

**ASPECTOS Y COMPLEMENTOS QUE DEBEN
EXAMINARSE DENTRO DE LOS CONTRATOS
LABORALES DE LOS EMPLEADOS DE FRANQUICIAS
INFORMÁTICAS PARA EVITAR TRANSGRESIONES A LA
PROPIEDAD INTELECTUAL**

CLAUDIA PATRICIA GARCIA CAICEDO



**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE CIENCIAS JURÍDICAS
SANTIAGO DE CALI, 15 DE JULIO DE 2021**



**ASPECTOS Y COMPLEMENTOS QUE DEBEN
EXAMINARSE DENTRO DE LOS CONTRATOS
LABORALES DE LOS EMPLEADOS DE FRANQUICIAS
INFORMÁTICAS PARA EVITAR TRANSGRESIONES A LA
PROPIEDAD INTELECTUAL**

Claudia Patricia García Caicedo

Trabajo de grado dirigido por:

Andrea Sánchez Quijano

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS
MAESTRÍA EN DERECHO EMPRESARIAL
SANTIAGO DE CALI, JULIO DE 2021**

DEDICATORIA

A mi extensa familia biológica, especialmente a mis padres que me inspiraron para tomar este camino y a mis abuelos que me guían desde las alturas.

A mi familia elegida, la escogida, la que me regaló la vida.

AGRADECIMIENTOS

Agradezco a la Dra. Paulina Sánchez Quijano; Docente de la facultad de Ciencia Jurídica y Política de la Pontificia Universidad Javeriana Cali, por las horas dedicadas a la dirección del presente trabajo, por sus aportes invaluable y su visión sobre la problemática planteada.

Finalmente agradezco a los distintos profesionales, colegas y amigos por sus distintas contribuciones y aportes para la construcción del presente escrito.

TABLA DE CONTENIDO

DEDICATORIA.....	3
AGRADECIMIENTOS	4
INTRODUCCIÓN	7
CAPÍTULO I	9
PROYECCIÓN LABORAL EN LAS FRANQUICIAS DE PRODUCCIÓN TECNOLÓGICA.....	9
Riesgos en las relaciones laborales en las franquicias informáticas	10
Franquicias informáticas y el contrato laboral	13
CAPÍTULO II	18
DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA, SOBRE LAS TRANSGRESIONES A LA PROPIEDAD INTELECTUAL, POR PARTE DE LOS EMPLEADOS DE FRANQUICIAS INFORMÁTICAS, ANTE LA AUSENCIA DE PACTO EXPRESO EN EL CONTRATO LABORAL	18
CAPITULO III	27
¿QUÉ ELEMENTOS Y ASPECTOS SE PROPONEN COMO APLICABLES EN LOS CONTRATOS LABORALES, QUE PERMITAN A LAS EMPRESAS COMERCIALES INFORMÁTICAS MITIGAR EL RIESGO DE TRANSGRESIONES A LA PROPIEDAD INTELECTUAL POR PARTE DE SUS EMPLEADOS?	27
CONCLUSIONES.....	37
Bibliografía	40



INTRODUCCIÓN

Se aborda el presente escrito a fin de generar el debate sobre la protección de la propiedad intelectual a través del contrato laboral y frente al negocio jurídico de franquicias informáticas en Colombia.

La discusión que se propone tiene por objeto encontrar los aspectos, complementos o mecanismos que se pueden utilizar por los empleadores franquiciados para evitar las transgresiones a la propiedad intelectual. Para ello se recurrió al estudio de las manifestaciones que sobre el tema hubiese expresado la doctrina y la jurisprudencia.

Los empleadores de franquicias informáticas conocerán algunos elementos que se proponen para evitar o mitigar dichas transgresiones y proteger los desarrollos, conociendo e identificando los elementos que pueden generar responsabilidad del empleado una vez se suscribe el contrato laboral; la franquicia al ser un contrato innominado y comercial, no deja de lado la responsabilidad jurídico contractual que emana de la firma del contrato de trabajo, el cual permite el desarrollo de actividades que se enmarcan en el presente escrito.

Se identificarán los compromisos y responsabilidades de las partes, pero especialmente del trabajador informático, en lo que le atañen, tanto en el desarrollo de la entrevista previa a la vinculación laboral, como en el clausulado del contrato y del desarrollo de la labor contratada.

Para efectos de responder el cuestionamiento planteado se llevó a cabo una exploración básica, tendiente a generar conocimiento a partir de herramientas

jurídicas, acogiéndose a la dogmática jurídica, para lo cual se acudió a las leyes colombianas, doctrina nacional e internacional y a conceptos emitidos por diferentes entidades nacionales y supranacionales.

Finalmente se abordarán los posibles pronunciamientos de la jurisprudencia y doctrina y se concluirá sobre los elementos y aspectos aplicables a los contratos laborales, que permitan a las empresas comerciales informáticas mitigar el riesgo de transgresiones a la propiedad intelectual por parte de los empleados.

CAPÍTULO I

PROYECCIÓN LABORAL EN LAS FRANQUICIAS DE PRODUCCIÓN TECNOLÓGICA

De acuerdo al código sustantivo del trabajo artículo 22, el contrato de trabajo es aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona, natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración; a partir de este precepto, la teoría del contrato laboral establece que todo aquel que presta el servicio o desempeña la labor se denomina trabajador, para quién se realiza empleador y la remuneración sin importar su naturaleza, salario.

Continuando con el planteamiento de elementos básicos del contrato, no existe discusión respecto a que para que exista un contrato de trabajo se deben presentar tres elementos: Inicialmente, una actividad que debe ser realizada personalmente por el trabajador, un claro factor de subordinación o dependencia de dicho trabajador con respecto al empleador, quien tiene el derecho de exigir el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento durante el tiempo de ejecución del contrato. Por último, el salario, representado en dinero o en especie, como retribución al servicio prestado. (CONGRESO DE LA REPUBLICA , 2007)

Respecto de las clases de contratos laborales, la doctrina establece que este puede ser verbal, en tanto se realice de este tipo, toda vez que el empleador y el trabajador deben ponerse de acuerdo por lo menos en el tipo de trabajo y lugar, valor y forma de remuneración, sea ésta por unidad de tiempo y periodos que regulen su pago; y por último la duración del contrato. Por el contrario, puede ser escrito, si incluye en sus cláusulas acordadas “la identificación y domicilio de las partes; el lugar y la fecha de su celebración; el lugar en donde se haya contratado el trabajador y en donde haya de prestar el servicio; la naturaleza del trabajo; la cuantía de la remuneración, su forma y periodos de pago; la estimación de su valor,

en caso de que haya suministros de habitación y alimentación como parte del salario; y la duración del contrato, su desahucio y terminación.” (CONGRESO DE LA REPUBLICA , 2007)

En obediencia a su duración, los contratos pueden ser clasificados en: i) A término fijo: Debe ser realizado por escrito y su duración no puede ser superior a tres (3) años; si al término del contrato ninguna de las partes ha avisado por escrito la terminación en un término no inferior a 30 días, este será renovado por un tiempo inicial al pactado; sin embargo si el contrato es inferior a un (1) año, sólo puede ser renovado en hasta por tres (3) periodos iguales, al cabo de los cuales la renovación no puede ser inferior a un año. ii) Término indefinido: Un contrato cuya duración no se encuentre expresamente indicada, o no corresponda a una obra o labor se considera a término indefinido. Este tiene vigencia mientras existan las causas que dieron origen y la materia del trabajo. (CONGRESO DE LA REPUBLICA , 2007)

