



FACULTAD DE DERECHO

**DELITOS RELATIVOS A LA VIOLACIÓN DEL SECRETO DE
EMPRESA**

Autor: Paula Vergara Puig

Tutor: Julián Carlos Ríos Martín

Madrid

Abril de 2014

RESUMEN

A lo largo del trabajo se ha abordado el estudio en profundidad de las figuras delictivas que configuran a día de hoy el “delito de violación del secreto de empresa”. En concreto, han sido expuestas y analizadas las tres conductas típicas constitutivas de este delito de carácter socioeconómico. Estas son, en primer lugar, el delito de “espionaje empresarial”, en segundo lugar, el delito de “violación del secreto empresarial por persona obligada a guardar reserva”, y en tercer y último lugar, el delito de “violación del secreto de empresa por quien no ha tomado parte en su descubrimiento”. No sólo han sido expuestos en toda su complejidad los distintos elementos constitutivos de estos delitos, sino que también han sido manifestadas las distintas posturas doctrinales adoptadas en relación con las cuestiones más controvertidas. También se ha elaborado una comparativa de estas figuras con respecto a la configuración que adoptaron en el anterior Código Penal así como la que adoptan bajo la UWG alemana.

PALABRAS CLAVE

TIPO BÁSICO/ TIPO CUALIFICADO/ BIEN JURÍDICO PROTEGIDO/ MERCADO/
CAPACIDAD COMPETITIVA/ VIOLACIÓN DEL SECRETO DE EMPRESA/
VALOR COMPETITIVO/ DIFUSIÓN, REVELACIÓN, CESIÓN / FIGURA
DELICTIVA/ COMPETENCIA.

SUMMARY

Throughout the study an in-depth analysis of the offenses that, as of today, configure the “crime of violation of Business secrets” has been addressed.

In particular, the three typical behaviors constituting this offense of socioeconomic character have been explained and analyzed.

These are, the offence of industrial espionage, the violation of business secrets by persons required to maintain confidentiality and the violation of business secrets by those who have not taken part in the discovery.

Not only have the different elements constitutive of these offences been exposed in all their complexity, but the different doctrinal positions taken in relation to the more controversial issues have been expressed.

A comparison of these figures has been developed with respect to the configuration that was adopted in the previous criminal code as well as under the German UWG.

KEYWORDS

OFFENSES/ LEGAL WELL PROTECTED/ MARKET/ COMPETITIVE CAPACITY/
VIOLATION OF BUSINESS SECRETS/ INDUSTRIAL ESPIONAGE/
COMPETITIVE VALUE/ DISCLOSURE TO THIRD PARTIES AND TRANSFERS/
FAIR COMPETITION.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN	6- 7
1.1. Objeto general del trabajo y relevancia del tema	6
1.2. Plan de exposición	6- 7
2. ASPECTOS GENERALES	7- 32
2.1. Regulación	7
2.2. Bien jurídico protegido	7-11
2.2.1. <i>Principio de mínima intervención</i>	7- 9
2.2.2. <i>Ámbito privado de protección</i>	9- 10
2.2.3. <i>Delitos de “violación de secretos”</i>	10- 11
2.2.4. <i>Bien jurídico plural</i>	11
2.3. Objeto material del delito	12- 32
2.3.1. <i>Ausencia de definición legal</i>	12
2.3.2. <i>Definición doctrinal y jurisprudencial</i>	13-15
2.3.3. <i>Delimitación problemática</i>	15-21
2.3.4. <i>Requisitos configuradores del secreto de empresa</i>	21- 32
3. DELITO DE “ESPIONAJE EMPRESARIAL”	
3.1. Tipo básico	32- 38
3.1.1. <i>Regulación y antecedentes</i>	32- 33
3.1.2. <i>Tipo mixto alternativo</i>	33- 34
3.1.3. <i>Acceso ilícito al secreto de empresa</i>	34- 35
3.1.4. <i>Sujeto pasivo y elemento subjetivo del tipo</i>	35- 37
3.1.5. <i>Tipo de peligro</i>	37- 38
3.1.6. <i>Circunstancias modificativas de la responsabilidad</i>	38
3.2. Tipo cualificado	39- 44
3.2.1. <i>Regulación</i>	39
3.2.2. <i>Tipo de peligro concreto</i>	39-40
3.2.3. <i>Contenido del delito</i>	40- 41

3.2.4. <i>Delito de participación necesaria</i>	41- 42
3.2.5. <i>Destinatario de la información</i>	42
3.2.6. <i>Secreto ilícito</i>	42- 44
3.2.7. <i>Concurso de delitos</i>	44
4. VIOLACIÓN DEL SECRETO DE EMPRESA POR PERSONA OBLIGADA A GUARDAR RESERVA	45- 51
4.1. Regulación y antecedentes	45
4.2. Sujeto activo del delito	45- 47
4.3. Comisión por omisión	47- 48
4.4. Deber de guardar reserva	48- 50
4.5. Causas de justificación	50- 51
5. VIOLACIÓN DEL SECRETO DE EMPRESA POR QUIEN NO HA TOMADO PARTE EN SU DESCUBRIMIENTO	51- 53
5.1. Regulación	51- 52
5.2. Origen ilícito del secreto de empresa	52
5.3. Conocimiento del origen ilícito del secreto de empresa	52- 53
6. CONCLUSIONES	53- 55
7. BIBLIOGRAFÍA	55- 56
8. LEGISLACIÓN	56- 57

ABREVIATURAS

CP	Código Penal de 1995
CE	Constitución Española de 1978
ADPIC	Acuerdo sobre aspectos relacionados con los Derechos de Propiedad Intelectual
AAP	Auto de la Audiencia Provincial
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
AP	Audiencia Provincial
TS	Tribunal Supremo
UWG	Gesetz Gegen Unlauteren Wettbewerb
LSA	Ley de Sociedades Anónimas
LSRL	Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada
pp.	Página/s
ss.	Siguientes
núm.	Numero
etc.	Etcétera
<i>op. cit.</i>	<i>opus citatum</i> (obra citada)
vid.	Véase

ed. Edición
vol. Volumen
cap. Capítulo

1. INTRODUCCIÓN

1.1. Objeto general del trabajo y relevancia del tema

El objeto principal de este trabajo ha sido la elaboración de un análisis exhaustivo de las figuras constitutivas del delito de “violación de los secretos de empresa”. Se trata de un delito de naturaleza socioeconómica que ha estado en constante evolución hasta nuestros días como resultado del impulso de la modernización tecnológica y del fuerte desarrollo de la actividad empresarial.

Nuestro legislador, no ajeno a todo esto, se vio en la necesidad de adaptar a estos cambios la configuración que otorgó el anterior Código Penal a este tipo de delitos, por considerar que la misma se había quedado obsoleta. Todas estas cuestiones relacionadas con el desarrollo actual del mundo empresarial y la necesaria evolución en la tipificación de estas conductas delictivas, han sido desarrolladas en el presente trabajo. De esta forma, el lector podrá apreciar la razón de ser del nacimiento de nuevas figuras delictivas, surgidas en el contexto actual.

Gran parte del trabajo ha sido orientado al examen de las resoluciones más representativas dictadas por los órganos jurisdiccionales competentes, así como los principios y bases que han asentado las mismas.

También ha sido elaborada una compleja comparativa entre la regulación que el Derecho español ha otorgado a estas conductas típicas y la que otorga la UWG alemana a las mismas, así como también ha sido reflejada la evolución que el delito de violación de secreto de empresa ha tenido a lo largo del tiempo (partiendo del artículo 499 del anterior Código Penal). Estos dos últimos puntos han sido de gran utilidad para poder alcanzar uno de los objetivos principales del trabajo que es demostrar la idoneidad de la reforma legislativa efectuada por el legislador actual y reflejada en los artículos 278, 279 y 280 del Código Penal de 1995.

1.2. Plan de exposición

El plan de exposición que hemos seguido en el trabajo ha sido en primer lugar la ubicación que el legislador ha dado a estos delitos en el Código Penal actual. En segundo lugar, se ha realizado una exposición detallada de los aspectos comunes a tales delitos. En este punto, se ha elaborado una comparativa con respecto a la configuración

que estas conductas desleales tienen en el ámbito privado, más concretamente en la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal¹. En tercer lugar, se ha efectuado un examen pormenorizado de cada una de las figuras delictivas que constituyen los delitos de violación del secreto de empresa, habiéndose incluido en este punto las distintas posturas doctrinales que se han adoptado con respecto a las cuestiones que han planteado mayor controversia en la materia.

2. ASPECTOS GENERALES

2.1. Regulación

Los delitos de violación del secreto de empresa se encuentran regulados en los artículos 278 a 280, de la sección III, “de los delitos relativos al mercado y a los consumidores”, de el Capítulo 11, “de los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores”, del Título 13, “delitos contra el patrimonio y orden socioeconómico”, del Libro Segundo del CP².

2.2. Bien jurídico protegido

2.2.1. Principio de mínima intervención

En este epígrafe nos centraremos en la razón de ser de este delito, el objeto de protección del mismo.

La competencia empresarial como bien jurídico protegido por el delito de violación del secreto de empresa (artículos 278, 279 y 280 CP), es un bien asimismo objeto de tutela en la propia CE (artículo 38 CE). Así, el artículo 38 CE recoge lo siguiente:

¹ Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia desleal. Boletín Oficial del Estado de 11 de enero de 1991

² LEFEBVRE, FRANCIS, *Memento Penal Económico y de la empresa*, Memento Práctico 2011-2012, Ediciones Francis Lefebvre, Madrid, 2011, p. 527.

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Boletín Oficial del Estado, 24 de noviembre de 1995, arts. 278 a 280.

Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación.

El simple hecho de que este bien goce de protección constitucional directa lo convierte en uno de los bienes que debe de ser objeto de estricta protección, a fin de evitar todo tipo de lesión o perjuicios que determinadas conductas pudieran causar al mismo.

Además de reconocer la libre intervención en el mercado, reconoce derechos tales como la dignidad de la persona, el libre desarrollo de la personalidad (artículo 10 CE), la libertad de los españoles ante la Ley (artículo 14 CE), la libertad ideológica, religiosa y de culto (artículo 16), el derecho a la vida y a la integridad física y moral (artículo 15 CE), el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar, y a la propia imagen (artículo 18), la inviolabilidad del domicilio, el deber de contribución de todos los ciudadanos españoles al sostenimiento del gasto público (artículo 31 CE), así como muchos otros³.

Para impedir que ciudadanos vulneren estos derechos y deberes constitucionales, es necesaria la intervención penal. De igual forma que la infracción de los deberes constitucionales relativos a la inviolabilidad del domicilio y a la contribución para el sostenimiento del gasto público suponen la consumación de delitos recogidos en el Código Penal, una actuación como es la divulgación del secreto de empresa en perjuicio de la capacidad competitiva de esta debe suponer la intervención del derecho penal (por tratarse de una actuación que vulnera la libertad de intervención de las empresas en el mercado, y por vulnerar la competencia leal entre estas⁴).

Esta indagación acerca de la necesaria intervención del derecho penal en la tutela del bien jurídico en cuestión ha sido imprescindible desde el punto de vista del principio de mínima intervención del derecho penal. Este principio opera como límite al *ius puniendi*, no pudiendo el legislador penal tipificar cuantos delitos estime oportunos, ni

³ CONSTITUCION ESPAÑOLA. Boletín Oficial del Estado, de 29 de diciembre de 1978, arts.10, 14, 16, 18, 31y 38.

⁴ CARBONELL MATEU, J.C., *Derecho Penal: concepto y principios constitucionales*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 207 y ss.

tampoco valorar unilateralmente qué bienes merecen ser objeto de protección jurídico penal. Esta tarea requiere de una valoración mucho más profunda y exhaustiva.

El principio de mínima intervención del derecho penal se resume en lo siguiente. En primer lugar, el carácter fragmentario del derecho penal supone que el mismo sólo podrá castigar los ataques más intolerables y graves a los bienes jurídicos más relevantes (como es sin duda la libre competencia de las empresas en el mercado). En segundo lugar, el carácter subsidiario del derecho penal supone que el mismo sólo intervendrá en aquellos casos en que no pueda lograrse una protección eficaz del bien tutelado a través de medios menos lesivos para el sujeto infractor, esto es, a través de otras ramas del derecho como puede ser el derecho mercantil.

2.2.2. Ámbito privado de protección

Una vez se ha determinado el bien jurídico protegido por este delito, esto es, la “capacidad competitiva de la empresa”, ha de precisarse cuál es el objeto de tutela en el ámbito jurídico privado. La legislación mercantil ha llevado a cabo la protección de este bien jurídico a través de la Ley 3/1991 de competencia desleal. Son los artículos 13 y 14⁵ los concretamente se centran en la tutela del mismo.

En el ámbito del derecho mercantil, el bien jurídico objeto de protección es la “competencia leal” entre las empresas. No obstante, en el terreno de lo penal se ha querido hacer una mayor concreción al respecto y se ha venido afirmando que el bien jurídico tutelado por los artículos 278, 279 y 280 del CP, es la capacidad “competitiva de la empresa”. Aunque a primera vista no sea fácil delimitar ambos conceptos, competencia leal y capacidad competitiva sí difieren entre sí.

En efecto, al hablar de “capacidad competitiva” nos estamos refiriendo a las facultades que tiene una determinada empresa para actuar libremente en el mercado, sin verse obstaculizada por las actuaciones que los otros sujetos intervinientes en el mismo pudieran ejecutar. Por otro lado, la competencia leal es un concepto que ha de entenderse en términos más amplios, esto es, referido a todos y cada uno de los sujetos

⁵ LEFEBVRE, FRANCIS, *Manual Penal Económico y de la empresa*, óp. cit., pp. 527 y 528 Ley 3/1991 de 10 de enero..., óp. cit., arts. 13 y 14.

intervinientes en el mercado y los parámetros de actuación que han de respetar de manera a que cada uno de ellos pueda gozar de una libertad de actuación en el tráfico mercantil.

En definitiva, se otorga al bien jurídico tutelado por el derecho penal un carácter individual y un contenido material de más fácil delimitación, declarando que “la competencia leal” como institución debe ser objeto de protección por la Ley 3/1991.

