

SECRETO EMPRESARIAL, VIGENCIA COMO MECANISMO DE PROTECCIÓN EN LA PROPIEDAD INTELECTUAL

CARLOS FELIPE PAYÁN RODRÍGUEZ*

INTRODUCCIÓN

En el actual gobierno, la administración del presidente Juan Manuel Santos le dio un lugar privilegiado al manejo, utilización y acceso a la información privilegiada. No es de extrañar que para el Estatuto Anticorrupción, Ley 1474 de 2011, es tal la importancia de la protección de la información que dentro de las medidas penales que se introdujeron se encuentran la exclusión de beneficios a quienes hayan sido condenados por delitos contra la administración pública, particularmente haciendo uso de información privilegiada¹. Adicionalmente, se modificó el Artículo 258 del Código Penal, en el sentido de imponer como pena principal la privativa de la libertad de prisión más la multa a quien en su condición de “empleado, asesor, directivo o miembro de una junta u órgano de administración de cualquier entidad privada, con el fin de obtener provecho para sí o para un tercero, haga uso indebido de información que haya conocido por razón o con ocasión de su cargo o función y que no sea objeto de conocimiento público”².

En este mismo sentido, a principios del año, tres de los más importantes ejecutivos de la firma francesa Renault fueron suspendidos por supuestas infracciones al pasar los planos de desarrollo de vehículos eléctricos que se estaban diseñando a la competencia, lo cual es un típico caso de infracción a información privilegiada. Otro caso que cobró importancia inusitada en el campo del acceso ilegítimo y uso indebido de la información sometida a reserva fue el caso de Wikileaks, en el que Julian Assange sostenía “que tenía información en un *hard-drive* de un computador de un ex ejecutivo del American Bank que contenía documentos más incriminadores que los cables diplomáticos que se filtraron del Departamento de

* Docente Investigador Departamento de la Propiedad Intelectual Universidad Externado de Colombia. Correo-e: carlos.payan@uexternado.edu.co. Fecha de recepción: 25 de agosto de 2011. Fecha de Aceptación: 19 de septiembre de 2011.

1. Artículo 13 de la Ley 1474 de 2011.

2. Artículo 18, ídem.

Estado de los Estados Unidos de Norteamérica”³. Según Assange, esta información era de tal importancia que inclusive podría lograr que se cerraran dos bancos de la más alta importancia en el sistema financiera de los Estados Unidos. En palabras textuales de Assange, “Creo que esto es magnífico, tenemos a todos estos bancos preocupados y pensando que son ellos”.

De los anteriores comentarios se deduce que el manejo de información confidencial y sometida a reserva es un activo de la más importante naturaleza y trascendencia. ¿Cuál sería entonces el mecanismo adecuado, pertinente y eficaz para lograr su aseguramiento y adecuado uso que impida la peligrosa difusión o filtración?

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Las situaciones que fueron descritas líneas atrás, se presentaron en razón a una realidad tecnológica latente: Internet.

En un principio, el almacenamiento de la información fue dada por sus copias físicas. Normalmente las compañías reservaban grandes espacios físicos para almacenar toda la información que consideraban importante y debía mantenerse en reserva por un cierto tiempo. Con el advenimiento de las nuevas tecnologías y el computador personal esta situación no se modificó drásticamente, debido a que solo se permitió la digitalización de esta información.

Fue tan solo con el surgimiento de la red mundial de información, internet, que la filtración de la información sometida a reserva comenzó a volverse un real y potencial problema. Las compañías comenzaron a digitalizar toda su información creando bases de datos digitales y codificadas, lo cual a todas luces permitió y posibilitó que las personas o empleados que tuvieran acceso a ellas pudiesen filtrarlas a través de diferentes medios de comunicación. Por ello, las compañías comenzaron a hacerse la siguiente pregunta: ¿Cómo prevenir la filtración de información, cómo protegerla y limitar su acceso y uso indebido?

II. POSIBLES SOLUCIONES

Para dar una solución de fondo a la pregunta expuesta es importante analizar los diferentes insumos legales, jurisprudenciales y doctrinarios que existen para hallar cuál es el mecanismo más adecuado para dar solución a este inconveniente o, de ser el caso, si ellos resultan insuficientes reflexionar cuál podría ser éste.

A. EL KNOW- HOW

El “*know how* es ‘un saber hacer’, un conocimiento de algo; constituye, por tanto, al igual que el secreto industrial, un bien de naturaleza intangible, por esto carece

3. Briefing Companies and information. *The Economist*, 26 de febrero de 2011.

de sentido sostener que el *know how* puede tener por objeto elementos materiales e inmateriales. Puede suceder que el *know how*, como todo bien inmaterial, se incorpore en un elemento corporal (plano, diseño, etcétera). Pero estos elementos materiales tienen tan solo valor accesorio: son simples portadores del conocimiento o regla ideal, que es el auténtico objeto del *know how*" (idem:137).

Entonces, *know how* significa además de "saber hacer" o "saber cómo", un "conocimiento de orden técnico, comercial y de economía de una empresa cuya utilización le permite en dado caso al beneficiario no solo la producción y venta de objetos sino su organización y administración" (Hembert Stumpf). Abarca conocimiento, experiencias y prácticas. Es un intangible susceptible de valoración patrimonial.

Para algunos doctrinantes, el *know how* es un monopolio de hecho por lo que no genera un derecho de dominio, por ende no puede transferirse ni ser licenciado. ¿Será esto válido? ¿Se transfiere el *know how*: su uso o su derecho de propiedad? ¿Es traslativo de uso o solamente de dominio o ambos?

