

CLAUSULAS DE NO-COMPETENCIA EN LA RELACION LABORAL Y ASPECTOS RELACIONADOS

Introducción

- 1. informacion no divulgada***
- 2. Concepto de secreto empresarial y como accede el trabajador a ello.***
- 3. Nuevas regulaciones sobre información no divulgada.***
- 4. Sobre el convenio de no competencia. Tipos de clausulas.***
- 5. sanciones por divulgación y casos concretos***

INTRODUCCION

El tema de la información es un tema importantísimo en el mercado. La regulación de la información pública y privada ha motivado un lugar primordial en el comportamiento de la sociedad, por virtud de la pluralidad de los protagonistas y destinatarios, de manera que, en el ejercicio de libertades específicas y colisiones de igual rango, el legislador ha regulado aquella información que merece protección. Es así como ha otorgado tutela normativa de los secretos empresariales, industriales y comerciales y ejemplo de ello, son los numerales 26, 265 y siguientes del Código de Comercio, el 273 de la Ley General de la Administración Pública, 196 bis, 203, 217 bis, 229 bis, 242, 346 inciso 2) todos del Código Penal, 71, 81 y siguientes del Código de Trabajo, 77 de la Ley de Biodiversidad, etc., art. 5 inciso c) de la ley 6029 de Protección al Representante de Casas Extranjeras, más todas aquellas protecciones pactadas contractualmente en el caso de transferencia de tecnología y conocimientos industriales (know how) y otros como franquicias, consultorías, management, llave en mano, etc., y más recientemente, las normas relacionadas en el Código de Normas y Procedimientos Tributarios, el art. 67 de la Ley 7472 de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, las normas relativas a la ley del mercado de valores, el art. 30 constitucional, la ley 8220, más otras que se dirán, se ha incrementado exponencialmente las normas jurídicas relativas a la protección de los secretos tanto en el ámbito interno empresarial como en el medio nacional.

Por consecuencia de la globalización, la competencia internacional, los cambios en la la división y organización del trabajo, la sociedad de la información, la aparición de nuevas tecnologías, etc., definidos como el entorno, obligan a las estructuras organizacionales a modificarse en aras de proteger su posicionamiento en el mercado. Ese rediseño estructural interno, incluye la protección de la información, es especial la no divulgada o confidencial.

Es claro que nuestro estado social de derecho garantiza la libertad empresarial. Dentro de ella, la libre competencia con dos libertades y una

igualdad, es decir, el acceso y la salida de una parte y la permanencia de otra. Interesa, la permanencia en condiciones de igualdad. Para ello, la regulación constitucional, legal y reglamentaria existe. La gestión empresarial debe ser transparente para otorgar confianza a terceros y así contratar eficientemente, es decir, el mercado, lugar donde competirán, debe estar regulado en condiciones de normalidad para evitar la competencia desleal. Es por virtud de lo anterior, que en el ejercicio de la libertad empresarial así como de otras libertades y derechos fundamentales, podemos establecer, de una parte la regulación jurídica y económica interna y de otra, la externa.

Para ello, se considera que lo que se dirá, es un ensayo interesante de la tutela de la información que permite ser valorada no solo como activo sino como un instrumento empresarial de gran proyección.

1. informacion no divulgada

El Código de Trabajo, en su artículo 71, inciso g) establece como obligación de los trabajadores:

g) guardar rigurosamente los secretos técnicos, comerciales o de fabricación de los productos cuya elaboración concurren directa o indirectamente, o de los cuales tenga conocimiento por razón del trabajo que ejecutan, así como de los asuntos administrativos reservados cuya divulgación pueda causar perjuicios al patrono.

Véase que desde 1943, el legislador ya había establecido como obligación del patrono la protección de la información. Los secretos y la información el trabajador la conoce por virtud de la confianza que el patrono tiene hacia él y por consecuencia de ello, enseña a sus trabajadores los secretos propios de la producción de los bienes o de los servicios a los que dedica la actividad empresarial.

Precisamente, esa confianza es la que se quiebra en caso de que el trabajador divulgue información que no debe y la pérdida de confianza es evidente. La sanción por tanto será, el despido, esto en caso de que esté laborando para la empresa. Diferente es la situación que el trabajador sea capturado por empresas competidores. En este caso, el artículo aplicable, entre otros, es el 17 de la Ley 7472 de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor (1995), que en su cláusula general establece:

Artículo 17: Entre los agentes económicos se prohíben los actos de competencia contrarios a las normas de corrección y buenos usos mercantiles, generalmente aceptados en el sistema de mercado, que causen un daño efectivo o amenaza de daño comprobados...

...

También son prohibidos cualesquiera otros actos o comportamientos de competencia desleal, de naturaleza análoga a los mencionados, que distorsionen la transparencia del mercado en perjuicio del consumidor o los competidores.

...

El fundamento constitucional de la competencia desleal es el primer párrafo del numeral 46, que en realidad se incorpora para evitar el impedimento a la libre competencia.

Pero como cada día la información es progresivamente considerada como un bien estratégico, en diversos foros se ha tratado la misma. Es así como sin entrar en mayores consideraciones, la ley 7475 que es la aprobación del acta final en que se incorporan los resultados de la Ronda de Uruguay de Negociaciones Comerciales Multilaterales, establece en la Sección siete la protección de la información no divulgada, todo en aras de la evitación de la competencia desleal, en tutela de los intereses de los competidores, los consumidores y el mercado mismo. Se ampara no solo en esa regulación internacional sino en otras ratificadas por Costa Rica.

Además, este tratado internacional obliga a los suscriptores como ya se ha otorgado, a la promulgación de una serie de leyes en protección de campos que tenía regulación específica, pero en detalle, a la debida tutela de derechos fundamentales.

