

# LA TUTELA PENAL DEL SECRETO COMERCIAL Y LA CONCRECIÓN DE LA OBLIGACIÓN DE RESERVA: UN ANÁLISIS DE LA RECIENTE JURISPRUDENCIA

M.<sup>a</sup> DEL MAR CARRASCO ANDRINO

Profesora Titular interina de Derecho penal  
de la Universidad de Alicante

## 1. Introducción

El objeto de las siguientes páginas es el de examinar los problemas aplicativos que los nuevos tipos penales de descubrimiento y revelación de secreto de empresa han suscitado a nuestros Tribunales. Para ello se van a considerar las cuatro resoluciones judiciales que hasta la fecha se han vertido en esta materia, todas ellas provenientes de las Audiencias Provinciales. A saber, la primera, de la Audiencia provincial de Alicante (ARP 1998\4400), dictada el 19 de diciembre de 1998, condena al acusado —un informático, contratado para realizar un programa de gestión y control de datos comerciales de las tiendas «deshoras»— por revelación de secretos del art. 278.1 CP, al haber proporcionado a la empresa competidora «Open-25» el citado programa informático junto con la base de datos comerciales de la primera empresa, después de haber resuelto su contrato con ésta. La segunda sentencia, dictada por la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, de 30 de diciembre de 1998 (ARP 1998\4564), declara la absolución de dos ex empleadas de una empresa de intermediación inmobiliaria por el delito de revelación de secretos del art. 279 párrafo 2.º Según los hechos probados, las dos acusadas, una vez rescindidos sus contratos, constituyeron su propia empresa de intermediación inmobiliaria, en la que aprovecharon los listados de propietarios de viviendas de la antigua empleadora. En tercer lugar, el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, de 28 de abril de 1999 (ARP

1999\1880) desestimatorio del recurso de apelación interpuesto por «Guica, SA» contra el Auto de 28 de julio de 1998, dictado por el Juzgado de Instrucción n.º 1 de Coslada por el que se decretó el archivo de las actuaciones de este procedimiento. Como en los casos anteriores, los hechos objeto de debate consisten en la entrega de datos comerciales reservados de la Mercantil «Guica SA» por uno de sus ex empleados a favor de una de sus competidoras, la empresa «Detergentes para Industria y Hostelería Derpinh, SL». En cuarto y último lugar, la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, de 7 de junio de 1999 (ARP 1999\4323), en la que se absuelve a un antiguo empleado acusado de entregar a la competidora, que le contrató después, el listado de clientes de promoción navideña de la empresa en la que prestaba originalmente sus servicios. La absolución se justifica en la inexistencia de una norma especial que establezca un deber de secreto respecto de dicha información comercial, sin que tampoco haya un pacto expreso de guardar reserva en su contrato laboral.

Son varias las cuestiones que suscitan estas resoluciones judiciales. Primera, si los datos comerciales de una empresa pueden integrar un secreto empresarial y, en caso afirmativo, qué requisitos se deben reunir para alcanzar tal calificación. Segunda, cuál es la relación que guardan los tipos de los arts. 278 y 279 CP entre sí y con los que protegen la intimidad personal —arts. 197 y sigs. CP—, lo que obligará a considerar el problema del sujeto activo y del objeto material. Tercero, cómo ha de interpretarse el término «legal» del art. 278 y cuál es el alcance temporal de la obligación de guardar reserva respecto de los «ex empleados».

## **2. Los datos comerciales como objeto de un secreto empresarial**

Uno de los aspectos más controvertidos en las resoluciones judiciales enumeradas se refiere a la idoneidad de los datos comerciales para integrar un verdadero secreto empresarial. En efecto, mientras en la SAP de Alicante se estima que los datos asociados a un proceso informático de gestión —datos relativos a listas de proveedores, precios de adquisición de productos, márgenes de ganancias variables de unos productos a otros, etc.— constituyen objeto de un secreto de empresa; en la SAP de Guipúzcoa, sin embargo, se declara que la base de datos de clientes —en la que constan nombre, apellidos, direcciones y teléfonos— no integra un secreto de empresa protegible penalmente. En el Auto de la AP de Madrid se observa cierta ambigüedad, ya que, aunque se comienza negando que el listado de productos comercializados por

la apelante constituya un secreto empresarial, finalmente parece admitirse que «la conducta imputada al denunciado fuera afectatoria de secretos relativos al sector comercial».

Esta situación de confusión e inseguridad acerca de lo que puede ser objeto de un secreto comercial deriva del carácter residual atribuido a su contenido, el cual se define normalmente de forma negativa, por contraposición respecto de lo que integra un secreto industrial<sup>1</sup>. La consecuencia inmediata es que el límite entre lo que sea un secreto comercial y lo que tan solo representa *información reservada* de la empresa se pierde o, cuando menos, se encuentra muy difuminado. Con ello, me estoy refiriendo a un concepto de secreto comercial modificado por razón de la intervención penal, en la inteligencia de que cuando el Derecho penal incide sobre materias, previamente reguladas por otros sectores del ordenamiento jurídico, sigue siendo autónomo tanto en la determinación de sus presupuestos como en el establecimiento de sus consecuencias jurídicas, con la limitación que le impone el principio de no contradicción<sup>2</sup>. En definitiva, lo que quiero poner de manifiesto es que el concepto de secreto empresarial<sup>3</sup> — y con ello el de secreto co-