Existe una apropiación por el poseedor legítimo, por lo que se puede señalar que sí es transferible. En consecuencia, sí hay un derecho y por ende sí pueden darse los diferentes mecanismos de transmisión, entre ellos, la licencia o cesión del *know how*.

Por eso, inclusive hablamos de *know how* técnico y comercial, ambos transferibles vía contrato de transferencia que puede ser autónomo o estar incluido en un contrato de transferencia de tecnología.

B. PATENTE DE INVENCIÓN

La patente es la concesión que otorga el Estado a un inventor o a su causahabiente para explotar exclusivamente una invención industrial durante un plazo determinado, al cabo del cual pasa a ser de dominio público (Ob. cit.: 22).

Los requisitos para que una invención sea patentable son los siguientes:

- Novedad (no se encuentre en el estado de arte o de la técnica).
- Actividad Inventiva (no adaptación o modificación de algo, o no divulgación, que no resulte evidente para un experto).
- Aplicación industrial (explotación efectiva).

Una vez reunidos estos requisitos se generan unos derechos y obligaciones:

- Explotación exclusiva de la invención patentada.
- Explotación indirecta o licenciamiento.
- Obligación de explotación de la patente.
- Obligación de pago de tasa o riesgo de caducidad.
- Licencias obligatorias.

C. SECRETO EMPRESARIAL

A. *Noción de secreto*: el “secreto” deriva del latín *secretus*: “apartado, escondido, oculto”. Todos en cualquier etapa de nuestra vida tenemos “secretos” o “cosas secretas”. El secreto en la vida ordinaria significa falta de conocimiento por otras personas o imposibilidad de conocer determinadas cosas, circunstancias o hechos.

En la esfera jurídica, el secreto desempeña un importante y complejo papel; por eso las normas jurídicas establecen diferentes modos de protección. Por supuesto, la protección variará según el objeto sobre el que recae el conocimiento reservado y el vínculo en que se basa la obligación del secreto. Atendiendo precisamente a ambas circunstancias se habla de secreto epistolar, secreto bancario, secreto profesional, secreto de Estado, etc. (Gómez Segade, 1974: 45).

En relación con lo anterior, podemos afirmar que existen varias clases de secretos, algunos de los cuales se encuentran en la órbita particular y otros, en la del Estado. A continuación nos referiremos, dentro del ámbito jurídico, a los secretos privados.

Secretos privados son aquellos que responden a un interés jurídicamente apreciable de un particular. El secreto puede relacionarse con diferentes aspectos de la actividad humana: desde la actividad puramente íntima de escribir una carta hasta la gestión de una empresa o de un establecimiento industrial (ídem: 46).

B. *Noción de empresa*: teniendo en cuenta que el secreto puede relacionarse con la gestión de empresa o el establecimiento industrial, en primer término resulta importante definir “*empresa*”. El Artículo 25 de nuestro Código de Comercio la define así: “Se entenderá por empresa toda actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes, o para la prestación de servicios. Dicha actividad se realizará a través de uno o más establecimientos de comercio”.

La actividad económica de la empresa se realizará a través del establecimiento de comercio, entendiéndose por éste “un conjunto de bienes organizados por el empresario para realizar los fines de la empresa. Una misma persona podrá tener varios establecimientos de comercio y, a su vez, un solo establecimiento de comercio podrá pertenecer a varias personas, y destinarse al desarrollo de diversas actividades comerciales⁴.”

Es de destacar que el conjunto de bienes no se forma por el simple inventario físico, sino por integrar una unidad de explotación económica, en virtud de la organización y adaptación de todos para el uso coordinado (Narváez García, 2002: 108).

D. *Noción de secreto empresarial*: la primera cuestión que se plantea al analizar los secretos concernientes a la actividad de una empresa es su denominación. La denominación de los secretos es un problema que trasciende la esfera puramente terminológica.

4. Artículo 515 del Código de Comercio.

El nudo de la cuestión reside en saber si puede hablarse de una categoría genérica de secretos empresariales. Esta categoría genérica u *Oberbegriff* podría existir por dos razones: bien porque todos los secretos relacionados con la empresa reúnen características comunes o simplemente porque, aun siendo diferentes, todos ellos poseen la nota común de relacionarse con una empresa.

Respecto de lo expuesto, la primera razón debe rechazarse de plano; como luego veremos, no todos los secretos relativos a la empresa tienen la misma naturaleza. En consecuencia, únicamente subsiste como nota común de los secretos empresariales el hecho de girar en torno a la organización económica denominada empresa, sin perjuicio de establecer después dentro de los mismos las necesarias distinciones. Esta categoría única puede denominarse *secretos empresariales* (ídem: 47).

Dentro de los secretos empresariales es importante recalcar la tesis del tratadista José Antonio Gómez, quien señala que los secretos empresariales forman, por así decirlo, la esfera reservada de la empresa. Todos ellos deben ser protegidos, porque su conservación redundaría en beneficio de la organización empresarial e implica un eficaz soporte en la lucha competitiva.

