

## Protección jurídica del conocimiento

M<sup>a</sup> del Rosario González Dieste<sup>1</sup>, Lourdes Sáiz Bárcena<sup>2</sup>, Teresa Peña Pérez<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Licenciada en Derecho, Universidad de Burgos, Campus Milanera, e.mail: mrgonzalez@ubu.es

<sup>2</sup> Doctora en C. Económicas, Universidad de Burgos, Avda. Cantabria, e.mail: lsaiz@ubu.es

<sup>3</sup> Doctora en C. Económicas, Universidad de Burgos, Avda. Cantabria, e.mail: teresapp@ubu.es

### RESUMEN

*Uno de los factores determinantes del éxito de las empresas es el conocimiento que poseen. Citado conocimiento debe obtener una protección jurídica para protegerlo de dos riesgos potenciales: la apropiación de conocimientos por parte de terceros (espionaje industrial) y la revelación de conocimientos por parte de empleados a la competencia. Se analizará la situación actual de dicha protección legal y las posibles soluciones de cambio.*

**Palabras clave:** Gestión de conocimiento. Protección jurídica.

### 1. Introducción.

La sociedad actual, catalogada como “era del conocimiento”, considera la inteligencia humana y los recursos intelectuales como los activos más valiosos de cualquier empresa. Esta situación, hace que los inventos o cualquier otro tipo de información y conocimiento, en referencia a procesos técnicos o estrategias que tenga una empresa, deban ser protegidos desde una doble vertiente:

1. En primer lugar, frente a posibles espionajes, apropiaciones por parte de terceras personas, teniendo en cuenta la facilidad en el intercambio de información que caracteriza la época en la que nos encontramos y
2. En segundo lugar, frente a revelaciones de secretos industriales y del resto de información que tenga una empresa que puedan ocasionarse por parte de los empleados de la misma que decidan trasladarse a otra, dado el alto índice de temporalidad de empleo de esta sociedad.

### 2. El conocimiento.

Es necesario proteger dos tipos de intereses de las empresas: el interés de la empresa en conservar y mejorar sus relaciones comerciales más importantes (intereses relacionales) y el interés de la empresa en conservar y en que no se difundan las informaciones con valor competitivo (intereses informativos).

Consideramos intereses relacionales del empresario las relaciones que genera con la clientela, con los proveedores y con los trabajadores, siendo muy común el uso de bases de datos que deben tener una especial protección frente al espionaje industrial o robo de esos datos por

parte de la competencia. Su protección jurídica se realiza mediante la Ley de Protección de Datos, la Ley de Comercio Electrónico y la Ley de Competencia Desleal.

Los intereses informativos, se pueden definir como los conocimientos e informaciones que aportan una ventaja competitiva a la empresa que los conoce, por ser desconocidos por los competidores o ignoran su aplicación a una actividad concreta.

Para poder hablar de protección jurídica del conocimiento, partiremos de dos premisas. La primera es que emplearemos esta distinción entre intereses relacionales e informativos y los intereses informativos se clasificarán en conocimiento explícito y tácito (no como secretos y resto de información). La segunda premisa es la necesidad de averiguar quién es el propietario del conocimiento de una empresa: el empresario o, por el contrario, el trabajador.

El conocimiento explícito es todo conocimiento que se encuentra expresado en lenguaje formal, es decir, está positivizado. Por el contrario, entendemos por conocimiento tácito aquél que se encuentra en la mente de las personas, que les indica la forma más adecuada de desempeñar su puesto de trabajo y que no se encuentra codificado en ningún formato material.

En cuanto a la determinación de quién es el propietario del conocimiento, atendiendo a la doctrina resultante del estudio sobre las invenciones laborales, recogidas en la Ley de Patentes, podemos establecer la siguiente clasificación:

- a. Invenciones que pertenecen al empresario: invenciones de encargo (que constituya el objeto del contrato del trabajador); invenciones de explotación y experiencia (que el invento tenga relación con la actividad del trabajador y simultáneamente que en su obtención hayan influido predominantemente conocimientos adquiridos dentro de la empresa o utilización de medios proporcionados por ésta).
- b. Invenciones libres, que pertenecen al trabajador: es decir, procedimientos, fórmulas, etc., descubiertas por una persona que trabaja por cuenta ajena, pero que en el descubrimiento no hayan influido conocimientos o experiencias aportadas por la empresa ni se hayan obtenido utilizando medios proporcionados por ella.