2.2.3. Delitos de “violación de secretos”

El presente trabajo versa sobre el análisis de los delitos de vulneración de secretos de empresa. Para poder situarnos mejor respecto a este tema, es necesario hacer una distinción entre estos delitos de una naturaleza socioeconómica, y el resto de delitos relativos al descubrimiento y revelación de secretos, en aquellos casos en los que su titular es un particular. Estos últimos tutelan un bien jurídico distinto a “la capacidad competitiva de la empresa”, esto es, la “intimidad de la persona”.

La intimidad de la persona, en una primera aproximación podría definirse como el derecho de todo individuo a excluir al resto de determinados aspectos de su vida privada, calificados como secretos. En el momento en el que el sujeto decida mantener en secreto determinados aspectos de su vida personal, o bien decida compartirlos con un círculo limitado de personas, el resto, que ha quedado excluido del conocimiento del mismo, no podrá llevar a cabo conductas que persigan su la averiguación y utilización.

Estas conductas supondrían la violación de la esfera de dominio de lo personal, de lo reservado. La intimidad es aquella zona del interior de la persona que ésta desea mantener alejada del resto, y que, en virtud de los derechos a la intimidad y a la libertad de la persona reconocidos en la CE, deberá efectivamente ser respetada por estos⁶.

Por el contrario, el delito de violación del secreto empresarial ha sido regulado con la finalidad de proteger la capacidad competitiva de la empresa. El secreto de empresa encierra un gran interés económico para esta. Más adelante, en el apartado correspondiente, analizaremos qué requisitos ha de reunir el secreto de empresa para

⁶ http://www.feaps.org/biblioteca/sexualidad_ydi/12_derecho.pdf. 18/01/14.

que, a través de estas figuras delictivas, pueda ser objeto de protección en el ámbito jurídico penal.

El secreto de empresa guarda en su interior un enorme valor competitivo y atribuye a su titular determinadas cualidades, estrategias gracias a las cuales va a poder abrirse camino en el mercado en el que interviene⁷. Respecto de estos delitos, los intereses concurrentes merecedores de protección son de naturaleza socioeconómica (tales como la competencia leal entre las empresas y la libre intervención de estas en el mercado) y por tanto carecería de sentido identificar la intimidad de la persona como bien jurídico tutelado por estos.

2.2.4. Bien jurídico plural

Es importante resaltar que por medio de estas conductas típicas el sujeto activo no sólo está dañando el interés particular del empresario, sino también lesiona el interés general entendido como el del mercado y los consumidores⁸. Por tanto, debemos considerar que el bien jurídico protegido es plural. Se está tutelando de forma inmediata o directa la capacidad competitiva de la empresa afectada, y de forma mediata o indirecta los intereses socioeconómicos de los consumidores⁹. Se hace patente que la finalidad del legislador penal no se limitaba a tutelar los intereses individuales de los empresarios que pudieran verse afectadas por la comisión de estos delitos, sino que también los intereses de todos aquellos que pudieran verse afectados por la misma, incluyendo en este bloque los intereses de los consumidores (la consumación de estos delitos puede provocar una distorsión de la clarificación del mercado).

⁷ RUBIO LARA, PEDRO ÁNGEL, *Parte especial de derecho penal económico español: una aproximación al estado de la cuestión en la doctrina y jurisprudencia españolas*, Dickinson, Madrid, 2006, pp. 62.

⁸ RUBIO LARA, PEDRO ÁNGEL, *Parte especial de derecho penal...*, óp. cit. pp. 63.

⁹ BACIGALUPO, ENRIQUE, *Curso de derecho penal económico*, 2ª edición, Marcial Pons, Madrid, 2005, pp. 309.

2.3. Objeto material del delito

El objeto material de las figuras delictivas plasmadas en los artículos 278, 279 y 280 CP es el secreto de empresa. Como ya he adelantado en la pregunta anterior, la violación del secreto de empresa supone un perjuicio a la capacidad competitiva de la misma, o lo que es lo mismo, a la posición que esta ostenta en el mercado.

Se considera que el secreto de empresa incorpora un importante valor “competitivo” para la misma, razón por la que su descubrimiento podría suponer una disminución de su capacidad competitiva o un aumento de la de sus rivales (es decir, un perjuicio para la propia empresa o un provecho económico para otras).¹⁰

2.3.1. Ausencia de definición legal

Ni la Ley 3/1991 de Competencia Desleal ni el Código Penal nos proporcionan una definición de lo que debe entenderse por “secreto de empresa”. Únicamente el ADPIC nos aproxima a una definición de la misma al establecer las características que necesariamente ha de reunir una información a fin de ser merecedora de protección (siempre en el ámbito de la propiedad intelectual). No obstante, esta definición se refiere a materia objeto de propiedad intelectual, y no para el caso que nos concierne (secreto de empresa).

Por tanto, la definición que pueda contener el ADPIC no es vinculante para el intérprete jurídico penal, el cual es libre de emplearla (o no) para la determinación de lo que deba entenderse por “secreto de empresa”. Asimismo, la doctrina y la jurisprudencia han ido labrando una definición para el concepto “secreto de empresa”, así como han ido estableciendo las características que ha de reunir la información vinculante para que pueda ser objeto de protección jurídico penal. Esta ha sido considerada como una tarea fundamental vista la laguna con la que contamos hoy en día en relación a esta institución¹¹.

¹⁰ BACIGALUPO, ENRIQUE, *Curso...*, óp. cit., pp. 309.

¹¹ LEFEBVRE, FRANCIS, *Memento Penal Económico y de la empresa*, óp. cit., pp. 528.

2.3.2. *Definición doctrinal y jurisprudencial*

El derogado artículo 499 del anterior Código Penal se refería al “secreto de industria” a la hora de describir el injusto penal. En el actual Código Penal de 1995, el legislador ha decidido sustituir esta expresión por la de “secreto de empresa”.

A primera vista podría pensarse que, tal y como defienden algunos penalistas, existe identidad entre una y otra expresión, no obstante, conviene resaltar la importancia que ha supuesto este cambio. La doctrina mayoritaria ha resaltado la falta de equiparación entre “secreto de industria” y “secreto de empresa”, y es que el secreto de industria debe ser considerado como un tipo de secreto de empresa.

Así pues, dentro de la categoría de “secreto de empresa” se encuentran englobados secretos de muy diversa naturaleza que son los “secretos industriales”, los “comerciales”, y los “referentes a la organización interna y relaciones de la empresa”¹².

La propia Ley de Competencia Desleal alude en su artículo 13 a “secretos industriales o cualquier otra especie de secretos empresariales”. Así las cosas, autores como Serrano Piedecabras defendieron que:

No hay razón alguna para limitar el objeto material del delito a los secretos puramente industriales, dado que hay otros secretos empresariales que entrañan un incuestionable valor intrínseco de la empresa y que, por ello, son merecedores de tutela penal.

Esta es la opinión que defiende la doctrina penalista especializada al respecto. Retomando la cuestión, una vez se ha abandonado la consideración de “secreto” adoptada en el CP de 1973 en su artículo 499, hay que hacer la siguiente clasificación en términos de “secreto de empresa”.

En primer lugar, los **secretos técnico- industriales**, que abarcan aspectos como las fórmulas elaboradas por la empresa, los procedimientos de fabricación de productos, los métodos de reparación y montaje y la investigación de nuevos productos.

¹² MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, CARLOS, *Delitos relativos al secreto de empresa.*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 25.

En segundo lugar se encontrarían los **secretos comerciales**, relacionados con aspectos tales como la lista de clientes y proveedores, las técnicas de establecimiento de precios y las políticas de publicidad y de marketing.

En tercer y último lugar, dentro de los secretos empresariales encontraríamos aquellos referentes a **la organización interna y relaciones de la empresa**, que están relacionados con cuestiones laborales, financieras y contractuales (métodos de financiación, planes de la empresa y relación de la empresa con la Hacienda Pública)¹³.

En líneas generales, y tal y como establece GÓMEZ SEGADE, el secreto de empresa es:

Todo conocimiento reservado sobre ideas, productos o procedimientos industriales o comerciales, que el empresario, por su valor competitivo para la empresa, desea mantener ocultos.

En otras palabras, es susceptible de ser calificada como secreto de empresa toda información que estando relacionada con la actividad económica desarrollada por esta, y ostentando un importante valor económico competitivo para la misma, es mantenida al margen del conocimiento del público, con excepción de un círculo muy reducido de personas a las que posiblemente el empresario decida confiar el secreto por motivos del necesario desarrollo de determinadas actividades o cumplimiento de las funciones de un cargo concreto.

El empresario pone en riesgo el carácter confidencial del secreto de empresa en el momento en el que lo confía a determinados sujetos (normalmente pertenecientes a la empresa) por motivos de necesario desarrollo de la actividad empresarial. Esto es así por una razón muy sencilla: cuantas más personas tengan conocimiento del secreto de empresa (aparte del titular del mismo), mayor será el riesgo de que el mismo devenga público.

¹³ SERRANO PIEDECASAS, José R. (dir.), *Cuestiones actuales de derecho penal empresarial y Consideraciones en torno a la protección penal del know-how*. BACIGALUPO, ENRIQUE, *Curso de derecho penal económico*, Marcial Pons, 2ª edición, p. 310. GÓMEZ SEGADE, José Antonio, *El secreto industrial (know-how): concepto y protección*, Tecnos, Madrid, 1974.

Esta última circunstancia podría dar lugar a la comisión del tipo establecido en el artículo 279 CP que recoge el delito de “violación de secreto de empresa por parte del sujeto que tuviera deber de guardar reserva”. En relación con esta última cuestión se han planteado numerosas controversias que se resolverán en su debido momento.

2.3.3. Delimitación problemática

Numerosas cuestiones han sido planteadas en relación a la delimitación del concepto de “secreto de empresa”. Concretamente estas cuestiones se refieren, en primer lugar a la posibilidad de contemplar una tutela simultánea del derecho de autor y del secreto de empresa, suponiendo que versen sobre un mismo “objeto”, y en segundo lugar a la posibilidad de reconocer a priori que existen determinadas clases de informaciones que constituyen *per se* secreto de empresa.

En cuanto a la primera cuestión, tal y como hemos destacado previamente, son posibles objetos de secretos de empresa los procedimientos industriales, las ideas, los productos, las técnicas de producción, las fórmulas etc. Todas estas materias a su vez podrían ser objeto de protección por medio de la conocida institución a la que se le ha dado el nombre de “propiedad industrial”. De igual modo, podemos entender que objetos que son propios de la propiedad industrial, tales como las invenciones, los modelos de utilidad y los descubrimientos científicos, pueden ser a su vez objetos típicos de un secreto de empresa¹⁴.

Así las cosas, la doctrina ha sido cuestionada en repetidas ocasiones la posibilidad de que concurren simultáneamente estos dos sistemas de protección (diferenciados) para la tutela de un mismo “objeto” o “materia”.

La mayoría de la doctrina española ha reconocido la posibilidad de que exista una tutela concurrente del secreto de empresa y del derecho de autor (autores como Morón y Carrasco). No obstante, autores como Delgado Echevarría defienden la incompatibilidad de ambos sistemas de protección.

¹⁴ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, CARLOS, *Delitos...*, óp. cit. pp. 27.

Morón y Lerma, E., *Internet, y Derecho pena*. Hacking y otras conductas delictivas. Óp. cit. por C. Martínez-Buján.

A modo de ejemplo, el creador de una fórmula para el crecimiento acelerado de plantas orgánicas podrá decidir atribuir a la misma el carácter de confidencial, de manera a que su conocimiento se reserve a un círculo muy limitado de sujetos, y adicionalmente, podrá solicitar protección bajo la institución de la propiedad industrial. Otra posibilidad sería que el autor de esta fórmula decida únicamente mantenerla en secreto, no entrando en materia de propiedad industrial¹⁵.

Esta última alternativa puede resultar arriesgada para el autor de la fórmula ya que la misma correría el peligro de ser descubierta por otro sujeto, el cual podría seguidamente cederla a terceros, revelarla o incluso difundirla, momento en el cual la perdería su carácter de reservada y sería susceptible de ser explotada por terceras personas (quienes podrían incluso protegerla por medio de patente u otra fórmula de protección). No obstante, no siempre es decisión del autor de la “obra” (término empleado en el ámbito de la propiedad industrial) renunciar a sus derechos, sino que en múltiples ocasiones aquella no es susceptible de ser protegida por esta segunda vía, por carecer por ejemplo de alguno de los requisitos que la Ley de propiedad industrial exige para su protección.

Antes de continuar, conviene dejar claro que el derecho de patentes exige al autor de la información o conocimiento que este alcance un determinado grado de novedad (referida al invento) para poder adquirir la patente. En el régimen del secreto empresarial, este requisito no es exigido al titular de la información para que pueda acudir a esta vía de protección. Dicho con otras palabras, no es exigible que la información o conocimiento reservado cumplan unos parámetros mínimos de novedad u originalidad, simplemente debe de tener un valor competitivo para la empresa. Todo esto se verá más adelante en mayor profundidad¹⁶.

En aquellos casos en los que el autor cuenta con la opción de acudir al secreto de empresa como única vía de protección, sería conveniente que el mismo adoptara todos los medios de precaución aconsejables en cada caso de modo a que esta no pueda ser descubierta.

¹⁵MARÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, CARLOS, *Delitos...*, óp. cit. pp. 28.

¹⁶LEFEBVRE, FRANCIS, *Memento...* óp. cit. P. 521.

Ha sido necesaria la tipificación del delito de violación del secreto de empresa pues, de no existir esta, el titular de la información reservada se encontraría en una posición vulnerable, ya que terceras personas, e incluso sujetos pertenecientes a la empresa, tratarían constantemente de violar dichos secretos.

No obstante, el titular del secreto de empresa, si bien es cierto que se encuentra protegido en gran medida por estos preceptos penales, no podrá impedir que el sujeto que decida a pesar de todo ejecutar estas conductas típicas, explote finalmente aquel secreto, o incluso establezca sobre el mismo una patente, marca o diseño. En definitiva, el titular del secreto que decida protegerlo únicamente por la vía del secreto de empresa, estará poniendo en peligro el mismo ya que no podrá impedir que terceras personas, en caso de descubrirlo, lo usen en beneficio propio o en perjuicio de la empresa. El perjuicio a la empresa titular del secreto ya ha sido causado, y en este sentido es irreparable¹⁷.