Es así como el 04 de enero del 2000 se promulga la ley 7975 de Información no divulgada, cuyo objetivo es básicamente:

- a) Proteger la información no divulgada relacionada con los secretos comerciales e industriales.
- b) Contribuir a promover la innovación tecnológica y la transferencia y difusión de la tecnología, en beneficio recíproco de productores y usuarios, de los conocimientos tecnológicos, de modo que favorezcan el bienestar socioeconómico, así como el equilibrio de derechos y obligaciones.

Y en ese mismo año 2000 también se incorporaron al ordenamiento patrio otras leyes que tutelan la información no divulgada como se dirá. Ahora, debe quedar claro que la fuerza competitiva de las empresas está vinculada a sus capacidades y habilidades para la generación y manejo de la información con el fin de crear, mantener, reproducir el conocimiento de cara a la competencia y la globalización. La protección de la información no divulgada es por tanto, necesaria.

Es así como, esa misma Ley 7975 de Información No Divulgada establece en su artículo 7 lo siguiente:

Artículo 7: Toda persona que con motivo de su trabajo, empleo, cargo, desempeño de su profesión o relación de negocios, tenga acceso a información no divulgada en los términos señalados en el primer párrafo del artículo 2 de esta ley y sobre cuya confidencialidad se le haya prevenido en forma expresa, deberá abstenerse de usarla o divulgarla sin consentimiento del titular, aún cuando su relación laboral, el desempeño de su profesión o la relación de negocios haya cesado.

En los contratos por los que se transmiten conocimientos técnicos especializados, asistencia técnica, provisión de ingeniería básica o tecnologías, podrán establecerse cláusulas de confidencialidad para proteger la información no divulgada que reúnan las condiciones referidas en el primer párrafo del artículo 2 de la presente ley.

Una ley posterior regulará las responsabilidades dispuestas en el presente artículo.

2. secreto empresarial

El secreto empresarial, más amplio que el comercial y el industrial, puede considerarse como una información que contiene una fórmula, un modelo o padrón, una compilación de datos, un programa, un método, técnica o procedimiento, o que está incorporada o contenida en un producto, dispositivo o mecanismo, y que:

- 1) puede utilizarse en una actividad empresarial (industrial o comercial);
- 2) no es generalmente conocida en tal actividad empresarial;
- 3) tiene valor económico debido a que no es generalmente conocida;
- 4) es objeto de medidas adecuadas para preservar su carácter secreto".¹

Se entiende, entonces, por secreto empresarial, dice Mitelman (1999) todo aquel conocimiento que, siendo útil a una empresa o persona, representa una ventaja competitiva en el rubro de actividad pertinente. Puede ser de tipo científico, técnico o comercial (incluyendo fórmulas, procesos de manufactura, especificaciones de productos, dibujos, diseños, programas de computadoras, planes de comercialización, datos financieros, lista de clientes, direcciones y teléfonos, planes especiales de precios, información de costos, etc.) que se mantengan en reserva. El contenido de esa información es heterogénea, es decir, puede representar un colectivo de informaciones que determina, de una parte, ventaja competitiva y de otra, desarrollará la empresa en lo interno para evolucionar de cara a la competencia.

En cuanto al valor comercial, se estima que el mismo se otorga por efectos competitivos y por virtud del bien jurídico protegido.

¹ Oficina Internacional de la OMPI, "Aspectos de la Protección contra la competencia desleal relevantes para la integración de los países del Mercosur" 1994, p. 31 citado por MITELMAN, Cuestiones de Derecho Industrial, 1999.-

Por su parte, el derecho norteamericano, en el Uniform Trade Secret Act, define el trade secret como “información, inclusive una fórmula, diseño o modelo, compilación, programa, mecanismo, método, técnica o proceso que tenga un valor económico independiente, actual o potencial que sea generalmente conocido y no ser fácilmente accesible por propios medios por otras personas que puedan obtener un valor económico por su relaciones o uso y que el propietario realice un esfuerzo razonable según las circunstancias para mantenerlo en secreto”.

Según el art. 2 de la ley 7975 de Información no divulgada, el ámbito de protección será:

Artículo 02 Ambito de Protección

Protégese la información no divulgada referente a los secretos comerciales e industriales que guarde, con carácter confidencial, una persona física o jurídica para impedir que información legítimamente bajo su control sea divulgada a terceros, adquirida o utilizada sin su consentimiento por terceros, de manera contraria a los usos comerciales honestos, siempre y cuando dicha información se ajuste a lo siguiente:

- a) Sea secreta, en el sentido de que no sea, como cuerpo ni en la configuración y reunión precisas de sus componentes, generalmente conocida ni fácilmente accesible para las personas introducidas en los círculos donde normalmente se utiliza este tipo de información.**
- b) Esté legalmente bajo el control de una persona que haya adoptado medidas razonables y proporcionales para mantenerla secreta.**
- c) Tenga un valor comercial por su carácter de secreta.**

La información no divulgada se refiere, en especial, a la naturaleza, las características o finalidades de los productos y los métodos o procesos de producción.

Para los efectos del primer párrafo del presente artículo, se definirán como formas contrarias a los usos comerciales honestos, entre otras, las prácticas de incumplimiento de contratos, el abuso de confianza, la instigación a la infracción y la adquisición de información no divulgada por terceros que hayan sabido que la adquisición implicaba tales prácticas o que, por negligencia grave, no lo hayan sabido.

La información que se considere como no divulgada deberá constar en documentos, medios electrónicos o magnéticos, discos ópticos, microfilmes, películas u otros elementos similares.

Observamos que está comprendida en este concepto toda aquella información que es valiosa y mantenida en reserva, protegida por la empresa y que se hayan otorgado los actos y medios necesarios para protegerla. Así una lista de precios, de clientes, de datos, etc., puede ser comprendida como información con las características relacionadas.