Debemos equiparar esta teoría aportada para las invenciones laborales a aquellas otras ideas, mejoras o formas de actuar que no supongan un paso inventivo o no sean susceptibles de ser patentadas.

### **3. Protección jurídica del conocimiento explícito.**

#### **3.1. Ámbito constitucional.**

**Derecho fundamental a la producción y creación técnica.** En su parte dogmática, al tratar sobre los derechos fundamentales, cuando califica el derecho a la libertad de expresión como derecho fundamental (artículo 20) se refiere a aspectos relativos al conocimiento. Así el artículo 20.1.b) reconoce el “*derecho a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica*”.

El problema surge al calificarlo como un derecho constitucional o como un mero derecho subjetivo de carácter civil. Si lo consideramos como un derecho civil, sólo a partir de la

materialización de la obra obtiene protección, dejando al margen cualquier implicación de carácter personal.

En caso de considerarlo como un derecho constitucional, como un derecho fundamental de la persona, se daría cabida al conocimiento tácito, pues protege incluso las ideas.

Por consiguiente, debemos entender que el derecho a la creación y producción técnica es un derecho fundamental recogido en la Constitución (puesto que allí está recogido) y este derecho debe gozar de las garantías previstas para los derechos fundamentales por la propia Constitución, entre las que se encuentran: vinculación de los poderes públicos (art. 53); posibilidad de interponer recurso de inconstitucionalidad (art. 53); tutela judicial a través de procedimiento preferente y sumario y, en su caso, recurso de amparo (art. 53.2); susceptible de defensa por el Defensor del Pueblo (art. 54); y regulable por Ley Orgánica (art. 81).

**Obligación de guardar secreto versus libertad de expresión.** Debemos poner en relación la obligación de guardar secreto por parte de los trabajadores de una empresa con el derecho fundamental a la libertad de expresión.

Así, un contrato de trabajo no implica la privación, para una de las partes, el trabajador, del derecho a expresar y difundir libremente sus pensamientos, ideas y opiniones (que permite a una trabajador pertenecer a un sindicato), protección garantizada a través del proceso laboral, hasta el punto que ni las organizaciones empresariales forman mundos separados y estancos del resto de la sociedad, ni la libertad de empresa legitima limitaciones de los derechos fundamentales y libertades públicas (fundamento jurídico 2º STC 88/1.985 de 19 de junio).

En segundo lugar, la libertad de expresión es un derecho sujeto a los límites del artículo 20.4 de la Constitución y, además, cuando la expresión pública de ideas se ejerce por un trabajador, tomando como contenido aspectos del funcionamiento de la empresa en la que presta servicios, el ejercicio de su libertad ha de enmarcarse en unas pautas de comportamiento que el artículo 7 del Código Civil expresa, al recoger que los derechos deben ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe, de forma que la difusión de opiniones de forma desajustada, convierte en ilícito o abusivo el ejercicio de la libertad de expresión, pudiendo originarse responsabilidades contractuales derivadas del incumplimiento de buena fe (STC 123/1.983 de 15 de diciembre y STC 88/1.985 de 19 de julio).

Así pues, utilizar o difundir datos de los que tuviera conocimiento un trabajador o quebrantar el secreto profesional son contravenciones que nunca podrían legitimarse esgrimiendo una libertad de información que no existe para difundir datos que corresponden a la actividad regular de una empresa, datos que pueden quedar sustraídos al conocimiento público por más relevante que pudiera pretenderse que fueran para terceros.

### **3.2. Ámbito civil**

La ley que regula la propiedad industrial, a través de la Ley de Patentes, Ley 11/86, de 20 de marzo y la ley que regula la Propiedad Intelectual aprobada mediante Real Decreto Legislativo 1/96 de 12 de abril, abarcan cuatro tipos de propiedad intangible, separados y distintivos: patentes, modelos de utilidad, secretos comerciales y derechos de autor, que designamos colectivamente como propiedad industrial e intelectual.