Así las cosas, parece conveniente proteger la información por medio de marcas, diseños o patentes, no obstante, en la práctica la mayor parte de los empresarios se limitan a mantener en secreto la información, obviando así las consecuencias que pudieran derivarse del hipotético descubrimiento de esta por parte de terceras personas (o revelación por parte de quien tuviese obligación de guardar reserva)¹⁸.

La segunda cuestión controvertida trata sobre la posible existencia de información que *per se* constituya secreto de empresa. La respuesta se encuentra en la doctrina y la jurisprudencia que van a analizarse seguidamente. Antes de exponerse las distintas posturas que han sido adoptadas con respecto a esta cuestión, es necesario explicar el contexto en el que nos movemos.

Si bien es cierto que existen tres categorías de secretos ya reconocidas por la generalidad (comerciales, industriales y de organización interna y relaciones de la empresa), la doctrina mayoritaria rechaza la posibilidad de que pueda asignarse automáticamente a una determinada información (a pesar de ostentar el carácter de comercial o industrial) la etiqueta de “secreto de empresa”.

¹⁷ <http://www.madrimasd.org/Transferencia-Tecnologia/proteccion-de-la-innovacion/propiedad-industrial/secreto-industrial/default.aspx>. 12/02/14

¹⁸ http://www.wipo.int/wipo_magazine/es/2013/03/article_0001.html. 04/03/14.

La razón de esto es que las circunstancias en una y otra empresa son muy distintas. La lista de clientes es reconocida en la mayoría de los casos como materia de secreto de empresa. No obstante, existen determinados supuestos en los que por razón de la empresa y de las actividades que la misma desarrolla, las listas de clientes no son consideradas secretos de empresa, por lo que el descubrimiento y la revelación de las mismas, en su caso, no daría lugar a responsabilidad penal por parte del sujeto infractor.

En definitiva, no puede reconocerse a priori la existencia de tipos concretos de información o conocimientos que *per se* constituyan secretos de empresa, sino que conviene que el juez en cada caso analice las circunstancias de la empresa y el sector de actividad en el que opera de manera a que finalmente pueda determinar si está o no ante un secreto empresarial.

Siguiendo con el ejemplo anterior, y tal y como falló la SAP de Sevilla:

Un listado de clientes de una clínica dedicada a tratamientos estéticos constituye secreto de empresa, aunque no se incluyeran los apellidos, sino sólo el nombre, en la medida en que la empresa ha de asegurar como valor comercial un alto grado de confidencialidad.

Y es cierto que determinadas empresas, por razón de la actividad que desempeñan (de trato muy cercano con el cliente), ostentan el deber de garantizar a sus clientes un absoluto silencio respecto a sus identidades. Esto nos lleva directos al deber de la empresa de mantener ocultas las listas de clientes y de excluir a terceras personas del conocimiento de las mismas. Del descubrimiento estas listas por parte de terceras personas (o revelación por parte de quienes tuvieran el deber de guardar reserva) podrían derivarse consecuencias nefastas, no sólo para los clientes, sino también para la propia empresa que ostentaba el deber de garantizar la confidencialidad de esas listas.

Esta es la razón por la cual en estos casos concretos las listas de clientes deberán ser consideradas secretos de empresa (por el importantísimo valor que para la empresa suponen las mismas) ya que en caso contrario, ni la empresa ni los clientes habrán obtenido una tutela efectiva de sus intereses (derecho por otra parte constitucionalmente reconocido).

Si bien es cierto que en el caso concreto de la empresa dedicada a la realización de tratamientos estéticos el juez decidió otorgar a la lista de clientes el carácter de “secreto

empresarial”, esta no ha sido la decisión adoptada en muchos otros casos como el planteado ante la AP de Girona. Aquí, el juez entendió que se trataba de:

Una lista incompleta de clientes de la agencia, su código numérico, DNI- NIF, fecha de alta en la referida agencia y fecha y cobro de su última factura, en la cual no concurre ni la nota de confidencialidad o reserva ni la de exclusividad en la información incorporada en la base de datos ocupada.

Por otra parte, el juez estimó que la lista de clientes tampoco era “apta para lograr una situación ventajosa en términos competitivos”.

La doctrina mayoritaria niega asimismo la posibilidad de excluir a priori el carácter de secreto de empresa de determinado tipo de información, sin ni siquiera haber sido analizadas previamente las circunstancias concurrentes en el caso (de igual modo que negaba la posibilidad de afirmar a priori la existencia de concretas clases de información que deben constituir secreto de empresa).

Si bien esta es la opinión mayoritaria, como ocurre con prácticamente todas las situaciones polémicas, parte de la doctrina se ha manifestado de forma contraria. En este sentido cabe nombrar la SAP de Barcelona 18- 1-01, en la que se rechaza tajantemente que el listado de clientes pueda “*en modo alguno*” ser calificable de secreto empresarial. También hay que destacar la resolución adoptada por la AP de Zaragoza, 3- 12- 99, que constituye la otra cara de la misma moneda, ya que reconoce la existencia de información que *per se* constituye secreto de empresa. El juez consideró que

Un listado de clientes es un secreto de empresa, en la medida en que representa la existencia de unos datos confidenciales que le permiten dirigirse a aquéllos con exclusividad para la venta de sus productos, pues su conocimiento por parte de la empresa competidora podría establecer una competencia con perjuicio patrimonial para quien posee esos datos.

Siendo estas dos últimas sentencias representativas de la opinión minoritaria, tal y como hemos visto previamente, en la mayoría de los casos el órgano jurisdiccional competente considera que lo oportuno es analizar las circunstancias concurrentes en el caso concreto y determinar posteriormente si la información en cuestión presenta las notas características del secreto de empresa (confidencialidad; valor competitivo)¹⁹.

¹⁹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, CARLOS, *Delitos...*, óp. cit. pp. 30 - 32.

En conclusión resultaría inadecuado señalar desde un primer momento en qué supuestos nos encontraremos ante un secreto de empresa, y en cuales no será posible, en ningún caso, calificarlo como tal²⁰.

En estrecha relación con lo anterior, conviene resaltar un supuesto que ha sido especialmente polémico, y por ello conviene desarrollarlo de forma independiente. Se trata de la siguiente cuestión: ¿Sería adecuado considerar las cuestiones relativas a la organización interna y relaciones de la empresa como secretos empresariales? Al respecto han surgido posturas de lo más variada. Hemos de recordar que la información perteneciente a este campo incluye cuestiones relativas al funcionamiento interno de la empresa, tales como los contratos que esta celebra, el personal con el que cuenta, así como los proyectos y planes empresariales.

En definitiva, se trata de cuestiones laborales, contractuales y financieras. La moderna doctrina penal española considera que las cuestiones relativas a la organización y las relaciones empresariales deben ser incluidas dentro del bloque “secretos comerciales”, de modo que en relación con este delito únicamente podamos hablar de secretos industriales y secretos comerciales. Esta doctrina entiende que esta última categoría de secretos (los comerciales) es de carácter residual, de modo que se incluiría en ella quedaría incluida toda información perteneciente al ámbito comercial, organizativo o financiero que no tiene cabida en la categoría de secretos industriales.

Otro sector doctrinal considera que estas cuestiones relativas al funcionamiento interno de la empresa deben ser excluidas automáticamente del objeto material del delito. Estaríamos aludiendo una vez más a la opinión de aquellos que consideran que existen tipos concretos de información que de forma inmediata deben ser excluidas del concepto de “secreto de empresa”.

Tal y como se dijo con anterioridad, la mayoría de los jueces consideran que es más adecuado analizar las circunstancias de la empresa en cuestión, así como el ámbito de actividades en el que se desenvuelve, para poder así determinar con corrección si concurre la “nota esencial y básica del carácter confidencial de la información”²¹.

²⁰LEFEBVRE, FRANCIS, *Memento...*, óp. cit. p. 531.

²¹MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, CARLOS, *Delitos...*, óp. cit. pp. 28.

En tercer y último lugar, debe exponerse cuál ha sido la postura adoptada por la doctrina mayoritaria. Esta entiende que pese a estar incluidas en el objeto material del delito estas cuestiones relativas al funcionamiento interno de la empresa (por tanto sí constituyen secreto empresarial), deben ser excluidas expresamente (se trata de una excepción) toda información referida a la situación económica y financiera de la empresa, así como la relación de la misma con Hacienda Pública. ¿Qué encaje daríamos entonces a las conductas que consistan en el descubrimiento y difusión (en su caso) de este tipo de información? Puesto que según esta doctrina mayoritaria no cabría contemplar la consumación del delito de violación de secreto empresarial, la misma ha afirmado que se trata de un delito contra la intimidad.

Si adoptamos esta postura, estaríamos afirmando que este tipo de información en ningún caso va a tener valor competitivo para la empresa y que por tanto no presenta esa nota de confidencialidad propia de los secretos de empresa. No obstante, autores como RUBIO LARA han considerado que no es adecuado excluir del objeto material del delito esta información de carácter económica o financiera, sino que de nuevo hay que atender a las circunstancias empresariales concurrentes²².

2.3.4. Requisitos configuradores del “secreto de empresa”.

Partiendo de que el Código Penal no proporciona una definición del objeto material del delito, la doctrina y la jurisprudencia se han negado igualmente a proporcionar una definición cerrada al respecto y han optado por establecer unos requisitos configuradores del mismo.

La razón de esto es que la institución del “secreto de empresa” es muy variable, en el sentido de que hay infinidad de información que podría merecer tal consideración, y a día de hoy, gracias al avance tecnológico y al espíritu cada vez más emprendedor del empresario, la gama de posibles secretos de empresa ha aumentado considerablemente.

Por esta razón, sería un error proporcionar una definición cerrada al respecto ya que en tal caso se estaría excluyendo la posibilidad de calificar como “secreto de empresa” nueva materia que en un futuro pudiera surgir. Así, doctrina y jurisprudencia han

²²RUBIO LARA, PEDRO ÁNGEL, *Parte especial de derecho penal...*, óp. cit. p. 62.

proporcionado definiciones abiertas, basadas en unos requisitos configuradores del concepto de “secreto de empresa”. En la tradición jurídica española se han venido manejando los siguientes requisitos: 1) que la información objeto del secreto esté relacionada con algún tipo de actividad empresarial o de mercado; 2) que la información sea secreta; 3) que exista un interés objetivo en que la misma sea mantenida en secreto y 4) que exista la voluntad del legítimo titular de mantenerla en secreto²³.

Será secreto típico aquella información susceptible de afectar al bien jurídico, que como ya sabemos, es la capacidad competitiva de la empresa. No toda información con carácter reservado en una empresa es capaz de incidir en el bien jurídico protegido, y por ello ha sido tarea necesaria determinar qué requisitos ha de reunir dicha información para que sea calificada de “secreto de empresa”.

De manera a que pueda entenderse la necesidad de que concurren todos y cada uno de estos requisitos, expondré brevemente dos teorías alemanas que antiguamente tuvieron un enorme peso en la materia, pero que se manifestaron posteriormente como totalmente inadecuadas. Se trata de dos teorías superadas a día de hoy que recibieron el nombre de “**teoría de la voluntad**” (*Willenstheorie*) y “**teoría del interés**” (*Interessentheorie*).

La primera teoría, la teoría de la voluntad, se caracteriza por entender que basta con que el titular de la información manifieste su voluntad de mantenerla en secreto para que la misma sea considerada como secreto de empresa. Esta teoría se ha manifestado como inadecuada por la simple razón de que no puede dejarse al arbitrio del titular de aquella la determinación de si ostenta o no esta la naturaleza de secreto de empresa. En definitiva, esta teoría supondría que la mera voluntad del titular de la información determinaría si la misma constituye o no secreto de empresa, sin ser necesaria una previa valoración de la misma a efectos de determinar si ostenta o no valor competitivo para la empresa. Esto último equivaldría a permitir que fueran los propios sujetos los que determinarían qué conductas deben tener relevancia a efectos jurídicos penales.

²³LEFEBVRE, FRANCIS, *Memento...*, óp. cit. p. 528.

No parece admisible que la condena de un sujeto dependa de la decisión unilateral del empresario. Supondría permitir que el Derecho quedase al arbitrio de las personas. Así lo advierte Morales Prats al afirmar que:

La teoría voluntarista conlleva a dejar la determinación del secreto exclusivamente a juicio de opinión personal del potencial titular del mismo, lo que supone una inaceptable quiebra de la seguridad jurídica.

La segunda teoría, la del interés, constituye la otra cara de la misma moneda. Los autores de esta segunda doctrina defendieron la opinión contraria. Según la misma, para determinar si una información es o no materia de secreto de empresa, basta con que la misma aporte valor competitivo a esta, sin ser requerida la voluntad, expresa o tácita, de su titular de mantenerla en secreto.

Esta teoría es ilógica puesto que ¿tendría sentido castigar la revelación de una información empresarial aún cuando su titular no tuvo la más mínima intención de mantenerla en secreto? Lo que realmente define a un “secreto”, ya sea empresarial ya sea de cualquier otra clase, es la voluntad de su titular de ocultar al resto de personas su contenido. Por tanto, a pesar de que la información sea de gran valor económico-competitivo para la empresa, para que la misma sea calificada como “secreto empresarial”, resultaría lógica la necesidad de que concurra la voluntad del titular de mantenerla oculta²⁴.

Sobre la base de estas dos teorías alemanas resulta patente que la voluntad y el interés deben conjugarse simultáneamente²⁵. Así, señala la literatura española que

Constituye secreto de empresa toda información de carácter reservada, que posee valor competitivo para la empresa, y sobre la que recae la voluntad del titular de la misma de mantenerla en secreto.

Comenzando por el análisis del primer requisito, el **carácter oculto** de la información, resulta evidente su exigencia teniendo en cuenta que nos encontramos en el ámbito de estudio de los “delitos relativos a la violación del secreto de empresa”. Así, es requisito esencial y básico que la información tenga un carácter reservado u oculto.