La información debe clasificarse y valorar su contenido, para efectos de otorgar valor a un activo intangible que merece ser protegido. Las cláusulas de no divulgación son harto necesarias en toda empresa que maneje al menos información no divulgada.

Puede otorgarse como adicional al contrato o como un contrato autónomo, que será conexo con el principal.

Información excluida de protección:

Si la información es del dominio público o bien que resulte evidente para un técnico versado en la materia con base en información disponible de previo o que deba ser divulgada por disposición legal u orden judicial carece de la protección respectiva, todo de conformidad con el numeral 4 de la ley 7975, sin embargo, hay información pública en poder de los administrados y en poder de la administración. Al efecto, la Sala Constitucional advirtió:

Sala Constitucional, según voto 2002-11356 de 16:35 horas del 27 de noviembre del 2002, entiende como información pública “... aquella que tiene relación con el giro normal de la administración pública y con asuntos de interés público, es decir, que no involucre información que afecte la esfera de la intimidad de una persona, violente la seguridad nacional, la integración territorial, la seguridad jurídica, la defensa del Estado, la prevención del delito, la imparcialidad de los jueces, el orden público, la protección de la salud, la moral pública, los secretos de Estado, secretos industriales o comerciales, los datos personales, en especial la información sensible, como es

la religión, su preferencia sexual, su domicilio, su afinidad política, su oficio o sexo.”

Por tanto, si la información una vez producida y comunicada se convierte en un bien público, es decir un bien cuyo consumo por una persona no excluye el consumo por otra persona, se dice que no hay rivalidad y no puede haber competencia desleal, ni protección de la información, pero a la inversa, al utilizar el derecho de protección, la única forma de obtener ese conocimiento será mediante pago de un precio o por regalías, lo cual implica la ausencia de un stock de información y si se tratare de obtener fraudulentamente, se recomienda la lectura de los delitos tipificados en la ley 8039 de Procedimientos de Observancia de los derechos de propiedad intelectual.

3. Nuevas regulaciones

A lo largo de este ensayo, se ubican una gran cantidad de normas y leyes, así como tratados internacionales y Constitución Política, tanto nacionales como foráneas, que establecen el incremento de la protección de la información no divulgada y la posibilidad de no competir. Aún así, se considera que nuestro país está todavía en la etapa inicial de la tutela de este campo, a pesar de la existencia de varios fallos sobre el tema².

4. Sobre el convenio de no competencia.

Dentro de la Constitución Económica se reconoce la libertad de contratar y dentro de ella, la autonomía de la voluntad. Como principio, no es absoluto sino relativo, siendo uno de los límites de la libertad contractual, el orden público, entendido como aquel cuyas normas sean imperativas y no susceptibles de obviar bajo ningún punto de vista.

² Consúltase el fallo 2004-96 de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, de 14:50 horas del 18 de febrero del 2004.

Dentro de esa autonomía de la voluntad, existe la manifestación positiva, que es aquella por virtud de la cual las partes pueden hacer todo lo que no está prohibido y por consecuencia, concluir los pactos que considere necesarios. El contrato entonces será, un límite al principio de libertad contractual.

Todo contrato para efectos de validez, debe cumplir tres elementos esenciales que el ordenamiento jurídico prevee para el mismo:

- Consentimiento
- Objeto,
- Causa.

Estos requisitos están diseñados en el artículo 627 del Código Civil³, el cual puede asociarse con el numeral 15 del Código de Trabajo⁴.

En efecto, para la validez del pacto, se requiere del consentimiento del patrono y del trabajador vertidos adecuadamente, por cuanto el derecho del trabajo, ante ausencia de regulación específica sobre el tema, debe acudir al derecho civil para completar la especie. Ese consentimiento no debe estar viciado por error, violencia, intimidación u otros vicios que motiven la ausencia de un consentimiento libre y espontáneamente otorgado. Claro está, ese consentimiento en este tipo de pactos debe ser expreso, más no tácito y el anexo o el nuevo contrato, será escrito, por consecuencia de la residualidad estimada en el artículo 22 del Código de Trabajo.⁵

³ **Artículo 627 Código Civil.** Para la validez de la obligación es esencialmente indispensable: 1. Capacidad de parte de quien se obliga, 2. Objeto o cosa cierta y posible que sirva de materia a la obligación, 3. Causa justa

⁴ **Artículo 15 del Código de Trabajo:** Los casos no previstos en este Código, en sus reglamentos o en sus leyes supletorias o conexas, se resolverán de acuerdo con los principios generales del Derecho de Trabajo, la equidad, la costumbre o el uso locales; y en defecto de éstos se aplicarán, por su orden, las disposiciones contenidas en los Convenios y Recomendaciones adoptadas por la Organización Internacional de Trabajo en cuanto no se opongan a las leyes del país, y los principios y leyes de derecho común.

⁵ **Artículo 22 del Código de Trabajo:** El contrato de trabajo podrá ser verbal cuando se refiera:

a) A las labores propiamente agrícolas o ganaderas. Esta excepción no comprende a las labores industriales que se realicen en el campo
b) al servicio doméstico;

Dos son los supuestos que deben analizarse:

1. la no competencia dentro de la relación laboral
2. la no competencia finalizada la relación laboral.