La propiedad industrial y la propiedad intelectual tienen unos rasgos comunes como que comparten alguna de las características de la propiedad real, por ejemplo que es un activo que se puede comprar, vender, ceder bajo licencia, intercambiar, impedir la venta o uso no autorizados o entregar gratuitamente. Pero la diferencia más importante entre la propiedad industrial e intelectual y otras formas de propiedad real es que es intangible, es decir, *no se puede definir e identificar si no está expresada o formalizada y, por consiguiente, es necesario expresarla para que pueda ser objeto de protección.*

**Patentes.** La citada ley define la patente como un contrato entre la sociedad en su conjunto y un inventor individual, que confiere al inventor el derecho exclusivo de impedir, por un período de tiempo fijo (20 años), que otros fabriquen, usen o vendan la invención patentada, a cambio de que el inventor divulgue al público los detalles de la misma. Cuando este período de tiempo expira, el público es libre de usar el invento.

Según el artículo 4.1 de la Ley de Patentes, los requisitos exigidos son: novedosa, nuevo para el público aunque se usase con anterioridad en secreto; útil, que pueda ser fabricado o utilizado en cualquier clase de industria; y no obvia, que una persona versada en la especialidad correspondiente lo considere como no obvio en la época en que se realice.

**Modelos de utilidad.** Las invenciones susceptibles de modelos de utilidad son, según el artículo 143.1 de la Ley de Patentes, aquellas que siendo novedosas e implicando una actividad inventiva, consisten en dar un objeto a una configuración, estructura o constitución de la que resulte alguna ventaja prácticamente apreciable para su uso o fabricación. Se trata de proteger pequeñas invenciones (utensilios, herramientas, aparatos, etc.), razón por la cual el período de protección se rebaja de 20 a 10 años (artículo 152).

**Secretos industriales.** El secreto industrial es aquella información confidencial que sólo es conocida por parte del personal de la empresa, que no se protege mediante procedimientos formales. Confiere a quien la conoce una ventaja frente a los competidores. A diferencia de las patentes, los secretos comerciales se protegen sin necesidad de registro, destacando como ventajas que no deben comunicarse públicamente y que el plazo de duración es indeterminado, siempre y cuando nadie descubra ese secreto. Como inconveniente hay que resaltar que, si se conoce por medios legítimos no puede sancionarse.

Toda empresa que tome iniciativas para preservar su información secreta, podrá tomar medidas jurídicas para obtener compensación por la apropiación “indebida” de información. Por apropiación indebida debemos entender la obtenida mediante robo, soborno, instigación a la infracción del deber de mantener un secreto o espionaje ya sea por medios electrónicos u otros. Si es el trabajador quien revela citado secreto deberá abonar una indemnización al empresario pero si quien descubre el secreto es un tercero sólo considerará apropiación indebida de conocimiento si ha sido descubierto por medios ilegítimos, pero, por el contrario, si lo descubre por medios legítimos, no se debe considerar como actuación ilícita.

Algunos medios para proteger los secretos de empresa son los siguientes:

1. Firma de acuerdos de confidencialidad y no divulgación dentro de los contratos de empleo. El problema es que sólo podrán firmarse estos acuerdos relativos al conocimiento explícito.

2. Inclusión de los secretos en programas informáticos a los que solo tengan acceso para su consulta o modificación las personas que conozcan unas claves de acceso.
3. Que lo compartan varias personas, pero cada una de ellas sólo conozca una parte de la fórmula (Brooking, 1997).

**Derechos de autor.** Regulados en el RDL 1/96 de 12 de abril, son en la actualidad relevantes, dado que no sólo se protegen libros o discos sino que a través de los derechos de autor podemos proteger, como se indica en el artículo 10.1.i), los programas de ordenador (software) utilizados como procedimientos en una empresa.

Dicha protección otorga a su titular un derecho exclusivo durante un período de tiempo limitado (según el artículo 26, durante toda la vida del autor y setenta años después de su muerte) a reproducir, distribuir, comunicar públicamente o a transformar una obra original, contenida en cualquier medio tangible de expresión, para interpretar o exhibir obras derivadas de un trabajo original.

