

Bogotá D.C.,

10

Asunto: Radicación: 17-394944- -1
Trámite: 113
Evento: 0
Actuación: 440
Folios: 1

Respetado(a) Señor (a):

[Datos personales eliminados en virtud de la Ley 1581 de 2012]

Reciba cordial saludo.

De conformidad con lo previsto en el artículo 28 de la Ley 1755 de 2015, “*por medio de la cual se regula el Derecho Fundamental de Petición y se sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*”, fundamento jurídico sobre el cual se funda la consulta objeto de la solicitud, procede la **SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO** a emitir un pronunciamiento, en los términos que a continuación se pasan a exponer:

1. OBJETO DE LA CONSULTA

Atendiendo a la solicitud por usted presentada ante esta Entidad a través de comunicación de fecha 29 de octubre de 2017, y radicada en nuestra dependencia el 27 de noviembre de la presente anualidad, en la cual se señala:

“(…)

1. Cuándo a una entidad pública clasificada como sujeto obligado en los términos de la ley 1712 de 2014, se le soliciten documentos de terceros que se encuentren en custodia, sometidos a reserva

legal por estar dentro de un supuesto de secreto Industrial o empresarial, (en el contexto de la documentación del Decreto 613 de 2017). ¿debe la entidad entregar una versión editada en la cual se oculten los apartes sometidos a reserva tales como cifras o datos específicos cuya divulgación pueda ocasionar daño a terceros?, o ¿debe la entidad, negar de plano la totalidad de la información sin mediar una revisión previa de lo que se ésta aduciendo como reserva legal? ¿Cómo y bajo que condiciones se debe entregar la información?

2. Considerando que todos los actos del administración pública deben ser motivados y que los sujetos obligados tienen la carga de la prueba (en los términos del art. 29 de la Ley 1712 de 2014) ¿La entidad que niegue información por estar sometida al secreto industrial y empresarial debe justificar cada uno de los aspectos de la documentación objeto de secreto industrial o empresarial que conforman el objeto de la negación?

3. ¿Qué procedimiento debe seguir una entidad pública que al responder un derecho de petición niegue información o reserva legal, sin embargo esa entidad pública no cuenta con índice de información clasificada y reservada o procedimientos internos de gestión documental en la materia?

4. Existe algún manual, guía o procedimiento, jurisprudencia normatividad relacionada con la entrega y edición de documentos sometidos a reserva legal en materia de secreto industrial o empresarial?

5. Existe algún manual, guía o procedimiento, jurisprudencia normatividad relacionada con el contenido, aplicación y desarrollo de la reserva legal por secreto industrial y empresarial en materia jurídica?

6. Qué criterios debe considerar una entidad pública para determinar el contenido, la clasificación y alcance de la información considerada secreta industrial o comercialmente de conformidad con el artículo 260 de la Decisión 486 de 2000.

7. Qué criterios debe considerar y que procedimiento debe seguir una entidad pública para determinar si la información que le hace entrega un titular tiene elementos que le hacen constituirse como

información de carácter secreto en los términos del artículo 260 de la Decisión 486 de 2000.

8. Deben los particulares en los eventos en que entreguen a una entidad pública información sometida a reserva legal por secreto industrial o empresarial, informarle a la entidad que custodiará la información, que la misma se encuentra sometida a secreto industrial, para que opere la reserva de la información? O, ¿Debe la entidad que recibe la información de un titular proceder de oficio a clasificar dentro de su sistema de gestión documental la información que a su criterio considera que se encuentra sometida a reserva legal por tratarse de un secreto industrial?

9. Desde que preciso momento y con qué acto jurídico se entiende que la información (secreto industrial o empresarial) que entregue a un particular a una entidad pública goza de protección legal a partir de que es radicada?

10. Considerando que la información sometida a reserva legal por tratarse de secreto industrial o empresarial puede variar dependiendo de la industria y la técnica en la que se maneje ¿debe cada Entidad pública a través de sus respectivas áreas técnicas determinar qué es y qué no es información objeto de reserva?" (Sic)

Nos permitimos realizar las siguientes precisiones:

2. CUESTIÓN PREVIA

Reviste de gran importancia precisar en primer lugar que la **SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO** a través de su Oficina Asesora Jurídica no le asiste la facultad de dirimir situaciones de carácter particular, debido a que, una lectura en tal sentido, implicaría la flagrante vulneración del debido proceso como garantía constitucional.