La denominación genérica propuesta y la circunstancia de que todos se protejan frente a la violación podría inducir a creer que los secretos empresariales se engloban en una figura unitaria. Pero esta unificación es aparente: existen diferencias sustanciales entre los secretos que forman la esfera reservada de la empresa. Analizando detalladamente esta esfera en todas sus facetas podemos distinguir tres grupos de secretos claramente diferenciados:

a) En primer término, los atinentes al sector técnico-industrial de la empresa (procedimientos de fabricación, reparación o montaje, prácticas manuales para la puesta a punto de un producto, etc.). Es así como la invención, los descubrimientos científicos, los dibujos y modelos industriales pueden ser objeto del secreto industrial. En consecuencia, nunca podrán constituir objeto de secreto industrial las informaciones, datos o experiencias técnicas pertenecientes a particulares, científicos aislados, etc. Es decir, que el objeto del secreto industrial tiene que estar relacionado con una empresa. “Para que existan objetos susceptibles de disfrutar de la protección del secreto industrial no se exige que la empresa titular del mismo posea una determinada magnitud ni importancia. El ordenamiento jurídico debe proteger de la misma forma y con igual intensidad los secretos industriales de ambas. Aunque sus mercados sean lógicamente diferentes, todas las empresas tienen sus valores incorporados cuya protección frente a los competidores es vital. Incluso nos atreveríamos a decir que el valor del secreto para las empresas pequeñas es mayor. En efecto, si desaparece el secreto que constituye la base de su explotación, estas pequeñas empresas no contarán con medios y recursos suficientes para poder hacer frente a la lucha competitiva” (ídem: 121).

No obstante, es pertinente resaltar que su definición es muy amplia, dada la complejidad de la materia. Lo anterior, por cuanto el secreto industrial también tiene que ver con la habilidad, conocimientos y experiencias personales del em-

pleado. Por ello, cito al profesor Gómez Segade, quien expresa que “Para averiguar cuándo los conocimientos son ‘personales’ del empleado, se establece la distinción entre ‘conocimiento general’ y ‘conocimiento particular o especial’. Conocimiento ‘general’ es el que es común a toda rama de la industria de que se trate. Por tanto, aunque parezca paradójico, estos conocimientos ‘generales’ son lo que pueden calificarse como ‘personales’ del empleado; por ser un profesional de ese sector industrial, el empleado podrá utilizar libremente dichos conocimientos. Por el contrario, conocimiento ‘particular’ o ‘especial’ es el que ha adquirido el empleado por haber trabajado en una empresa determinada; ese conocimiento puede constituir un secreto industrial y, por tanto, no podrá ser utilizarlo libremente por el empleado” (ídem: 87).

La definición del profesor Gómez Segade sobre secreto industrial es la siguiente: “Todo conocimiento reservado sobre ideas, productos o procedimientos industriales que el empresario, por su valor competitivo para la empresa, desea mantener oculto” (ídem: 66).

b) En segundo lugar, los secretos comerciales son los que se relacionan con el sector puramente comercial de la empresa (venta, publicidad, relaciones con los consumidores y proveedores, etc.) Habrá empresas que dispongan de secretos industriales y comerciales: así, por ejemplo, las que se dedican a la fabricación de bienes, productos o servicios para el mercado; en cambio, las que solo intervienen en la actividad de mediación dispondrán únicamente de secretos comerciales (por ejemplo, empresas de financiación) (ídem: 57).

Dentro de los secretos comerciales tal vez el de mayor importancia es la lista de clientes, toda vez que constituye el mayor esfuerzo del empresario para conseguir sus clientes. Ellos son en últimas la razón de los empresarios. Por ello, es uno de los secretos comerciales mejor guardados.

c) Por último, secretos concernientes a otros aspectos de la organización interna de la empresa y relaciones de la misma cuyo conocimiento sería valioso para los competidores, pero que en ningún caso representan un bien en sí mismos. Por ejemplo, relaciones con el personal de la empresa, situación financiera de la empresa, el proyecto de celebrar un contrato, etc. (Gómez Segade, 1974: 52).

D. *Conclusión:* concluido el análisis de las características sobre las categorías de los secretos comerciales, industriales y empresariales debe señalarse que en la actualidad, debido a la globalización y las telecomunicaciones, la concepción de protección del secreto industrial basado en lo técnico – industrial ha mutado. Es decir, que gran parte de la doctrina ubicó primero la información sujeta a protección como información técnico industrial. Hoy en día, las informaciones relacionadas con la actividad comercial de la empresa están cobijadas por el secreto empresarial.

D. MECANISMO PERTINENTE PARA DAR SOLUCIÓN A ESTE INCONVENIENTE

De los mecanismos antes descritos, teniendo en cuenta que la protección de la información implica crear condiciones adecuadas para evitar su filtración y uso indebido, tenemos lo siguiente:

- El *know how* para poder ser protegido debe cumplir con las condiciones de secreto empresarial. La información del *know how* vendría siendo el insumo que sería protegido a través del secreto empresarial. El *know how* puede proyectarse sobre información que NO reviste relevancia alguna para ser protegida a través del secreto empresarial: contratos de transferencia de *know how* que pueden ir acompañados de un contrato de franquicia que requiere soporte y asistencia técnica que NO es protegible a través de secreto empresarial.

- El secreto empresarial protege la información no divulgada y trascendente en el funcionamiento de la empresa al igual que una patente de invención. Sin embargo, no todo lo que se protege a través del secreto empresarial es patentable o no cumple con los requisitos o condiciones de patentabilidad, o podría suceder que el poseedor legítimo de la información podría decidir que así sea. Por cuanto y en tanto que la patente conlleva revelación de la información, mediante ella se generan derechos de exclusión y su forma de protección lleva en sí *un ius prohibendi* (prohibición en su utilización que implica un monopolio legal).

