

Bogotá D.C.,

10

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO	
RAD: 15-158954- -00002-0000	Fecha: 2015-07-15 18:25:16
DEP: 10 OFICINAJURIDICA	
TRA: 113 DP-CONSULTAS	EVE: SIN EVENTO
ACT: 440 RESPUESTA	Folios: 1

Doctor
JENNY LILIANA SAENZ PARDO
jenny.saenz@anm.gov.co

Asunto: Radicación: 15-158954- -00002-0000
Trámite: 113
Evento: 0
Actuación: 440
Folios: 1

Estimado(a) Doctor:

1. Objeto de la Consulta

En esta oportunidad, se ha formulado una consulta teniendo en cuenta que, en un proceso licitatorio, uno de los proponentes señaló que información entregada constituía un secreto empresarial, y que se han solicitado copias del mencionado proceso. La peticionaria, pues, señala:

"[...] les solicitamos que nos orienten si se pueden expedir las copias o si por el contrario lo señalado por ellos normativamente es suficiente para negar la expedición de copias solicitadas en aras de evitar posibles demandas por este tema."

Con un concepto no es posible que esta Entidad se pronuncie sobre situaciones particulares, ya que esto iría en contra de la garantía constitucional del debido proceso. En efecto, la Corte Constitucional explicó, en su Sentencia C-542 de 2005:

"Los conceptos emitidos por las entidades en respuesta a un derecho de petición de consulta no constituyen interpretaciones autorizadas de la ley o de un acto administrativo. No pueden reemplazar un acto administrativo. Dada la naturaleza misma de los conceptos, ellos se equiparan a opiniones, a consejos, a pautas de acción, a puntos de vista, a recomendaciones que emite la administración pero que dejan al administrado en libertad para seguirlos o no".

Es por lo anterior que lo que haremos será darle elementos conceptuales, para brindarle mayores elementos de juicio.

2. Secreto empresarial

2.1 Facultades de la Superintendencia de Industria y Comercio en Asuntos relacionados con Secretos Industriales

Considerando que, como se explicará a profundidad en los siguientes acápite, la violación de secretos empresariales es una conducta que, de conformidad con la Ley 256 de 1996 y con la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina de Naciones, se considera como un acto de competencia desleal, se explicará cuáles son las facultades que tiene esta corporación sobre estos asuntos. Las facultades legales de la SIC en materia de competencia desleal, de acuerdo con el Decreto 4886 de 2011 y con el Código General del Proceso son: (i) adoptar, en ejercicio de funciones jurisdiccionales, las decisiones que correspondan en materia de competencia desleal, función que se desarrolla por el Superintendente Delegado para Asuntos Jurisdiccionales, y (ii) tramitar, de acuerdo con el procedimiento legalmente aplicable, las investigaciones administrativas de competencia desleal, función propia del Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia.

2.2 Concepto de los secretos empresariales, y requisitos para su configuración

Un secreto industrial es un conjunto de conocimientos o informaciones que no son de dominio público, que son necesarios para la fabricación o comercialización de un producto, para la producción o prestación de un bien o servicio, o para la organización y financiación de una empresa o de una unidad o dependencia empresarial, y que, por ello, procura a quien los domina, una ventaja. La Decisión 486 de 2000 define los secretos industriales en el siguiente tenor:

"ARTÍCULO 260. DECISIÓN 486 DE 2000.- Se considerará como secreto empresarial cualquier información no divulgada que una persona natural o jurídica legítimamente posea, que pueda usarse en alguna actividad productiva, industrial o comercial, y que sea susceptible de transmitirse a un tercero, en la medida que dicha información sea:

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

"b) tenga un valor comercial por ser secreta; y

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

"La información de un secreto empresarial podrá estar referida a la naturaleza, características o finalidades de los productos; a los métodos o procesos de producción; o, a los medios o formas de distribución o comercialización de productos o prestación de servicios."

Como se puede ver en el citado artículo 260, dicha información debe cumplir con las siguientes condiciones:

a) Ser secreta, en sentido de que, como conjunto o en la configuración y reunión precisa de sus componentes, no sea generalmente conocida ni fácilmente accesible por quienes se encuentran en los círculos dentro de los cuales normalmente se maneja este tipo de información;

b) Tener un valor comercial por ser secreta y;

c) Haber sido objeto de medidas razonables tomadas por parte de su legítimo poseedor para mantenerla en secreto.

La protección del secreto empresarial no requiere de trámite alguno, pero quien detente el secreto debe tomar las medidas necesarias para evitar su divulgación y, en general, mantener las condiciones de protección expuestas en el artículo 260 de la Decisión 486.

Si bien la norma no establece una forma específica de proteger el secreto, sí se señala que el poseedor tendrá la carga de adoptar los mecanismos que resulten razonables para evitar que la información sea de conocimiento general para impedir un fácil acceso a la misma. Uno de los métodos más usados para tal fin, es emplear cláusulas de confidencialidad, mediante las cuales se restrinja el uso público de la información que se comparte en virtud del contrato; estas cláusulas generan una relación de confidencialidad entre los participantes, y producen la obligación de guardar y no revelar a terceros información que las partes deseen proteger.