Al respecto, la Corte Constitucional ha establecido en la 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”.

Por tanto, una vez realizadas las anteriores precisiones, se suministrarán las herramientas de información y elementos conceptuales necesarios que le permitan absolver las inquietudes por usted manifestadas, como sigue:

3. FACULTADES DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO EN MATERIA DE PROPIEDAD INDUSTRIAL

De acuerdo a lo establecido en el numeral 57, artículo 1, del Decreto 4886 de 2011, la Superintendencia de Industria y Comercio tiene a su cabeza la función de *“Administrar el sistema nacional de la propiedad industrial y tramitar y decidir los asuntos relacionados con la misma”.*

Teniendo como base la función mencionada, en el artículo 19 de dicho decreto se establecen las funciones de la Dirección de Signos Distintivos, de la cual podemos destacar para el presente caso:

“1. Decidir las solicitudes que se relacionen con el registro de marcas y lemas comerciales, así como con su renovación y demás actuaciones posteriores a la concesión del registro.

2. Decidir las solicitudes que se relacionen con el depósito de los nombres y enseñas comerciales y demás actuaciones posteriores al respectivo depósito.

(...)

*6. Llevar el registro de los signos distintivos.
(...)”*

De acuerdo con dichas normas esta Superintendencia cuenta, entre otras, con las siguientes atribuciones:

Administra el registro nacional de la propiedad industrial, instrumento en el que se inscriben todos los actos de concesión de derechos de propiedad industrial a través de registro o patente, los actos por los cuales se modifican y transfieren y los que establecen presunción de primer uso o conocimiento del mismo (depósitos).

Tramitar y decidir las solicitudes de concesión de patentes de invención y de modelo de utilidad, registros de diseños industriales, esquemas de trazado de circuitos integrados, marcas y lemas, depósitos de nombres y enseñas comerciales, declaración y autorizaciones de uso de denominaciones de origen.

4. SECRETO INDUSTRIAL

4.1. Concepto y requisitos

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 de la Comunidad Andina de Naciones, define los secretos industriales como:

“Artículo 260.- Se considerará como secreto empresarial cualquier información no divulgada que una persona natural o jurídica legítimamente posea, que pueda usarse en alguna actividad productiva, industrial 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 advierte, 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.

El secreto empresarial se protegerá mientras se cumplan los requisitos mencionados.

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.

4.2. Cláusulas de Confidencialidad

Una cláusula de confidencialidad se constituye en una manifestación de la voluntad de las partes encaminada a producir la obligación de guardar y no revelar a terceros información que una de las partes desea proteger.

La misma, se puede desarrollar en una etapa pre-contractual o ser incluida dentro de un contrato específico.

Este medio, permite que el titular de la información puede protegerla, impidiendo que el tercero que va a tener acceso a ella en razón de su labor o del cumplimiento de un contrato, no vaya a hacer uso inadecuado de la misma.

4.3. Violación de secretos

De conformidad con la Decisión 486 de 2000, quien lícitamente tenga un derecho empresarial, estará protegido contra su divulgación, adquisición o uso. Se considera desleal, según su artículo 262:

*“**Artículo 262.-** Quien lícitamente tenga control de un secreto empresarial, estará protegido contra la divulgación, adquisición o uso de tal secreto de manera contraria a las prácticas leales de comercio por parte de terceros. Constituirán competencia desleal los siguientes actos realizados respecto a un secreto empresarial:*

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

b) comunicar o divulgar, sin autorización de su poseedor legítimo, el secreto empresarial referido en el inciso a) con

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);

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

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

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

Por su parte, el artículo 16 de la Ley de Competencia Desleal (Ley 256 de 1996), determina que “*Se 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 de que su conocimiento, utilización o posesión permita una ganancia, ventaja económica o competitiva sobre aquellos que no la poseen o no la conocen”*.¹
- b) Tal secreto ha sido divulgado o explotado por un tercero que accedió a éste legítimamente pero con deber de reserva, o que accedió a este ilegítimamente a consecuencia de la adquisición del secreto por medio de espionaje, procedimientos análogos, o como consecuencia de la violación de las normas jurídicas.
- c) La divulgación o explotación del secreto se ha de haber realizado sin autorización de su titular.