Riesgos en las relaciones laborales en las franquicias informáticas

En el caso de empresas generadoras de bienes intangibles, tales como las franquicias informáticas, se observa un alto riesgo que para las partes, normalmente ante un empleado, como un programador o desarrollador, que realice manejos impropios de la información que manipula, violando algunos elementos del contrato de franquicia y del contrato de trabajo, tales como la reserva en cuanto a activos propiedad del franquiciador, sustracción de las materias primas intangibles o productos elaborados, uso de los útiles o herramientas suministradas por el empleador en objetos distintos al del trabajo contratado, ya para provecho propio ya para derivar dicha información a un tercero o competencia. (Bisogno, 2004)

De esta manera, se plantea aplicar elementos propios de la teoría del contrato laboral, así como las decisiones judiciales consolidadas en la

jurisprudencia ídem, para señalar los elementos del contrato laboral que pueden ayudar a mitigar este problema fáctico por el que atraviesan las franquicias internacionales que, con intención de ingresar en el mercado de la explotación datística y el análisis de datos, se han servido del modelo de contrato de franquicia para garantizar su expansión y crecimiento. (Plazas, 2010)

Según Ferrer (2018), el método más idóneo para el establecimiento de riesgos y amenazas, dentro de cualquier estudio del estado de la seguridad de información en una empresa, debe partir de una aproximación a la organización, donde la entrevista resulta ser un mecanismo para lograr en la empresa “entender los diferentes aspectos que la conforman, tanto en el aspecto tecnológico, como en los procesos críticos, los cuales a su vez, son soportados por las aplicaciones y la infraestructura tecnológica” (p. 18). Para Sánchez (2012), existen dos categorías para determinar el factor del riesgo, el primero hace referencia al análisis cuantitativo del riesgo, esencialmente en términos de recursos económicos, buscando valores e informes económicos que se han estudiado, donde los resultados se verán reflejados en porcentaje, y el valor monetario. El segundo consiste en el análisis cualitativo del riesgo se encuentran por lo general de manera subjetiva, la interpretación de la calidad del estudio.

Se desprende de estas afirmaciones, que en un sistema de seguridad de la información en una empresa es importante llevar a cabo un tratamiento en la gestión de riesgos de dicha área, esto se logra con la elaboración de una política ejecutada por la dirección de gestión de tecnología de la empresa (Bisogno, 2012). Al ser un actor importante para examinar las contingencias de la seguridad de la información, cumpliendo los objetivos de la organización y con aprobación del comité de la seguridad de la información, se realiza una valoración periódica para observar las irregularidades y situaciones del control sistemático de la información, los más consecuentes son: Cambios en los activos, amenazas al sistema, vulnerabilidades e impactos que ocasionen pérdidas significativas para la organización; los

tratamientos para evitar riesgos son: Disminuir la probabilidad de ocurrencia; disminuir el impacto, transferir los riesgos y retener los riesgos.

Según Pérez y Zuleta (2010), resulta importante dentro de la gestión de riesgos, crear un subproceso de comunicación de los riesgos: “El objetivo de este subproceso es crear un enlace entre los involucrados en los proyectos de desarrollo de software para socializar los niveles de experiencia en la gestión de riesgos” se establece por lo tanto un enlace de retroalimentación en la gestión de riesgos que permite determinar mejor la estructura de los mismos, así como divulgar los resultados del proceso de detección y definición de riesgos.

Para Bisogno, resulta difícil alcanzar una medida o estimativo preciso de seguridad, aunque en cualquier entorno informático debe considerarse de gran importancia. Para éste autor y otros, los principios de seguridad no contemplan la disponibilidad, pues dicho aspecto depende de la naturaleza y propósito del sistema específico; por lo tanto, la explicación que se da de los principios de seguridad es la:

Confidencialidad: Estado para garantizar que la información sea accedida únicamente por las personas autorizadas y capacitadas en el campo cumpliendo la función establecida por la empresa; la confidencialidad está asociada a la privacidad de la información. Por otra parte, cuenta la integridad, como condición que garantiza la información es consistente o coherente, esta tiene una relación con la veracidad de la información.

Lo anterior permite establecer una dimensión para la seguridad de la información formando estrategias para la información del activo principal, con la colaboración de las políticas, control de seguridad lo anterior permitirá establecer y minimizar el riesgo dirigido al activo lo que consentirá proteger no solo la información si no también el sistema que almacena.

En relación con la tesis de la naturaleza autónoma del Contrato de Trabajo, autores como De la Cueva (2005). Se pueden señalar dos posiciones principales donde contractualistas y relacionistas fundamentan el contrato, ya sea en el propósito de establecer la institución jurídica que mejor represente la prestación de trabajo, como las relaciones entre empleador y trabajador, pasando por el hecho o acto que les da origen. Esto, sin dejar de lado el carácter tuitivo que distingue al Derecho Laboral.

Tal como lo indica el tratadista de derecho Romano Petit (1979), los primeros intentos de establecer el origen de la relación laboral, se remontan al Derecho Romano, donde tradicionalmente el derecho antiguo estimaba una *Locatio operarum* donde aquellos servicios prestados por los profesionales liberales, se encontraban basados en la contraprestación de una remuneración llamada "honorarium".

Por su parte, la tesis contractualista, marcada por los primeros planteamientos liberales (Camerlynck, G.H. y Lyon-Caen, 1974), muestran que el contrato de trabajo es el negocio jurídico bilateral que hace nacer la relación de trabajo entre los dos sujetos contratantes, trabajador y empresario. Tal como señala el contrato de trabajo cumple la doble función de ser la fuente constitutiva de la relación laboral y de regular las condiciones en que dicha relación ha de desenvolverse, a través de los pactos que tengan.

Franquicias informáticas y el contrato laboral

En este punto, es importante dejar claro que el código sustantivo del trabajo determina en su artículo 55, que el contrato de trabajo, como todos los contratos, debe ejecutarse de buena fe y, por consiguiente, obliga no sólo a lo que en él se

expresa sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la relación jurídica o que por la ley pertenecen a ella.

De otro lado la franquicia puede entenderse como “una modalidad de distribución y marketing a través de la cual el franquiciador concede a una persona física o jurídica - el franquiciado - el derecho a operar con un concepto de negocio, comercializando un producto o prestando un servicio bajo el formato de negocio del franquiciador y bajo su propia marca” (Plazas, 2010). Por su parte el llamado franquiciado o franquiciante, es aquel “inversor, físico o jurídico que adquiere el derecho de comercializar un determinado concepto de negocio y todos los métodos inherentes a él, desarrollados por el franquiciador. A su vez, mantendrá vínculos con este último para recibir asistencia tanto inicial como continuada”. (Plazas, 2010) . Y el Franquiciador o franquiciatario “es una persona física o jurídica que ha desarrollado un negocio bajo un método determinado, referente a un producto o servicio y que busca su expansión a través de la búsqueda de inversores a los que otorgará el derecho a operar bajo su marca y con su método operativo y organizativo. El franquiciador prestará una asistencia inicial y continuada a dichos inversores -franquiciados - a través del asesoramiento, entrenamiento y orientación para el desarrollo del concepto de negocio”. (Plazas, 2010).