El titular de la patente tiene la obligación de explotar la invención y la de pagar tasas anuales, se concede por un término de veinte (20) años, contados a partir de la solicitud.

- El secreto empresarial implica un monopolio de hecho, una exclusividad fáctica mediante la cual un tercero puede adquirir la información de forma legítima y si la divulga o usa sin autorización conlleva sanciones de diferente índole.

- En el secreto empresarial la información es secreta y deben tomarse medidas para que perdure el secreto y su protección no tiene límite temporal. Tampoco paga tasa alguna.

Conclusión: el secreto empresarial es el mecanismo adecuado y pertinente para proteger la información que dadas sus características económicas y comerciales le genera una ventaja competitiva a su poseedor legítimo. Por ende, dado que permite proteger de forma general y no limitada un abanico más amplio de información que la patente y no es un insumo o objeto sino un real mecanismo de protección a diferencia del *know how* será el medio o mecanismo a través del cual se le dará solución al inconveniente planteado líneas atrás.

III. EL SECRETO EMPRESARIAL COMO SOLUCIÓN AL PROBLEMA ANTES PLANTEADO

A. *Marco normativo:* el secreto empresarial como mecanismo de protección ha sido ampliamente legislado y tiene un especial marco normativo, el cual es importante

mencionar y tener en cuenta dada la importancia del análisis que tiene que desarrollarse como solución al problema antes planteado. Su marco normativo es el siguiente:

A. ACUERDOS DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL
RELACIONADOS CON EL COMERCIO (ADPIC) PARTE II. SECCIÓN 7.

ADPIC es el Acuerdo de la Organización Mundial del Comercio –OMC– sobre los aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio.

Dicho acuerdo entró a regir el primero (1º.) de enero de 1995, y establece en su artículo 39 lo siguiente:

1. Al garantizar una protección eficaz contra la competencia desleal, de conformidad con lo establecido en el artículo 10 bis del Convenio de París (1967), los Miembros protegerán la información no divulgada de conformidad con el párrafo 2, y los datos que se hayan sometido a los gobiernos o a organismos oficiales, de conformidad con el párrafo 3.

– Las personas físicas y jurídicas tendrán la posibilidad de impedir que la información que esté legítimamente bajo su control se divulgue a terceros o sea adquirida o utilizada por terceros sin su consentimiento de manera contraria a los usos comerciales honestos, en la medida que dicha información:

a. sea secreta en el sentido de que no sea, como cuerpo o en la configuración y reunión precisas de sus componentes, generalmente conocida ni fácilmente accesible para personas introducidas en los círculos en que normalmente se utiliza el tipo de información en cuestión; y,

b. tenga un valor comercial por ser secreta; y

c. haya sido objeto de medidas razonables, por las circunstancias, para mantenerla secreta, tomadas por la persona que legítimamente la controla.

De conformidad con la norma, la divulgación o uso ilegítimo de información será considerada como acto de competencia desleal y reprimible por el poseedor legítimo de la información. Para ello se requerirá (i) que la información sea secreta, (ii) que tenga valor comercial y (iii) que haya sido objeto de medidas razonables para mantener el secreto.

B. CONVENIO DE PARÍS PARA LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL

Si bien el Convenio de París es de 1883, Colombia tan solo adhirió en el año 1994, mediante la Ley 178, según la cual la protección es a través de la figura de la competencia desleal⁵.

C. DECISIÓN 486 DEL 14 DE SEPTIEMBRE DE 2000

La Comisión del Acuerdo de Cartagena, mediante la Decisión 344 del 21 de octubre de 1993, consagra un nuevo “Régimen Común sobre Propiedad Industrial” y en su Capítulo IV trata sobre los secretos industriales.

Posteriormente, la Comisión de la Comunidad Andina sustituye la Decisión 344, por la Decisión 486 del 14 de septiembre de 2000. Esta última regula el Régimen Común sobre Propiedad Industrial, en sus Artículos 260, 261, 262, 263, 264 y 265 del Capítulo II que trata de los secretos empresariales⁶ y sobre el tema que nos ocupa define qué se considera secreto empresarial.

En esta legislación como en la Ley 256 de 1996 no se consagra sanción, por cuanto solo consagra las conductas que son consideradas como actos de competencia desleal.

Así mismo, tipifica unas conductas que son consideradas como actos de competencia desleal por violar secretos empresariales.

B. *Condiciones de protección*: como mecanismo de protección que genera un monopolio de hecho y una exclusividad fáctica por cuanto y en tanto no se otorga un título estatal que pueda ostentar para prohibir o autorizar el uso y comercialización de un bien, debe reunir y mantener unas condiciones mínimas sin las cuales no es merecedor de protección. Así, la información:

5. El Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial del 20 de marzo de 1883, en su artículo 10 bis sobre competencia desleal establece: “2) Constituye acto de competencia desleal todo acto de competencia contrario a los usos honestos en materia industrial o comercial. 3) En particular deberán prohibirse: (i) cualquier acto capaz de crea una confusión, por cualquier medio que sea, respecto del establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor. (ii) las aseveraciones falsas, en el ejercicio del comercio, capaces de desacreditar el establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor. (iii) las indicaciones o aseveraciones cuyo empleo, en el ejercicio del comercio, pudieren inducir al público a error sobre la naturaleza, el modo de fabricación, las características, la aptitud en el empleo o la cantidad de los productos.