La Ley de Propiedad Intelectual en su artículo 1 indica que la propiedad intelectual de una obra literaria, artística o científica corresponde al autor, por el solo hecho de su creación. Sin embargo, al tratar el régimen jurídico de los derechos de autor relativo a la creación de un programa de ordenador dispone, en su artículo 97.4 que: *“cuando un trabajador asalariado cree un programa de ordenador, en el ejercicio de las funciones que le han sido confiadas o siguiendo las instrucciones de su empresario, la titularidad de los derechos de explotación correspondientes al programa de ordenador así creado, corresponderán exclusivamente al empresario, salvo pacto en contrario”*.

### 3.3. **Ámbito laboral.**

Dentro del ámbito laboral se otorga protección jurídica al conocimiento de la empresa, frente a revelaciones de secretos que puedan realizarse por parte de otros empleados, y nunca dentro del ámbito laboral, podremos encontrar una protección de conocimiento frente a terceros que nada tienen que ver con la empresa.

**Obligación de guardar secreto.** En la regulación vigente, podemos hablar de una protección genérica (no específica), alegando lo establecido en los artículos 5 a. y 20.1 y 2 del Estatuto de los Trabajadores aprobado por Real Decreto Legislativo 1/95, de 24 de marzo, relativos a los deberes de conducta y cumplimiento de buena fe, que exigen la colaboración en la buena marcha de la producción, del comercio o en la prosperidad de la empresa a la que pertenece y fidelidad a la empresa en que trabaja, reiterado también por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en las sentencias SSTS 6 de noviembre de 1986 y 11 de abril de 1989.

**Causa de despido.** El Estatuto de los Trabajadores, a la hora de regular los despidos, en sus artículos 52 y 54, no clasifica expresamente, la apropiación de conocimientos relevantes para la empresa y su revelación por parte de los empleados como causa de despido objetivo ni disciplinario.

A pesar de ello, si el trabajador revela secretos considerados de tal gravedad que transgredan la buena fe contractual, establecida en los artículos 5 a y 20, dicho trabajador puede incurrir en causa justa de despido según el artículo 54.2.d del Estatuto de los Trabajadores. Por consiguiente, entendemos que indirectamente el Estatuto de los Trabajadores recoge la

revelación de secretos como causa de despido, y el empleador podrá, en el supuesto de que se revelen secretos, reclamar del trabajador una indemnización por el perjuicio causado. (STS de 17 de abril de 1.984, STS de 28 de mayo de 1.987. STS de 23 de diciembre de 1.989).

El incumplimiento contractual del trabajador, ha de ser grave y culpable, según se establece el artículo 54.1, para que pueda constituir causa de despido. A este respecto, la jurisprudencia no es unánime a la hora de definir la gravedad de los hechos. Para un sector jurisprudencial, la gravedad admite graduación y así hay circunstancias que agravan la falta de buena fe, como puede ser el desempeño de puestos de confianza en una empresa, en el que se manejen datos confidenciales. Por el contrario, otro sector jurisprudencial no admite graduación en la transgresión de la buena fe contractual.

A nuestro entender esta postura es la acertada en cuanto que, sea cual sea el puesto de trabajo, el empleado tiene conocimientos esenciales sobre la forma de realizar su labor y no sólo debemos considerar esencial la información confidencial de la empresa, sino cualquier conocimiento sobre procesos, procedimientos o, en definitiva, know-how de la misma.

### **Pactos de no concurrencia o permanencia en la empresa.**

*Durante la relación laboral.* La prohibición de concurrencia en las relaciones laborales (art. 21.1) no significa que el trabajador sufra un menoscabo en su derecho al trabajo, derecho fundamental establecido en la Constitución en su artículo 35. Este principio debe entenderse en el sentido que ningún derecho es absoluto, sino que el legislador impone unos límites, en virtud de los cuales, mientras esté vigente el contrato de trabajo, al trabajador se le prohíbe que realice otra actividad laboral, por cuenta propia o ajena, siempre que entre en competencia con la de su empresario y esta competencia pueda ser calificada como de desleal. Si por el contrario, el trabajador se dedicase a otras actividades que no se pudiesen calificar de competencia desleal, podría ejecutarlas.

Para entender el término competencia desleal, debemos acudir, al texto constitucional, en el que en su artículo 38 se plasma el principio de libre competencia, de los que deducimos que tiene una protección al más alto nivel, y a la legislación mercantil correspondiente, en concreto la Ley 3/1.991, de 10 de enero, de Competencia Desleal. Dicha Ley, en su artículo 5, tipifica los actos constitutivos de competencia desleal (actos de confusión, imitación, engaños, revelación de secretos, pluriempleo), que referido a la violación de secretos, se plasma en su artículo 13, en el que se indica que se considera desleal.