¹ Escudero, Sergio. “La Protección de la Información no Divulgada”. En: Los Retos de la Propiedad Industrial en el Siglo XXI. Pág. 321.

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.

Las acciones por violación de secretos procederán sin que para ello sea preciso que concurran los requisitos a que hace referencia el artículo 2 de la Ley 256 de 1996.²

5. ARCHIVO GENERAL DE LA NACIÓN

El Archivo General de la Nación, es una entidad del orden nacional adscrita al Ministerio de Cultura, encargada de la organización y dirección del Sistema Nacional de Archivos - SNA, de regir la política archivística en Colombia y de custodiar, resguardar y proteger el patrimonio documental del país y ponerlo al servicio de la comunidad. Adicionalmente, es el establecimiento encargado de formular, orientar y controlar la Política Archivística y la Red Nacional de Archivos, asegurando los derechos de los ciudadanos y el acceso a la información, así como, el mejoramiento en la eficiencia de la gestión pública, la eficiencia de Estado a través de una gestión documental articulada con el uso de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.³

Por tanto, las temáticas referentes a la reserva y gestión documental están en cabeza de dicha entidad.

6. CONSIDERACIONES FINALES EN TORNO A LA CONSULTA PRESENTADA

En línea con lo anterior, y teniendo en cuenta que a este punto se ha logrado la exposición de las consideraciones de orden legal y doctrinal en el marco de los interrogantes planteados en la solicitud formulada, nos permitimos manifestar:

² Felipe Márquez Robledo. "Apuntes sobre derecho económico y derecho de la competencia". Bogotá. Editorial Javegraf., 2005, pág. 120

³ <http://www.archivogeneral.gov.co/Conozcanos/mision>



Un secreto industrial es un conjunto de conocimientos o información que no es de dominio público, los cuales 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, le procura a quien los domina una ventaja competitiva frente a las demás compañías en el mercado.

Las cláusulas de confidencialidad, contractuales o precontractuales, son las encargadas de proteger la información entregada a una de las partes respecto de situaciones que le otorguen una ventaja competitiva a una de ellas frente a los demás competidores del mercado (secreto industrial), dado que una divulgación prematura de esta información puede afectar sustancialmente a la empresa titular de la misma.

Ahora bien, quien lícitamente tenga un secreto empresarial estará protegido contra su divulgación, adquisición o uso por parte de terceros, conducta que se puede dar, bien porque se divulgue el secreto o porque se explote.

Lo anterior, 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.

La vulneración de un secreto empresarial dependerá entonces del cumplimiento de los requisitos de la norma andina para obtener esta calidad, y de las acciones que tome su titular para mantenerla en ese estado de confidencialidad.

Por otro lado, y dado que su consulta tiene componentes que pertenecen al área de la reserva y la gestión documental, respetuosamente nos permitimos indicarle que las mismas deberán ser absueltas por el Archivo General de la Nación, entidad a la cual hacemos remisión del escrito presentado por su parte.

En ese orden de ideas, esperamos haber atendido satisfactoriamente su consulta, reiterándole que la misma se expone bajo los parámetros del artículo 28 de la Ley

1755 de 2015, esto es, bajo el entendido que las mismas no comprometen la responsabilidad de esta Superintendencia ni son de obligatorio cumplimiento ni ejecución.

Finalmente le informamos que algunos conceptos de interés general emitidos por la Oficina Jurídica, así como las resoluciones y circulares proferidas por ésta Superintendencia, las puede consultar en nuestra página web <http://www.sic.gov.co/Doctrina-1>

Atentamente,

JAZMIN ROCIO SOACHA PEDRAZA
JEFE OFICINA ASESORA JURÍDICA

Elaboró: Alejandra Gil García
Revisó: Jazmín Rocío Soacha
Aprobó: Jazmín Rocío Soacha