Por su misma naturaleza, los secretos empresariales no se deben registrar ante esta entidad. Hacerlo, les quitaría su carácter de secreto.

Por último, es importante mencionar que el secreto empresarial se protegerá mientras se cumplan los requisitos mencionados más arriba.

2.3 Acceso a secretos empresariales

El poseedor del secreto empresarial debe informar a sus trabajadores y a todo aquel que a él tenga acceso sobre la confidencialidad de la información que manejarán, advertirles que tienen acceso a ella sólo en razón de sus cargos o funciones y, en consecuencia, señalarles que tienen un deber de abstenerse de divulgarlo o revelarlo. Adicionalmente, ha de adelantar todas las gestiones necesarias para proteger la información.

Ahora bien, de conformidad con el artículo 264 de la Decisión 486, quien posea legítimamente un secreto empresarial podrá transmitir o autorizar su uso a un tercero. Este tercero tendrá la obligación de no divulgar el secreto empresarial por ningún medio, salvo pacto en contrario con quien le transmitió dicho secreto. En efecto, señala el artículo 265 de la misma decisión que toda persona que con motivo de su trabajo tenga acceso a un secreto empresarial sobre cuya confidencialidad se le haya advertido, deberá abstenerse de usarlo o divulgarlo sin causa justificada y sin consentimiento de la persona que posea dicho secreto legítimamente.

La terminación de un vínculo laboral o contractual no da por terminada la protección del secreto empresarial.

2.4 Protección del secreto empresarial

La protección del secreto empresarial perdura mientras se den y subsistan las condiciones descritas en el artículo 260 de la Decisión 486. Así, un invento o cualquier información empresarial tendrá protección por la vía del secreto empresarial, y esa protección podrá tener una vigencia permanente en el tiempo, siempre que, durante el transcurso del mismo, conserve las condiciones mencionadas en la citada norma.

Hoy en día, nuestro ordenamiento jurídico cuenta con diferentes disposiciones que regulan el tema de los secretos industriales y comerciales y su protección:

- a) Decisión 486 de 2000, en sus artículos 260 a 266;
- b) El artículo 16 de la Ley 256 de 1996;
- c) El artículo 58, numeral 2 del Código Sustantivo del Trabajo;
- d) El artículo 308 del Código Penal;
- e) Los artículos 5 y 24 del CPACA y;
- f) La Ley 80 de 1993.

2.4.1 La Decisión 486 de 2000

De conformidad con esta decisión, quien lícitamente tenga un derecho empresarial, estará protegido contra su divulgación, adquisición o uso. Se considera desleal, según su artículo 262:

"ARTÍCULO 262. DECISIÓN 486 DE 2000.- [...]

"a) explotar, sin autorización de su poseedor legítimo, un secreto empresarial al que se ha tenido acceso con sujeción a una obligación de reserva resultante de una relación contractual o laboral;

"b) comunicar o divulgar, sin autorización de su poseedor legítimo, el secreto empresarial referido en el inciso a) con ánimo de obtener provecho propio o de un tercero o de perjudicar a dicho poseedor;

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

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

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

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

Si la adquisición de un secreto resulta del espionaje industrial, del incumplimiento de un contrato u obligación, del abuso de confianza, de la infidencia, del incumplimiento de un deber o de lealtad o de la instigación a realizar cualquiera de estos actos, se considerará que se obtuvo por medios que no fueron honestos en materia mercantil.

2.4.2 La Ley 256 de 1996

El artículo 16 de la Ley de Competencia Desleal determina que "[s]e considera desleal la divulgación o explotación, sin autorización de su titular, de secretos industriales o de cualquiera otra clase de secretos empresariales a los que se haya tenido acceso legítimamente pero con deber de reserva, o ilegítimamente [...]" Con esta conducta, se

protege al competidor, respecto de conductas encaminadas a adquirir, divulgar o explotar su secreto industrial.

Para que se configure la existencia y posible revelación de un secreto empresarial, deben presentarse los siguientes elementos, de conformidad con la Resolución No. 31714 de la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de esta Entidad:

a) Debe existir, efectivamente, un secreto industrial o empresarial. Para cumplir con este presupuesto es necesario que:

i. Se verifique la existencia de un conocimiento que verse sobre cosas, procedimientos, hechos, actividades o cuestiones similares;

ii. El mismo se relacione con la actividad de la empresa o con su parte administrativa;

iii. Dicho conocimiento tenga carácter de reservado o privado, por haber optado sus titulares por no hacerlo accesible a terceros;

iv. Los titulares tengan la intención de mantenerlo reservado, adoptando las medidas necesarias para ello y;

v. La información tenga un "valor comercial, efectivo o potencial, en el sentido en que su conocimiento, utilización o posesión permita una ganancia, ventaja económica o competitiva sobre aquellos que no la poseen o no la conocen" [Escudero, Sergio. "La Protección de la Información no Divulgada". En: Los Retos de la Propiedad Industrial en el Siglo XXI. Pág. 321.].

b) Tal secreto ha sido divulgado o explotado por un tercero que accedió a ésete legítimamente pero con deber de reserva.

c) La divulgación o explotación del secreto se ha de haber realizado sin autorización de su titular.