No se exige que estos hechos supongan un perjuicio económico real efectivo para el empleador, por lo que tanto doctrina como jurisprudencia han sentado que la conducta desleal, que configura la transgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza del artículo 54.2.d, no requiere la existencia de un perjuicio real, bastando que sea potencial.

*Pacto postcontractual.* En primer lugar debemos señalar que no existe una obligación ex lege de no concurrencia postcontractual, sino una obligación surgida por la voluntad de las partes, es decir, son empresario y trabajador los que firman dicho pacto. El empresario, al contratar a sus trabajadores puede exigir la restricción del derecho a la libre competencia durante la vigencia del contrato o tras su extinción, basado en el principio de autonomía de la voluntad que rige en nuestro Derecho y dicho pacto de no concurrencia puede celebrarse en el mismo

momento de la firma del contrato de trabajo, durante la vigencia del mismo o una vez extinguida la relación laboral (art. 21.2).

Si el vínculo contractual se ha extinguido, este pacto requiere tres exigencias: duración limitada, compensación económica, y justificación del empresario del interés industrial o comercial en esa actividad. El incumplimiento de este pacto por parte del trabajador obliga a éste a devolver la compensación económica y además a resarcir al empresario de los daños y perjuicios que la violación del pacto hubiera ocasionado en la empresa.

*Pacto de permanencia.* Se trata de asegurar una estancia mínima del trabajador en la empresa, con el fin de garantizar que la formación recibida a expensas de la misma, redunde en su beneficio (art. 21.4). Es imprescindible que la especialización se haya efectuado con cargo al empresario. Así pues, cuando la formación recibida por el trabajador haya sido financiada por otros organismos públicos o privados, o por parte del trabajador, no se podrá celebrar un pacto de permanencia (Durán, 1985).

Ahora bien, el citado precepto habla de que haya recibido especialización profesional con cargo al empresario, sin indicar a qué tipo de especialización se refiere. Aunque ningún sector doctrinal o jurisprudencial ha emitido una solución al respecto, pensamos que para proteger el conocimiento correctamente, debería entenderse el concepto de especialización profesional como todo aprendizaje que se genere en la empresa.

### **3.4. Ámbito penal.**

El Código Penal de 1995, en varias secciones de su articulado, establece un sistema protector del conocimiento.

**Del descubrimiento y revelación de secretos.** En primer lugar, en el artículo 197 y ss del Código Penal se establece la obligación de no revelar secretos dentro de los denominados delitos contra la intimidad. Así, en el artículo 199 se trata la divulgación de secretos conocidos en razón del oficio o de la relación laboral, es decir, se otorga protección penal frente a revelaciones de secretos por parte de empleados de la empresa. Debemos interpretar que no sólo se refiere a conocimiento explícito sino que cabe hablar de cualquier información de la empresa, es decir que otorga protección al conocimiento tácito frente a divulgaciones por parte de trabajadores de una empresa.

**Delitos relativos a la propiedad intelectual.** El artículo 270 castiga a quien, con ánimo de lucro, reproduzca, plagie, distribuya o comunique públicamente, en todo o en parte una obra literaria, artística o científica o su transformación, interpretación o ejecución artística fijada en cualquier tipo de medio o soporte, sin la autorización de su titular.

El artículo 270.3 considera delitos contra la propiedad intelectual la fabricación, puesta en circulación y tenencia de cualquier medio específicamente destinada a facilitar la supresión no autorizada o la neutralización de cualquier dispositivo técnico que se haya utilizado para proteger programas de ordenador, así como a los archivos con imágenes, gráficos, sonido, vídeo, texto, animación, etc., que incorporan las webs y las bases de datos accesibles a través de Internet.

La conclusión a la que llegamos es que mediante este tipo de delitos se protege el conocimiento frente a usurpaciones de terceras personas y solamente cabe la protección del conocimiento explícito, como expresamente se indica en los preceptos mencionados fijado en cualquier tipo de soporte.