6. “Artículo 260.- Se considerará como secreto empresarial cualquier información no divulgada que una persona natural o jurídica legítimamente posea, que pueda usarse en alguna actividad productiva, industrial y comercial, y que sea susceptible de transmitirse a un tercero, en la medida que dicha información sea:

a) secreta, en el sentido que como conjunto o en la configuración y reunión precisa de sus componentes, no sea generalmente conocida ni fácilmente accesible por quienes se encuentran en los círculos que normalmente manejan la información respectiva.

b) tenga un valor comercial por ser secreta; y

c) haya sido objeto de medidas razonables tomadas por su legítimo poseedor para mantenerla secretas...”.

a) *Debe ser secreta*: para que pueda otorgar una real ventaja competitiva. NO Generalmente conocida. Es decir, que no haya entrado en el dominio público, no divulgada.

Criterios de divulgación:

- Cualitativo.
- Cuantitativo.

No fácilmente accesible: dificultad que tenga el tercero para llegar a él. *No* se puede llegar a él a través de mecanismos de adaptación (reingeniería, etc.).

b) *Se hayan tomado medidas de control suficientes para mantenerlo secreto*

Actos inequívocos que permitan vislumbrar la intención del poseedor legítimo de mantener la información bajo reserva.

Acuerdos de confidencialidad.

Advertencia que la información es privilegiada y no divulgable.

c) *Valor económico que tiene la información por ser secreta*

Puesto que el hecho de estar en reserva es lo que genera dicha ventaja competitiva.

Una vez se hayan reunido estos tres requisitos, la información que se ha reservado es susceptible de ser protegida a través de los mecanismos de protección derivados del secreto empresarial.

C. *Mecanismos de protección jurídica*: diversas áreas del derecho han concebido dentro de sus esquemas normativos, mecanismos para sancionar y reprimir el acceso ilegítimo y el uso indebido de la información sometida a reserva:

C.1. *Competencia desleal*

El término competencia desleal está compuesto por dos nociones: competencia y deslealtad. Por consiguiente, debe quedar claro que las normas sobre competencia desleal no castigan la competencia *per se* sino las prácticas competitivas desleales (Tobón Franco, 2008: 119).

En este ámbito, la Decisión Andina 486 de 2000 es la normatividad que ha regulado de forma más amplia este tema y ha clasificado en actos de competencia desleal las siguientes conductas respecto del secreto empresarial:

- a) Explotar, sin autorización de su poseedor legítimo, un secreto empresarial al que se ha tenido acceso con sujeción a una obligación de reserva resultante de una relación contractual o laboral;
- b) Comunicar o divulgar, sin autorización de su poseedor legítimo, el secreto empresarial referido en el inciso a) con el ánimo de obtener provecho propio o de un tercero o de perjudicar a dicho poseedor;

c) adquirir un secreto empresarial por medios ilícitos o contrarios a los usos comerciales u honestos;

d) explotar, comunicar o divulgar un secreto empresarial que se ha adquirido por los medios referidos en el inciso c);

e) explotar un secreto empresarial que se ha obtenido de otra persona, sabiendo o debiendo saber, que la persona que lo comunicó adquirió el secreto por los medios referidos en el inciso c), o que no tenía autorización de su poseedor legítimo para comunicarlo;

f) comunicar o divulgar el secreto empresarial obtenido conforme al inciso e), en provecho propio o de un tercero, o para perjudicar al poseedor legítimo del secreto empresarial.

Un secreto empresarial se considera adquirido por medios contrarios a los usos comerciales honestos cuando la adquisición resultara, entre otros, del espionaje industrial, el incumplimiento de un contrato u otra obligación, el abuso de confianza, la infidencia, el incumplimiento de un deber de lealtad, o la instigación a realizar cualquiera de estos actos.

Para la Decisión Andina 486 de 2000, existen dos supuestos de acceso a la información: de forma lícita e ilícita.

– Cuando es de forma lícita puede que se tenga acceso porque medie un vínculo contractual o laboral. En consecuencia, se sanciona la explotación, comunicación y divulgación del secreto. Así mismo, se sancionan las mismas conductas cuando se ha tenido acceso a esta información sin que medie relación contractual o laboral alguna.

– Cuando el acceso a la información se da de forma ilícita, porque se ha adquirido la información por medios ilícitos o contrarios a los usos comerciales honestos. A título de ejemplo proponemos el espionaje industrial, incumplimiento de un contrato u obligación, el abuso de confianza, la infidencia, el incumplimiento de un deber de lealtad o la instigación a realizar estos actos.

Estas conductas son consideradas como actos de competencia desleal para sancionar la obtención ilícita de información privilegiada y la utilización indebida de información derivada del poseedor legítimo de ella.

A su turno, la Ley 256 de 1996 regula en Colombia la competencia desleal; esta ley es un desarrollo del Convenio de París. En su artículo 16 establece dos supuestos para tener acceso a la información secreta del empresario:

i. de manera legítima teniendo la obligación de reserva. Sin embargo, divulga y utiliza sin autorización incurriendo en un acto de competencia desleal.

ii. de manera ilegítima dichas formas se contraen al:

- Espionaje industrial.
- Abuso de confianza.
- Incumplimiento contractual.

En estos eventos para que se configure el acto de competencia desleal reprochable solo se requiere que se desarrolle el acceso ilegítimo, no se requiere que haya divulgación o no uso ilegítimo.

De esta forma, la competencia desleal configura como acto o conducta contraria a los usos y buenas costumbres mercantiles el uso indebido y acceso ilegítimo de la información sometida a reserva o privilegiada.