1. la no competencia dentro de la relación laboral:

En cuanto al primer aspecto, es importante citar el siguiente extracto, derivado del fallo 2004-96 de la Sala Segunda, el cual habla por si solo sobre el pacto de no concurrencia mientras la relación laboral está vigente:

IV.- SOBRE LA BUENA FE Y LA LEALTAD COMO ELEMENTOS ESENCIALES DEL CONTRATO DE TRABAJO: El artículo 19 del Código de Trabajo establece que las partes contratantes quedan obligadas no sólo en los concretos términos del contrato, sino respecto de aquellas obligaciones que de este último se deriven, según la buena fe, la equidad, el uso, la costumbre o la ley. El principio de la buena fe, en este caso contractual, subyace en todos los ámbitos jurídicos. Este principio general exige observar una actitud de respeto, de lealtad y de honradez, en el tráfico jurídico; tanto cuando se esté ejercitando un derecho, como cuando se esté cumpliendo con un deber. De manera general, se indica que la buena fe se traduce en un estado de ánimo, por el cual se ignora la ilicitud de la conducta o de la posición jurídica. Escudero y otros, citando la doctrina del Tribunal Supremo español, definen la buena fe como *"...un principio general de derecho que impone un comportamiento ajustado a valoraciones éticas, convirtiéndose en un criterio de valoración de conductas al que ha de ajustarse el cumplimiento de las obligaciones, que rigen también en el derecho laboral, de modo que empresario y trabajador tienen derecho a esperar de la contraparte una actuación leal, fiando y confiando en que su actuación sea social y contractualmente correcta"*. (Escudero J.F. y otros, El principio de buena fe en el contrato

c) A los trabajos accidentales o temporales que no excedan de noventa días, no comprendidos en los dos incisos anteriores. En este caso el patrono queda obligado a expedir cada treinta días, a petición del trabajador, una constancia escrita del número de días trabajados y de la retribución percibida, y

d) A la prestación de un trabajo para obra determinada, siempre que el valor de ésta no exceda de doscientos cincuenta colones, aunque el plazo para concluirla sea mayor de noventa días.

de trabajo. Barcelona, Bosch Casa Editorial, primera edición, 1.996, pp. 60-61). Por eso se ha señalado, de manera reiterada, que el contrato de trabajo conlleva un contenido ético que vincula las actuaciones de las partes. En ese sentido, en la sentencia de esta Sala, número 305, de las 16:00 horas del 19 de junio del 2.002, se indicó: “...la naturaleza personal de la prestación, en un contrato de esa naturaleza, le incorpora un elemento ético de suma importancia, en el que **la buena fe, la confianza y la lealtad**, se yerguen como **elementos insoslayables** (artículo 19 del Código de Trabajo). “**Lealtad**” dice el Diccionario Jurídico Omeba, Buenos Aires, Driskill S.A, tomo XVII, 1978, pp. 844, significa “Que guarda la debida fidelidad, incapaz de traicionar; bondad, moralidad, integridad y honradez en el obrar”. De acuerdo con el tratamiento doctrinario y los criterios jurisprudenciales, surgidos alrededor de esa figura, **es posible atribuir a dicho concepto, dos contenidos. Uno de ellos, en sentido negativo, que se traduce en obligaciones de no hacer, como por ejemplo, la de no concurrir en actividades de la misma naturaleza de las que se dedica al patrono. En sentido positivo, la exigencia se traduce en obligaciones de hacer, tales como la debida diligencia en la ejecución de la prestación; o en la de guardar fidelidad al patrono, que implica la obligación de no perjudicar los intereses materiales o morales del empleador.**” (La negrita no está en el original). Entonces, una de las manifestaciones del principio general de la buena fe lo es el **pacto de no competencia**, el cual hace referencia a la prohibición que tiene el trabajador, de dedicarse a otras actividades laborales de la misma naturaleza de las que se ejecutan, en virtud del contrato de trabajo, que generen intereses contradictorios, en perjuicio del empleador. Al respecto, Cabanellas señala lo siguiente: “En un amplio concepto de esta competencia desleal entran diversas situaciones o hechos; como la divulgación de noticias o fórmulas reservadas y relativas a los métodos de producción, que el trabajador ha conocido por los servicios prestados. También, la explotación de tales procedimientos por cuenta propia. Tanto como la utilidad que se resta a la empresa, **se sanciona la confianza traicionada; puesto que el trabajador, en vez de servir a la empresa, se sirve de ella y contra los intereses de ésta.**” (CABANELLAS de TORRES, Guillermo. *Compendio de Derecho Laboral*, Tomo I, Buenos Aires, Editorial Heliasta, S.R.L., cuarta edición, 2.001, p. 822). (Los destacados no son del original). En nuestro medio, Carro Zúñiga apunta que “El deber de lealtad consiste en realizar determinados actos (observar ciertas conductas) y abstenerse de ellos, cuando no hacer los primeros o efectuar los segundos puede ocasionar perjuicios a la empresa. Esta obligación tiene dos manifestaciones tradicionales: Por una parte, significa deber de reserva absoluta en orden a los indicados secretos, incluidos los administrativos reservados cuya divulgación pueda

dañar a la empresa, con independencia de que el daño realmente ocurra. Y por otro lado, también conlleva la prohibición para el trabajador de competir con la empresa para la cual trabaja; dicho más claramente: el empleado está obligado a no efectuar por propia cuenta o por cuenta ajena, actividad alguna que pueda implicar competencia para aquélla.” (CARRO ZUÑIGA, Carlos. Las justas causas del despido en el Código de Trabajo, San José, Editorial Juritexto, primera edición, 1.992, p. 40). Nuestro ordenamiento jurídico contempla expresamente aquel *deber de reserva*, al señalar, en el inciso g) del artículo 71, como una de las obligaciones del trabajador, “*guardar rigurosamente los secretos técnicos, comerciales o de fabricación de los productos a cuya elaboración concurren directa o indirectamente, o de los cuales tengan conocimiento por razón del trabajo que ejecuten; así como de los asuntos administrativos reservados, cuya divulgación pueda causar perjuicios al patrono.*” Si bien, el pacto de no concurrencia no fue expresamente previsto por el legislador, está claro que también constituye una obligación del trabajador, en respeto del principio de buena fe que rige las relaciones laborales y que sí está de forma expresa regulado en el artículo 19 del Código de Trabajo. De esa manera, la incursión por parte del trabajador, en actividades de la misma naturaleza que las del giro de su empleador, lo hacen incurrir en una falta grave a sus obligaciones contractuales, que puede ser sancionada con el despido sin responsabilidad patronal, con base en el inciso l) del artículo 81 del Código de Trabajo, por violación al deber de lealtad y al principio de la buena fe. En relación con este tema, resulta de interés citar la sentencia, también de esta Sala, N° 46, dictada a las 15:00 horas del 24 de febrero de 1.999, en cuanto ahí se indicó:

“VI.- La conducta desplegada por el actor contraviene en forma abierta lo dispuesto en los artículos 19 y 81 inciso l del código de rito, configurándose la causal de despido justificado. En relación a estas normas, la Sala ha indicado en forma reiterada ” ...que el deber de fidelidad en materia laboral, se caracteriza por una celosa actitud personal del trabajador, de no perjudicar a la empresa o al patrono al que sirve, y de contribuir al desenvolvimiento de sus actividades y a su prosperidad. Igual que en toda relación jurídica sinalagmática, el contrato de trabajo impone obligaciones recíprocas de consideración, de protección y de ayuda, entre las partes, para alcanzar el fin común. Esos deberes tienen el mismo rango que la prestación del servicio... El deber de fidelidad, en relación con el dependiente, comprende la lealtad a la empresa, en todo lo que concierne a la ejecución del trabajo y la conducta del trabajador. Obliga a omitir todo lo que puede ser perjudicial para el empleador y el objeto que

se persigue. Tal deber de fidelidad, se debe observar, fundamentalmente, en tres aspectos esenciales de la relación laboral; a saber: **prohibición de hacerle competencia al empleador**, **deber de guardar reserva o secreto, sobre las informaciones confidenciales a que tenga acceso, y prohibición de aceptar sobornos o dádivas**. Es oportuno indicar, en el tema de la fidelidad, que mientras exista la relación laboral, al trabajador no le está prohibido tener, en forma simultánea, varios empleos; pero esa facultad tiene sus límites, entre los cuales destaca el de no hacerle competencia al empleador. Eso sí, ha de tratarse de una verdadera competencia o, por lo menos, de la posibilidad real de que la actividad, ejercida al margen del contrato de trabajo, redunde en un verdadero perjuicio para el empleador y que dañe o pueda afectar efectivamente, sus intereses (...) Sin embargo, **sí incurre en incumplimiento de ese concreto deber, cuando resulte un daño potencial o efectivo para el empleador; ya sea que provenga éste de una actividad preparatoria o bien de una en ejecución** –según sea el caso–, cuando aún no haya concluido la respectiva relación laboral. (Voto N° 00270-98 de las diez horas treinta minutos del treinta de octubre de mil novecientos noventa y ocho, N° 49 de las 9:40 horas del 18 de marzo de 1993 y N° 207 de las ocho horas cuarenta minutos del siete de julio de mil novecientos noventa y cinco). Cabe agregar que no solo se falta al deber de fidelidad y buena fe, cuando el trabajador concurre o compite directamente con la actividad del Patrono. También se contraviene este deber cuando pretende favorecer directamente a la competencia de su patrono por medio del ofrecimiento de servicios que redunden en una eventual potenciación de su capacidad competitiva que afecte o pueda afectar a su empleador. En este sentido la competencia –también conocida como concurrencia– desleal se ha definido como una "...transgresión de la buena fe contractual y una "falta de fidelidad en el empleo para con la empresa, que no sólo remunera el trabajo, sino que facilita medios para adquirir un perfeccionamiento que luego el interesado utiliza, con notorio abuso y evidente perjuicio para quien depositó con él su confianza, sin que ello obste que no se haya materializado la puesta en marcha de una nueva empresa, ni que por ésta se haya podido realizar operación competitiva con posible perjuicio económico (...) El ámbito de la prohibición se limita a aquellas actividades que se

*desarrollan dentro del mismo plano en que efectúa las suyas la empresa principal, por incidir sobre un mismo mercado y sobre un mismo círculo potencial de clientes, realizándose aquéllas de manera desleal, con olvido de las exigencias de la buena fe, mediante el aprovechamiento de datos internos de la empresa que son conocidos por su trabajo en ésta y que cuando se refieren a su sistema organizativo o de producción o **versan sobre la relación de sus proveedores o clientes**, pueden causar un potencial perjuicio a aquélla, por alterar el juego de la libre competencia, proporcionando una posición de ventaja para la segunda actividad.” (IGLESIAS CALERO, Manuel. "TRANSGRESIÓN A LA BUENA FE CONTRACTUAL". En Estudios sobre despido disciplinario. Acarl, Madrid, 1992, pág. 237).” (En similar sentido también pueden consultarse las sentencias números 386, de las 14:20 horas del 10 de diciembre de 1.999; y, 98, de las 8:50 horas del 9 de febrero del 2.001).*

La obligación de no competencia mientras está vigente la relación laboral, es una obligación negativa derivada del principio de lealtad.

2. la no competencia finalizada la relación laboral:

Bien como anexo al contrato de trabajo o mediante nuevo pacto, el convenio de no competencia postcontractual representa una limitación de un derecho del trabajador que sucederá una vez finalizado el contrato de trabajo –por la causa que fuere- y que será durante un plazo razonable que puede ser 3 o 6 meses o un año. Esta especie puede analizarse incluso desde el derecho de la competencia, la competencia desleal y de muchos otros derechos más, sin embargo, veamos sus elementos:

a.- existencia de intereses competitivos por parte del patrono genéricamente protegidos:

En este renglón, dos son los aspectos que deben verificarse para considerar cumplido el requisito legal.

1. existencia del interés empresarial protegido, que está íntimamente relacionada con la actividad empresarial, y
2. Que el interés sea efectivo. Atiende a la actividad desarrollada por el trabajador dentro de la empresa.