²⁴ GÓMEZ SEGADÉ, J. A., *El secreto industrial*, óp. cit. p.61.

²⁵ LAMPE, E-J., *La protección jurídico penal de la competencia económica en el Anteproyecto de Código Penal español de 1983, en La Reforma Penal: los delitos socio- económicos*, Madrid, 1985, pp.368-379.

Es esta circunstancia la que comporta al titular de aquella un beneficio o ventaja en el mercado en el que opera respecto a sus competidores, que al desconocer tal información, no pueden emplearla ni por tanto sacar provecho de ella²⁶. Por aportar esta información reservada ventajas competitivas a la empresa titular de la misma, es esencial que esta conserve su nota de confidencialidad, y permanezca oculta²⁷.

De manera a que la empresa en cuestión mantenga su posición “privilegiada” en el mercado, es necesaria la intervención del Derecho Penal, siendo su labor evitar conductas tendentes a descubrir y/o revelar en su caso estos secretos empresariales. La necesaria intervención jurídica penal radica en el peligro que estas conductas pueden suponer para la capacidad competitiva de la empresa titular del mismo.

En definitiva, el eje sobre el que se sustenta la construcción del secreto empresarial lo constituye la falta de divulgación de la información. No obstante, la jurisprudencia no exige una reserva absoluta. Hay que tener en cuenta, como en la mayoría de los casos, las circunstancias concretas. A modo de ejemplo, el hecho de que elementos aislados de la información sean conocidos por los competidores, o que la misma sea conocida íntegramente por estos, ignorando los mismos el modo en que esta pudiera ser explotada, no afecta al carácter reservado de la información. Así las cosas, resulta conveniente plantearnos la siguiente cuestión ¿qué grado de relativa reserva hace falta para que la información mantenga su carácter de reservada? , o lo que es lo mismo, ¿cuándo debe entenderse que una información ha alcanzado el carácter de dominio público? ¿Cuándo entiende la doctrina que se ha producido la divulgación de la información? Estas cuestiones son de verdadera importancia a la hora de determinar aquellas conductas merecedoras de reproche penal, y aquellas que por ausencia de objeto material del delito, permanecerán impunes.

La respuesta a estas preguntas está contenida en la siguiente afirmación: “una información se mantiene secreta mientras no es generalmente conocida ni fácilmente accesible”.

²⁶ GÓMEZ SEGADE, J. A., *El secreto industrial.*, óp. cit. p. 187

PORTELLANO DÍEZ, P., *Protección de la información no divulgada*, cap. que forma parte del libro colectivo *Los derechos de Propiedad Intelectual en la organización mundial del comercio*, ed. de J.L. Iglesias Prada, vol 1, Madrid, 1997, pp. 343.

²⁷ BAJO FERNÁNDEZ, MIGUEL, y otros, *Manual de derecho penal. Parte Especial. Vol 2. Delitos Patrimoniales y económicos*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1993, p. 378.

En lo que respecta a la primera exigencia, “que la información no sea generalmente conocida”, se manifiesta como necesaria la determinación de cuántos sujetos podrían conocer la misma sin que ello afectase a su carácter reservado, y lo que es aún más importante, determinar respecto de qué sujetos estaríamos hablando. A la hora de determinar si la información es de carácter reservado o si, por contrario, ha sido divulgada, habría que combinar dos criterios, uno cuantitativo, y otro cualitativo. Así, el juez, para considerar si la información cumple con esta primera exigencia, deberá considerar el número de sujetos conocedores de la información dentro de la esfera de competidores de la empresa. En este sentido, si la mayoría de competidores del empresario titular de la información tienen conocimiento de esta, no se reconocerá el carácter reservado u oculto de la información.

En definitiva, para determinar si la información es reservada, o por el contrario, ha habido una revelación generalizada de la misma, habrán de combinarse estos dos criterios. Se entenderá que la información es secreta cuando la misma sea conocida por un círculo no muy amplio de sujetos (criterio negativo: no sea conocida por la generalidad), y especialmente, que tal conocimiento no alcance a los competidores del empresario titular²⁸.

En cuanto a la segunda exigencia, la “accesibilidad o facilidad en el acceso”, la doctrina y jurisprudencia española la han interpretado, en cierto modo, de forma flexible. Así, el hecho de que terceros sujetos (especialmente competidores) puedan acceder a la información lícitamente, no excluye de forma inmediata el carácter secreto u oculto de esta. En estos casos en los que la información ha sido adquirida por medios lícitos, como pueden ser investigaciones independientes o estudios del producto, sí se exige que al sujeto le haya supuesto un especial esfuerzo de tiempo o inversión monetaria.

De esta forma, se manifestó inadecuada la tesis que defendía la equivalencia entre la accesibilidad por parte de terceros del secreto (acceso lícito) y la divulgación del mismo. La información mantendrá su carácter reservado aún cuando sea posible su conocimiento por parte de terceras personas, siempre y cuando les haya resultado

²⁸ MASSAGUER FUENTES, JOSÉ, *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*, Civitas, Madrid, 1999, p.388.

especialmente costosa su adquisición²⁹. Así las cosas, no se entenderá secreto un listado de clientes cuando el mismo puede ser conocido por medio de la simple consulta a repertorios profesionales.

Para concluir respecto de este punto, una información se convierte en notoria cuando es fácilmente accesible por parte de quien tenga interés en conocerla, sin requerirse para ello un especial esfuerzo de tiempo y costes. Una información no puede ser considerada secreta si es notoria³⁰. A modo de ejemplo, pueden destacarse dos sentencias. La AP de Barcelona Auto 15- 5- 09, Rec 187/08 afirma que

La información se considera pública o notoria y, por tanto, no susceptible de calificar como secreto empresarial, cuando se encuentra a disposición de quienes están interesados en acceder a ella,

O, dicho de otro modo, cuando el actor medio del mercado relevante sea capaz de adquirirla sin grandes dificultades ni esfuerzos. Asimismo, la AP de Barcelona defiende en su Auto 30- 5- 08 que “si la información es accesible pero el acceso requiere de un esfuerzo razonable, puede seguir hablándose de secreto empresarial”. Del mismo modo, y para concluir con este punto, la SAP de Madrid 28- 4- 99 consideró

Ajeno al secreto de empresa el listado de productos comercializados, en tanto que constaban en folletos publicitarios con la finalidad de difundirlos a potenciales clientes.

En resumidas cuentas, la jurisprudencia española ha puesto de relieve la imposibilidad de considerar como secreto de empresa aquella información a la que pueda accederse fácilmente, es decir, a través de la consulta a las páginas amarillas, listines telefónicos o listados de correos.

En cuanto al segundo requisito, debe de existir un **interés objetivo de naturaleza económica** que justifique el mantenimiento del secreto. Partiendo del hecho de que las empresas desarrollan su actividad en un escenario de lo más competitivo, se exige que esta información reservada, para ser considerada “secreto de empresa”, sea idónea para proporcionar a su titular ventajas y beneficios en relación con la posición que este ocupa en el mercado (es decir, respecto de sus competidores que, por desconocerla, no pueden usar esta información de valor competitivo).

²⁹ GÓMEZ SEGADE, J. A., *El secreto industrial*, óp. cit., pp. 200 y ss.

³⁰ LEFEBVRE, FRANCIS, *Memento...*, óp. cit., p. 531.

No toda información empresarial merece tutela jurídica, y es por esta razón que hay que identificar aquella información que presente una especial relevancia en relación con la actividad desarrollada por la empresa³¹. Esto explica, volviendo a la teoría alemana de la voluntad, que sería inconcebible permitir que sea el propio sujeto quien determine qué información es merecedora de protección jurídico penal. Esta exigencia es conocida con el nombre de “aptitud objetiva de la información”.

Se trata de una información que beneficia a su titular frente a aquellos que carecen de ella. Siguiendo con esta idea, la finalidad que persigue el titular al mantener la información relevante oculta de cara al público es conseguir que la misma manifieste su máximo valor, que logre alcanzar la mayor eficiencia posible. Y es que, realmente, a día de hoy, el objetivo de toda empresa actuante en el mercado es este. Se trata al fin y al cabo de una lucha entre ellas para lograr la mejor posición en el mercado. Para alcanzar este objetivo, es evidente que tendrán que servirse de instrumentos con valor competitivo, instrumentos tales como “el secreto de empresa”.

Dada la importancia que supone esta información para impulsar el desarrollo de las empresas, se hace necesaria la intervención jurídico penal para evitar el descubrimiento y revelación del mismo, protegiéndose así la capacidad competitiva de las empresas intervinientes en el mercado.

Asimismo, el interés

No debe afirmarse o negarse en términos absolutos o abstractos, sino en términos relativos o particulares, en atención a las estrategias y actuaciones que en concreto permite realizar a su titular.

Se trata de una afirmación que ha cobrado verdadera importancia a la hora de valorar dicho interés. Así como se exige que exista un interés objetivo de naturaleza económico con respecto a esa información reservada, dicho interés no debe ser entendido en términos absolutos y respecto de todas las empresas y sectores de actividad, sino que

³¹ FARRANDO MIGUEL, IGNACIO, *El deber de secreto de los administradores de sociedades anónimas y limitadas*, Cívitas, Madrid, 1991, p.21.

debe ser entendido únicamente con respecto a la empresa concreta y el sector de actividad en el que la misma se mueve³².

La capacidad o ventaja competitiva de la información no debe analizarse en relación con el resto de empresarios competidores sino en atención a las ventajas (estrategias y actuaciones) que en particular aporta a su titular. Hay que tener en cuenta que las circunstancias que envuelven a cada una de las empresas que intervienen en el mercado pueden ser realmente heterogéneas. Asimismo, los sistemas de organización, financiación, producción, marketing y publicidad designados por unas y otras también pueden variar enormemente.

En definitiva, una concreta información de carácter reservado puede tener mucho valor competitivo para la empresa X, y sin embargo, no aportar ningún tipo de valor para la empresa Y, aún siendo ambas empresas competidoras que operan en el mismo sector de actividad.

Así, a la hora de valorar el interés objetivo que tiene una determinada información reservada, hay que centrarse en las ventajas, estrategias y beneficios que dicha información aporta a la empresa titular de la misma, no a las posibles ventajas que pudiera aportar a las empresas competidoras en caso de conocerla. Se trata en definitiva de “singularizar” esa información, no sacarla del “marco empresarial” en la que la misma ha sido creada.

En definitiva, se trata de un valor relativo, no absoluto. Un valor que no es fijo para cualquier titular, sino que, en el supuesto en que fuera empleada la información por distintas empresas competidoras, su valor variaría en el seno de cada una de ellas³³.

La relevancia económica de determinados conocimientos no puede entenderse de forma separada a las circunstancias y necesidades propias de la empresa titular. La empresa es el núcleo de la toma de decisiones constante por parte de los altos directivos, decisiones estratégicas que persiguen posicionar a la empresa en lugares cada vez más

³² MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, CARLOS, *Delitos...*, óp. cit., p. 37.

³³ GÓMEZ SEGADE, J. A., *El secreto industrial...*, óp. cit., p. 116; FARRANDO MIGUEL, I., *El deber de secreto...*, óp. cit., p. 118.

altos dentro del entorno competitivo. Perturbar el rumbo que una empresa está tomando en este entorno supondría atacar el normal desenvolvimiento de la misma.

A modo de ejemplo, la revelación de informaciones relacionadas con proyectos empresariales, políticas de precios, fusiones estratégicas, proyectos de alianza con otras empresas, operaciones de financiación, supondría, cuanto menos de forma inmediata, un perjuicio para la empresa titular de aquellas. La aplicación de tales planes y proyectos empresariales seguro contribuiría a la evolución y desarrollo de la empresa dentro de propio sector de actividad. Su descubrimiento (y posterior revelación, en su caso) debe ser entendido como una “intromisión” improcedente en el normal funcionamiento y desarrollo de una empresa (en reglas generales por parte de sus competidores), y que no debe ser tolerada³⁴.

La jurisprudencia española, especialmente en la SAP de Tarragona 4- 4- 03 y AAP de Vizcaya 27- 4- 05 alude al interés objetivo del secreto, estableciendo que dicho interés

Se deriva del dato de que la revelación del secreto de empresa provocará en su titular un perjuicio económico por la pérdida de la inversión previa realizada y por el lucro cesante proveniente de la pérdida de la privilegiada posición en el mercado de la que gozaba.

Asimismo, el TS exigió en su Sentencia 12- 5- 08 que

La información ha de tener un valor económico, esto es, que sea capaz de aportar rentabilidad económica susceptible de alterar la relación de fuerzas en el mercado relevante.

Tal y como afirma FRANCIS LEFEBVRE, dicha información debe

Conceder una ventaja competitiva a los terceros que acceden a ella, o bien causar un perjuicio patrimonial al legítimo titular de la información o disminución de la capacidad competitiva”³⁵.

³⁴ FARRANDO MIGUEL, I., *El deber de secreto de los administradores de sociedades anónimas y limitadas*. Óp. cit., p.142.

³⁵ LEFEBVRE, FRANCIS, *Memento...*, óp. cit. p. 532. Este autor exige la prueba de la capacidad de la información de alterar la cuota de mercado, y añade que “son indicios de ello la capacidad de la información para mejorar la calidad de los productos o servicios, o la capacidad para afectar a la reputación de la empresa, o la capacidad para abaratar los costes de producción o prestación de servicios sin mermar su calidad, así como el manifiesto interés por la información eventualmente mostrado por los competidores”.

Esta sentencia pone asimismo de manifiesto que la pérdida que para la empresa supone la violación del secreto no debe ser equiparada a la inversión previa que aquella haya efectuado, sino que hay que centrarse en el lucro cesante, que es la diferencia entre el volumen de ventas antes y después de la divulgación del secreto. Esto es así porque en ocasiones, el titular de la información confidencial ha podido alcanzarla sin gran inversión en tiempo y dinero, e incluso se han dado casos en los que es el puro azar el responsable de su surgimiento.

En lo que concierne el tercer requisito, la **voluntad de mantener el secreto**, se han planteado muchas dudas en la jurisprudencia y doctrina española. La controversia gira en torno al reconocimiento de esta voluntad como requisito configurador del secreto de empresa. La opinión dominante a día de hoy se inclina a favor de su reconocimiento.