C.2. *Ámbito penal*

Tomando en consideración que lo que se pretende proteger es el bien jurídico industria y comercio, cualquier amenaza de vulneración a este bien jurídico será sancionado.

Para que una conducta sea sancionada debe estar tipificada en nuestro Código Penal, la cual deberá ser antijurídica y culpable.

Por ello, a continuación revisaremos los diferentes tipos penales que nuestra legislación contempla como delito y en consecuencia son objeto de sanción penal.

En primer término, tenemos que la Ley 599 de 2000, modificada mediante la Ley 890 de 2000 y por la Ley 1474 de 2011 “Estatuto Anticorrupción” el cual preceptúa lo siguiente:

Artículo 18. Utilización indebida de información privilegiada. El artículo 258 de Código Penal quedará así: El que como empleado, asesor, directivo o miembro de una junta u órgano de administración de cualquier entidad privada, con el fin de obtener provecho para sí o para un tercero, haga uso indebido de información que hayan conocido por razón o con ocasión de su cargo o función y que no sea objeto de conocimiento público, incurrirá en pena de prisión de uno (1) a tres (3) años y multa de cinco (5) a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

En la misma pena incurrirá el que utilice información conocida por razón de su profesión u oficio, para obtener para sí o para un tercero, provecho mediante la negociación de determinada acción, valor o instrumento registrado en el Registro Nacional de Valores, siempre que dicha información no sea de conocimiento público.

Sin dejar atrás las normas correspondientes al estatuto anticorrupción, es pertinente referirnos a los Artículos 418 y 419 del Código Penal. Pese a que dichos artículos fueron modificados y adicionados por la Ley 1288 de 2009, fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia C-913 del 16 de noviembre de 2010. En consecuencia, continúan vigentes en la ley penal los siguientes tipos cuyos textos son:

Art.- 418.- Revelación del secreto. El servidor público que indebidamente dé a conocer documento o noticia que deba mantener en secreto o reserva, incurrirá en multa y pérdida del empleo o cargo público.

Si de la conducta resultare perjuicio, la pena será de uno (1) a tres (3) años de prisión, multa de quince (15) a sesenta (60) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por cinco (5) años.

Art. 419.- Utilización de asuntos sometidos a secreto o reserva. El servidor público que utilice en provecho propio o ajeno, descubrimiento científico, u otra información o dato llegados a su conocimiento por razón de sus funciones y que deban permanecer en secreto o reserva, incurrirá en multa y pérdida del empleo o cargo público, siempre que la conducta no constituya otro delito sancionado con pena mayor.

Art. 420.- Utilización indebida de información oficial privilegiada. El servidor público que como empleado o directivo o miembro de una junta u órgano de administración de cualquier entidad pública, que haga uso indebido de información que haya conocido por razón o con ocasión de sus funciones y que no sea objeto de conocimiento público, con el fin de obtener provecho para sí o para un tercero, sea éste persona natural o jurídica, incurrirá en multa o pérdida del empleo o cargo público.

Art. 308.- Violación de reserva industrial o comercial. El que emplee, revele o divulgue descubrimiento, invención científica, proceso o aplicación industrial o comercial, llegados a su conocimiento por razón de su cargo, oficio o profesión y que deban permanecer en reserva, incurrirá en prisión de dos (2) a cinco (5) años y multa de veinte a dos mil (2.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

En la misma pena incurrirá el que indebidamente conozca, copie u obtenga secreto relacionado con descubrimiento, invención científica, proceso o aplicación industrial o comercial.

La pena será de tres (3) a siete (7) años de prisión y multa de cien (100) a tres mil (3.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si se obtiene provecho propio o de tercero.

Las anteriores conductas tutelan el bien jurídico denominado Patrimonio Económico y en consecuencia, son tipos penales que sancionan conductas expresas, como son:

- Violación propiamente dicha a la reserva.
- Espionaje Industrial.

Como podemos apreciar, en las disposiciones legales atrás descritas se amplía el espectro de protección, lo que implica que existen muchas más conductas típicas, antijurídicas y culpables consagradas por el legislador como delitos susceptibles de sanción de carácter penal.

C.3. *Ámbito penal-militar*

En todos los ordenamientos jurídicos de reciente expedición fueron objeto de tipificación las conductas relacionadas con la revelación de secretos; es así como en el nuevo Código Militar, Ley 1407 de 2011, en sus artículos 130 y 131 se expresa: “El miembro de la fuerza pública que revele documento, acto o asunto concerniente al servicio con clasificación de seguridad secreto, o ultra secreto, incurrirá en prisión de cinco (5) a ocho (8) años. Si la revelación fuere de documento, acto o asunto clasificado como reservado, el responsable incurrirá en prisión de dos (2) a cuatro (4) años”.

C.4. *Ámbito comercial*

La Ley 222 de 1995 en su momento se ocupó de los deberes que tienen los administradores⁷. Es así como en su artículo 23 numerales 4º. y 5º se señala que en cumplimiento de su función, los administradores deberán: “4º. Guardar y proteger la reserva comercial e industrial de la sociedad y 5º. Abstenerse de utilizar indebidamente información privilegiada”.

C.5. *Ámbito civil*

En materia civil en las diferentes etapas de la formación del vínculo contractual en el evento en que estemos frente a la utilización indebida de información privilegiada podríamos enfrentarnos a sanciones de diversa índole dependiendo del momento de la negociación en que nos encontremos:

– En la etapa precontractual, según lo dispuesto en el artículo 863 del Código de Comercio, se debe actuar de buena fe exenta de culpa. Esto en materia de secretos empresariales no tiene otro objetivo distinto al de mantener en reserva la información a la cual se ha tenido acceso y no darle una indebida utilización, so pena, según lo dispuesto en el mencionado artículo de indemnizar los perjuicios generados.