Así, una vez finalizada la relación jurídica material de carácter laboral, el pacto será lícito si persigue proteger un legítimo interés empresarial, lo que constituye por tanto, la causa negocial, porque de lo contrario, hace decaer el pacto por falta de causa y con la consecuente afectación del derecho al trabajo del trabajador.

Así parece entenderlo la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, que mediante voto 89 de las 9:10 horas del 28 de febrero del 2003, estableció:

Res: 2003-00089

SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las nueve horas diez minutos del veintiocho de febrero del dos mil tres.

III.- ... los pactos de confidencialidad o de no concurrencia o competencia entre trabajadores y empleadores, con efectos posteriores a la terminación del contrato de trabajo, no son contrarios al ordenamiento jurídico, sino todo lo contrario, pues a través de ellos se busca prevenir una actividad socialmente reprochable y jurídicamente ilícita, como es la concurrencia desleal, a través del aprovechamiento de conocimientos o de información adquiridos durante la extinta relación. Así las cosas, de ninguna manera puede decirse que las organizaciones empresariales no pueden protegerse de una actividad en ese sentido, a través de contratos en los que se pacte el compromiso del trabajador de no laborar posteriormente a la finalización de su contrato, para sí o para otro empresario, en actividades similares a las que venía realizando. Mas, como este tipo de cláusulas puede resultar chocante con otro principio importante, como lo es el de la libertad de trabajo, es razonable el criterio de algunos de los doctrinistas citados en el fallo

del Tribunal (Alfredo Montoya Melgar (Derecho de Trabajo) y Ernesto Krotoschin (Tratado Práctico de Derecho de Trabajo), de que su validez sólo puede tolerarse si se pacta por un plazo razonable y si al mismo tiempo se satisface al trabajador una compensación económica adecuada. En el caso concreto, el pacto se limitó a dos años, lo cual es razonable, pero no se estipuló ninguna compensación económica, lo cual debe tenerse como el resultado de una imposición de la empleadora, pues no es normal que un trabajador acepte, en el momento de ser cesado, abstenerse de laborar sin recibir ninguna prestación a cambio, precisamente, en la actividad que mejor conoce y donde puede tener posibilidades de continuar como trabajador activo. Esta omisión, siguiendo la doctrina clásica, constituye falta de causa de la obligación, pues de esa manera el compromiso que adquirió el actor, -que como se dijo afectaba su libertad de trabajo-, quedó sin fundamento o razón de ser, lo cual constituye un vicio de esa obligación, pues “No es posible, en el campo del derecho, que la persona se obligue, o esté obligada, sin que exista un fundamento racional y justo que haya producido el vínculo obligatorio” (Alberto Brenes Córdoba. Obligaciones y Contratos, N° 35). Ese vicio afecta la validez del contrato a la luz de lo que dispone el artículo 627, inciso 3, en armonía con el 835, inciso 1°, ambos del Código Civil y vicia el contrato con nulidad absoluta. Ese razonamiento, de origen puramente civil, resulta aplicable en la especie de conformidad con el numeral 15 del Código de Trabajo.

No hay duda sobre la causa del pacto, porque si no se tutela el interés legítimo empresarial, el interés del trabajador es el que se ve conculcado.

Ahora el tipo o tipos de interés sobre el cual versa el interés empresarial, es el industrial y el comercial. Se protege por tanto, la información no divulgada y la confidencial. Esto tiene íntima trascendencia para evitar la competencia desleal con la llamada “captura” de empleados, funcionarios, factores, etc., de la competencia.

En igual sentido, debe valorarse la clientela, proveedores y estabilidad de la mano de obra, porque la clientela es uno de los activos más importantes a valorar y el más vulnerable por lo que el pacto, entonces, es viable. La clave será, la protección de la confianza en el mercado, que deriva del principio de la buena fe, donde el interés empresarial en el compromiso de abstención de competencia por parte del trabajador será una realidad.

b.- El principio del “contacto relevante” del trabajador con los intereses competitivos protegidos.

Aquí es donde se conecta la efectividad del interés empresarial con las funciones desarrolladas por el trabajador en su anterior empresa. Toda empresa tiene un interés industrial o comercial susceptible de proteger, pero no necesariamente el hecho de tener clientela significa que se deban otorgar pactos de no competencia.

Para la licitud del pacto, debe estimarse la posibilidad de generar un riesgo objetivo de afectación de los intereses competitivos del patrono cuando finalice su relación de trabajo, porque se valora una dependencia mayor de la normal entre empresa y trabajador. Se valora el grado de relevancia del contacto, la mayor o menor peligrosidad competitiva del trabajador, la clientela por ser el elemento competitivo a sostener y otros, que obligan al empleador a documentar la realidad del contrato de trabajo de cada trabajador que firme el convenio. Esto es así porque en realidad no se valora la venta del bien o el servicio, sino, además de la clientela algo de vital relevancia: la información confidencial. Se establece por tanto, el contacto con la clientela y la información, es decir, el trabajador con la clientela y la información y a mayor relación, mayor riesgo y a la inversa.

c.- el objeto del pacto.

Está claro que el pacto restringe la actividad económica del trabajador durante un plazo razonable luego de finalizada la relación contractual y se trata de impedir, por tanto, que el trabajador dentro de ese plazo razonable, desarrolle una actividad competitiva con el patrono, ya sea directa o indirectamente. Para estos efectos, es necesario tener presente que uno de los límites de la libertad empresarial lo constituye las reglas del mercado y uno de los presupuestos de comportamiento de los agentes económicos, será, precisamente, el principio de la buena fe, que obliga a comportarse adecuadamente so pena de incurrir directa o indirectamente en competencia desleal o bien el trabajador mismo con la captura de la clientela o divulgación de la información si realiza el mismo giro que su ex empleador o bien es contratado por la competencia para conocer esa

información que permita la captura de la “clientela” y además, un mejor posicionamiento pero no de forma transparente.