---

<sup>1</sup> El secreto industrial abarca tanto los descubrimientos científicos, invenciones patentables no patentadas, aplicaciones industriales, ejecuciones de detalle, aspectos del software que no son objeto de un derecho de exclusiva y, en general, todo lo relativo a los conocimientos técnicos que afectan a la manera de fabricar un producto, aplicar un procedimiento o prestar un servicio (*vid.* sobre el particular, MASSAGUER FUENTES, J.: *El Contrato de Licencia de Know-how*, Barcelona, 1989, pág. 34; para un estudio de su concreto contenido, *vid.* CARRASCO ANDRINO, M. M.: *La Protección Penal del Secreto de Empresa*, Barcelona, 1998, págs. 36 y ss.). Inicialmente GÓMEZ SEGADE, J. A., limitaba el concepto de *Know-how* —al que se equipara actualmente el de secreto de empresa— a los conocimientos técnicos propios de un secreto industrial, excluyendo de manera expresa las informaciones comerciales por falta del referido carácter tecnológico de la información (*El secreto industrial (Know-how). Concepto y Protección*, Madrid, 1974, pág. 146). El reconocimiento hecho por la Cámara de Comercio Internacional y por la *United Nations Conference on Trade and Development* (UNCTAD) de que la tecnología abarca el campo de gestión, contabilidad, publicidad y técnicas de comercialización y distribución, ha llevado al autor a modificar esta postura inicial, de manera que ahora el concepto de *Know-how* se identifica con el más amplio de secreto empresarial, en lugar de con el secreto industrial (*vid.* GÓMEZ SEGADE, J. A.: «algunos aspectos de la licencia de *Know-how*. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 1979», en *Actas de Derecho Industrial*, tomo 7, 1981, pág. 209; en el mismo sentido, FRIGNANI, A.: «Secretos de empresa (en el Derecho italiano y comparado)», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, n.º 73, Madrid, 1988, pág. 261).

<sup>2</sup> *Vid.* COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTÓN, T. S.: *Derecho Penal, Parte General*, 5.ª ed., Valencia, 1999, págs. 40 y 41; CEREZO MIR, J.: *Curso de Derecho Penal Español, Parte General, I, Introducción*, 5.ª ed., Madrid, 1996, págs. 59 y 60; LUZÓN PEÑA, D. M.: *Curso de Derecho penal, Parte General*, Madrid, 1996, págs. 71 a 73.

<sup>3</sup> En la doctrina mercantil se distingue entre diversos contenidos del secreto de empresa: uno atinente al sector técnico-industrial de la empresa —secreto indus-

mercantil— del que normalmente se sirve la doctrina mercantil puede no coincidir exactamente con el que se utiliza en el Código penal. Algo que viene condicionado por el bien jurídico al que se dirige la protección penal<sup>4</sup> y que resulta, además, coherente con los principios de fragmentariedad y mínima intervención del Derecho penal<sup>5</sup>.

trial—, otro referente al ámbito comercial —secreto comercial—, y un tercero correspondiente a las informaciones de carácter organizativo y relacional de la empresa —secreto administrativo— (cfr. GÓMEZ SEGADÉ, J.A.: *El secreto industrial...*, ob. cit., págs. 51 y 52; MASSAGUER FUENTES, J.: *El Contrato...* ob. cit., pág. 35).

<sup>4</sup> A este respecto, entiendo que el bien jurídico protegido en los delitos de descubrimiento y revelación de secretos de empresa (arts. 278 a 280 CP) es el interés económico del empresario a mantener la reserva, frente a la opinión doctrinal dominante que lo sitúa en la capacidad competitiva de la empresa (vid. MORALES PRATS, F./MORÓN LERMA, E.: «Comentario a los arts. 278, 279 y 280 CP», en QUINTERO OLIVARES, G./MORALES PRATS, F. (Dir./coord.): *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 2.<sup>a</sup> ed., Pamplona, 1999, pág. 647; SUÁREZ GONZÁLEZ, C. J., en BAJO FERNÁNDEZ, M. (Dir.): *Compendio de Derecho penal (parte especial)*, vol. II, Madrid, 1998, pág. 533; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal Económico, Parte Especial*, Valencia, 1999, pág. 70, quien define indistintamente el bien jurídico protegido como la capacidad competitiva de la empresa en el mercado o el interés económico que el secreto encierra para la empresa; MORENO CÁNOVES, A./RUIZ MARCO, F.: *Delitos Socioeconómicos*, Zaragoza, 1996, págs. 121 y ss., quienes dentro de la capacidad competitiva de la empresa refieren directamente el objeto de protección al secreto empresarial; PRATS CANUT, J. M.: «Descubrimiento y revelación de secretos de empresa en el Código penal de 1995», en *Cuadernos de Derecho Judicial. Delitos Relativos a la Propiedad industrial, al mercado y a los consumidores*, XIV, 1997, pág. 181). A mi modo de ver la capacidad competitiva de la empresa es un concepto demasiado amplio, en el que tienen cabida supuestos que, desde el punto de vista de merecimiento de pena, deben estar excluidos del ámbito de protección penal. Primero, porque existen aspectos reservados de la empresa que, si bien pueden incidir en su capacidad competitiva, no reúnen las condiciones necesarias para constituirse en un secreto de empresa protegible penalmente y, en consecuencia, no sirven a la competencia de prestaciones defendida en la Constitución. Piénsese a este respecto en las relaciones con la Hacienda pública o sobre su estado de liquidez. Segundo, porque en la capacidad competitiva de la empresa inciden otros elementos, que no deben ser confundidos con el secreto empresarial. Así, por ejemplo, los derechos de exclusiva —patentes— también tienen una enorme transcendencia en la capacidad competitiva de la empresa y, sin embargo, nadie sostiene que el objeto jurídico de protección en los delitos de propiedad industrial sea la capacidad competitiva de la empresa (vid. al respecto, CARRASCO ANDRINO, M. M.: *La Protección Penal...*, ob. cit., págs. 139 y ss.).