**Delitos relativos a la propiedad industrial.** Al igual de lo que ocurría con los delitos contra la propiedad intelectual, mediante este tipo de delitos se protege el conocimiento frente a usurpaciones de terceras personas y solamente cabe la protección del conocimiento explícito (art. 273).

**Delitos relativos al apoderamiento de datos para descubrir secretos de empresa.** El artículo 278 castiga a la persona que, con el fin de descubrir un secreto de empresa (o secreto industrial entendido en sentido estricto como una de las formas de protección civil de la propiedad industrial), se apodera de por cualquier medio de datos, documentos escritos o electrónicos o soportes informáticos. El objeto de este delito no es la protección del derecho a la intimidad sino que se encuentra incluido dentro de los delitos que protegen la capacidad competitiva de la empresa.

Establece un tipo agravado, en el artículo 279, para el caso de que ese secreto sea apoderado y divulgado por persona que se encuentre obligada, legal o contractualmente, a guardar reserva. El hecho de que el delito continúe siendo un delito especial propio, permite aseverar que es en el ámbito de las relaciones laborales donde el precepto encuentra un ámbito de aplicación preferente (Morales y Morón, 1996).

**Delitos relativos a las estafas electrónicas.** El artículo 248 introduce el concepto de estafa electrónica, consistente en la manipulación informática que, concurriendo ánimo de lucro, consiga una transferencia no consentida de cualquier activo patrimonial en perjuicio de tercero.

**Delitos de robo.** Según el artículo 237 *“son reos del delito de robo los que, con ánimo de lucro, se apoderaren de las cosas muebles ajenas empleando fuerza en las cosas para acceder al lugar donde éstas se encuentran o violencia o intimidación en las personas”*. Podemos considerar “cosa mueble” a cualquier tipo de libro o documentos en el que conste información de la empresa (conocimiento explícito) y según el artículo 239 considera falsas las tarjetas magnéticas o perforadas así como los mandos o instrumentos de apertura a distancia, considerando por lo tanto delito de robo la utilización de estos elementos, el descubrimiento de claves y la inutilización de sistemas de alarma o guarda con el fin de apoderarse de cosas muebles ajenas.

**Delitos de daños.** Se consideran daños informáticos según el artículo 264.2, los supuestos de destrucción, alteración, inutilización o cualquier otra modalidad por la que se dañen datos, programas o documentos electrónicos contenidos en redes, soportes o sistemas informáticos.



## 4. Protección jurídica del conocimiento tácito

### 4.1. Ámbito constitucional

Como se comentó en la sección anterior, si consideramos el **derecho a la creación y producción técnica** como un derecho constitucional, como un derecho fundamental de la persona, podríamos dar cabida al conocimiento tácito, entendiendo por tal aquel conocimiento que no está positivizado.

Respecto a la **obligación de guardar secreto versus libertad de expresión**, la libertad de expresión no es un derecho ilimitado sino limitado por la buena fe que se exige en una relación laboral por lo que cabe hablar del deber de guardar secreto y de no revelar conocimientos de la empresa y lógicamente cuando hablamos de no difusión del *conocimiento de la empresa* estamos haciendo referencia no solamente a conocimiento explícito sino también a conocimiento tácito, a formas de saber realizar un tipo de trabajo o a fórmulas que no han deseado ser positivizadas por diversos motivos.

En definitiva, el conocimiento tácito tiene el más alto grado de protección existente en nuestro Derecho, al ser la Constitución la norma que ocupa el rango mayor dentro de la jerarquía normativa y que cualquier otra norma debe obedecer su contenido, por ello, el resto de normativa de rango menor deberá adaptar su contenido a la Constitución.

### 4.2. Ámbito civil

Ya hemos señalado que la diferencia más importante entre la propiedad industrial e intelectual y otras formas de propiedad real es que es intangible, es decir, *no se puede definir e identificar si no está expresada o formalizada y, por consiguiente, es necesario expresarla para que pueda ser objeto de protección.*

Por consiguiente resulta complicado que podamos hablar de protección jurídica del conocimiento tácito mediante instrumentos de propiedad industrial o intelectual. Ahora bien, en la medida en que las invenciones protegibles por el Derecho de la propiedad industrial no agotan la realidad del proceso investigador, no se puede prescindir de aquellas innovaciones que, ya sea porque no son patentables como los descubrimientos científicos, pueden significar un preámbulo imprescindible de una invención patentable, o ya sea porque, sin ser considerada invención, como son los planes, reglas y métodos para el ejercicio de actividades intelectuales, constituyen una mejora técnica que pueda tener una relevancia económica indudable dentro del proceso de producción o en el producto mismo (Bercovitz, 1986).