– En la etapa contractual, al igual que la precontractual, la buena fe es un parámetro regulador de las relaciones privadas, el cual obliga a celebrar y ejecutar los contratos de buena fe. En ese sentido, las partes no solo se obligan a lo pactado en el contrato sino también a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos⁸. Lo anterior, en materia de secretos empresariales, se traduce en que la información sometida a reserva, la cual debe estar claramente señalada en el clausulado del contrato, debe protegerse y utilizarse de forma adecuada de acuerdo con la naturaleza

7. Art. 22 Ley 222 de 1995. “Son administradores, el representante legal, el liquidador, el factor, los miembros de juntas o consejos directivos y quienes de acuerdo con los estatutos ejerzan o detentan esas funciones”.

8. Artículo 871 del Código de Comercio.

y esencia del contrato, es decir respetando la buena fe contractual. En el evento en que esto no suceda así, se puede valorar de forma anticipada los perjuicios generados por esta conducta indebida de alguna de las partes contractuales⁹.

Cuando estemos frente a una relación delictual en la que no existe un vínculo contractual, según las disposiciones en materia de responsabilidad civil extracontractual, todo daño que se genere por la violación del secreto debe indemnizarse medie o no vínculo entre las partes según lo dispuesto en el artículo 2341 del Código Civil. En este sentido, en los eventos en que se genere un perjuicio por la conducta desplegada por un trabajador responderá el patrono por los daños materializados, y si esta conducta desplegada se tratase de la utilización indebida de información privilegiada, de acuerdo con lo anteriormente descrito responderá de forma directa el empleador.

C.6. Ámbito laboral

En materia laboral la violación del secreto empresarial se presenta en la mayoría de casos como una violación del empleador de la información privilegiada a la que ha tenido acceso. Existen de esta forma dos intereses en contraposición: uno, del empleador, quien normalmente quiere proteger y mantener en reserva la información que con muchos años de trabajo ha desarrollado y el interés del empleado, quien busca potencializar su conocimiento para no limitarse laboralmente.

En este sentido, el Código Sustantivo del Trabajo en su Artículo 58 establece como obligaciones de trabajador: "...no comunicar a terceros sin autorización la información privilegiada...". Y como justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo el incumplimiento de la anterior obligación: "Son justas causas para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo: (...) 8. El que el trabajador revele los secretos técnicos y empresariales o dé a conocer asuntos de carácter reservado, con perjuicio de la empresa"¹⁰. Finalmente, el trabajador perderá el derecho al auxilio de cesantía cuando el contrato haya terminado por la revelación de los secretos industriales o comerciales, según lo dispuesto por el Artículo 250 del mencionado código.

IV. ¿SON SUFICIENTES ESTOS MECANISMOS DE PROTECCIÓN QUE INTEGRAN AL SECRETO EMPRESARIAL COMO SOLUCIÓN AL PROBLEMA PLANTEADO?

En las diversas normatividades de nuestro ordenamiento jurídico que regulan el secreto empresarial, son variadas las experiencias y conclusiones que se han generado. En algunas se ha fallado protegiendo el secreto empresarial; en otras, muy difícilmente se han configurado los elementos necesarios para proteger el secreto empresarial. ¿Por qué esta situación?

9. Artículo 867 del Código de Comercio.

10. Artículo 62, numeral 8 del Código Sustantivo del Trabajo.

La Superintendencia de Industria y Comercio, en uso de sus facultades jurisdiccionales emitió la sentencia número 16 del 13 de octubre de 2010, se negó la protección derivada del secreto empresarial por cuanto y en tanto no se cumplió con el primero de los requisitos analizados, en virtud del cual la información para ser protegida y por ende sancionar su utilización indebida debe ser secreta. La SIC estimó que la demandante no mantuvo la información en reserva y por ende no condenó los actos de la demandada como contrarios a la competencia desleal. En este mismo sentido la sentencia número 18 del 20 de octubre de 2010 y 20 del 27 de octubre de 2010, han negado la protección a la utilización indebida y acceso ilegítimo de la información confidencial alegada por la imposibilidad de la configuración de los requisitos antes mencionados.

Respecto de los mecanismos de protección de índole civil, de acuerdo con el principio de la buena fe contractual sería determinante establecer y probar frente a un eventual litigio que en las diferentes etapas de formación del vínculo contractual (precontractual, contractual y poscontractual) se ha actuado de buena fe, lo que implicaría que se ha mantenido la información en reserva y confidencialidad.

Como puede apreciarse, se trata de un tema probatorio y en el que la tasación de perjuicios anticipados (cláusula penal) cobraría plena vigencia. En este sentido la sentencia número 20 del 2010 de la Superintendencia de Industria y Comercio antes mencionada, señaló que incumbe al demandante demostrar la existencia y cuantía del daño cuya reparación reclama.

En cuanto a los mecanismos de protección de índole penal, es evidente para el actual gobierno y para el legislador, que el bien jurídico patrimonio económico y administración pública han cobrado suma importancia. De esta forma se sancionan con condenas no solo pecuniarias sino privativas de la libertad a los directivos que utilicen de forma indebida la información a la que han podido tener acceso en provecho propio.