Para Muñoz (2019) la incorporación de la cláusula de confidencialidad dentro del contrato de trabajo tiene la finalidad de garantizar que, una vez que se acabe la relación profesional entre el empleado y la empresa, este no va a desvelar secretos acerca de su funcionamiento, su gestión o cualquier otro tema similar a la siguiente compañía en la que trabaje, sobre todo, si puede enclavarse dentro de su competencia. En muchas ocasiones, esta también hace referencia al período en el que el subordinado está ligado laboralmente a la organización.

Esta cláusula, para que sea vigente, debe ser incorporada en el contrato de trabajo. En este sentido, cuando su consenso se debe al ascenso interno de un empleado determinado, se recogerá como un anexo posterior en el caso que en el documento original no figurase. En cualquier caso, es frecuente que se incluya para empleados de todas las categorías.

Dentro de la redacción de la cláusula de confidencialidad deben aparecer una serie de datos. En concreto, ha de especificarse la duración por la cual será vigente y que no tiene por qué reducirse al período de validez del contrato laboral. Esto quiere decir que, aunque la relación laboral concluya, la obligación de no desvelar informaciones acerca de la compañía puede seguir en vigor. Eso sí, siempre y cuando se haya especificado claramente.

Toda la información de una empresa no puede ser confidencial. Por este motivo, la legislación exige que se especifique con claridad qué datos no pueden ser revelados. Habitualmente, estos suelen tener relación con los procedimientos y sistemas organizativos de la empresa, los clientes, el 'software' informático utilizado, etc. (Muñoz, 2019)

Por su parte, es muy habitual que la empresa que redacta el contrato haga a su empleado responsable de custodiar la información con la que trabaja habitualmente. Esto implica que se compromete a no usar los datos y documentos de su ordenador ni a revelar su contraseña personal para fines que no sean estrictamente laborales. Tampoco podrá hacer copias usando discos duros, memorias externas, etc. (Muñoz, 2019).

Ya la Sentencia 299 del 21 de septiembre de 1.998 de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, había expresado: “la fidelidad, debe entenderse

a la luz del pensamiento moderno como sinónimo de probidad, lealtad, honradez y buena fe, que obliga por igual a los trabajadores y a los patronos. Se habla entonces de la buena fe-lealtad, que se refiere a la conducta de la persona que considera cumplir realmente con su deber, en un sentido ético y moral, distinta de la buena fe - creencia que se refiere al campo del conocimiento".

Descendiendo entonces al análisis que nos compete, del contrato laboral frente a su homólogo de franquicia informática, que desembocan en transgresiones a la propiedad intelectual, tenemos algunos aspectos que generan riesgos relacionados en el tema de labores sobre intangibles y que de existir aumentan las probabilidades de ocurrencia, de las transgresiones a la propiedad intelectual del empleador franquiciado de intangibles informáticos:

- Divulgación del trabajador de la información a la que tiene acceso, desarrolla, mejora o transforma, como activo intangible para el desarrollo de su cargo en la franquicia informática, ligada con la ausencia de privacidad de la información, entregada por el empleador franquiciante.
- En concordancia con el riesgo anterior, la conducta atentatoria contra la custodia de la información intangible, compartiendo y usando datos y documentos del desarrollo de la franquicia informática, incluso accesos o claves personales, realización de copias informales, ilegales, del desarrollo realizado, mediante el uso de discos duros, memorias externas o por cualquier otro medio físico o electrónico.
- Infidelidad del empleado frente al empleador franquiciante, ya por filtración de los avances de los activos intangibles, software, generando ausencia de probidad, lealtad, honradez y buena fe, no por medio de usos objetivos, sino de forma subjetivos, filtrando el activo intangible a terceros ya de voz o por

compartir el conocimiento personal adquirido de manera directa a un tercero o competencia.

- Independencia del empleado de franquicia informática, no en cuanto a contravención al horario laboral o a la subordinación jurídica objetiva, como elementos esenciales del contrato laboral, sino en el manejo del secreto del intangible desarrollado, generando falta de seguimiento en la información entregada, lo que concibe imposibilidad de regular las condiciones en las que dicho activo debe generarse, resguardarse y especialmente desenvolverse.
- Inclusión de restrictivas pero estandarizadas cláusulas, en el contrato de trabajo, siendo inanes respecto de la responsabilidad directa del trabajador de franquicia informática, de custodiar la información que se le debe confiar para el desarrollo de su cargo, de la prohibición de usar en beneficio propio los datos o desarrollos informáticos entregados, desarrollados e incluso inventados, de compartir con terceros.
- Silencio sobre la obligación de ejecutar de buena fe el contrato de trabajo: Ante la ausencia de manifestación expresa sobre dicha ejecución en el contrato laboral, teniendo en cuenta que el empleador de una franquicia informática, tiene el recurso de obligar a su trabajador por esta vía no sólo a lo que en él se expresa sino, a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza especialísima de la relación y el manejo, custodia, seguridad, confidencialidad y perjuicios que se pudiesen generar por dicha transgresión.

CAPÍTULO II

DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA, SOBRE LAS TRANSGRESIONES A LA PROPIEDAD INTELECTUAL, POR PARTE DE LOS EMPLEADOS DE FRANQUICIAS INFORMÁTICAS, ANTE LA AUSENCIA DE PACTO EXPRESO EN EL CONTRATO LABORAL

Se analiza el cuestionamiento que se ha generado en este escrito, a partir de diferentes pronunciamientos de la jurisprudencia y doctrina, las cuales han sido extremadamente escasas o mejor casi nulas en nuestro país, por ello iniciamos un recorrido por la jurisprudencia y doctrina, no solo a nivel nacional sino en el ámbito de derecho comparado.

La ciencia económica enseña que los mercados no funcionan correctamente sin instituciones que los apoyen. En especial, una economía de mercado necesita de una adecuada noción de derecho de propiedad. Estas instituciones suelen entenderse como el conjunto de leyes, jurisprudencia, doctrina, costumbres e incluso usos que contribuyen a delimitar los derechos de cada individuo en relación con la apropiación, utilización e intercambio de los bienes o servicios producidos. (Fernández de Castro, 2008)

En los países industrializados la figura de la franquicia goza de una amplia difusión y aplicación incluso dentro de las pequeñas y medianas empresas. En este sentido, existe un marco jurídico consolidado que orienta a los empresarios en el mundo de la franquicia; por ejemplo, existen países como Bélgica, Francia, Italia, España y Grecia que cuentan con un régimen legal; aunque también existen países como Alemania y Austria que carecen de una regulación específica sobre el particular, no obstante, se encuentra una profunda tradición jurisprudencial sobre esta institución, que hace posible una combinación de elementos de diversos tipos contractuales, y de marcos legales que, como el derecho comercial, tienen en mayor o en menor medida una participación en la configuración del contrato de franquicia.

En contraste, existen países donde, el marco jurídico es casi inexistente como en Colombia, o bien países que, como Vietnam, han dudado en adoptar un marco jurídico amable con la inversión extranjera. (Cámara de comercio, 2009)

La jurisprudencia ha sido prolífica en relación con los deberes precontractuales de aclaración por parte del franquiciador, pero calla en relación con deberes precontractuales, contractuales que pueden corresponder al franquiciado y a sus empleados, sobre los deberes laborales y sobre la vulnerabilidad del secreto propio de este tipo de contratos. Adicionalmente, los tribunales de arbitraje, han advertido la prohibición de “venire contra factum proprium” que dispone que nadie puede ir en contradicción de su conducta previa, pues las personas están obligadas a actuar de buena fe, y en consecuencia deben propender por el cumplimiento de sus deberes conforme lo requiere usualmente el tráfico jurídico. (Oberlandesgericht, 1994).