Así, se ha venido considerando que además del carácter reservado de la información y la existencia de un interés objetivo de naturaleza económico que justifique el mantenimiento del secreto, debe concurrir necesariamente la voluntad por parte del titular de la información de mantener la misma en secreto.

La aplicación práctica de esta opinión supondría la no activación del régimen de protección de los secretos empresariales en aquellos supuestos en los que el legítimo poseedor de la información relevante no desee mantenerla bajo secreto. Esta idea parece bastante lógica teniendo en cuenta que lo único que diferencia al “secreto” de lo meramente “desconocido” es la voluntad del sujeto de excluir al resto de su conocimiento³⁶.

No obstante, en torno a esta postura mayoritaria también han surgido dificultades de interpretación. Las divergencias han surgido en orden a si debe existir una voluntad manifestada de forma expresa por el titular de la información, o si, por el contrario bastaría con la manifestación tácita o concluyente de esta. La doctrina mayoritaria ha entendido que basta con la concurrencia de una voluntad manifestada de forma tácita, siempre y cuando esta sea percibida en el exterior. El fundamento de esta opinión radica en que realmente, la razón de ser de este requisito configurador del secreto de empresa

³⁶LEFEBVRE, FRANCIS, *Memento...*, óp. cit., p. 532.

es que las personas ajenas al mismo tengan constancia de la voluntad de su titular de mantenerlo en secreto.

Así pues, debe entenderse como irrelevante el modo elegido por su titular para manifestar esta voluntad, siempre y cuando quede constancia de la existencia de la misma. Así, el titular podrá emplear medios expresos (por ejemplo cláusulas contractuales) en los que haga constar esta voluntad de mantener la información al margen del conocimiento del público, o ejecutar actos o conductas que indudablemente manifiesten esta voluntad³⁷. En cuanto a esta manifestación tácita de la voluntad, es imprescindible que esté configurada por actos o conductas que manifiesten al exterior la misma, sin que pueda haber lugar a dudas al respecto, ya que de no ser así, podría quedar privado aquel de la tutela jurídica del secreto.

La razón por la cual la mayoría de la doctrina y jurisprudencia han aceptado que dicha voluntad pueda manifestarse tácitamente por su titular es la que se expone a continuación. Sería inconcebible el hecho de que se exigiese a un empresario interviniente en un mercado relevante que manifestara expresamente su voluntad de reserva respecto de todas y cada una de las informaciones y conocimientos relevantes que surgieran en el ámbito de su actividad profesional. Esta tarea entorpecería y ralentizaría enormemente el desarrollo de su actividad, y es por esta razón que la doctrina y jurisprudencia mayoritarias han aceptado la posibilidad de que tal voluntad pudiera manifestarse de forma tácita o concluyente. Así se manifiesta la AP de Barcelona en su Auto 25- 9- 01 (Rec 124/01)³⁸.

A modo de ejemplo, el que incorpora un código de acceso a un dispositivo informático en el que se encuentra la información, está manifestando tácitamente (indirectamente) su voluntad de mantener esa información en secreto.

En la mayoría de los casos, una información tiene el carácter de reservado u oculto porque el titular ha adoptado medidas complementarias de seguridad para prevenir el descubrimiento del mismo por terceras personas. Ya establecimos con anterioridad que una información era reservada cuando no era fácilmente accesible, es decir, que para su

³⁷ GÓMEZ SEGADE, J. A., *El secreto industrial*, óp. cit., pp. 230-232.

³⁸ LEFEBVRE, FRANCIS, *Memento...*, óp. cit., pp. 533.

descubrimiento el sujeto interesado debía emplear un especial esfuerzo en tiempo o en dinero. Por tanto, el sujeto que oculta o protege una determinada información empresarial es porque la considera relevante a efectos competitivos y por esta única razón adopta medidas cautelares para evitar el acceso a la misma. El titular de la información, al adoptar medidas de seguridad de esta, actúa impulsado por una voluntad, que no puede ser otra que la de impedir que terceras personas tengan conocimiento de aquella (o lo que es lo mismo, la voluntad de mantenerla en secreto). Estas medidas de seguridad y control de la información acreditan la voluntad tácita del titular de la información de mantenerla en secreto.

Tal y como defiende Martínez Buján- Pérez,

La jurisprudencia española se contenta con que el titular del secreto manifieste tácitamente su voluntad de que se mantenga en secreto la información mediante la adopción de ciertas medidas de protección³⁹.

3. DELITO DE ESPIONAJE EMPRESARIAL

3.1. Tipo básico

3.1.1. Regulación y antecedentes

El apartado primero del artículo 278 CP establece lo siguiente

El que, para descubrir un secreto de empresa se apoderase por cualquier medio de datos, documentos escritos o electrónicos, soportes informáticos u otros objetos que se refieran al mismo, o empleare alguno de los medios o instrumentos señalados en el apartado 1 del artículo 197, será castigado con la pena de prisión de dos a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses.⁴⁰

Se trata de una figura novedosa introducida por el legislador en el actual Código Penal. El delito de “violación del secreto de empresa” actualmente se encuentra

³⁹MARTÍNEZ BUJÁN- PÉREZ, CARLOS, *Delitos...*, óp. cit., p. 36.

⁴⁰ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, *Boletín Oficial del Estado*, de 24 de Noviembre de 1995, núm. 281, arts. 278, 279 y 280.

Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, por el que se publica el Código Penal, Texto Refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre (Vigente hasta el 05 de Julio de 2010), art. 499.

diseccionado en tres artículos, el 278, 279 y 280, los cuales recogen figuras delictivas distintas (todas ellas relativas a la violación del secreto de empresa).

En el anterior Código Penal este delito se encontraba recogido en el derogado artículo 499, que restringía el círculo de posibles sujetos activos a los “empleados, obreros o encargados”. El legislador actual ha recogido en el artículo 278 CP la figura del “espionaje industrial”, siendo este un delito común que no pone límite a la esfera de posibles sujetos activos⁴¹. Como ya se manifestó anteriormente, a pesar de llevar el nombre de “espionaje industrial”, esta figura delictiva se refiere al descubrimiento de información reservada no sólo de carácter técnico- industrial sino que también de carácter comercial u organizativo⁴².

3.1.2. Tipo mixto alternativo

El apartado primero del artículo 278 CP contempla varias vías posibles para la comisión del delito. Así, el sujeto que, para descubrir un secreto de empresa, ejecute cualquiera de ellas, será castigado al cumplimiento de la pena recogida en el precepto.

En el supuesto en el que el sujeto emplee más de un medio comisivo, el delito continuará siendo único. Las vías alternativas de comisión del delito son, en primer lugar, el apoderamiento, por cualquier medio, de soportes materiales o de datos que contengan o representen la información constitutiva del secreto de empresa (un ejemplo de “apoderamiento de datos” sería el sujeto que memoriza la información contenida en un documento o la registrara en su pendrive) y, en segundo lugar, los medios descritos por el artículo 197 CP (el artículo 278.2 CP se remite directamente a este otro precepto). Estos últimos son la

[...] Intercepción de telecomunicaciones o utilización de artificios de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen o cualquier otra señal de comunicación [...].

⁴¹MARTÍNEZ BUJÁN- PÉREZ, CARLOS, *Delitos...*, óp. cit. p. 44.

⁴²LEFEBVRE, FRANCIS, *Memento...*, óp. cit., p.536.

Por tratarse de un tipo mixto alternativo, sería suficiente para la comisión del delito que el sujeto realizase cualquier tipo de acto o conducta que pudiera subsumirse en cualquiera de estas vías establecidas por ambos preceptos del CP⁴³.

El precepto objeto de análisis incorpora el “**apoderamiento por cualquier medio**” como primera vía alternativa de comisión del delito. Esta expresión ha dado lugar a una interpretación amplísima de la conducta de apoderamiento, pudiendo quedar subsumidas en ella “cualquier acto del sujeto activo que implique tomar, coger, aprehender el secreto de empresa” incorporado en “cualquier tipo de soporte”.

Como consecuencia de esta interpretación tan flexible, infinidad de actos podrían ser subsumidos en esta primera vía comisiva, incluida la captación mental o intelectual de información o la toma de notas o de fotografías (esto último respecto del “apoderamiento de datos”).

Esta primera modalidad comisiva no puede ser identificada con el apoderamiento material con desplazamiento del objeto corporal propio de los “delitos contra el patrimonio”. Por tanto, no se exige para la consumación del delito que el sujeto desplace materialmente el soporte material en el cual se encuentra el secreto de empresa (es punible la mera visualización de la pantalla del ordenador donde se encuentra la información confidencial, sin exigirse la aprehensión de aquel)⁴⁴. En relación con esto, tal y como defiende ORTS, si bien es admitida la tipicidad de la acción consistente en memorizar la información confidencial, es necesario que la misma vaya

Precedida de un acto ilegítimo del autor dirigido a obtener la información secreta, sin que sea suficiente que éste aproveche el descuido de un tercero que haya dejado a su alcance los datos reservados.

3.1.3. Acceso ilícito al secreto de empresa

El sujeto activo, a la hora de cometer el delito no está legitimado para acceder a la información confidencial y es por esta razón que el acceso a la misma ha de ser calificado como “ilícito”.

⁴³LEFEBVRE, FRANCIS, *Memento...*, óp. cit.,p. 536.

⁴⁴RUBIO LARA, PEDRO ÁNGEL, *Parte especial de derecho penal...*, óp. cit., pp. 64- 65.

Así las cosas, Morón emplea muy acertadamente la expresión “acceso ilícito”, por considerar que en esta figura delictiva (el espionaje empresarial), al no existir una obligación legal o contractual por parte del sujeto activo de guardar reserva del secreto, no cabe entender que el mismo haya tenido en ningún momento acceso lícito al secreto empresarial⁴⁵.

Haciendo un análisis de esta figura delictiva en el Derecho comparado, la UWG alemana la contempla en su artículo 17, II, que se refiere expresamente al “acceso sin autorización”. El legislador español ha considerado innecesaria la inclusión de esta exigencia en el precepto que regula el “espionaje industrial” por considerar que la misma sería superflua. Esto es así porque la redacción vigente del tipo del injusto ya pone suficientemente de manifiesto la falta de legitimación del sujeto activo para hacerse con el secreto empresarial.

En efecto, el precepto en cuestión habla de “apoderamiento”, de “intercepción” y de “utilización de artificios”, expresiones todas ellas encaminadas a “descubrir un secreto de empresa”⁴⁶.

3.1.4. Sujeto pasivo y elemento subjetivo del tipo

Gran parte de la doctrina ha considerado que el **sujeto pasivo** de este delito (el contenido de este epígrafe es de aplicación al resto de figuras delictivas que se analizarán a continuación) es doble.

En primer lugar, el sujeto pasivo directo del delito es el titular del secreto de empresa. Es este último quien sufre directamente el ataque al bien jurídico protegido. Sobre él recae el peligro causado por la conducta del sujeto activo. Por tratarse de un delito de naturaleza económica, es posible que se identifique como sujeto pasivo a una persona jurídica. Otro punto interesante a resaltar sobre esta cuestión es la posible falta de identidad entre el titular del secreto empresarial violado y el propietario del soporte material que lo contiene.

⁴⁵ MORÓN LERMA, ESTHER, *El secreto de empresa: protección penal y retos que plantea ante las nuevas tecnologías*, Aranzadi, Madrid, 2002, pp. 297 y ss.

⁴⁶ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, CARLOS, *Delitos...*, óp. cit. p. 48.

Por otra parte, tal y como han defendido autores como MORÓN LERMA y MORALES PRATS, un segundo sujeto pasivo es el mercado, entendido como el conjunto de miembros y entidades que lo integran. Por medio de este delito se está poniendo en peligro el normal funcionamiento y la libre competencia en el mercado⁴⁷.

Asimismo, es conveniente efectuar una interpretación amplia del concepto “secreto de empresa” para posibilitar la protección de conocimientos y datos cuyos titulares son centros de naturaleza distinta a la empresarial, tales como los centros de investigación y las universidades, que también se sirven de estos instrumentos de alto valor competitivo para impulsar su crecimiento y desarrollo⁴⁸.

Esta figura delictiva recogida en el apartado primero del artículo 278 CP incorpora un **elemento subjetivo del injusto** que se traduce en la finalidad del sujeto activo de descubrir un secreto de empresa. El tipo básico queda integrado por lo tanto en los “delitos de intención”. A pesar de la sencillez que a simple vista se desprende de este elemento subjetivo del injusto, en la doctrina y jurisprudencia han habido dos interpretaciones distintas del mismo.

Un sector doctrinal ha establecido que la expresión empleada por el legislador para manifestar el ánimo del sujeto activo (“para descubrir un secreto de empresa”) se refiere al “ánimo de conocer un secreto de empresa”. Esta interpretación es bastante restringida, y se agota en el sentido literal del precepto.

La jurisprudencia actualmente dominante se ha decantado no obstante por considerar que la voluntad del legislador fue la de exigir en el sujeto activo la concurrencia de un “ánimo de descubrir el secreto a terceras personas”, entendiendo en este contexto que “descubrir” es sinónimo de “divulgar”.

Esta última es una interpretación amplia del precepto a la que ha llegado la doctrina tomando en consideración la esencia misma del delito de violación de secreto de empresa. Se trata de un delito en el que el titular persigue el descubrimiento de un secreto de empresa por un motivo específico: “obtener un provecho, propio o de un tercero”, o un “perjuicio para la empresa titular”. El delito tutela precisamente “la

⁴⁷RUBIO LARA, PEDRO ÁNGEL, *Parte especial de derecho penal económico español...*, óp. cit., p. 65.

⁴⁸LEFEBVRE, FRANCIS, *Memento...*, óp. cit., p.534.

capacidad competitiva de la empresa” y esta es la razón alegada por la jurisprudencia al establecer que no puede ser otro el ánimo del sujeto activo que el atacar la capacidad competitiva de la empresa titular o aumentar la suya propia o la de un tercero.

Así, teniendo también en cuenta el contenido del apartado segundo (tipo cualificado) que tipifica la difusión, revelación o cesión a tercero del secreto, este sector doctrinal entiende que el actor obra impulsado por el ánimo de realizar alguna de estas tres conductas (que también pueden acumularse) en un momento posterior (también se entiende, a pesar de la laguna legal respecto al tipo cualificado, que el sujeto puede obrar con ánimo de emplearlo en provecho propio).