<sup>5</sup> La exclusión de parte de la información reservada de una empresa del ámbito del secreto empresarial protegible penalmente no implica que dicha información quede sin tutela jurídica. Lo que ocurre es que la recibe a través de la Ley de Competencia Desleal. En concreto, el art. 13 LCD contempla la violación de secreto empresarial como uno de los actos típicos de competencia desleal, acogiendo el concepto de secreto más amplio que existe en el ámbito económico-empresarial, pues se refiere a los «secretos industriales o cualquier otra especie de secretos empresariales». Queda, así, abarcada cualquier información sobre aspectos comerciales, financieros e, incluso, administrativos o de organización interna de la empresa. No obstante, la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 1999 (Aranzadi, RJ 1999\8164) niega —en mi

El primer problema, por tanto, reside en diferenciar lo que es un secreto empresarial protegido penalmente —en el ámbito comercial o en el industrial— y lo que tan sólo representa información reservada de la empresa, irrelevante a tales efectos penales. Así, hay que tener en cuenta que todo «secreto» en sentido jurídico requiere la presencia de tres elementos: el carácter oculto de la información como presupuesto fáctico de la protección jurídica, la voluntad de su titular de mantener el secreto o la reserva, y un interés objetivo para ello, del que dependerá la clase de secreto de que se trate —personal, profesional, empresarial, etc.—<sup>6</sup>. Establecido esto, sólo resta determinar cuál es el contenido que,

opinión, de forma equivocada— el carácter de secreto empresarial a la lista de clientes de una entidad bancaria, «en la que figuran nombres y domicilios, así como el pasivo concertado con el Banco F. y sus condiciones principales, como vencimientos de depósitos y tipos de interés pactados» (FD 2.º), sin aducir una razón clara para ello, más allá de la referencia a que la lista de clientes era accesible a todo el personal directivo y al pronunciamiento categórico (¡) de que «el listado o la relación de clientela no es un secreto empresarial» (FD 2.º). No puede dejar de sorprender esta resolución judicial, pues, aunque se reconoce en ella que «la clientela es un elemento esencial de la empresa» —lo que significa, en consecuencia, admitir su valor competitivo—, se niega de forma rotunda que sea objeto idóneo de un secreto empresarial. Lo que —se me ocurre— puede provenir de uno de estos dos motivos: o bien se está identificando secreto empresarial con lo que constituye una parte del mismo: el secreto industrial, o bien se está presuponiendo erróneamente que el contenido del secreto empresarial sólo abarca informaciones sobre las que la empresa pueda llegar a ostentar un derecho de exclusiva. Algo que —como es de todos sabido— no puede predicarse de la clientela. Ambas ideas denotan una falta de conocimiento acerca de lo que constituye un secreto empresarial. Asimismo, no es admisible alegar que se trata de un hecho notorio por que el personal directivo tenía acceso a dicha información, pues la reserva sobre la que se apoya la protección jurídica del secreto empresarial no es absoluta, sino que de ella pueden participar una pluralidad de personas a las que —como en el caso de los directivos— se les da acceso a la información, si bien con deber de reserva sobre ella. Acertadamente, la Audiencia Provincial de Navarra, en sentencia de 10 de junio de 1998 (Aranzadi, AC 1998\1455) declara que a los efectos del art. 13 LCD «constituye secreto empresarial cualquier dato, técnica, información, previsión, idea, etc., que se mantenga reservada por voluntad de su titular y que reporte al mismo una ventaja concurrencial o cuya revelación supondría un perjuicio a su titular o un beneficio a sus competidores» (FD 2.º).

No hay que olvidar tampoco que el secreto empresarial se tutela además por la normativa laboral a través del deber de buena fe que informa el contrato de trabajo. Al igual que en la normativa sobre competencia desleal, aquí el concepto que se maneja es sumamente amplio: todo «lo relativo a la explotación y negocios de la empresa, cuyo conocimiento sería valioso para los competidores, aunque no representen un bien en sí mismo» (cfr. ROJAS RIVERO, G. P., *La Libertad de expresión del trabajador*), Madrid, 1991, págs. 71 y 72).

<sup>6</sup> Estas tres condiciones constituyen el presupuesto indispensable para la tutela jurídica de cualquier tipo de información reservada, ya sea ésta relativa a la intimidad como el secreto personal, familiar o el profesional, ya afecte al ámbito económico como el secreto empresarial (cfr. GÓMEZ SEGADE, J.A.: *el Secreto industrial...*, ob. cit., pág. 61). Con ello se adopta una posición ecléctica superadora de la discusión doctrinal so-

desde el punto de vista de la tutela penal, corresponde al adjetivo «empresarial». Pues bien, en mi opinión, éste engloba únicamente aquella información reservada de la empresa que puede llegar a ser objeto de transmisión, con independencia de la entidad a la que se vincula y que, por ello, tiene un *valor económico propio*. En este contexto, los aspectos reservados de la vida de una empresa como, por ejemplo, su situación contable o su estado de liquidez no constituirán objeto de un secreto empresarial penalmente protegido<sup>7</sup> en tanto sólo sirvan a la competencia como factor de desacreditación de una determinada organización empresarial. Si, en cambio, dicha información contable contiene datos relativos a la situación de mercado de un producto o servicio —volu-

---

bre el origen del secreto, en la que se habían enfrentado la teoría del interés —objetivo— y de la voluntad —subjetiva de su titular— (vid. sobre el particular, PREIN, P.: *Der Geheimnisschutz im wirtschaftlichen Wettbewerb nach deutschem Recht*, Köln, 1932, págs. 5 y ss.; HEFERMEHL, W., en BAUMBACH-HEFERMEHL: *Wettbewerbsrecht. Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Zugabeverordnung, Rabattgesetz und Nebengesetze*, 16.<sup>a</sup> ed., München, 1990, parágrafo 17 UWG, anotación 2, pág. 1255).