Nada se manifiesta sobre la contratación de empleados o régimen laboral.

La doctrina general indica que, tan pronto como se da inicio a la etapa precontractual, las partes tienen el deber recíproco de informarse hasta cierto punto, de aquellos hechos que pueden tener un efecto determinante en el proceder de su contraparte, de lo contrario, se dará lugar a la denominada culpa in contrahendo que genera un deber de indemnización aun en aquellos casos en que las negociaciones contractuales no llegan a término. (Von Tour, 2009).

Dicha indemnización hace referencia a las partes, no se detiene a analizar, cómo se traslapa el presupuesto en el tema del franquiciado y sus empleados.

Sobre el alcance de la información relevante a fin de cumplir la obligación precontractual de información, parece existir consenso discutido por la doctrina, la estructura poblacional donde ha de tener impacto la franquicia, la existencia de

competidores y sus fluctuaciones, y las ventajas y desventajas del lugar sugerido para la franquicia. (Oberlandesgericht, 1995).

La doctrina suele incluir como información vital los datos sobre la mano de obra (empleados) y capital requeridos para el desarrollo de la franquicia, naturaleza y contenido del “know - how”, el saber cedido o la empresa mediante información relevante y sensible, y datos de costos y facturaciones del sistema de franquicia en cuestión. La existencia de manuales o cursos de entrenamiento insustanciales o inútiles por presentar información general o poco determinante generan responsabilidad a cargo del franquiciador; corolario de lo anterior, la jurisprudencia advierte el deber que le asiste al futuro o potencial franquiciado y al franquiciador de compartir información veraz. Esto significa para el franquiciador, que éste debe poner en conocimiento información sobre las posibilidades de éxito de la franquicia, acogido a la veracidad de las cifras empleadas para la comparación de su sistema de franquicia con otros franquiciados, y sobre el nivel de capital requerido para el éxito de ésta franquicia. (Oberlandesgericht, 1994)

Asimismo, se entiende que cuando el franquiciador se encuentra obligado a indemnizar por haber formulado datos erróneos, y con ello haber incumplido su deber precontractual de aclaración, no puede alegar concurrencia de culpas por parte del franquiciado, por haber obrado de manera irreflexiva o imprudente, y haber confiado en las recomendaciones del franquiciador, la única frontera a la responsabilidad del franquiciador por haber suministrado datos erróneos es el evento en que a su juicio, el juez considere que el franquiciado ha presentado gastos excesivos (Oberlandesgericht, 1994)

Por otro lado, si se llega a producir un engaño al franquiciado con ocasión del deber de aclaración, el derecho civil reconoce la posibilidad de impugnar dicho negocio alegando dolo y solicitar el reintegro de los pagos que se hayan hecho a raíz del perfeccionamiento del contrato de franquicia. (Bundesgerichtshof, 1994)

En Colombia, hasta el momento no existe una ley que regule el funcionamiento de las franquicias, menos aún información relevante sobre las transgresiones planteadas por parte de los empleados de dichas franquicias en materia laboral; sin embargo, vale la pena recordar que para controlar el desarrollo ordenado de la franquicia en el país, se creó el “Código de ética para franquicias en Colombia” este código entra en vigencia a partir del 4 de diciembre del 2012, tal como se resume en la información de COLFRANQUICIAS.

En dicho Código se incorpora la definición de franquicia, determinando que, en el desarrollo de cada negocio de franquicia, el franquiciante deberá prestar, de manera continua, apoyo y asistencia comercial y técnica a sus franquiciados, según se prevea en las estipulaciones y por la duración acordada en un contrato de franquicia escrito, celebrado entre las partes a tal efecto...”. (Cámara de Comercio de Medellín, 2018).

Relaciona los principios rectores de las franquicias, las obligaciones del franquiciante, destacándose la obligación de proporcionar a sus franquiciados: a) Los manuales de operación, técnicos y comerciales del negocio a franquiciar. b) La capacitación y asistencia comercial y/o técnica que el franquiciado requiera durante toda la vigencia del contrato, bajo las condiciones previstas en el respectivo contrato de franquicia, y se enumeran las obligaciones del franquiciado ampliamente. (Cámara de Comercio de Medellín, 2018).

Es frecuente encontrar la existencia de un contrato marco, porque los franquiciadores establecen unas mismas pautas contractuales para todos los franquiciados y no suele presentar grandes cambios a largo plazo (Lafontaine y Kaufmann, 1994). Un hecho importante que ha sido objeto de investigación es el estudio de las diferencias que existen entre pactos contractuales al inicio del proceso de comercialización, y cuando se ha alcanzado los objetivos óptimos de mercado, los resultados obtenidos demuestran que no existen grandes variaciones

en estas modalidades de contratos a lo largo de este periodo de suscripción (Lafontaine y Shaw, 1996).

El contrato de franquicia, ha tenido un gran auge en las últimas décadas por constituir una herramienta que favorece el establecimiento y expansión de cadenas de comercialización. Al lado de figuras contractuales típicas, como el mandato, el suministro para distribución y la agencia comercial, el franchising ha resultado altamente atractivo por generar beneficios para todos los involucrados. Una característica común de la franquicia es que las disputas que se presentan entre franquiciador y franquiciado en varias cuestiones se circunscriben como tal al proyecto de la venta de la franquicia misma. Disímiles clasificaciones que han sido dadas para la franquicia, dejan entrever diversas consecuencias jurídicas respecto de la responsabilidad civil que pueden surgir de un mismo contrato y muy diferentes entre sí por lo que, consideramos que no debe tratar de establecerse un procedimiento similar a la figura. (Navas, 2009)

En los casos en los que el control del franquiciador sobre el franquiciado va más allá de los límites establecidos por la naturaleza del contrato en el ámbito mercantil (cesión de derechos de propiedad intelectual y know - how), será muy difícil para aquel escapar a la responsabilidad laboral frente a los trabajadores del franquiciado. (Navas, 2009)

Ya que el contrato comercial de franquicia en Colombia, es un elemento todavía en desarrollo, lo que lleva a cuestionarse sobre el marco de protección en sede judicial que implique una protección efectiva a las partes intervinientes, en temas comerciales, consecuentemente también lo es en sede judicial laboral, sobre las transgresiones que puedan ejercer los empleados de franquicias informáticas.

Las franquicias en Colombia ya suman más de 7000 negocios establecidos y el 63% de los colombianos “estaría dispuesto a pagar por adquirir un negocio de

una empresa con marca, conocimiento y experiencia” “ Bernal (2018, p. 1), en la actualidad se conocen casos exitosos como lo es Juan Valdez o Bogotá Beer Company Barbadillo (2009), de otra mano se conocen casos como Doctor Solución, que se dan a conocer como grandes oportunidades para prosperar y conseguir su propio negocio, como se dijo en la revista Dinero (2013) “Con una inversión en mercadeo cercana al US\$1 millón, llega a Colombia el exitoso negocio brasilero Doctor Solución. Un esquema de franquicias que en menos de dos años logró 600 puntos de venta en su país.” (p. 1).