Esta conducta se puede dar, bien porque se divulgue el secreto o porque se explote. La misma se configura en aquellos eventos en los que una persona que, con ocasión de un vínculo contractual con el titular del secreto, tuvo acceso legítimo a esa información, desconoce el inherente deber de reserva y la comunica o revela sin autorización a un tercero que no debería acceder a la misma y que, con base en esa revelación y sin contar tampoco con autorización del titular, la utiliza aprovechándola para el beneficio propio.

2.4.3 El Código Sustantivo del Trabajo

El trabajador, de conformidad con el artículo 58 del Código Sustantivo del Trabajo, tiene la obligación de no comunicar a terceros la información que tenga sobre su trabajo, especialmente la que sea de naturaleza reservada o cuya divulgación pueda ocasionar perjuicios al empleador, lo que no obsta para denunciar delitos comunes o violaciones del contrato o de las normas legales del trabajo ante las autoridades competentes.

2.4.4 El Código Penal

El artículo 308 de este cuerpo normativo explica que quien emplee, revele o divulgue

descubrimiento, invención científica, proceso o aplicación industrial o comercial, llegados a su conocimiento por razón de su cargo, oficio o profesión y que deban permanecer en reserva, será sancionado con pena privativa de la libertad y con una multa de hasta tres mil (3000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Lo mismo sucederá a quien indebidamente conozca, copie u obtenga secreto relacionado con descubrimiento, invención científica, proceso o aplicación industrial o comercial.

Obtener un beneficio propio o ajeno por realizar esta conducta es un agravante de la misma.

2.4.5 El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo

No sólo los particulares tienen el deber de cuidar que los secretos industriales no se hagan públicos.

El artículo 74 de la Constitución Política, señala que "[t]odas las personas tienen derecho a acceder a los documentos públicos salvo los casos que establezca la ley." La Corte Constitucional, en su Sentencia T-464 de 1992, interpretó el sentido de este artículo así: "sólo la Carta Fundamental y la Ley pueden establecer límites al ejercicio de ese derecho, que, por supuesto, incluye la consulta de los documentos in situ y no solo, como pudiera pensarse la solicitud de copias de los mismos."

Así las cosas, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo señala, en sus artículos 5 y 24:

" ARTÍCULO 5.- En sus relaciones con las autoridades toda persona tiene derecho a:
"3. Salvo reserva legal, obtener información que repose en los registros y archivos públicos en los términos previstos por la Constitución y las leyes."

"ARTÍCULO 24.- Solo tendrán carácter reservado las informaciones y documentos expresamente sometidos a reserva por la Constitución Política o la ley, y en especial: [...]

"6. Los protegidos por el secreto comercial o industrial, así como los planes estratégicos de las empresas públicas de servicios públicos.

"7. Los amparados por el secreto profesional. [...]"

"Parágrafo. Para efecto de la solicitud de información de carácter reservado, enunciada en los numerales 3, 5, 6 y 7 solo podrá ser solicitada por el titular de la información, por sus apoderados o por personas autorizadas con facultad expresa para acceder a esa información.

Así las cosas, cuando se manifieste que una determinada información constituye secreto empresarial, deberá ser mantenida bajo reserva y, como tal, no podrá ser solicitada por nadie diferente a su titular, sus apoderados, o personas autorizadas con facultad expresa para acceder a la misma.

2.4.6 La Ley 80 de 1993

Al contestar favor indique el número de radicación consignado en el sticker

El Estatuto General de Contratación de la Administración Pública también protege a los titulares de secretos empresariales, al señalar:

\\"ARTÍCULO 24.- DEL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA. En virtud de este principio:
\\"4. Las autoridades expedirán a costa de aquellas personas que demuestren interés legítimo, copias de las actuaciones y propuestas recibidas, respetando la reserva de que gocen legalmente las patentes, procedimientos y privilegios.\\"

3. Conclusión

Mediante un concepto esta Entidad no puede resolver situaciones particulares como la planteada por usted, más aún si se trata de establecer que cierta información constituye un secreto empresarial o no. Por lo anterior, tenga en cuenta los parámetros antes señalados para establecer si la información a la que hace referencia se encuentra protegida por un secreto empresarial, si existe norma que permita su divulgación a los demás participantes en el proceso de contratación.

Si requiere más información sobre el desarrollo de nuestras funciones y sobre las normas objeto de aplicación por parte de esta Entidad, puede consultar nuestra página web: www.sic.gov.co

Atentamente,

WILLIAM ANTONIO BURGOS DURANGO
JEFE OFICINA ASESORA JURÍDICA

Elaboró: Natalia Fernández
Revisó: William A. Burgos
Aprobó: William A. Burgos