<sup>7</sup> A este respecto, MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho penal, Parte Especial*, 11.<sup>a</sup> ed., Valencia, 1996, pág. 439, excluye del amplio concepto de secreto de empresa que sostiene «la situación financiera o económica de la empresa, así como las relaciones de ésta con Hacienda», respecto de los que afirma que deberían considerarse «datos reservados» de la intimidad del empresario individual o colectivo, cuyo descubrimiento o revelación estaría tipificado entre los delitos contra la intimidad. No comparto esta interpretación, pues ello supone aceptar dos tesis sumamente controvertidas. De una parte, que las personas jurídicas pueden ser titulares del bien jurídico penal «intimidad personal», y de otra, que el derecho a la intimidad comprende los aspectos relativos al ámbito económico (para una exposición de este último problema, vid. BAJO FERNÁNDEZ, M.: «Protección del honor y la intimidad», en *Comentarios a la Legislación Penal, Derecho Penal y Constitución*, tomo I, Madrid, 1982, págs. 100 y ss.; de la evolución histórica del significado social de la intimidad, se desprende la exclusión de aspectos patrimoniales-económicos de la esfera de la intimidad, vid. MORALES PRATS, F.: *La Tutela Penal de la Intimidad: Privacy e Informática*, Barcelona, 1984, págs. 167 y ss.). En ambas materias, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en contra. Respecto a lo primero, vid. la STC 231/1988, de 2 de diciembre, en donde vincula la intimidad personal y familiar a la dignidad de la persona. Una doctrina que se reitera en el Auto del Tribunal Constitucional 257/1985. Aunque en alguna sentencia (137/1985 y 64/1988) ha extendido la inviolabilidad del domicilio —un derecho fundamental— a las personas jurídicas, lo ha hecho con carácter instrumental para preservar la intimidad de la persona física mediatamente afectada. Ha vuelto, sin embargo, con el Auto del Tribunal Constitucional 121/1989 a la idea originaria de excluir a las personas jurídicas del derecho a la inviolabilidad personal. Con respecto a lo segundo, tanto la sentencia 110/1984, de 26 de noviembre como la 143/1994, de 9 de mayo, rechazan que los datos bancarios, en un caso, y la información económica sobre actividades desarrolladas en el tráfico negocial, en el otro, formen parte del contenido del derecho constitucional a la intimidad.

Por su parte, SUÁREZ GONZÁLEZ, C. J., en BAJO FERNÁNDEZ, M. (Dir.): *ob. cit.*, pág. 534, también excluye del ámbito del secreto de empresa penalmente protegido la información tributaria, a lo que parece, justificado por su posible carácter ilícito —ocultación de una situación tributaria irregular—.

men de producción, de ventas, nivel de la demanda, etc.—, entonces dicha información sí tendrá un valor competitivo propio. Así las cosas, puede afirmarse que el secreto de empresa penalmente tutelado representa tan sólo una parte de la información reservada de la misma, concretamente, aquélla que tiene un valor económico por sí misma y no únicamente por referencia directa a la empresa a la que pertenece. Este dato es el que impide que su valor económico se agote con una sola transmisión<sup>8</sup>. Esta limitación de su contenido es una consecuencia del carácter de *bien inmaterial* —y no de derecho subjetivo— que se atribuye al secreto de empresa, según se configura como una creación o construcción intelectual, que requiere para su disfrute económico de una plasmación en algo material, susceptible de ser objeto de tráfico jurídico y, por tanto, con valor y entidad independientes de sus distintas reproducciones<sup>9</sup>. Sólo de esta manera se alcanza en esta materia el necesario merecimiento de pena para la intervención penal<sup>10</sup>. Lo que quiero decir con ello es que el interés económico del empresario al mantenimiento de la reserva —en mi opinión, el bien jurídico protegido de los tipos contenidos en los arts. 278 a 280 CP— no se protege como manifestación de un derecho de aquél —al libre desarrollo de la personalidad, a la libertad de empresa, a la creación científica y técnica—, que, además entra en conflicto con otros derechos de relieve también constitucional —derecho al trabajo—, sino que se tutela como

---

<sup>8</sup> En contra, ampliando el contenido del secreto empresarial a todo tipo de información reservada de una empresa que afecte a su capacidad competitiva, SUÁREZ GONZÁLEZ, C., en BAJO FERNÁNDEZ, M. (Dir.): *ob. cit.*, págs. 533 y 534; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho penal...*, *ob. cit.*, págs. 70 y 71; CARBONELL MATEU, J. C.: «Delitos relativos al mercado y a los consumidores», en VIVES ANTÓN, T. S. y otros: *Derecho Penal, Parte especial*, 2.ª ed., Valencia, 1996, pág. 471; PRATS CANUT, J. M.: *Cuadernos de Derecho Judicial...*, *ob. cit.*, pág. 184; GONZÁLEZ RUS, J. J., en CARMONA SALGADO, C. y otros: *Curso de derecho penal español, parte especial*, I, Madrid, 1996, págs. 797 y 798.

<sup>9</sup> Cfr. MASSAGUER FUENTES, J.: «Aproximación sistemática general al Derecho de la competencia y de los bienes inmateriales», en *Revista General de Derecho*, n.º 544/545, 1990, pág. 259; GÓMEZ SEGADÉ, J.: *El secreto industrial...*, *ob. cit.*, págs. 73 y 74; recoge varias acepciones de «bien inmaterial», ASCARELLI, T.: *Teoría de la Concu-rrencia y de los Bienes Inmateriales*, trad. de E. Verdera y L. Suarez-Llanos, Barcelona, 1970, págs. 285 y 286. Entre los caracteres que definen al bien inmaterial está el de que puede ser objeto de representación material ilimitada y de posesión simultánea por varios sujetos, entre otros (*vid. ampliamente*, BAYLOS CORROZA, H.: *Tratado de Derecho industrial*, 2.ª ed., Madrid, 1993, págs. 110 y ss.; MAZZACUVA, N.: *La tutela penale del Segreto industriale*, Milano, 1979, pág. 69).

<sup>10</sup> Quizás por ello en el Proyecto de Código penal de 1992 se condicionaba la protección penal al secreto empresarial que ofrecía el art. 285 a la exigencia de que fuese «evaluable económicamente y que comporte ventajas competitivas». Unos datos que sin ser los que mejor definirían la característica a la que me estoy refiriendo en el texto, tienen la clara intención de limitar la protección penal a determina información reservada de la empresa.

medio para preservar lo que es esencial al sistema económico constitucionalmente establecido: la competencia institucional como competencia de prestaciones <sup>11</sup>.