El contrato de franquicia en Colombia, no se encuentra regulado por el Código de Comercio (Decreto 410 de 1971), por lo que figura como un contrato atípico, el cual, sin regulación específica se espera que en su desarrollo práctico se pacten una serie de condiciones de obligatorio cumplimiento como se indicaba anteriormente, por las partes que actúan siempre y cuando estas estén acordes a la Ley. Respecto al contrato de franquicia se pronunció la Superintendencia de Industria y Comercio en la radicación 02085094, tramite 113, actuación 440, folios 003 el día 29 de octubre de 2002, argumentando que basado en el Decreto 2153 de 1992, no corresponde a esta entidad el manejo de información sobre los contratos de franquicia celebrados en el país y aclara que el contrato de franquicia es un contrato atípico, es decir, que se trata de un negocio jurídico que no se encuentra regulado por ninguna norma jurídica y que es producto de la autonomía privada expresada en la libertad contractual.

Igualmente manifestó que el franquiciador o franquiciante ofrece al franquiciado la posibilidad de usar su marca, su nombre, sus colores, su sistema de publicidad y su conocimiento plenamente probado para alcanzar el éxito.

De lo anterior se deduce que el contrato de franquicia contiene mínimo dos elementos referidos a su objeto: una licencia de propiedad industrial y una licencia de métodos o medios de producción y/o venta. Los contratos de franquicia en Colombia, no obedecen a unas características específicamente estipuladas, pues

son un acuerdo de voluntades que debe contener aclaraciones sobre el manejo de los derechos a conceder, de acuerdo con la normatividad nacional y acuerdos internacionales. (Vargas, 2019)

Para el caso de Colombia, miembro de la Comunidad Andina de Naciones (CAN), debe tener en cuenta temas como la propiedad industrial, técnicas y tecnologías de producción o prestación de servicios, Know How, entre otros; de igual forma debe obedecer las regulaciones del Código de Comercio de Colombia y se puede tener en cuenta la norma técnica NTC 5813 del 2010 (normatividad de franquicias, requisitos generales para la etapa precontractual, contractual y pos contractual de una franquicia), además el Código de Ética para las Franquicias en Colombia.

Las relaciones laborales que se generan entre el franquiciado y sus empleados, son plenamente autónomas de los franquiciadores, no obstante, existe evidencia que en los diferentes negocios se estaba frente a una sola persona que realizaba diferentes trabajos y con ello tercerizaba la explotación de trabajo para diversas franquicias. En el contrato de franquicia, generalmente quien realiza las funciones propias de patrono – hoy empleador- respecto de los trabajadores de la franquicia es el franquiciado al contratar, despedir, pagar salarios e impartir instrucciones laborales. (Ramirez, 2016)

A partir de esta situación, los jueces examinan diferentes posibilidades, para, sobre dichas premisas condenar o no al franquiciador a responder por las deudas del franquiciado. En derecho laboral, en términos generales el empresario es el responsable del trabajador y de las obligaciones para con él.

Ha determinado el profesor Carballo Mena, en su trabajo sobre franquicias, que la relación entre las partes del contrato de Franquicia, de otra parte, pudiere suscitar la aplicación de las normas laborales sobre los regímenes del intermediario o el contratista (artículo 54-57 Ley Orgánica del Trabajo de Venezuela), con lo que

– eventualmente – se vería comprometida la responsabilidad solidaria e incluso patronal, del franquiciante respecto de los deberes asumidos por el franquiciado frente a sus trabajadores. (Carballo Mena, 2001).

El citado documento del profesor Carballo tiene su injerencia en el derecho venezolano, (Ramirez, 2016) bien puede resultar factible en la realidad colombiana, más en lo que atañe al empleador del trabajador de la franquicia informática, que en el caso planteado propiamente dicho.

De manera tímida, la jurisdicción constitucional modulo en la Acción de tutela presentada por Leidy Marcela Serna Giraldo contra Cosechas La América Franquicia y como vinculada la Sociedad NGB Distribuciones S.A.S., la Sentencia de Tutela No. 610 A del 03 de octubre de 2017, Referencia: Expedientes T-6.045.243 y T-6.113.620, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, donde se adentró en las condiciones y formas laborales de los empleados de una franquicia, refiriendo en la providencia que, debido a la necesidad de aclarar ciertos aspectos sustanciales a la controversia, también se solicitó información acerca de (i) la condición socio-económica y la posible configuración de un perjuicio irremediable en el caso de la peticionaria; (ii) **las condiciones del franquiciado de “Cosechas” y las formas laborales de sus empleados y, finalmente, (iii) mayores detalles sobre el contrato entre la peticionaria y la demandada**, la cual desafortunadamente no fue aportada y por ton tampoco estudiada. (Sentencia de Tutela, 2017)

También en artículos científicos, se hace referencia a que ajena al control, se encuentra la independencia técnica y jurídica que se denota en ciertos aspectos como los tributarios, **laborales**, etc., a cargo del franquiciado, los cuales no tienen la capacidad de afectar al franquiciante; caso distinto sucede si el acto se presenta según los alcances de la relación de consumo establecida en las normas de la ley 1480 de 2011, de ahí radica la relevancia de ciertas formalidades.

Se realiza énfasis en la autonomía, como punto de vista que se relaciona con el control natural, algunos autores adoptan una postura clara como Marzorati (2008, p. 231) al manifestar que el franquiciado mantiene su independencia económica y jurídica, toda vez que los costos de la empresa, su organización interna, **contratos laborales**, impuestos a pagar, y demás obligaciones de cualquier comerciante, tales como la renovación de la matrícula mercantil, pagos de arrendamiento de local comercial, e inclusive la financiación para la ejecución del contrato de franquicia, los asume el franquiciado. (Figueroa, Julio - Diciembre 2016).

Como se manifestó al inicio del capítulo, la escasa Jurisprudencia y Doctrina, sobre el tema laboral en las franquicias informativas, nada aportan a resolver las transgresiones a la propiedad intelectual, por parte de los empleados de franquicias informáticas, ante la ausencia de pacto expreso en el contrato laboral.



CAPITULO III

¿QUÉ ELEMENTOS Y ASPECTOS SE PROPONEN COMO APLICABLES EN LOS CONTRATOS LABORALES, QUE PERMITAN A LAS EMPRESAS COMERCIALES INFORMÁTICAS MITIGAR EL RIESGO DE TRANSGRESIONES A LA PROPIEDAD INTELECTUAL POR PARTE DE SUS EMPLEADOS?

En la franquicia, existen obligaciones para las partes (franquiciante y franquiciado, las cuales pueden ser extendidas al contrato laboral de los empleados de éste último) y al compartir un esquema de negocio con indicaciones tan precisas, nos enfrentamos a una obligación relacionada con la protección de la propiedad intelectual, mediante la cual, se busca la protección de los elementos marcarios, patentes y otros elementos de ese esquema de negocio.

Podemos decir entonces que, en el contrato de franquicia, es muy importante la propiedad intelectual, incluso la Dirección Nacional de Derecho de Autor la define como una disciplina normativa que protege las creaciones intelectuales provenientes del esfuerzo, trabajo o destreza humanos, dignos de reconocimiento jurídico. Al concederse la franquicia se entiende que en la misma van envueltos una serie de derechos (Conjunto complejo de derechos). Estos derechos son esenciales al contrato mismo. La propiedad Industrial es sin duda uno de los elementos más importantes en cuanto al contrato de franquicia, esto quiere decir que encontramos elementos de protección necesarios en la figura.

En el marco jurídico Colombiano como hemos manifestado antes, el contrato de franquicia no tiene regulación ya que se trata de un contrato atípico que se ha ido incorporando al flujo de la economía por su utilidad, su fundamento lo encontramos en el principio de la “autonomía de la voluntad de las partes” ya que se trata de un contrato atípico que no está regulado por ningún instrumento legal, y adicionalmente se sustenta en el artículo 333 de la Constitución Política de Colombia, sobre la libertad de empresa: “La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos sin autorización de la ley.

