemos propuesto. Mi afán ha

sido el de aportar en un pequeño acápite del derecho a la justa incorporación en el contrato laboral de un tema tan controversial como el que hemos podido ver, como es el de los derechos de empleadores y trabajadores en cuanto a sus inventos. De tal hemos contribuido a la sociedad no solamente con información jurídica sino particularmente con los dos últimos párrafos que se encuentran antes de la conclusión, esa es la verdadera aportación a la sociedad ecuatoriana o mundial.

7. BIBLIOGRAFÍA

- 7.1 Briceño Ruiz, Alberto. *Derecho individual de Trabajo*. Ediciones Harla. México, 1985.
- 7.2 Lafont. Francisco. *Tratado de derecho Laboral*. Ediciones ciencia y derecho. Colombia, 1993
- 7.3 Palomeque López. Carlos-Alvarez de la Rosa. Manuel. *Derecho del Trabajo*. Editorial centro de estudios Ramón Areces, S, A. Quinta edición, Madrid, 1997.
- 7.4 ASIPI, *Tratados Internacionales en Materia de Propiedad Intelectual*. México, 1995.
- 7.5 X Congreso Internacional sobre la protección de derechos Industriales. Quito. 1995
- 7.6 Guerrero. Guillermo. *Lecciones de Derecho Laboral*. Edit temis. Bogotá 1986.
- 7.7 Jaramillo Ordóñez. Herman. *La ciencia y técnica del derecho*. Publicaciones de la facultad de jurisprudencia de la Universidad de Loja. Loja 1996
- 7.8 Trujillo. Julio César. *Derecho del trabajo*. Edit PUCE. Quito 1978.
- 7.9 Morales Alvarez. Jorge. *Teoría general e las obligaciones*. Edit Pudelco s.a. Cuenca 1995.
- 7.10 www.v-lex.com
- 7.11 www.ompi.org
- 7.12 www.iepi.gov.ec
- 7.13 www.immi.se/info/espanol.htm
- 7.14 <http://news.bbc.co.uk/hi/spanish/news/newsid>
- 7.15 www.elcomercio.com.ec
- 7.16 www.revistadederecho.com

- 7.17 www.copernico.com
- 7.18 www.uite.edu.ec
- 7.19 www.puce.edu.ec
- 7.20 Carrión Eguiguren. Eduardo. Curso de derecho civil de los bienes. Edit PUCE. Quito 1987.
- 7.21 Parraguez Ruiz. Luis. Manual de derecho civil ecuatoriano. Edit Hernández. Loja 1998
- 7.22 Alonso Olea. Historia de los proceso de trabajo. Edit. Civitas. Madrid 1994.
- 7.23 MONROY CABRA, Marco Gerardo, Tratado de Derecho Internacional Privado, Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1995, Cuarta Edición.
- 7.24 Pedro Fernández de Cordova, ESTUDIOS DE DERECHO COMPARADO, edit Pudeleco, 1997, Quito- Ecuador
- 7.25 Academia Internacional de Derecho comparado, CURSOS MONOGRÁFICOS, tomo I, edit Lex, La Habana- Cuba.
- 7.26 GONZALO FIGUEROA YAÑEZ, Profesor Titular de Derecho Civil en las Universidades de Chile y Diego Portales.
- 7.27 Murcia Clavería. La representación voluntaria en el proceso laboral. Edit Pons. Madrid 1994.
- 7.28 Rodríguez Piñero. Derecho del Trabajo y proceso. Murcia Escuela Social 1972.
- 7.29 Valdés Dal-Re. La protección de los derechos fundamentales en el orden jurisdiccional laboral. RI.1987. T.I.
- 7.30 La OIT y el mundo del trabajo.
- 7.31 Las compañías multinacionales y la política social. Buenos Aires 2001

- 7.32 Rubianes. Eduardo S.J. El dominio privado de los bienes según la doctrina de la iglesia. Educ. Quito 1975
- 7.33 RUPTURA (REVISTA DE DERECHO PUCE)
- 7.34 METODOS Y TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN.
- 7.35 Arturo Alessadri Rodríguez y Manuel Somarriva. Curso de Derecho Civil. Edit nacimiento 1971.
- 7.36 Apuntes de Clases Derecho Laboral. Puce 1998. Doctora Graciela Monesterolo.
- 7.37 Alberto D. Spota. Instituciones de Derecho Civil. Edit Perrot.
- 7.38 Ramón Meza Barros. Manual de Derecho Civil. Colección Manuales Jurídicos. No.40.
- 7.39 Luis Claro Solar. Derecho civil Chileno. Edit Chile.
- 7.40 Apuntes de Propiedad Intelectual. UISEK 2003
- 7.41 Apuntes y material de la Maestría en Derecho de los Negocios Madrid-España 2004-2005.