En consecuencia y por lo que se refiere al contenido del secreto comercial, aunque no se pueda determinar con precisión cuál sea el contenido específico de éste, sí que se está en condiciones de afirmar que —como un tipo más de secreto empresarial— su contenido debe cumplir con el requisito mínimo —común a cualquier clase de secreto empresarial tutelado penalmente— de integrar información reservada con valor económico en sí misma. Ello, claro está, siempre que se den los restantes elementos —de voluntad del titular de mantener la reserva e interés objetivo— que definen un secreto en sentido jurídico.

Básicamente la doctrina norteamericana distingue dos posibles contenidos para el secreto comercial: por una parte, los que integran una idea comercial que bien puede ser el esquema de un anuncio publicitario, una nueva estrategia comercial, etc.; y por otra, los que consisten en una compilación de datos, a saber, listas de clientes, de proveedores, de precios, etc.<sup>12</sup>

Pues bien, en todos los casos examinados la información reservada se refiere a compilaciones de datos. Así, en la sentencia de la AP de Alicante se alude —básicamente— a las listas de precios de los productos, distinguiendo acertadamente entre el programa informático<sup>13</sup> —cuya

<sup>11</sup> Sobre esta idea, *vid.* FONT GALÁN, J. I.: «Notas sobre el modelo económico de la Constitución española de 1978», en *Revista de Derecho Mercantil*, n.º 152, 1979, págs. 217 y ss.; del mismo: *Constitución Económica y Derecho de la Competencia*, Madrid, 1987, págs. 178 y ss.; MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A.: «El Derecho mercantil del siglo XXI», en *La Ley* 1990, págs. 1200 y ss.

<sup>12</sup> *Cfr.* MILGRIM, R. M.: *Milgrim on Licensing*, vol. I, Mathew Bender, New York, 1997, parágrafo 3.21.

<sup>13</sup> En principio, los programas informáticos son uno de los posibles objetos de propiedad intelectual —art. 10.1 i) Ley de Propiedad Intelectual—. Esta protección, sin embargo, tan sólo se extiende a la forma o secuencia en la que están dispuestas las instrucciones que constituyen el programa, pero no a su base o idea —el algoritmo o el principio de programación—. Estos aspectos —no protegidos por los derechos de propiedad intelectual— pueden ser objeto de un secreto de empresa, siempre que respecto de los mismos se mantenga la situación de reserva. Una situación de reserva que se trata de preservar, de una parte, entregando al usuario única y exclusivamente el programa en código-objeto —código binario, ininteligible para el hombre— (lo que ha sido interpretado como pacto implícito de secreto frente a terceros por parte del usuario, *vid.* KUHLMANN, J.: «Kein rechtsschutz für den Kopierschutz?», en *Computer und Recht*, 3, 1989, págs. 185; JUNKER, A.: «Wettbewerbsrechtlicher Schutz für Computerprogramme», en *Der Betriebs-Berater*, 20, 1988, pág. 1341), y de otra parte, estableciéndose por la propia Ley de Propiedad Intelectual medidas en este sentido, como por ejemplo, la limitación del derecho a la descompilación —art. 100.6, LPI— o la salva-



titularidad parece atribuirse al profesional informático contratado para su elaboración — y el «contenido» del mismo, comprensivo de los datos e informaciones suministrados por la empresa contratante, asociados a aquél. En las restantes resoluciones se trata de listas de clientes. La dificultad de enjuiciamiento de estos casos estriba en que los datos aisladamente considerados pueden ser —incluso— de dominio público, pero, agrupados y seleccionados, llegar, en cambio, a representar un instrumento competitivo de primer orden, sobre todo, para empresas que operan en el sector económico destinado a servicios, donde sólo cabe este tipo de secreto empresarial. En este contexto, se trata de determinar cuál es el criterio que permite identificar en tal información el valor competitivo que la hace acreedora de la condición de secreto empresarial. En este punto, hay que tener en cuenta dos cosas. *Primera*, que el secreto empresarial —a diferencia de los derechos de propiedad industrial— no exige que la información reservada sea absolutamente novedosa desde el punto de vista tecnológico, sino que lo que importa es que se dé un interés que justifique la existencia del secreto<sup>14</sup>. Se afirma que el secreto sustituye a la novedad<sup>15</sup>. *Segunda*, que la situación de reserva no se pierde porque el secreto sea conocido por una pluralidad de personas, siempre que éstas se encuentren gravadas con obligación de reserva. Lo decisivo en este punto será determinar cuando el hecho deja de ser reservado para convertirse en notorio. Pues bien, no depende tanto del número de personas conocedoras del mismo, como de la accesibilidad que tienen los competidores a esta información. Desde esta perspectiva, una información se convierte en notoria cuando es fácilmente accesible para cualquiera que esté interesado en obtenerla, sin que requiera un particular esfuerzo<sup>16</sup>. Así, por lo que

---

guarda de secretos comerciales —art.104 y disposición adicional de la citada Ley— o la limitación de publicidad registral —art. 101 LPI y arts. 11.3 y 23 del Reglamento del Registro General de la Propiedad Intelectual de 18 de octubre de 1991—.

<sup>14</sup> En este sentido, no hay más que pensar en la fórmula de la coca-cola, de la que se conocen sus ingredientes, pero no la proporción exacta en la que éstos se combinan.

<sup>15</sup> Cfr. CRESPI, A.: *La tutela penale del segreto*, Palermo, 1952, pág. 190; MASSAGUER FUENTES, J.: «Los secretos industriales y comerciales y su transmisión: régimen jurídico», en NAVARRO CHINCHILLA, J. J. y VÁZQUEZ GARCÍA, R. J. (coords.): *Estudios sobre Marcas*, Granada, 1995, pág. 192.