Claro que el actuar del trabajador siempre tendrá un área relevante, pero no necesariamente es el área la que determina el contenido del pacto sino la actividad misma, lo que motiva a pensar que el pacto debe abarcar el hecho de no llevar a cabo la misma actividad que el patrono durante un tiempo determinado y si se pacta la obligación de no divulgación, con mayor razón el nudo gordiano estará libre de desataduras.

d.- Compensación económica del pacto de no competencia como requisito de validez.

Un aspecto importante del pacto y requisito de validez, es la compensación económica. Así lo entendió la Sala Segunda en el voto último citado con la consecuencia determinada.

Las preguntas serán: cuál es la adecuada cuantificación, cuando y como se otorga?

Pues bien, con la primera interrogante surgen dos más. En efecto, bastará la fijación de la compensación económica o si por el contrario, se precisa de un pago. Se estima que el requisito de validez se sustancia con la fijación y el pago. Ahora, con esta última palabra, el pago, surgen dos inquietudes más: el pago será previo o bien, una vez que inicie el plazo contractual de no postcompetencia.

Hay algo que está claro: la compensación económica es necesaria⁶, obligatoria e indisponible. Se estima que la satisfacción de la compensación puede hacerse durante el contrato de trabajo o bien después de extinguida la laboralidad de la relación jurídico material, pero la cuantificación es la que debe determinarse.

⁶ En derecho comparado, el Código Civil italiano establece en el artículo 2125 que el pacto sera nulo si no se pacta una compensación económica a favor del trabajador y en igual sentido, el Código de Comercio alemán, parágrafo 74.

Como en este tipo contractual prevalece la autonomía de la voluntad y del mutuo acuerdo de las partes, es que corresponde a ambos y conforme a sus intereses, la fijación, sin embargo, ya la Sala Segunda estimó que la cuantificación correspondía al salario que correspondió al trabajador⁷. Se encuentra, por tanto, un límite a la autonomía de la voluntad de las partes, siendo el salario del trabajador en ese caso, el mínimo a estimar⁸, porque se parte de que ese pacto no implica una inactividad total del trabajo sino una obligación de no hacer respecto de un tema determinado y además no debe reajustarse conforme la vigencia del pacto, pues sería desproporcionado para el patrono.

Por otro lado, se considera que dentro de ese monto se cubre la denominada indemnización por clientela y otros rubros, es decir, por consecuencia de la vigencia del pacto no podrá acceder al mismo tipo de labor que desempeñó en la empresa y obtener clientela.

Ahora bien, oportunidad para el pago. Se considera que es válido el pago durante la vigencia de la relación laboral porque el trabajador puede verse beneficiado con ese dinero, o bien puede recibir parte de ese pago “a cuenta” y el resto durante la vigencia de la validez del pacto de no competencia postcontractual y conforme al plazo acordado.

Sin embargo, la fijación, por ejemplo, puede ser el mejor salario de los últimos seis meses, el promedio salarial semestral u otros parámetros objetivos que beneficien la restricción de una libertad por determinado plazo, no obstante, el pago puede hacerse una vez que se extinga el contrato de trabajo y entre en vigencia el pacto de no competencia fuera de la relación contractual..

Así, una vez finalizado el plazo postcontractual de no competencia, la firma de un finiquito es necesaria.

⁷ Véase voto 03-0089 de 9:10 horas del 28 de febrero del 2003.

⁸ Que en realidad sería la unidad para determinar en procesos laborales las indemnizaciones.

e. naturaleza de la compensación económica y oportunidad de cancelar el bono como parte del pacto de no competencia.

La compensación económica, de estimarse salario, está sujeta a las cargas sociales que por principio de solidaridad social corresponde. Si se considerase indemnización, cabría esgrimir la compensación por un perjuicio que se causa al trabajador al restringirse su libertad de iniciativa económica e impedirle desarrollar su capacidad profesional en una actividad donde sus aptitudes personales y profesionales pudieran ser más eficientes. En relación con el carácter salarial de la compensación económica por el pacto laboral de no competencia, se puede alegar que el pacto es ejecución de una obligación nacida del contrato de trabajo y por tanto, el pago sigue la naturaleza del salario y además porque se le estaría compensando un salario que de otra forma percibiría el trabajador si no hubiere suscrito el pacto.

No obstante, por virtud del tipo contractual, se parte de obligaciones asumidas por las partes voluntariamente y representa por tanto, una retribución contractual y no necesariamente la salarial o la indemnizatoria, pero además, dependiendo el caso, puede estimarse el carácter retributivo, salarial o indemnizatorio. En ese sentido, el utilizar el término salarial puede tener repercusiones fiscales y la indemnizatoria igualmente, siendo necesario someter el punto a la auditoría para determinar como contabilizaría un extremo de esta naturaleza de acuerdo a las NIC's y como operarán, por tanto, los llamados escudos fiscales.

Ahora bien, puede pensarse en la posibilidad de considerar lo siguiente: si el pago se realiza dentro de la vigencia de la relación laboral, puede estimarse como un salario más con las correspondientes cargas por cotización a la solidaridad social y se comprendería como una indemnización si ha fenecido el contrato de trabajo y accede por consecuencia inmediata el pacto de no competencia postcontractual.

Tipos de cláusulas:

Se estima que los anexos contractuales laborales deben ser escritos, dependiendo tiempo y espacio, es decir, el operador económico procederá a establecer las

condiciones, tutela y otros de la información protegida y la no competencia del trabajador. Debe ser así ya que las nuevas regulaciones contenidas en la ley 7475 (Ronda de Uruguay), la 7975 de información no divulgada, la ley 8039 de Procedimientos de Observancia de los Derechos de Propiedad Intelectual y los numerales 23 y 71, ambos del Código de Trabajo, en mi opinión, por consecuencia de la especialidad y manejo de la información deben estar claramente determinadas en el contexto contractual, toda vez que la ley obliga a la persona física o jurídica a otorgar contrato laboral escrito y a tomar las precauciones necesarias para evitar que la información sea adquirida o utilizada por terceros sin consentimiento y para ello, la carga de la prueba le corresponde al empresario o director en su caso.