### 4.3. Ámbito laboral.

**Obligación de guardar secreto.** El Estatuto de los Trabajadores no recoge un deber específico de guardar secreto, sino un deber genérico de conducta y cumplimiento del trabajo conforme a la buena fe que, debe entenderse en el sentido de que el deber de guardar secreto y no revelar secretos o formas de actuar de la empresa es una exigencia que impone la buena fe.

En este sentido podemos pensar que se encuentra incluido en la no revelación de secretos, invenciones o *formas de actuar de la misma* el conocimiento tácito, porque nada indica que

sólo debe obtener protección aquellas informaciones que están positivizadas sino cualquier tipo de información. Además cuando indica *otras formas de actuar de la empresa* debe ser entendido como el saber hacer, el conocimiento implícito en las personas o en la organización que no se ha explicitado.

**Causa de despido.** Aunque el Estatuto de los Trabajadores no recoge de forma expresa, en su artículo 54, como causa de despido la revelación de secretos, la doctrina y jurisprudencia han interpretado que la divulgación de secretos por parte de los empleados de una empresa, debe considerarse causa de despido, fundamentado en la transgresión de la buena fe contractual exigida, recogido en el artículo 54.2.d.

Ahora bien ¿debemos considerar como divulgación de secretos, la revelación de información susceptible de ser protegida mediante fórmulas de propiedad industrial o por el contrario la revelación de cualquier información de la empresa aunque hablemos de meras formas de actuar de misma? Algunas sentencias del Tribunal Supremo, como la STS de 17 de abril de 1.984 y STS de 28 de mayo de 1.987, indican que se considera causa de despido del artículo 54.2.d. la revelación de secretos susceptibles de protección industrial. Por el contrario, otro sector jurisprudencial (SSTS de 6 de noviembre de 1.986 y 11 de abril de 1.989) al hablar de la buena fe contratual, considera que se debe incluir la obligación de guardar secreto tanto de invenciones como de meras formas de actuar de la empresa.

### **Pacto de no concurrencia o permanencia en la empresa.**

*Pacto de no concurrencia durante la relación laboral.* La prohibición de concurrencia del trabajador estando vigente el contrato de trabajo debe ser interpretada como prohibición de ejercer otra actividad que constituya competencia desleal. Según el artículo 13 de la Ley 3/91 de Competencia Desleal se reputa desleal la violación de secretos por parte de empleados de una empresa. De esta forma, tendríamos cabida a la protección del conocimiento tácito, porque expresamente indica que se refiere a secretos industriales o cualquier otra clase de secretos empresariales”, entre los que podríamos incluir las intuiciones, modelos, patrones mentales, capacidades, artesanía, percepciones, experiencia, creencias, valores, know-how o cualquier otra fuente de saber o hacer que no ha sido exteriorizada y formalizada.

A pesar de la opinión de la doctrina mayoritaria, si pretendemos proteger el conocimiento de las empresas, en cualquiera de sus grados, no podemos exigir que la revelación de secretos sea reiterada o se realice por un trabajador cualificado, pues el conocimiento se encuentra subyacente en cualquier puesto de trabajo de la empresa y lo posee tanto el trabajador cualificado como el manual.

*Pacto postcontractual.* Aunque el trabajador haya visto su relación laboral extinguida, por cualquier causa, no podrá trabajar en actividades concurrentes (en competencia desleal) durante un periodo de tiempo (art. 21.2 del Estatuto de los Trabajadores).

Según la STS de 22 de septiembre de 1.988 se exige que el trabajador se haya beneficiado de conocimientos en el trabajo y que dichos conocimientos puedan ser aplicados en la empresa competente para mejorar productos, desviar clientela, etc. Por tanto, si consideramos que la ventaja competitiva de las empresas para mejorar productos, ganar clientela y, en definitiva, obtener beneficios, la otorga el conocimiento, en su doble dimensión de conocimiento

explícito y tácito, debemos concluir con que serán válidos los pactos de no concurrencia postcontractual tanto si se pretende proteger conocimiento tácito o explícito.