<sup>16</sup> Esta es la posición seguida por la doctrina y jurisprudencia alemanas, *vid.* KISSLING, H.: *Der nach paragraph 17 UWG strafbare Verrat von Geschäftsgeheimnissen*, Tübingen, 1957, pág. 17; KRÜGER, H. U.: *Der Strafrechtliche Schutz des Geschäfts - und Betriebsgeheimnisses im Wettbewerbsrecht*, Frankfurt am Main, 1984, págs. 23 y 24; y por la italiana, *vid.* ALESANDRI, A.: *Riflessi Penalistici della Innovazione Tecnologica*, Milano, 1984, págs. 165 y ss. En España, de esta opinión, MASSAGUER FUENTES, J., en NAVARRO CHINCHILLA, J. J. y VÁZQUEZ GARCÍA (Coords.): *ob. cit.*, pág. 192. Asimismo, el acuerdo TRIPS —*The Agreement on Trade Related Intellectual Property Rights*— alude a este re-

se refiere a la información comercial, cuando junto a datos de acceso público —nombres y apellidos disponibles en las guías telefónicas— se incluyen otros que sólo proporciona la experiencia en el sector correspondiente —hábitos de compra de los clientes, márgenes comerciales de ganancia, etc.— no hay duda que se trata de información protegible penalmente por la vía del secreto empresarial. Este es el criterio que parece haberse aplicado en las resoluciones que analizamos. Así, la sentencia de la AP de Guipúzcoa —a pesar de reconocer el valor competitivo que tiene una lista de propietarios para una empresa que se dedica a la intermediación inmobiliaria— rechaza la consideración de secreto, porque en tales listas tan sólo aparecen «nombres, apellidos, direcciones y teléfonos», datos de fácil acceso público (FJ 5.<sup>o</sup>). Aplicando este mismo criterio, la AP de Alicante llega a la solución contraria, a saber, aprecia un secreto empresarial, ya que no sólo se contienen los precios de venta al público de los distintos productos, sino también los márgenes de descuento. Una información que resulta de sumo interés para un competidor a la hora de decidir en cuánto podrá rebajar sus precios. En cuanto al Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, en principio, el establecimiento de una medida de seguridad como es la clave de acceso al ordenador<sup>17</sup>, donde se contienen los referidos datos comerciales, representa un indicio de la existencia de un posible secreto. Algo que des-

---

quisito para definir el carácter secreto de la información. En concreto, su art. 39, dedicado a la información no divulgada, dispone que «es secreto en el sentido de que no sea, como cuerpo o en la configuración y reunión precisas de sus componentes, conocida en general ni fácilmente accesible para personas introducidas en los círculos en que normalmente se utiliza el tipo de información en cuestión».

<sup>17</sup> La adopción de medidas de seguridad —limitar el acceso a áreas determinadas, poner claves secretas de acceso a la información, controlar la entrada y salida— por parte del titular del secreto constituye uno de los indicios más fuertes empleados en el Derecho comparado para separar informaciones que pertenecen a la empresa y que ésta quiere —elemento subjetivo de la voluntad— guardar en secreto, de los conocimientos que forman parte de la experiencia profesional (*vid.* ICHINO, P.: «Diritto dell'imprenditore al segreto del sistema italiano di democrazia industriale», en *Il Segreto nella Realtà Giuridica Italiana* (Atti del Convegno Nazionale, Roma 26-28 ottobre 1981), Padova, 1983, págs. 431 y 432). En este sentido, también en el Restatement (Third) of Unfair Competition de 1995 se enumeran seis criterios diversos, a saber: el grado de conocimiento que se tiene fuera de la empresa sobre la información reservada, el de los empleados y el de todos aquellos que tienen relación con la empresa, las medidas de seguridad adoptadas para preservar el acceso a la información, el valor que tiene para el titular del secreto y para sus competidores, el esfuerzo y dinero empleado en el desarrollo de la información (costes de desarrollo) y la facilidad o dificultad con que la información puede ser adquirida por otros (*vid.* ampliamente sobre la caracterización doctrinal y jurisprudencial del secreto empresarial en el sistema norteamericano, LLOBREGAT HURTADO, M. L.: *Aproximación al Concepto de Secreto Empresarial en Derecho Español y Derecho Norteamericano*, Barcelona, 1999, págs. 182 y ss.).

pués debe venir constatado a través del elemento objetivo del valor competitivo autónomo al que me vengo refiriendo. Este último aspecto es el que no se encuentra suficientemente clarificado en el Auto. En efecto, mientras se reconoce que el contenido de la información al que se alude —listas de clientes, de proveedores y cálculos de precios— es objetivamente relevante para integrar un secreto de empresa, se cuestiona su carácter oculto o reservado, de lo que, en definitiva, depende la explotación económica de tales datos. Así, se sostiene, en el fundamento jurídico segundo, «que el listado de productos comercializados por la apelante y que constan en los folletos publicitarios tienen una finalidad de difusión a los potenciales clientes, por lo que tales datos no constituyen secreto empresarial». Ahora bien, que tengan finalidad de ser difundidos no significa que sean efectivamente conocidos. Esto es, la situación de reserva sobre la que se apoya la tutela del secreto de empresa es una situación fáctica, que sólo se destruye con la notoriedad de la información en el sentido anteriormente apuntado de la accesibilidad. Luego, si los folletos no han sido todavía enviados, no hay todavía quiebra de la misma, pues bien podría tratarse de la preparación de una oferta comercial que, como idea o estrategia comercial novedosa, constituya un secreto empresarial hasta el momento en que comienza su difusión. Momento éste en el que sí se romperá la preclusión de la reserva. Es más, tampoco el envío a los posibles clientes tiene porqué suponer una quiebra de la misma, siempre y cuando la entrega de la información se realice en el marco de una relación de confidencialidad que obligue, a su vez, a quien la recibe, a guardar secreto sobre tales datos.