5.- Sanciones por divulgación y otros.

El legislador patrio ha otorgado variedad de normas penales por virtud del acceso, captación, divulgación, pero no limitados, sobre información confidencial, secretos, etc. Se ubican, entre otros, los artículos 49 y siguiente⁹ de la Ley 8039 de Procedimientos de Observancia de los Derechos de Propiedad Intelectual, la revelación de secretos contenido en el Código Penal, los artículos 196 bis, -violación de comunicaciones electrónicas-, el 242, ambos del Código Penal, etc.

9

Artículo 49: Divulgación de secretos comerciales o industriales

Será sancionado con prisión de uno a tres años quien divulge, sin autorización del titular de secretos comerciales o industriales, información confidencial conocida por razón de su oficio, empleo, relación contractual o profesión, de modo que pueda causar **perjuicio** al titular.

Para los efectos del presente artículo, así como de los subsiguientes de esta sección, se utilizarán, para fines de interpretación, los conceptos de secreto comercial o industrial e información no divulgada contenidos en la Ley de Información No Divulgada N° 7975, del 4 de enero del 2000.

Si un funcionario público es quien revela la información no divulgada, se le impondrá, además de la pena privativa de libertad, inhabilitación de uno a dos años para el ejercicio de cargos y oficios públicos.

Artículo 50: Obtención de Información no divulgada por medios ilícitos

Será sancionado con prisión de uno a tres años quien, por medios ilícitos o desleales, obtenga información no divulgada.

Además, hay una variedad de normas en el derecho administrativo¹⁰ y civil que permiten la tutela de protección de secretos, información no divulgada y otros, tales como el numeral 273 de la Ley General de la Administración Pública, el numeral 2 de la Ley 8220, los art. 17 y 67 de la Ley 7472 de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, el art. 9 de la Ley 7975 de Información no Divulgada, el art. 90 y 189 ambos del Código de Comercio, etc., arts. 102 y sgtes de la Ley de Mercado de Valores.

Sin embargo, no debe olvidarse los Códigos de ética, que en la empresa y en la función pública se han incorporado como normas morales para el adecuado comportamiento. No obstante, para efectos de recabar prueba, hay que proceder con la cautela necesaria, de lo contrario, puede producirse prueba espúrea y generar un delito o bien perder esa prueba en el proceso¹¹.

Que es lo que se tutela y que se busca? Se tutela la transparencia del mercado y la economía social de mercado, además del derecho de propiedad del interesado. Los competidores deben regirse por normas de buena fe para

¹⁰ Consúltase el dictámen 003-2003 de 14 de enero del 2003 de la Procuraduría General de la República, que determina que:

1. Conforme los principios que rigen la ética de la función pública, los servidores públicos deben usar los recursos públicos para el cumplimiento de sus fines, sin desviaciones que signifiquen traspaso de recursos públicos a fines particulares ajenos al servicio. Este uso está, además, relacionado con la eficacia y eficiencia en la prestación de las funciones y servicios públicos.
2. Los medios tecnológicos que la Administración Pública pone a disposición del servidor público para efectos del cumplimiento de sus funciones constituyen fondos públicos,
3. Dada la naturaleza y en virtud de la definición de competencia de los órganos de control interno, se sigue que las Auditorías Internas pueden fiscalizar el uso que los servidores públicos hagan de esos medios tecnológicos.
4. En ejercicio de ese control, las auditorías pueden fiscalizar el acceso de los servidores a los distintos servicios que la red Internet ofrece, así como a los archivos que el servidor almacene en el equipo de cómputo propiedad de la entidad. Ese acceso debe estar determinado por el control de los fondos públicos y debe estar provisto en las políticas y normas que la Institución haya establecido sobre el manejo y uso adecuado de la informática.
5. En razón de las prescripciones sobre el secreto de la correspondencia, los órganos de control interno están impedidos de captar el proceso de comunicación que realicen los funcionarios públicos y particularmente, imponerse del contenido de la comunicación electrónica, aún cuando esta correspondencia se transmita por medio de la infraestructura de la institución.
6. En ese sentido, la Auditoría Interna debe limitarse a conocer la presentación de los correos según los formatos usuales de éstos.

¹¹ Consúltase el fallo 2003-00797 de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, de las quince horas del dieciocho de diciembre del dos mil tres, así como el artículo 196 bis del Código Penal.

que se garanticen sus secretos y que no haya competencia desleal, eso otorga confianza de cara a competidores, consumidores y a terceros. Además, la protección de la intimidad también se ve tutelada, pues ya la Sala Constitucional ha otorgado sendos votos para la protección de la información y de datos, voto 8996-02 de las diez horas treinta y ocho minutos del trece de setiembre del año dos mil dos entre otros.

Por virtud de lo anterior, de ocurrir la captura de trabajadores y funcionarios de una empresa con acceso a información sensible y confidencial por parte de un tercer competidor y que tienda a evitar, por ejemplo, el I + D o bien los costos por conocimiento o de acceso al mercado apropiándose indebidamente de conocimientos e información para obtener la clientela sin justa causa y con ausencia de buena fe, debe estimarse que lo que el ordenamiento jurídico tutela, además de la competencia desleal, es la divulgación de la información no autorizada y esto es diferente a la llamada propaganda desleal, también tipificada como delito. Esta es la clave de la importancia de las llamadas cláusulas de no competencia y claro está, quedan aspectos interesantes de comentario, como el caso de los derechos de autor para el trabajador, si ejerce los mismos a terceros no competidores, etc.

En cuanto a casos concretos, en el medio costarricense los hay y notorios.