La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades. La empresa, como base del desarrollo tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial, por mandato de la ley impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional” (Constitución Política de Colombia. 1991.)

Todo lo anterior para resaltar la importancia que tiene como activo de una empresa que impacta aumentando o disminuyendo el valor comercial a la compañía. Es deber entonces del franquiciado vigilar y tomar las medidas necesarias para cuidar la propiedad intelectual que se le está permitiendo utilizar, logrando dicho objetivo mediante la extensión de todos estos deberes en los contratos laborales de sus empleados.

Un contrato de franquicia contiene entonces, como uno de sus elementos principales, una licencia para la explotación de un derecho de propiedad intelectual, la licencia de marca, trade dress o el know how, incluso la defensa del derecho de

propiedad industrial e intelectual también se constituye en otro de los elementos que pueden hacer parte del contrato de franquicia.

Son estos mismos elementos, los que debidamente utilizados en el contrato laboral que debe suscribir el franquiciante con sus empleados, serán los aspectos aplicables mediante cláusulas en los contratos laborales, que permitan a las empresas comerciales informáticas mitigar el riesgo de transgresiones a la propiedad intelectual por parte de sus empleados, sin vulnerar sus derechos ciertos e indiscutibles de dichos trabajadores.

Ya en el capítulo primero se habían tratado las posibles transgresiones y se pretende dejar planteada la discusión o llevar al lector a discernir sobre los elementos y aspectos que se proponen como aplicables en los contratos laborales que logren mitigar el riesgo de transgresiones a la propiedad intelectual por parte de sus empleados.

Se sugiere hacer referencia a clausulado especial en el contrato de trabajo, que suscriba el trabajador informático, inicialmente haciendo mención a los principios morales como el de fidelidad y el de ejecución de buena fe del contrato laboral por parte del empleado en el desarrollo de la labor para la cual fue contratado.

En efecto se debe contextualizar al empleado sobre los principios con los que está llamado a actuar en la relación laboral, pues ante un desarrollo intangible como objeto de sus funciones laborales, se debe inicialmente recurrir a los valores también inmateriales propios de la relación de trabajo, como la probidad, lealtad y honradez. Dichos postulados nos hacen descender al principio de la buena fe, con que se debe desarrollar los avances del intangible informativo, describiendo por esta

vía las obligaciones de la naturaleza especialísima de la relación y el manejo, ausente de mala fe de la custodia, seguridad, confidencialidad y perjuicios que se pudiesen generar por dicha transgresión y deber de cuidado en los desarrollos informáticos.

Igualmente, se sugiere evitar el manejo único de la información en un solo empleado, teniendo para ello una administración fraccionada del desarrollo o mejoramiento informativo, en diferentes trabajadores que, evitando que conozcan los trabajos encargados y que cada colaborador desarrolla, para lograr que el franquiciado sea el que condense la información final, retroalimentando el avance de la información y el desarrollo, pues es menos probable que se pague o pretenda la compra o azuzamiento de un desarrollo parcial, que en nada interesara a la competencia para dar u ofrecer una recompensa que no conlleve a un beneficio integral.

Las anteriores propuestas son válidas y en conjunto podrían lograr parte del objetivo de evitar transgresiones por parte de los trabajadores en las franquicias informativas, pero considera el presente análisis que es un instrumento relevante, la Inserción de Clausulas especializadas como la de confidencialidad, de Responsabilidad de la Custodia de la Información y Multa económica por transgresión o entrega de la violación a la competencia y los lineamientos penales de dichas conductas.

Para que este tipo de cláusulas sean eficaces, que sean de carácter preventivo a fin de evitar realizar las transgresiones por parte de los trabajadores, evidentemente deben ser vigorosas y lo suficientemente onerosas como para que se logre el objetivo de evitar que un trabajador informático seda ante el incentivo de filtrar la información o desarrollo tecnológico a terceros o a la competencia.

La cláusula de multa debe ser de tal cuantía, que en el fuero interno del trabajador conciba que su futuro laboral está en juego, si cede a compartir con terceros los desarrollos informáticos o incluso para provecho propio. En un mercado tan reducido como el desarrollo informático, donde es posible que se conozca en términos generales los proyectos a grandes rasgos que cada una de las partes desarrolla, para la competencia es importante conocer los desarrollos informáticos por que en dicho tipo de mercado quien primero presenta un producto, tendrá más recordación en el consumidor.

No es menos cierto, que también debe tenerse en cuenta que una multa, debe ser lo suficientemente robusta como para auto determinar al empleado que no se vulnere la autonomía de su voluntad y que contrario a ello, se evite que el empleado esté dispuesto a pagar la multa que imponga judicialmente, en razón a que el lucro adquirido con la infracción a las normas del contrato laboral, es suficiente para dejar un lucro económico y pagar la multa; se plantea pactar una multa por un monto importante, que no deje lugar a conseguir provecho o que sea pagada por un tercero –de la competencia-.

La anterior posición nos conlleva finalmente al punto central que se plantea como indispensable en el desarrollo de los elementos y aspectos que se proponen para mitigar el riesgo de transgresiones por parte de los empleados de franquicias informáticas, que a su vez es uno de los elementos que el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, en cuyo texto, se determina como elemento esencial del contrato de trabajo: El Salario.

El trabajo dignifica al ser humano, pero dicha dignidad también va acompañada del elemento resarcitorio, el reconocimiento por la remuneración, es decir la retribución del servicio. El nicho de las franquicias informáticas es de por sí

reducido, es un círculo casi que cerrado que conoce sus fortalezas, debilidades y a sus actores.

En este entorno juega un papel determinante la cuantía del salario, que se deberá pagar a los empleados de las franquicias informáticas; ya la Corte Constitucional en la sentencia de constitucionalidad No. C-521/95, del M. P. Dr. ANTONIO BARRERA CARBONELL, determinó los alcances del salario en la constitución política, al manifestar:

“La Constitución no ha señalado reglas expresas y precisas que permitan definir el concepto de salario, los elementos que lo integran ni sus efectos en la liquidación de prestaciones sociales. Por consiguiente, dichos aspectos corresponden a una materia que debe ser regulada por el legislador dentro de los criterios de justicia, equidad, racionalidad y razonabilidad, que necesariamente deben consultar los principios básicos que aquélla contiene, como son, entre otros, la igualdad, la garantía de una remuneración mínima, vital y móvil proporcional a la cantidad y calidad de trabajo, la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos, y la primacía de la realidad sobre la formalidad.”

En efecto al no estar señalada de manera expresa por el legislador el concepto de salario, el franquiciado deberá recurrir a los postulados y criterios de justicia, equidad, racionalidad y razonabilidad para lograr determinar el monto del salario de los empleados que desarrollan intangibles informáticos.

Si la misma Corte Constitucional ha expresado que los postulados de la Constitución Política de Colombia, ha determinado que el trabajo representa un valor esencial que se erige en pilar fundamental del Estado Social de Derecho, como se deduce del conjunto normativo integrado por el preámbulo y los arts. 1o., 2o., 25,

39, 48, 53, 34, 55, 56 y 64, en cuanto lo reconoce como un derecho en cabeza de toda persona a pretender y a obtener un trabajo en condiciones dignas y justas, pues al franquiciado solo le queda el camino de recoger dichos postulados y desarrollarlos a su favor para otorgar una remuneración o salario a su empleado acorde con la necesidad, cantidad, calidad y lealtad que pretende tener de su empleado.