Luego, de todo ello resulta, en primer lugar, que las informaciones comerciales pueden ser objeto de protección penal por la vía del secreto empresarial. En segundo lugar, que cuando el secreto comercial versa sobre una compilación de datos, no es tan importante que los datos *aislados* sean fácilmente accesibles o de dominio público, como que, de una parte, su combinación o determinados aspectos de la información tengan un valor competitivo en sí mismo, con independencia de cuál sea la empresa a la que pertenezcan, y de otra, que para su obtención y/o combinación se requiera un notable esfuerzo cualitativo —experiencia, conocimientos especiales, etc.— o cuantitativo —inversión en tiempo, dinero, etc.—. Para ello no será suficiente con la consideración de un único criterio, sino que el juzgador tendrá que servirse conjuntamente de varios.

### 3. El carácter de delito especial del art. 279 CP y su relación con el art. 278 CP

El tipo de revelación del art. 279 limita el círculo de los posibles sujetos activos a los que tuvieren legal o contractualmente obligación de guardar la reserva, convirtiéndose así en un delito especial. La cuestión es si éste, a la vista de los tipos del art. 278 CP, tiene carácter propio o impropio. De la respuesta que se dé dependerá el que los tipos de descubrimiento y revelación de los arts. 278 y 279 CP se consideren intercambiables, según que el sujeto activo cumpla o no con la condición específica de autoría.

Pues bien, la doctrina tradicional suele entender que los delitos especiales impropios se distinguen de los propios en que existe una correspondencia de la figura especial con un delito común, «que sería el comisible por cualquier persona que no tuviera aquella especial calidad»<sup>18</sup>. Frente a ello, otro sector doctrinal sostiene que la diferencia entre uno y otro tipo de delitos especiales radica en el injusto. De manera que «delitos especiales en sentido estricto serán únicamente aquellos en que las particularidades del sujeto activo pertenezcan al tipo de injusto de la infracción correspondiente, mientras que cabrá hablar de delitos especiales en sentido amplio o impropio cuando dicha condición del sujeto fundamente una punición distinta dentro del mismo tipo de injusto, pero sin afectar a su esencia»<sup>19</sup>.

Así las cosas, de seguirse lo postulado por la doctrina tradicional se llega a la conclusión —en mi opinión, equivocada— de calificar al tipo del art. 279 párrafo 1.º, en el que se sanciona la revelación, difusión o cesión de un secreto de empresa, como delito especial impropio, pues tiene un correlativo común en el art. 278.2 CP. Ahora bien, lo cierto es que los tipos del art. 278 CP y los del art. 279 CP parten de presupuestos distintos. A saber, en el art. 278 CP se está pensando en un sujeto

<sup>18</sup> Vid. QUINTERO OLIVARES, G.: *Los Delitos Especiales y la Teoría de la Participación*, Barcelona, 1974, pág. 31; GÓMEZ BENÍTEZ, J.: *Teoría Jurídica del Delito, Derecho penal, parte general*, Madrid, 1984, págs. 155 y 156; GIMBERNAT ORDEIG, E.: *Autor y Cómplice en Derecho Penal*, Madrid, 1966, págs. 252 y 253; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: *Autoría y Participación*, Madrid, 1996, págs. 169 y 170; QUINTERO OLIVARES, G. y otros: *Manual de Derecho penal, Parte general*, Pamplona, 1999, pág. 629.

<sup>19</sup> Cfr. COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTÓN, T. S.: *Derecho Penal, Parte General*, 5.ª ed. Valencia, 1999, pág. 358; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E.: *Derecho Penal, Parte General, Teoría Jurídica del Delito*, 2.ª ed., Madrid, 1986, págs. 50 y 51; ÁLVAREZ GARCÍA, F. J.: *El Delito de desobediencia de los funcionarios públicos*, Barcelona, 1987, págs. 192 y ss., quien propone, como datos clave para examinar la semejanza de lo injusto, el bien jurídico protegido y la conducta típica, en la que pueden tener incidencia especiales deberes jurídicos.

que no tiene acceso lícito al conocimiento del secreto empresarial, incriminándose, en consecuencia, el apoderamiento de esta información reservada que supone una intromisión ilegítima en la esfera de reserva de la empresa. Un presupuesto que rige también para el tipo agravado del número 2 del art. 278 CP, de manera que se está tipificando la revelación, difusión o cesión de un secreto de empresa por quien se haya previamente apoderado —ilegítimamente— del mismo. Por tanto, la revelación o difusión del número 2 del art. 278 CP no constituye un tipo independiente, sino uno agravado respecto al de apoderamiento, contenido en el número 1 del art. 278 CP. En cambio, en el art. 279 CP el presupuesto es diverso: sólo se sancionan las revelaciones de secretos de empresa llevadas a cabo por quien ha tenido un acceso lícito a su conocimiento y, por ello —en contrapartida— está gravado con una obligación de guardar reserva. Este dato pone de manifiesto una diferencia de injusto<sup>20</sup> entre ellos y avala, en consecuencia, la consideración de delito especial propio del art. 279 CP<sup>21</sup>. Lo que significa que no puede cas-