A modo de ejemplo, la AAP Vizcaya 27- 4- 05 resolvió el caso en el que el acusado empleó documentación confidencial de la empresa en un procedimiento laboral, a modo de prueba para acreditar que el despido que llevó a cabo la empresa fue improcedente. La AP declaró mediante Auto que:

No existe prueba alguna del elemento subjetivo del injusto, esto es, de una finalidad propia de descubrir dichos secretos a terceros o de utilizarlos en su provecho y perjuicio de la denunciante

Descartándose así la apreciación de un delito de violación de secreto empresarial Por no darse la finalidad exigida por el legislador⁴⁹.

3.1.5. Tipo de peligro

La figura delictiva recogida por el apartado primero del artículo 278 CP debe ser calificada como “tipo de peligro”. El delito de “espionaje industrial” castiga al sujeto que lleve a cabo actos encaminados a descubrir el secreto de empresa con el ánimo de, en un momento posterior, difundirlo, revelarlo o cederlo a terceras personas (o, aunque el legislador lo haya olvidado- laguna legal- emplearlo en provecho propio).

En este sentido, para que se entienda consumado el delito, no se exige la efectiva obtención de la información relevante por parte del sujeto activo, sino que el mismo ya deberá cumplir condena por el mero hecho de haber empleado medios ilícitos para tratar de acceder a ella. Para la consumación del delito no se exige por tanto la lesión efectiva

⁴⁹MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, CARLOS, *Delitos...*, óp. cit., pp. 52-55.

del bien jurídico tutelado (la capacidad competitiva de la empresa) sino que basta con que el sujeto lo ponga en peligro.

No obstante, sí se exige que los actos llevados a cabo por el sujeto sean susceptibles por sí mismos de poner en peligro la capacidad productiva de la empresa, así como el normal funcionamiento del mercado.

Según dijo CARONELL MATEU:

La acción debe de ser apta para la producción de un perjuicio económico a la empresa y se esté amenazando con ello el libre mercado, debiendo bastar con que el sujeto actúe con finalidad económica⁵⁰.

3.1.6. Circunstancias modificativas de la responsabilidad

Este delito recogido en el artículo 178.1 CP es compatible con la concurrencia de la circunstancia agravante de “abuso de confianza”. Por tratarse de un **delito común**, cualquier sujeto podría encajar en la figura de sujeto activo de este delito, exista o no una relación previa de confianza entre él y el titular de la información empresarial secreta. Podría pensarse en el supuesto en el que un directivo o socio de una empresa se hiciera a través de estos medios ilícitos con información relevante perteneciente a una empresa competidora, con la finalidad de distorsionar su capacidad competitiva.

A diferencia de lo que ocurre con el tipo cualificado (artículo 278.2 CP), el tipo básico no condiciona su aplicación a la existencia de una relación de confianza entre el sujeto activo y el titular del secreto de empresa. A modo de ejemplo, en el supuesto en el que fuese un íntimo amigo del sujeto pasivo quien se hubiera apoderado del mismo, se apreciará la circunstancia agravante de “abuso de confianza”. No obstante, tal y como nos aclara FERNÁNDEZ TERUELO:

Quedan excluidos los sujetos que tengan obligación de guardar reserva, habida cuenta de que entonces se aplicará el delito del artículo 279 CP⁵¹.

⁵⁰RUBIO LARA, PEDRO ÁNGEL, *Parte especial...*, óp. cit., pp. 66 y 67.

CARONELL MATEU, J. C., *Derecho penal I: parte general*, 2ª ed., UOC Universitat Oberta de Catalunya, Barcelona, 2011.

⁵¹MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, CARLOS, *Delitos relativos al secreto de empresa.*, óp. cit., p. 59.

3.2. Tipo cualificado

3.2.1. Regulación

El artículo 278 CP, en su segundo apartado establece lo siguiente: “Se impondrá la pena de prisión de tres a cinco años y multa de doce a veinticuatro meses si se difundieran, revelaren o cedieren a terceros los secretos descubiertos”. Se presume que el sujeto que lleve a cabo alguna de estas conductas (o varias) logró acceder en un momento anterior al secreto de empresa por alguno de los medios descritos en el tipo básico.

Así, el sujeto activo habrá alcanzado el propósito que le impulsó a llevar a cabo la acción que tipifica el apartado primero. En definitiva, sólo podrá ser sujeto activo quien realizó previamente el delito tipificado en el primer apartado del precepto⁵².

Esta idea ha quedado reflejada en numerosa jurisprudencia, como por ejemplo en SAP de Córdoba 20-10-04 que parece exigir tal comprensión, puesto que, tras afirmar que en el tipo básico no exige un “efectivo conocimiento del secreto que se ha pretendido violar”, añade que en el tipo cualificado “se parte ya del efectivo conocimiento del secreto... toda vez que no se puede difundir, revelar o ceder aquello que se desconoce”. Con otras palabras, así como el tipo básico del primer apartado no exige para la consumación del delito el efectivo descubrimiento del secreto, el tipo cualificado del apartado segundo presupone que el sujeto que realiza la acción tipificada en él ya conocía aquel.

3.2.2. Tipo de peligro concreto

El tipo cualificado se caracteriza por ser un “tipo de peligro concreto”. Los actos contemplados en el precepto suponen una amenaza real para la capacidad competitiva de la empresa. Lo que realmente importa aquí es resaltar que el peligro de lesión del bien jurídico aumenta en estos casos en los que el sujeto que conoce el secreto

⁵²LEFEBVRE, FRANCIS, *Memento...*, óp., cit., p. 540.

empresarial (por haber accedido ilícitamente al mismo), lo difunde, revela o cede a terceras personas, en un momento posterior.

La razón del incremento del peligro de lesión del bien jurídico protegido es la siguiente. El descubrimiento del secreto por parte del sujeto activo supone un peligro para la capacidad competitiva de la empresa ya que aquél puede en cualquier momento decidir revelarlo a terceras personas, o emplearlo en provecho propio. No obstante, esto último no constituye más que una intención del sujeto activo.

Por el contrario, en el tipo cualificado el sujeto activo ha logrado finalmente materializar esta intención que le impulsó a cometer el tipo básico (espionaje empresarial), y consecuentemente, terceras personas han podido acceder a la información relevante.

Esta segunda circunstancia incrementa el riesgo de que la capacidad competitiva de la empresa se vea efectivamente lesionada. Esto es así por una razón muy sencilla: al haber aumentado el número de sujetos conocedores del secreto, las posibilidades de que finalmente este sea empleado (en provecho propio y perjuicio de la empresa titular del mismo) aumentan. Esta es la razón por la cual el legislador ha decidido modificar el marco penal con respecto al tipo básico (ha habido un aumento del desvalor del resultado)⁵³, para evitar que con la comisión de este tipo cualificado se acabe lesionando finalmente el bien.

3.2.3. Contenido del delito

En la redacción del tipo cualificado, el legislador ha empleado estos tres verbos (difundir, revelar o ceder a terceros) con la finalidad de abarcar todas las posibles conductas que puedan poner en peligro la capacidad competitiva de la empresa.

Así pues, castiga al sujeto que difunda, revele o ceda a un tercero el secreto descubierto. Haciendo un análisis de estos tres verbos que definen la conducta antijurídica del sujeto activo, puede observarse cómo el legislador abarca todas las

⁵³ RUBIO LARA, PEDRO ANGEL, *Parte especial de derecho penal económico español*, óp. cit., p. 68.

posibilidades, comenzando por la revelación generalizada de la información empresarial descubierta (difusión) y terminando con la revelación del secreto *intuitu personae*.

En definitiva, el artículo contempla todas las posibilidades de publicidad del secreto empresarial (hay una gradación de mayor a menor publicidad)⁵⁴. Realmente se trata de verbos muy similares, siendo tarea complicada determinar en cada caso si estaríamos ante la revelación, la difusión o la cesión del secreto empresarial. Es tarea difícil deslindar con claridad el ámbito concreto de aplicación de cada una de estas conductas ilícitas. En definitiva, los tres verbos se reducen a una misma acción que es la “comunicación” del secreto a terceras personas⁵⁵.

3.2.4. Delito de participación necesaria

Una parte de la doctrina entiende que nos encontramos ante un “delito de participación necesaria”. Según este sector doctrinal, en el tipo básico, la acción típica se agota en el empleo de cualquiera de los medios prescritos para descubrir el secreto de empresa, conducta para cuya realización el sujeto activo no requiere en principio de la colaboración de ningún otro sujeto. Por el contrario, para la ejecución del tipo cualificado, el sujeto activo requiere necesariamente de la participación de otro sujeto, que va a ser la persona que reciba la información.

No obstante, tal y como defiende MORÓN, no estamos ante un tipo de participación necesaria debido a que para la consumación del delito basta con que el sujeto activo difunda, revele o ceda a terceros el secreto empresarial descubierto. No se requiere por tanto la realización de ninguna otra conducta por parte del receptor de la información. En consecuencia, el sujeto destinatario de la información de valor competitiva no debe de ser condenado como partícipe de este delito a no ser que haya cooperado activamente en la realización del mismo. Habría que diferenciar por tanto dos supuestos: 1) que este tercer sujeto se haya limitado a recibir la información, en cuyo caso quedará impute; 2) que el mismo haya participado de manera activa en la difusión, revelación o cesión del secreto, en cuyo caso será condenado como coautor o partícipe, dependiendo del caso⁵⁶.

A modo de conclusión, hay que saber distinguir dos ideas en lo que a esta cuestión se refiere, y es que una cosa es que para la consumación del 278.2 CP se requiera la

⁵⁴MARTÍNEZ BUJÁN PÉREZ, CARLOS, *Delitos relativos al secreto de empresa.*, óp. cit., p. 62.

⁵⁵LEFEBVRE, FRANCIS, *Memento...*, óp. cit., p. 540.

⁵⁶LEFEBVRE, FRANCIS, *Memento...*, óp. cit., p. 540.

existencia de un sujeto (o el público en general) que reciba la información y otra cosa muy distinta es que este sujeto intervenga activamente en la conducta de difundir, revelar o ceder el secreto de empresa.

Así, en el caso en el que el destinatario de la información haya adoptado una conducta pasiva durante la ejecución del delito por el sujeto activo, no procederá calificarlo como partícipe.

Yendo más lejos, con independencia de que el destinatario del secreto haya participado o no en la consecución del tipo cualificado del 278.2 CP, si el mismo decide emplear dicha información en beneficio propio, entonces ya nos encontraríamos ante el tipo recogido en el artículo 280 CP, para el cual el legislador ha establecido una pena distinta. Se trata de un tipo autónomo que estudiaremos más adelante⁵⁷.

3.2.5. Destinatario de la información

Se ha planteado la duda de si es o no exigible que el destinatario de la información esté capacitado para entender el contenido de la misma. La respuesta aportada por el sector doctrinal mayoritario ha sido negativa, no siendo por tanto exigible que el que reciba la información del sujeto activo la comprenda, ni que ejecute actos tendentes a la averiguación de su contenido (descifrarlo)⁵⁸.

Si se trata la cuestión desde la perspectiva del sujeto activo de la acción, la respuesta va a ser la misma. El tipo básico y el cualificado únicamente exigen para la consumación del delito que el sujeto actúe según la forma prescrita, no siendo tampoco exigible en ningún momento que el actor comprenda el contenido del secreto empresarial al que ha accedido ilegítimamente. En definitiva, basta con que el sujeto actúe con el conocimiento de que está poniendo en riesgo la capacidad competitiva de la empresa⁵⁹.

3.2.6. Secreto ilícito

Otra cuestión que puede plantearse, y efectivamente se ha planteado en relación con este tipo cualificado es la solución que adoptaría el juez competente en el caso en el que el secreto descubierto por estos medios fuese ilícito. La mayoría de la doctrina y

⁵⁷ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, CARLOS, *Delitos relativos al secreto de empresa*, óp. cit., p. 61.

⁵⁸ LEFEBVRE, FRANCIS, *Memento...*, óp. cit., p. 540.

⁵⁹ LEFEBVRE, FRANCIS, *Memento...*, óp. cit., p. 536.

jurisprudencia rechaza la condena del sujeto que tras acceder por medios ilícitos al secreto de empresa (ilícito) lo difunde, revela o cede a terceros.

A modo de ejemplo, el sujeto que descubre y revela los métodos de adulteración de alimentos empleados por una determinada empresa, quedaría impune. DOVAL afirma que para configurar secreto de empresa, “debe de tratarse de conocimientos cuya explotación pueda proporcionar una ventaja actuando en el mercado conforme a las reglas del “fair play”⁶⁰.

La razón por la cual la doctrina mayoritaria ha adoptado esta postura es la siguiente: estos preceptos penales (artículos 278, 279 y 280 CP) tutelan de forma inmediata la capacidad competitiva de la empresa, y de forma mediata el normal funcionamiento del mercado y la libre competencia de las empresas que intervienen en el mismo. Basándonos en estas premisas, carecería de lógica pensar que el derecho penal proteja a aquellos empresarios que actúan de forma desleal en el mercado. Esto último supondría atentar contra todo lo establecido por el legislador mercantil en lo relativo a la actuación leal de las empresas y la protección de los consumidores y usuario (Ley de competencia leal y Ley de protección de usuarios y consumidores).

Debe añadirse que, a día de hoy, debido al desarrollo y evolución de las actividades empresariales, y al incremento del número de normas que regularizan este mundo, se han incrementado el número de conductas ilegales ejecutadas por empresarios con el objetivo de ganar cuota de mercado y superar a nivel competitivo al resto de empresas. El comportamiento desleal de unas empresas con otras es un hecho que actualmente se ha generalizado. La ejecución de conductas ilícitas por parte de las empresas en el desarrollo de su actividad empresarial ha determinado un incremento de información y datos de carácter ilícito en el seno de estas. Al empresario, como es lógico, le interesa mantener oculta dicha información que constituye secretos de empresa. Esto explica el creciente interés que ha surgido en el ámbito jurídico penal en relación con “los secretos empresariales ilícitos”.