La noción de salario, y particularmente su valor como retribución al servicio que se presta a un empleador en este caso el empleador franquiciado, lo ha deducido la Corte Constitucional de distintas normas de la Constitución, y ha quedado plasmado en la sentencia T-143/95 de la Sala Segunda de Revisión de Tutela donde se expresó:

"... se revela en el sentido de que lo que básicamente se reconoce es una relación de equivalencia de valores prestacionales, a modo de justicia conmutativa, en cuanto a lo que da o suministra el trabajador al patrono y lo que éste recibe a cambio, lo cual se adecúa a los valores constitucionales de la justicia, la igualdad y el orden justo".

Está claro, que, en temas de custodia de información informática, para evitar la vulneración del trabajador por parte de la competencia se deberá remunerar eficazmente al trabajador por parte de su empleador franquiciado, desarrollando y logrando que esa justicia conmutativa a la que se refiere la Corte Constitucional, se equipare al desarrollo o aporte informático, es decir que se vea eficazmente retribuido.

En el caso específico de las empresas generadoras de bienes intangibles, precisando el estudio en las franquicias informáticas, se tiene que la remuneración

de los empleados como programadores, desarrolladores, ingenieros informáticos, debe ser ajustada a la realidad del aporte del empleado que logre determinar en su decisión, su autonomía de la voluntad, ante la pérdida que sufre, por la vulneración de la reserva de los activos propiedad del franquiciado, evitando o por lo menos haciendo que se analice, antes de realizar sustracción de las materias primas intangibles, o de los productos o avances elaborados, o traslado de información a terceros, para provecho propio, o de la competencia.

En estos términos, también se formula como elemento para evitar transgresiones a las franquicias informáticas, el ejercicio del derecho-deber del empleador franquiciado de formular denuncias penales, lo que no deviene en una actividad o uso desmedido, abusivo e irresponsable del deber de poner en conocimiento de las autoridades las conductas que puedan constituir delitos. Si bien del contrato de trabajo emanan unas obligaciones generales de lealtad, obediencia y fidelidad entre trabajador y empleador, ellas no despojan a los empleadores de franquicias informáticas de los deberes, derechos y responsabilidades que tienen como ciudadanos de obrar conforme al principio de solidaridad, respetar y apoyar a las autoridades democráticamente constituidas y colaborar para con la buena marcha de la administración de justicia. Son perfectamente compatibles la existencia de deberes y obligaciones en las relaciones de trabajo, por un lado, y para con la comunidad, por otro.

La Corte Suprema de Justicia, Sala Penal de dicha Corporación ha delineado las características del deber de denuncia, para lo cual ha precisado que «Ese derecho-deber únicamente exige que el denunciante haga una narración veraz de los sucesos que como persona común le parece han de ser denunciados, sin que esté obligado a probar que esos hechos constituyan infracción a la ley penal», pues «La demostración de la verdad y la calificación jurídica de los hechos son aspectos propios de los fines de la investigación penal» (CSJ SP4364-2015).

En idéntico sentido, ha dicho que «el deber de denunciar que tiene todo ciudadano en un Estado, máxime cuando se tilda de social y democrático de derecho, no impone la obligación de probar que los hechos puestos en conocimiento son ciertos y evidentes, toda vez que la demostración de la verdad constituye uno de los fines del proceso penal» (CSJ SP, 10 ago. 2005, rad. 21422).

De esta forma, el deber de denuncia penal simplemente exige un relato veraz de los hechos que, a juicio de la persona, constituyan una infracción penal o exhiban unos rasgos delictuosos, pero de ninguna manera comporta la obligación a cargo de denunciante de probar la verdad o realizar juicios relacionados con la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad de la conducta. En el contexto de las relaciones de trabajo, el cumplimiento de ese deber ciudadano, salvo las excepciones previstas en la Constitución y la ley, es igualmente exigible.

Lo realmente importante a la hora de verificar la bondad de la conducta de un empleador informático, es el ejercicio responsable y sano de su deber de poner en conocimiento de las autoridades las conductas que puedan revestir el carácter de delictuosas, lo que significa que los comportamientos desleales a la verdad sabida, contrarios a la buena fe o desplegados con el interés de perjudicar a los empleados o con el ánimo de afectar su imagen y reputación, son los únicos que pueden tener trascendencia negativa en materia laboral. Esta facultad del empleador informático, plenamente legal no debe ser confundida con las prescripciones ilegales de la denominada lista negra, que se encuentra consagrada en el artículo 59 numeral 8, del código sustantivo del trabajo, que determina que se prohíbe a los empleadores emitir certificaciones que tiendan a perjudicar a los interesados o adoptar el sistema de lista negra, cualquiera que sea la modalidad que utilicen, para que el trabajador no se ocupe en otras empresas a los trabajadores que se separen o sean separados del servicio. Dicha posición fue reiterada por la corte, cuando manifestó que: Según el artículo 59 del Código Sustantivo del Trabajo está prohibido el desarrollo de “listas negras” de ex

trabajadores y su difusión por las barreras que imponen hacia ellos para seguir en el mercado laboral y la violación de sus derechos fundamentales al buen nombre, honra e intimidad tanto personal como familiar.

CONCLUSIONES

El Contrato de franquicia es un contrato atípico comercial, una modalidad de distribución y marketing a través de la cual el franquiciador concede a una persona física o jurídica - el franquiciado - el derecho a operar con un concepto de negocio, comercializando un producto o prestando un servicio bajo el formato de negocio del franquiciador y bajo su propia marca. En concordancia con lo anterior, tenemos que

1. En las relaciones laborales en las franquicias informáticas, se evidencia la posibilidad de manipulación o violación de la reserva en los activos intangibles propiedad del franquiciador, ya para provecho de terceros como la competencia o para provecho del propio trabajador. Los riesgos en las relaciones laborales en las franquicias informáticas, que desembocan en transgresiones a la propiedad intelectual, ya por manipulación o violación de las reservas en los activos intangibles, se relacionan con:

- Divulgación del trabajador de la información a la que tiene acceso, de la que desarrolla, mejora o transforma.
- Conducta atentatoria contra la custodia de la información intangible, compartiendo y usando datos y documentos del desarrollo de la franquicia informática.
- Infidelidad del empleado frente al empleador franquiciante, ya por filtración de los avances de los activos intangibles, software, generando ausencia de probidad, lealtad, honradez y buena fe.
- Independencia del empleado de franquicia informática, en el manejo del secreto del intangible desarrollado.

- Clausulas estandarizadas en el contrato de trabajo, que no se adecuan, y resultan en inanes respecto de la responsabilidad directa del trabajador de franquicia informática, de custodiar la información que se le debe confiar para el desarrollo de su cargo, de no usar en beneficio propio los datos o desarrollos informáticos entregados, desarrollados e incluso inventados, de compartir con terceros.
- Silencio consentido sobre la ejecución de buena fe del contrato de trabajo, ya que el empleador de una franquicia informática, tiene el recurso de obligar a su trabajador por esta vía no sólo a lo que en él se expresa sino, a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza especialísima de la relación y el manejo, custodia, seguridad, confidencialidad y perjuicios que se pudiesen generar por dicha transgresión.