*Pacto de permanencia.* A tenor del artículo 21.4, en el que se recoge el apto de permanencia en la empresa se indica que se podrá pactar la permanencia del trabajador en la empresa por un período de tiempo limitado siempre que el empleado “haya recibido especialización profesional con cargo al empresario”, sin indicar a qué tipo de especialización se refiere.

En este sentido podemos entender que está haciendo referencia exclusivamente a cursos costeados por el empleador o, por el contrario, podemos considerar que todo conocimiento que se genera en la empresa (sin necesidad de recibir cursos sino por la mera experiencia y saber hacer) está generando una especialización profesional en el trabajador.

Sin que ningún sector doctrinal o jurisprudencial haya emitido una solución al respecto, en nuestra opinión, dado que el fin de este precepto es garantizar que la formación recibida a expensas de la empresa redunde en su beneficio y, en definitiva, para que las empresas adquieran ventajas competitivas, debería entenderse el concepto de especialización profesional como todo aprendizaje que se genere en la empresa.

#### **4.4. Ámbito penal.**

**Del descubrimiento y revelación de secretos.** El artículo 199, trata la divulgación de secretos conocidos en razón del oficio o de la relación laboral, es decir, por parte de empleados de la empresa. De la lectura de este precepto interpretamos que no sólo se refiere a conocimiento explícito sino que cabe hablar de cualquier información de la empresa, es decir que otorga protección al conocimiento tácito.

El resto de delitos que se analizaban anteriormente sólo otorgan protección al conocimiento explícito.

#### **5. Conclusiones**

\* El conocimiento es un activo estratégico con unas características propias y diferenciales; es volátil, se encuentra en la mente de las personas; se genera a través del aprendizaje; se transforma en acción por medio de la motivación, convirtiéndose ésta en un factor clave; se transfiere sin perderse, cuando se comparte su valor se multiplica, no disminuye.

\* El conocimiento tácito tiene el más alto grado de protección existente en nuestro Derecho, al ser la Constitución la norma que ocupa el rango mayor dentro de la jerarquía normativa y que cualquier otra norma debe obedecer su contenido, por ello, el resto de normativa de rango menor deberá adaptar su contenido a la Constitución.

\* Es esencial convencer a los empleados para que exterioricen lo que saben, pues en muchos supuestos los empleados tienen mayor conocimiento que sus empleadores y que el personal de grado superior, pero tienen miedo a posibles responsabilidades.

\* Es necesario que el conocimiento sea divulgado y exteriorizado como medio para que esa información quede en poder de la empresa a la hora de la sustitución de un trabajador (por muerte o jubilación) con el fin de que los procesos no se rompan y la empresa pueda continuar realizando su actividad como si el trabajador desaparecido permaneciese en la misma.

\* Si no se consigue codificar el conocimiento tácito, las empresas más competitivas dejan de serlo, pues los empleados que hayan adquirido experiencia y hayan captado los conocimientos tácitos que no se encuentran formalizados, podrán trasladarse a otras empresas de la competencia y revelar dichos secretos. Si no explicitamos el conocimiento tácito no podrá ser examinado, mejorado, compartido ni protegido.

1. Convirtiendo el conocimiento tácito en explícito mediante un método de gestión de conocimientos (mediante diálogos en equipo, encuestas, responder a cuestionarios, etc.). Si no podemos codificar y documentar el conocimiento tácito, al menos debemos intentar descubrir quién lo posee, pues esa persona será solicitada por los competidores.
2. Mediante incentivos a los empleados. A todos los empleados de las empresas hay que darles motivación, como motor hacia el aprendizaje, hacia la identificación con la cultura de “hacer mejor las cosas”. Junto con las motivaciones o incentivos económicos, la presencia en la toma de decisiones, aunque sea a nivel básico, es otra fuente de autoestima para el empleado y con clara repercusión en la mejora de la productividad.
3. Mediante cláusulas de prohibición de revelación de secretos en los contratos a todos los empleados.
4. Mediante el requerimiento a los poderes públicos para la modificación normativa orientada a la inclusión del conocimiento tácito como bien susceptible de protección jurídica.