En cuanto a los mecanismos de protección de índole laboral, la sala de casación laboral emitió la sentencia número 13722 en el año 2000 (Magistrado Ponente Rafael Méndez Arango), por medio de la cual se estableció que: "...existía una justa causa de terminación del contrato de trabajo por cuanto se quebrantó la obligación de fidelidad y lealtad del trabajador para con el empleador cuando un trabajador siendo abogado de una empresa actuó en un proceso contra ella como su contraparte" (Tobón Franco, 2008: 170).

V. REFLEXIONES FINALES

Independientemente de que los mecanismos previstos en la normatividad que regula y codifica el secreto empresarial sean completos e integrales, los trabajadores tienen hoy en día más acceso a la información privilegiada de la compañía y pueden intercambiarla de forma más fácil y rápida con el mundo exterior información. ¿Por qué?

Hoy en día las empresas gastan la mayoría de su presupuesto en tecnología en lo que se llaman sistemas de almacenamiento en los que se registran el flujo de capital, productos y personas de la compañía. Lo que hace esto es posibilitar de una forma más rápida y voluminosa la filtración de la información. Esto, coadyuvado con el advenimiento de los aparatos móviles de última tecnología, los cuales permiten la comunicación instantánea que es otro de los mecanismos a partir de los cuales se puede filtrar la información:

- a. Teléfonos con cámaras digitales.
- b. Cámara de Video.
- c. Internet instantáneo y permanente.

Por lo anterior, “*IDC una empresa dedicada al Marketing investigativo ha señalado que en mundo digital aumentará para el 2020 en 35 zettabits la información digital (1zbyte es 1 trillon de gigabytes equivalente a 250 billones de DVD)*” (*The Economist*, 26 de febrero de 2011).

WikiLeaks es solamente una manifestación del problema actual. Hoy en día, los empleados al tener esta proliferación de información, al manipular los archivos para bajarlos en archivos de más fácil acceso pero al igual más fáciles de filtrar, como consecuencia hacen que la información sea más vulnerable.

En muchos casos esta filtración no es intencionada; en otros, sin embargo, es totalmente dolosa. Para tratar de maniobrar el problema de esta filtración digital, algunas compañías han tratado de adquirir *software* para tratar de tapar los huecos de esta filtración. Uno de ellos es el denominado “content-management, producido por Alfresco los que permiten identificar, registrar y definir quien tiene acceso o no a este contenido y documentos digitales” (*ídem*). Bajo estos supuestos, el gobierno de la información ha buscado soluciones tecnológicas y no legales (secreto empresarial) para dar solución a este problema.

El interrogante que debe plantearse es si se trata de una solución mixta: legal (secreto empresarial) y tecnología (*software* de control).

The economist, en su artículo *Brefing Companies and information* (26 de febrero de 2011), ampliamente citado a lo largo de este ensayo, señala que “La mayoría de compañías no saben qué tipo de información tienen y cuán valiosa es (...) porque normalmente no seleccionan esta información para saber cuál es la realmente importante, sino que buscan proteger toda la información corporativa”.

Wikileaks debe observarse como una oportunidad para mejorar el gobierno de la información, implementando estructuras cerradas o abiertas dependiendo de qué tan cerrada o abierta deba ser la plataforma de información de una compañía. Es por esto que se tiene que invertir en la capacitación de los empleados en el manejo y aseguramiento de la información, utilizando mecanismos legales los cuales como analizamos responden al integral y muy completo secreto empresarial o plataformas tecnológicas abiertas, como la de Moxila Foundation, la cual mantiene la información abierta en el mínimo nivel de secreto o cerrada como la que implementan compañías como Accenture, que no permite el acceso de esta información a casi

ningún nivel salvo los directivos de la compañía. Todo esto dependiendo del tipo de negocios y el objeto social que tenga nuestra compañía.

BIBLIOGRAFÍA

- GÓMEZ SEGADE, JOSÉ ANTONIO (1974). *El secreto industrial (know how) concepto y protección*. Madrid: Editorial Tecnos.
- METKE MÈNDEZ, RICARDO (2002). *Lecciones de Propiedad Industrial (II)*. Bogotá D.C.: Biblioteca Jurídica Diké Ltda.
- NARVÁEZ GARCÍA, JOSÉ IGNACIO (2002). *La Empresa y el Establecimiento*. Bogotá D.C.: Legis S.A.
- REYES VILLAMIZAR, FRANCISCO (1996). *Reforma al Régimen de sociedades y concursos*. Santa Fe Bogotá, D.C.: Publicaciones Cámara de Comercio de Bogotá.
- TOBÓN FRANCO, NATALIA (2008). *Secretos Industriales, Comerciales y Know How*. Bogotá: Biblioteca Jurídica Diké.
- The Economist* (26 de febrero de 2011). *Brefing Componies and Information*.
- Superintendencia de Industria y Comercio. Sentencia n.º 16 del 13 de octubre de 2010.
- Superintendencia de Industria y Comercio. Sentencia n.º 18 del 20 de octubre de 2010.
- Superintendencia de Industria y Comercio. Sentencia n.º 20 del 27 de octubre de 2010.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia 13722/2000. Magistrado Ponente Rafael Méndez Arango.
- Acuerdo para la de la Protección de los Derechos de Propiedad Intelectual ADPIC, ratificado por Colombia, mediante la Ley 170 de 1994.
- Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial del 20 de marzo de 1883, Colombia tan solo adhirió en el año 1994, mediante la Ley 178.
- Comunidad Andina CAN - Decisión 486 de 2000.