2. Se concluye que es nula la jurisprudencia y doctrina sobre las transgresiones a la propiedad intelectual, por parte de los empleados de franquicias informáticas, lo que se encuentra ligado al hecho en que, en Colombia, la jurisprudencia ha estado más encaminada a los deberes precontractuales en el área comercial, pero nada dice sobre los deberes laborales y sobre la vulnerabilidad del secreto de este tipo de contratos.
3. Los elementos y aspectos que se proponen como aplicables en los contratos laborales que permitan a las franquicias informáticas mitigar el riesgo de transgresiones a la propiedad intelectual, son los siguientes:
 - 3.1. Clausulado especial en el contrato de trabajo, que suscriba el trabajador informático, haciendo mención a los principios morales inherente a la relación laboral: Fidelidad y ejecución de buena fe, probidad, lealtad y honradez, principio de la buena fe.

- 3.2. Evitar el manejo concentrado de la información en un solo empleado, teniendo para ello una administración fraccionada o diluida del desarrollo o mejoramiento informativo, en diferentes trabajadores.
- 3.3. Clausulas especializadas como la de confidencialidad, de Responsabilidad de la Custodia de la Información y Multa económica por transgresión o entrega a terceros de información, mediante creación de mecanismos o subprocesos, como por ejemplo el de comunicación de los riesgos.
- 3.4. El Salario o remuneración, como elemento esencial del contrato de trabajo, según el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, recurriendo a los postulados y criterios de justicia, equidad, coherencia y razonabilidad para lograr determinar el monto del salario, como retribución al servicio que se presta a un empleador de franquicia informática. La remuneración deberá estar ajustada a la realidad del aporte del empleado, que logre evitar o contener la realización o sustracción de las materias primas intangibles, o de los productos o avances elaborados, o traslado de información a terceros como la competencia o para provecho propio.
- 3.5. Ejercicio del derecho-deber del empleador franquiciado de formular denuncias penales, lo que no deviene en una actividad o uso desmedido, abusivo e irresponsable de tabular en el contrato de trabajo, el recordatorio del deber de poner en conocimiento de las autoridades las conductas que puedan constituir delitos.

Bibliografía

- Aguirre, C. J., & Aristizabal, B. C. (2013). *Diseño del sistema de gestión de seguridad de la información para el grupo empresarial la ofrenda*. Pereira: Tesis de grado ingeniería de sistemas Universidad tecnológica de Pereira.
- Bernal, C. (2010). *Metodología de la investigación*. Bogotá: Pearson Educación Colombia.
- Bisogno, M. V. (2004). *Metodología para el aseguramiento de entornos Informatizados*. Buenos Aires: Tesis de grado Facultad de Ingeniería Universidad de Buenos Aires.
- Castro, A. R., & Ortiz, Z. (2011). Gestión de Riesgos tecnológicos basada en ISO 31000 e ISO 27005 y su aporte a la continuidad de negocios. *Ingeniería, Universidad Distrital Francisco José de Caldas*, 56-65.
- Celsia. (2014). *política de seguridad de la información con sus respectivos estándares*. Medellín: Celsia.
- Clauso, G. A. (1993). Análisis documental: el análisis formal. *Revista general de información y documentación (Universidad Complutense de Madrid)*, 11-19.
- CONGRESO DE LA REPUBLICA . (2007). *Código Sustantivo del Trabajo, Ley 50 de 1990 y Ley 244 de 1995*. Bogotá: Editorial Uniión Ltda.
- Ferrer, R. (2016). *Metodología de Análisis de riesgos*. Bogotá: SISTESEG.
- Figuroa, E. S. (Julio - Diciembre 2016). Las formalidades ad luciditatem y ad regularitatem en el contrato de franquicia en Colombia. *Civilizar Ciencias Sociales y Humanas* 16, 49-66.
- González, J., & Sadier, P. (2009). *Guía para el análisis documental*. Recuperado el 15 de Octubre de 2017, de Red de bibliotecas Virtuales de ciencias sociales de América Latina y el Caribe de la Red de Centros miembros de la CLACSO: http://www.biblioteca.clacso.edu.ar/ar/bibliointra/documentacion/analisis_documental.pdf

- Hernández Sampieri, R., Fernández, C. C., & Baptista, L. P. (2010). *Metodología de la investigación*. México: McGraw-Hill.
- ICONTEC. (2007). *Norma técnica Colombiana 5468*. Bogotá: ICONTEC.
- ICONTEC. (2009). *Gestión de riesgo principios y directrices*. Bogotá: Instituto colombiano de normas técnicas y certificación (ICONTEC).
- ICONTEC. (2013). *Norma técnica colombiana NTC-ISO-IEC 27001*. Bogotá: Instituto colombiano de normas técnicas y certificación.
- ICONTEC. (2013). *Norma técnica NTC-ISO-IEC 27001*. Bogotá: Instituto colombiano de normas técnicas y certificación.
- ICONTEC. (2015). *NTC-ISO/IEC 27002*. Bogotá: Instituto colombiano de Normas Técnicas y Certificación.
- Iriarte, J. M. (2006). *Estándares para la seguridad de la información con tecnologías de informacíoón*. Santiago de Chile: Universidad de Chile.
- Kuna, H. D., Caballero, S., Jaroszczuk, S. E., & Miranda, M. (2008). Plan de Riesgos para la implementación, desarrollo y mantenimiento de componentes de Web 2.0 en Bibliotecas, caso de estudio en una Biblioteca Especializada. *6ta Jornada sobre la Biblioteca Digital Universitaria JBDU*. La Plata (Argentina).
- Navas, M. F. (2009). El Contrato de Franquicia: Aportes y Tendencias en el Derecho Comparado sobre la Responsabilidad . *Vniversitas*.
- Perafán, R. J., & Caicedo, C. M. (2014). *Análisis de Riesgos de la seguridad de la información para la institución Universitaria Colegio Mayor del Cauca*. Popayán: Especialización en seguridad informática Escuela de Ciencias Básicas, tecnología e ingeniería Universidad Nacional Abierta y a Distancia. Obtenido de repository.unad.edu.co/bistream/10596/2655/3//76327474.pdf
- Pérez, M. O., & Zuleta, V. Y. (3013). Proceso para gestionar riesgos en proyectos de desarrollo de software . *Revista cubana de ciencias informáticas*, 7(2), 206-221.

- Plazas, R. (2010). El contrato de Franquicia, su evolución y su injerencia en el desarrollo económico colombiano. *Revista Republicana*, 81-92.
- Ramirez, A. F. (2016). El Contrato de franquicia y sus efectos laborales. *Trabajo de Grado*. Bucaramanga, Santander, Colombia: Google Academico.
- Sánchez, L. H. (2014). *Buenas prácticas para la implementación de la seguridad en un centro de cómputo*. México D.F: Universidad autónoma de México.
- Sandoval, C. C. (1999). *Investigación cualitativa*. Bogotá: ICFES.
- Sentencia de Tutela, 6.045.243 (Corte Constitucional 03 de octubre de 2017).
- Valencia, V. H. (2005). *Metodología para el análisis y valoración de riesgos en proyectos de tecnología de información*. Medellín: Tesis de grado Universidad EAFIT.
- Vargas, C. C. (2019). Derechos Proporcionados Mediante el Contrato de Franquicia al Franquiciado en Colombia. *Universidad Católica*. Bogotá, Colombia.
- Veiga, J. M. (2009). *Análisis de riesgos de la seguridad de la información*. Madrid: Universidad politécnica de Madrid.