Para constituir secreto de empresa, no basta con que la información relevante cumpla con los requisitos configuradores de este, sino que tiene que pasar un nuevo filtro. Este último exige que estemos en presencia de una información que tenga valor

⁶⁰ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, CARLOS, *Delitos relativos al secreto de empresa.*, óp. cit., pp. 63 y 64.

competitivo y permita el desarrollo y crecimiento de la empresa en el ámbito de un “mercado legal”, caracterizado por el normal funcionamiento del mismo y la libertad de actuación de sus intervinientes⁶¹.

3.2.7. *Concurso de delitos*

Por último debe hacerse una breve referencia al apartado tercero del precepto objeto de estudio. El mismo establece la posibilidad de apreciar un concurso de delitos cuando el sujeto, con su actuación, lesione bienes jurídicos distintos a la “capacidad competitiva de la empresa”. Esta situación se daría por ejemplo cuando este, que actúa impulsado por el ánimo de descubrir el secreto de empresa, provoque un incendio, hurte o robe cualquier elemento del establecimiento.

Este apartado ha sido considerado por la doctrina como superfluo, vacío en contenido. Esto es así porque un concurso de delitos podría ser apreciado en muchas otras circunstancias, y respecto de muchos otros delitos, sin embargo, sólo respecto de este tipo penal el legislador ha decidido hacer una manifestación expresa de tal posibilidad. Por ejemplo, respecto de los delitos de agresión sexual recogidos igualmente en el CP, también sería posible apreciar un concurso de delitos en el caso en el que el agresor sustrajera efectos personales a la víctima durante la realización de la conducta lesiva.

Además, este apartado supone una limitación a la apreciación de concursos de delitos en supuestos distintos del “apoderamiento o destrucción de soportes informáticos”. Esta cuestión ha sido asimismo enormemente criticada por la doctrina⁶². ¿Debe entenderse que con este tercer apartado el legislador ha querido excluir expresamente la posibilidad de apreciar concursos de delitos fuera de estos dos casos concretos? La doctrina mayoritaria ha entendido que no se trata de una exclusión a la apreciación de otros concursos, sino de una exaltación de los concursos de delitos más habituales en estos casos, a saber: concurso de delitos de violación del secreto empresarial y de hurto, robo o daño en las cosas.

⁶¹ LEFEBVRE, FRANCIS, *Memento...*, óp. cit., p. 530.

⁶² MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, CARLOS, *Delitos relativos...*, óp. cit., pp. 67 y 68.

4. VIOLACIÓN DEL SECRETO DE EMPRESA POR PERSONA OBLIGADA A GUARDAR RESERVA

4.1. Regulación y antecedentes

El delito de violación del secreto de empresa por persona obligada a guardar reserva se encuentra tipificado en el artículo 279 CP de la siguiente forma

La difusión, revelación o cesión de un secreto de empresa llevada a cabo por quien tuviere legal o contractualmente obligación de guardar reserva, se castigará con la pena de prisión de dos a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses. Si el secreto se utilizara en provecho propio, las penas se impondrán en su mitad inferior.

Esta figura delictiva se encontraba regulada en el artículo 499 Código Penal anterior, el cual establecía lo siguiente

El encargado, empleado u obrero de una fábrica u otro establecimiento industrial que en perjuicio del dueño descubriere los secretos de su industria será castigado con las penas de arresto mayor y multa de 5.000 a 50.000 pesetas.

Al igual que el actual precepto regulador de esta figura típica, el artículo 499 CP anterior también recogía un **delito especial propio**. No obstante, el legislador penal decidió modificar la esfera de posibles sujetos activos del delito con la finalidad de cubrir así supuestos que, bajo la regulación del derogado artículo 499, quedaban impunes⁶³.

El artículo 279 CP cubre aquellas violaciones de secretos empresariales basadas en un “abuso de confianza”. Este último concepto es lo que realmente caracteriza a esta figura delictiva ya que en lo demás, presenta una enorme semejanza con el tipo contemplado en el artículo 278.2 CP. Así, ambos preceptos contemplan la difusión, revelación y cesión a terceros de secretos de empresa, no obstante, la segunda figura se caracteriza por ser una “violación del secreto de empresa desde dentro de la esfera de control del legítimo titular de la información”⁶⁴.

4.2. Sujeto activo

⁶³ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, CARLOS, *Delitos relativos...*, óp. cit., p. 72.

⁶⁴ LEFEBVRE, FRANCIS, *Memento...*, óp. cit., p. 541.

La persona del sujeto activo es lo que caracteriza a este delito frente a los que han sido analizados hasta ahora. Tal y como se entiende de la literalidad del precepto, es sujeto activo quien “tiene la obligación legal o contractual de guardar reserva”. Se trata de un delito especial propio por limitar el círculo de posibles sujetos activos a aquellas personas que tuvieren deber expreso de guardar reserva.

El sujeto que ostenta esta condición, a sabiendas del riesgo que para la capacidad competitiva de la empresa podría suponer la difusión, revelación o cesión del secreto, decide hacerlo (o lo usa en provecho propio, tal y como prescribe el segundo apartado del precepto). Precisamente es ahí donde radica el desvalor del resultado, en el abuso de la confianza depositada por el titular del secreto en el sujeto activo del delito⁶⁵.

Se trata por tanto de un delito especial propio o en sentido estricto por “pertenecer las particularidades del sujeto activo al tipo del injusto de la infracción correspondiente”⁶⁶. Así las cosas, el sujeto que ostentando la condición exigida por el precepto, ejecute la acción típica consistente en difundir, revelar o ceder a terceros el secreto de empresa, será castigado como sujeto activo del delito de “revelación y uso en provecho propio desleal de secretos empresariales”, y no como sujeto activo del delito común de “revelación de secretos empresariales ilegítimamente descubiertos”.

Volviendo a la comparativa efectuada previamente con el derogado artículo 499 del anterior Código Penal, el vigente precepto amplía significativamente el alcance de este delito, ya que la aplicación del mismo no se limita ya a aquellas personas que tienen una relación de dependencia con la empresa (“empleados, obreros y encargados”), sino que abarca a todas aquellas que ostentan, en virtud de la Ley o de un contrato, un deber de guardar reserva.

Ya no serán únicamente susceptibles de ser sujetos activos de este delito los empleados u otras personas dependientes de la empresa, sino que también podrán serlo sujetos miembros del Consejo de Administración, proveedores, acreedores de la empresa e incluso terceras personas que hayan podido conocer el mismo por causas

⁶⁵LEFEBVRE, FRANCIS, *Memento...*, óp. cit., p. 541.

⁶⁶ <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:revistaDerechoPenalyCriminologia-2001-7-5100&dsID=Documento.pdf>. 15/03/14.

legales (funcionarios) o trabajadores de otras empresas que se relacionen con el titular del secreto⁶⁷.

Una vez ha sido resaltada la importancia de la reforma del artículo 499 del antiguo Código Penal, hay que proceder a analizar brevemente esta figura delictiva en la UWG alemana. Esta última vincula la cualidad de autor del delito a la condición de “empleado de una empresa”, estableciendo no obstante un marco penal mucho más reducido en comparación con el que consta en la regulación española.

Si se interpretara este precepto alemán en su sentido estricto, el resultado sería injusto debido a que sólo serían castigados por la difusión de secretos de empresa aquellos sujetos empleados en la misma en virtud de un contrato de prestación de servicios empresariales.

La doctrina alemana mayoritaria se ha decantado por una interpretación más amplia del mismo llegando a considerar como sujetos activos del delito a “miembros del Consejo de Administración y del Consejo de Vigilancia de la Sociedad”, a determinados funcionarios como los administradores concursales o el albacea, a profesionales liberales como son los asesores fiscales, asesores económicos y abogados, e incluso a sujetos como el personal de limpieza o de la cafetería.

Esta interpretación flexible del precepto alemán ha supuesto una tutela más efectiva de los bienes jurídicos protegidos, que son la capacidad competitiva de la empresa y el buen funcionamiento del mercado. Sin embargo, también ha traído consecuencias negativas como son la vulneración de la prohibición de analogía tan importante en el Derecho Penal, y la gran inseguridad jurídica surgida⁶⁸.

4.3.Comisión por omisión

Como ya ha sido establecido previamente, la conducta típica de este delito es idéntica a la del tipo cualificado del artículo 278 CP, siendo la única diferencia que en el primer caso, la difusión, revelación o cesión del secreto viene precedida de un acceso lícito al mismo por parte del sujeto activo, no siendo este el caso en el tipo cualificado, en el que el sujeto se sirvió de medios ilícitos para acceder al mismo.

⁶⁷ LEFEBVRE, FRANCIS, *Memento...*, óp. cit., p. 542.

⁶⁸ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, CARLOS, *Delitos relativos al secreto de empresa.*, óp. cit., p. 83.

Se ha planteado la cuestión de si cabría admitir la comisión por omisión respecto de este delito. Parte de la doctrina ha admitido esta posibilidad en aquellos casos en los que el sujeto, por la posición que ocupa en la empresa, tiene el deber especial de impedir que terceras personas accedan al secreto empresarial y posteriormente lo difundan o empleen en provecho propio. Por ocupar una posición de “garante” de la confidencialidad de esa información a la que él tiene acceso, se entiende que la no evitación del resultado (difundir, revelar o ceder el secreto) equivale a su causación activa.

Sería el caso en el que el empresario, titular del secreto, confiara este a uno de sus empleados para el desempeño de una concreta actividad, y encontrándose el secreto en manos del mismo, una tercera persona consiguiese acceder a este (se trata de un ejemplo). Con su pasividad, el empleado ha permitido que otro acceda al secreto, lo haga público, revele o ceda a terceros y es ahí donde radica el desvalor de la acción⁶⁹.

Así, este sector defiende que “quienes cargan con un deber penal de reserva se convierten, automáticamente, en garantes del mantenimiento del estado de reserva en el que se encuentra la información”.

No obstante, la doctrina mayoritaria, rechaza esta postura doctrinal y fundamentando su oposición en la falta de identidad existente entre la “obligación de no alterar un estado de reserva” (que equivale al deber de guardar reserva), y “la obligación de mantener dicho estado” (que equivale a la posición de garante)⁷⁰.

4.4. Deber de guardar reserva

Como ya se adelantó con anterioridad, el deber de guardar reserva puede surgir de la Ley o de un contrato. Son innumerables las fuentes legales y contractuales que incorporan un deber de guardar reserva, no obstante, tal y como defiende parte de la doctrina, no todas son de naturaleza penal.

La violación del deber de reserva penal, por tratarse de una conducta relevante a efectos penales, implica unas consecuencias establecidas en la Ley (artículo 279 CP) para el sujeto que la realice. Así, según este sector doctrinal, lo trascendente en esta

⁶⁹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, CARLOS, *Delitos relativos al secreto de empresa*, óp. cit., p. 87.

⁷⁰ LEFEBVRE, FRANCIS, *Memento...*, óp. cit., p. 543.

materia es determinar qué fuentes legales y contractuales establecen deberes de guardar reserva de naturaleza penal⁷¹.

La determinación de qué debe entenderse por “deber de guardar reserva” es la ratio del delito que figura en el artículo 279 CP, no obstante, el legislador no ha proporcionado una respuesta específica al respecto, siendo necesario acudir a las soluciones facilitadas por la doctrina y jurisprudencia española.

Son muchos los autores y sentencias que exigen la existencia de un deber expreso de guardar reserva respecto de una determinada información, no bastando por tanto con la mera concurrencia de deberes genéricos relacionados con la buena fe y diligencia contractual exigidos a todos los sujetos por razón de la simple pertenencia en la empresa y desempeño de funciones en la misma. En definitiva, este sector doctrinal entiende que los deberes genéricos de buena fe contractual, entendidos como deberes básicos exigibles a todos los trabajadores (y recogidos en el estatuto de los Trabajadores), no son suficientes para fundamentar la responsabilidad penal del sujeto, siendo exigible por tanto la existencia un deber específico que conste en una concreta clausula contractual o un precepto legal.

Así se pronuncian al respecto una serie de autores como MORENO, RUIZ y MUÑOZ CONDE, quienes establecen que “este delito se basa en el quebrantamiento de deberes específicos por parte del sujeto obligado”. A su vez, BAUCCELLS entiende que:

La obligación de guardar reserva aparecerá sólo cuando al sujeto le han sido confiados los secretos de empresa, bien porque estos constituyen el objeto del contrato (el investigador, el licenciataria del know-how), o bien porque son la materia que le corresponde analizar para desarrollar las tareas propias de su trabajo, añadiendo que de este modo quedaría fuera de la relevancia penal de este precepto la revelación de secretos realizada por otros sujetos, a pesar de que mantuviesen una relación laboral con el titular del secreto.

El fundamento de esta postura radica en el principio de mínima intervención del Derecho Penal, por tratarse este de la rama del derecho que castiga los ataques más intolerables a los bienes jurídicos más importantes. Y es que es cierto que un delito castigado con sanciones de tal envergadura, no puede consistir en la simple vulneración de los deberes genéricos exigibles a todo trabajador de una empresa, sino que es necesario que radique en la vulneración de deberes específicos.

⁷¹LEFEBVRE, FRANCIS, *Manual Penal Económico y de la empresa*, MEMENTO PRÁCTICO, 2011-2012, pp. 541.

MORENO CANOVÉS, A. Y RUIZ MARCO, F., *Delitos socioeconómicos. Comentarios a los arts. 262, 270 a 310 del nuevo Código Penal*, Edijus, Zaragoza, 1996.

Por el contrario, el sector doctrinal mayoritario ha venido afirmando que mientras la relación jurídica entre el sujeto y el titular del secreto (contrato de trabajo, prestación de servicios, etc.) permanezca vigente, el sujeto que, en contra de los deberes básicos de buena fe y diligencia profesional divulgue o emplee en provecho propio información relevante de la empresa, será condenado por la comisión del delito contemplado en el artículo 279 CP. No obstante, una vez extinguida la relación jurídica que unía a ambos sujetos, para la consumación del delito será exigible la infracción de un deber de reserva específico, esto es, incorporado de expresamente en un precepto legal o una cláusula contractual (en estos casos este deber específico no es perpetuo- en la mayoría de los supuestos-).

En cuanto a estos deberes genéricos de diligencia y buena fe contractual a que se está haciendo referencia constantemente, los mismos han sido recogidos por el artículo 5 del Estatuto de los trabajadores, que establece lo siguiente:

Los trabajadores tienen como deberes básicos: a) Cumplir con las obligaciones concretas de su puesto de trabajo, de conformidad a las reglas de la buena fe y diligencia [...] d) no concurrir con la actividad de la empresa, en los términos fijados en esta Ley⁷².

A su vez, en cuanto a los deberes que expresamente constan en contratos o normas, la legislación mercantil consigna en no pocos preceptos este deber –específico- de guardar silencio. En el caso de los administradores de una sociedad, son dos los preceptos que contemplan este deber de guardar reserva. El artículo 127.2 LSA y el artículo 61.2 LSRL coinciden en establecer que “los administradores deberán guardar secreto sobre las informaciones de carácter confidencial, aún después de cesar en sus funciones” (deber de carácter perpetuo)⁷³.

4.5.Causas de justificación

La doctrina española ha venido admitiendo la posibilidad de aplicar las” eximentes de ejercicio legítimo de un derecho”, “cumplimiento de un deber” (por ejemplo el deber de declarar como testigo o perito en un pleito) y “estado de necesidad”.

⁷² Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, *Boletín Oficial del Estado*, de 29 de Marzo de 1995.

MARTÍNEZ- BUJÁN PÉREZ, CARLOS, *Delitos relativos al secreto...*, óp. cit., pp. 86-89; LEFEBVRE, FRANCIS, *Memento...*, óp. cit. p.542;

Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, *Boletín Oficial del Estado*, de 27 de diciembre de 1989, núm. 310;

Ley 19/1989, de 25 de julio, de Sociedades de Responsabilidad Limitada (reforma de la LSRL de 1953). Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 23 de marzo de 1995.

La doctrina alemana, además de las admitidas en por la doctrina española, admite la “eximente de consentimiento”. Se trata de aquellos supuestos en los que el sujeto que tiene deber de guardar reserva del secreto empresarial, lo ha difundido, revelado o cedido a terceros a causa del consentimiento de su titular. El titular del secreto, en cuanto que tal, tiene la libre disposición sobre este, y por tanto el consentimiento que en su caso otorgue a un sujeto para que difunda, revele o ceda a otro su información confidencial es perfectamente válido. Esta circunstancia excluye la tipicidad de la acción, que realmente en ningún momento tuvo relevancia jurídico penal.

5. VIOLACIÓN DEL SECRETO DE EMPRESA POR QUIEN NO HA TOMADO PARTE EN SU DESCUBRIMIENTO

5.1.Regulación

Nos encontramos ante el último delito de “violación del secreto de empresa”, tipificado en el artículo 280 CP, que establece lo siguiente:

El que, con conocimiento de su origen ilícito, y sin haber tomado parte en su descubrimiento, realizare alguna de las conductas descritas en los dos artículos anteriores, será castigado con la pena de prisión de uno a tres años y multa de doce a veinticuatro meses.

El legislador, en la descripción de la acción típica, ha efectuado una remisión en bloque a las conductas típicas reguladas en los dos preceptos inmediatamente anteriores (artículo 278 y 279 CP). Es por esta razón que dedicaremos menos tiempo al análisis de esta figura, centrándonos sobre todo en sus dos notas características, a saber, el origen ilícito del secreto empresarial y el conocimiento por parte del sujeto activo de este origen ilícito.

Es posible apreciar, en relación con este delito, la autoría mediata y la coautoría, no obstante, en estos casos, serán exigibles dos circunstancias. En primer lugar, ninguno de los coautores ha debido de tomar parte en el descubrimiento del delito, y, en segundo lugar, todos y cada uno de ellos debe de tener conocimiento de que se encuentran ante

una información de carácter confidencial que ha sido hallada de forma ilícita por otro sujeto⁷⁴.

5.2. Origen ilícito del secreto empresarial

La regulación que el legislador ha efectuado de este delito ha sido enormemente criticada por nuestra doctrina por varias razones. Una de ellas ha sido la imprecisión que, en relación a la delimitación de la acción típica, ha supuesto la remisión al resto de “delitos de violación de secretos de empresa”.

Para la determinación del contenido y alcance del delito, la doctrina ha presupuesto la existencia de un tercer sujeto (distinto del titular del secreto de empresa y del sujeto activo) que fue quien, empleando los medios ilícitos descritos en el apartado primero del artículo 278 CP, tuvo acceso a la información confidencial, y quien, en un momento posterior, la difundió, reveló o cedió a terceras personas. Se trata de dos presunciones que han de hacerse necesariamente para poder hallar un sentido al contenido del artículo 280 CP.

En lo referente al acceso ilícito, LEFEBVRE estableció que

Se consideraría atípica la revelación del tercero que hubiera obtenido el secreto de un trabajador obligado a reserva, o de un ex trabajador, también obligado a reserva”.

No obstante, un sector doctrinal admitió como presupuestos lógicos del delito tanto “los descubrimientos ilícitos” del CP artículo 278.2, como “las revelaciones o usos desleales del CP artículo 279”⁷⁵.

Partiendo de estas bases, que no fueron en ningún momento precisadas por el legislador, la conducta típica del delito objeto de análisis consiste en la difusión, revelación o cesión a terceros de un secreto empresarial por quien no ha tomado parte en su descubrimiento⁷⁶. El delito se producirá cuando el sujeto, sin haber participado en el descubrimiento de la información empresarial relevante a efectos competitivos, ejecuta alguna de esas conductas típicas ya recogidas en los artículos 278 y 279 CP.

5.3. Conocimiento del origen ilícito del secreto

⁷⁴ RUBIO LARA, PEDRO ANGEL, *Parte especial de derecho penal económico español*, óp. cit., pp. 74 y 75.

⁷⁵ LEFEBVRE, FRANCIS, *Memento...*, óp. cit., p. 545.

⁷⁶ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Delitos...*, óp. cit., pp. 128 y ss.

El “conocimiento por parte del sujeto activo del origen ilícito del secreto de empresa” puede ser considerado la nota esencial y más característica de este delito. Es ahí donde radica el desvalor de la acción.

Se trata de un **elemento subjetivo del tipo** que deberá concurrir en el sujeto en el momento de la ejecución de la conducta típica. Así, se exige que el sujeto que difunda, revele o ceda a terceros el secreto de empresa, tenga el conocimiento en ese mismo instante de que aquel fue hallado de forma ilícita por otro sujeto (concretamente los que establece el artículo 278.1 CP).

La doctrina ha sido unánime al entender que “no bastan meras sospechas sobre el origen ilícito del secreto empresarial por parte del sujeto activo”. Esto nos conduce a la necesidad de que concurra un convencimiento pleno en el sujeto (sobre el origen ilícito del secreto de empresa) a la hora de realizar la conducta típica para poder así atribuir a esta relevancia jurídico penal⁷⁷.

6. CONCLUSIONES

Diversas conclusiones pueden ser extraídas en materia de “delitos de violación de secretos de empresa”.

En primer lugar, en cuanto al nacimiento y evolución de estos delitos de naturaleza socioeconómica, debe de reiterarse que en un principio, la única manifestación de estos fue la regulación que ofrecía el artículo 499 del anterior CP. Este precepto, como ya se ha señalado a lo largo de todo el trabajo, únicamente aludía al delito de violación del secreto de empresa por parte “empleados, obreros o encargados”. Se trataba de la configuración que anteriormente recogía el CP de los delitos de “violación de secretos de empresa por sujetos obligados a guardar reserva”. Las otras figuras delictivas, esto es, el “espionaje empresarial” y la “violación del secreto empresarial por quien no tomo parte en su descubrimiento”, surgieron en un momento posterior, en un entorno económico extremadamente competitivo.

Desde su inicio hasta nuestros días, el mundo empresarial y de los negocios se ha visto impulsado por factores como la modernización de las tecnologías, el desarrollo de

⁷⁷ LEFEBVRE, FRANCIS *Memento...*, óp. cit., p.545.

nuevos métodos de producción, el espíritu innovador y emprendedor del empresario actual, el incremento de la calidad de los productos, la creación de métodos de reducción de costes, el empleo de políticas de marketing y de publicidad atractivas para el consumidor, etc. Todos estos aspectos varían de una empresa a otra, y en efecto, constituyen los “instrumentos” empleados por estas para impulsar su actividad empresarial y mejorar así el posicionamiento que las mismas ostentan en el mercado.

En definitiva, todos esos aspectos son de gran valor competitivo para la empresa, la cual va a servirse de los mismos para destacar entre sus competidores. Al fin y al cabo, resulta fundamental que las empresas operantes en un mismo mercado hagan todo lo posible por distinguirse del resto, ya sea en el ámbito comercial, ya sea en el productivo.

Al constituir todos esos datos (por ejemplo una nueva fórmula para crear un producto) el pilar sobre el que se sustenta el desarrollo y el crecimiento competencial de la empresa, es de entender que las mismas centren todo su interés en mantenerlos ocultos, al margen del conocimiento del público, expresamente, del conocimiento de las empresas competidores. Así, se garantizará que estos datos y conocimientos relevantes en términos económicos no dejen de aportar ventajas y beneficios a la empresa titular de los mismos en el mercado.

Todo lo argumentado constituye la razón por la cual ha tenido lugar una evolución paralela (junto con el progreso del mundo empresarial) de la normativa relacionada con el secreto de empresa, a el fin de lograr una tutela efectiva de la capacidad competitiva de estas entidades, así como el buen funcionamiento del mercado.

Bajo la vigencia del Código Penal anterior, la actividad empresarial no se había desarrollado hasta tales niveles, por lo que el legislador no consideró necesaria mayor regulación que la que establecía el derogado artículo 499. Sin embargo, hoy en día, junto con el progreso económico, ha tenido lugar un incremento de los comportamientos desleales de unas empresas con otras, lo que ha determinado la necesidad de aumentar la intervención jurídico penal en este ámbito.

Es evidente que quien saca provecho propio a secretos de empresa ajenos, estará mejorando su posición competitiva en el mercado, en detrimento de la de la empresa titular del mismo. Esta conducta es inadmisibles, y por ser cada vez más frecuente, el legislador penal se ha visto en la necesidad de ordenar la intervención de esta rama del

derecho en esta materia (el espionaje empresarial), no siendo ya únicamente relevantes a efectos jurídico penales las violaciones de secretos de empresa por quien ostenta la condición de empleado, obrero o encargado de la misma (es la anterior regulación del secreto de empresa).

Para concluir, y teniendo en cuenta el entorno empresarial tan competitivo en el que nos movemos, ha sido una decisión totalmente acertada por parte del legislador actual la de modificar la configuración de este delito de violación de secretos empresariales, y aún más, partiendo de la protección que la Constitución española brinda directamente a la “libertad de las empresas en el mercado” (libertad que, con el paso del tiempo, se ha deteriorado cada vez más a causa de la actuación desleal de muchas empresas hoy en día).

7. BIBLIOGRAFÍA

ALARCÓN MOLINA, MILAGROS Y. ; CÁRDENAS RUIZ, MARCO A., *La violación de la intimidad, violación de domicilio y violación del secreto de la comunicación en el Derecho Penal*, publicado en Derecho y cambio social, nº 5, La Molina, Lima, 2005.

BACIGALUPO ZAPATER, ENRIQUE, *Curso de Derecho penal económico*, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2005.

CARBONELL MATEU, JUAN CARLOS, *Derecho Penal: concepto y principios constitucionales*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

COBO DEL ROSAL, MANUEL; VIVES ANTÓN, TOMÁS SALVADOR, *Derecho Penal. Parte general*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

FARRANDO MIGUEL, IGNACIO, *El deber de secreto de los administradores de sociedades anónimas y limitadas*, Civitas, Madrid, 1991.

GÓMEZ SEGADE, JOSÉ ANTONIO, *El secreto industrial (know-how): concepto y protección*, Tecnos, Madrid, 1974.

LEFEBVRE, FRANCIS, *Memento penal económico de la empresa* (aparecido en Memento Práctico 2011-2012), cap. 14, Ediciones Francis Lefebvre, Madrid, 2011.

LAMPE, ERNST-JOACHIM, *La protección jurídico penal de la competencia económica en el anteproyecto de Código Penal español de 1983*, Los delitos socio-económicos, Madrid, 1985.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, CARLOS, *Delitos relativos al secreto de empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

MANUAL de Derecho Penal. *Parte especial. Vol. 2. Delitos patrimoniales y económicos*, Manuel Bajo Fernández y otros, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1993.

MASSAGUER FUENTES, JOSÉ, *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*, Civitas, Madrid, 1999.

MORENO CANOVÉS, A. Y RUIZ MARCO, F., *Delitos socioeconómicos. Comentarios a los arts. 262, 270 a 310 del nuevo Código Penal*, Edijus, Zaragoza, 1996.

MORÓN LERMA, ESTHER, *El secreto de empresa: protección penal y retos que plantea ante las nuevas tecnologías*, Aranzadi, Madrid, 2002.

PORTELLANO DÍEZ, PEDRO, *Protección de la información no divulgada*, En libro colectivo *Los derechos de propiedad intelectual en la Organización Mundial del Comercio*, ed. J. L. Iglesias Prada, vol. 1, Madrid, 1997.

RUBIO LARA, PEDRO ÁNGEL, *Parte especial del derecho penal económico español: una aproximación al estado de la cuestión en la doctrina y jurisprudencia españolas*, Dickinson, Madrid, 2006.

8. LEGISLACIÓN

- Constitución Española. *Boletín Oficial del Estado*, de 29 de diciembre de 1978.
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, *Boletín Oficial del Estado*, de 29 de noviembre de 1995.
- Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia desleal, *Boletín Oficial del Estado*, de 11 de enero de 1991.

- Ley 19/1989, de 25 de julio, de Sociedades de Responsabilidad Limitada (reforma de la LSRL de 1953).
- Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 23 de marzo de 1995.
- Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. *Boletín Oficial del Estado*, de 29 de marzo de 1995.
- Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, *Boletín Oficial del Estado*, de 27 de diciembre de 1989, núm. 310.