<sup>20</sup> Los tipos del art. 278 CP implican una diferente carga de injusto. Es cierto que, tanto en el art. 278 como el art. 279 CP, se ataca el interés económico del empresario en el mantenimiento del secreto, si bien en el primero se produce a través de una intromisión ilícita en el ámbito de reserva de la empresa, lo que se sustituye en el segundo por la infracción de la obligación de guardar reserva. Así, el apoderamiento para descubrir el secreto y la revelación del obligado a guardar reserva reciben la misma pena —prisión de dos a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses—, pues en ambos se produce una quiebra de la preclusión de la reserva, que se agrava para el extraneus, el no obligado— cuando amplía de nuevo el círculo de los conocedores del secreto —tipo agravado de la difusión, revelación o cesión del art. 278.2 CP—. En otro caso, si se parte de que el delito del art. 279 CP es especial impropio y que, por tanto, cuando los sujetos no reúnen las condiciones típicas exigidas en el art. 279 CP —porque, por ejemplo, conocieron el secreto con obligación de reserva, pero en el momento de la revelación ésta se ha extinguido— podrían todavía ser sancionados con arreglo a los tipos del art. 278 CP, entonces —según la teoría aquí acogida para distinguir los delitos especiales propios de los impropios— las particularidades de autor deberían afectar al ámbito de la culpabilidad. Una conclusión que no resulta aceptable, porque la revelación o difusión del art. 279 CP tiene asignada menor pena que la del art. 278.2 CP, lo que siguiendo la hipótesis planteada debería justificarse en una menor reprochabilidad de la conducta realizada por quien ha tenido acceso lícito al conocimiento reservado. Sin embargo, el acceso lícito al mismo implica un mínimo grado de confianza, que se refleja en las exigencias de buena fe contractual, quebrantadas por la realización del delito. Luego, no es que haya un menor, sino un mayor grado de reproche para el sujeto obligado a guardar la reserva y, consiguientemente, debería prevverse una mayor cantidad de pena.

<sup>21</sup> Así lo han admitido también el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid —fundamento de derecho 2.º— y la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona —fundamento de derecho 2.º— aquí comentados. En la doctrina, de esta opinión, SUÁREZ GONZÁLEZ, C.J., en BAJO FERNÁNDEZ, M. (dir.): *Compendio...*, ob. cit., pág. 537; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal...*, ob. cit., pág. 77; PRATS CANUT, J. M.: *Cuadernos de Derecho Judicial...*, ob. cit., pág. 197; CARBONELL MATEU, J. C., en VIVES ANTÓN, T. S. y otros: *Derecho penal...*, ob. cit., pág. 472; como delito especial, sin especificar de qué

tigarse por ninguno de los tipos del art. 278 CP a quien habiendo tenido acceso lícito al conocimiento de datos reservados de una empresa<sup>22</sup>, los revela en un momento posterior, una vez que ha cesado la vigencia de su deber de secreto.

Desde esta perspectiva, se comprende que la calificación que ofrece la sentencia de la AP de Alicante no se estime correcta. En ella se condena como autor del apoderamiento de secreto de empresa del art. 278. 1 CP a quien, contratado para realizar un programa informático de gestión por la empresa titular del secreto, recibe de ésta todos los datos reservados necesarios para realizar tal tarea. Así, en el fundamento de derecho primero, se afirma que «el sujeto activo recaba, por la confianza que supone trabajar o estar ligado contractualmente para la empresa querellante, todos los datos e informaciones, algunas fácilmente cognoscibles por terceros, pero otras eminentemente reservadas y sólo conocidas por la propia empresa, y las hace propias, creando inseguridad en las posibilidades competitivas de la misma». Parece, pues, que se está aplicando un esquema propio de los delitos patrimoniales, concretamente, del delito de apropiación indebida, en cuanto que el Tribunal sostiene la existencia de una apropiación de datos en base a la no devolución de los mismos, una vez que ha sido resuelto el correspondiente contrato. En mi opinión, esta conclusión sólo puede provenir de una

---

clase, PÉREZ DEL VALLE, C.: «La revelación de secretos de empresa por persona obligada a reserva (art. 279 CP)», en *Cuadernos de Derecho Judicial, Delitos relativos a la propiedad industrial, al mercado y a los consumidores*, Madrid, 1997, págs. 113 y 114;

<sup>22</sup> Adviértase que con ello no quedan excluidos del círculo de los posibles sujetos activos del art. 278 C.p aquellos sujetos que manteniendo una vinculación jurídica con la empresa titular del secreto empresarial han accedido a su conocimiento a través de formas ilícitas —escuchas o interceptación de comunicaciones, soborno a compañeros, hurtos, robos, etc.—. En estas hipótesis, aunque puede tratarse de sujetos con obligación de guardar reserva, la obtención abusiva o ilícita obliga a tratarlos como a terceros ajenos a la empresa, ya que su comportamiento rebasa los límites del conocimiento funcional sobre el que se funda el establecimiento de la obligación de reserva (cfr. PRATS CANUT, J. M.: *Cuadernos de Derecho Judicial...*, ob. cit., págs. 197 y 198; PALAIA, M. C.: «Informatica e tutela penale del segreto industriale», en *Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, 1989, pág. 306; en contra, ROCCA, I.: «Rivelazione di segreti scientifici o industriali», en *enciclopedia Forense*, VI, 1961, pág. 584, para quien es suficiente la existencia de una relación de causalidad entre el acceso al conocimiento y la posición laboral en la empresa; esta es también la interpretación adoptada por la doctrina alemana, pues el parágrafo 17.1 de la Ley alemana de competencia desleal (Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb) permite incluir tales casos a través del elemento típico «Zugänglichwerden» (ser accesible), al que se asigna cualquier forma de acceso al conocimiento —fortuita, causal, casual, etc.—, cfr. KISSLING, H.: *Der nach...*, ob. cit., págs. 78 y 79; LUTZ, S.: *Das Betriebsgeheimnis unter besonderer Berücksichtigung des Betriebsverfassungsgesetzes und das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, Würzburg, 1971, pág. 105). Sobre esta problemática, vid. CARRASCO ANDRINO, M. M.: *La Protezione...*, ob. cit., págs. 233 y ss.

errónea interpretación de la conducta típica del art. 278.1 CP, concretamente, de la cláusula abierta «por cualquier medio». Entiendo que esta referencia tan amplia debe ser corregida no sólo por la concurrencia del elemento subjetivo del injusto, que obliga a que el apoderamiento se realice con el ánimo de descubrir los secretos<sup>23</sup>, sino también por la equivalencia valorativa que debe existir entre tal cláusula y las formas de apoderamiento a las que expresamente se remite el tipo. Pues bien, en estas últimas el elemento común es la existencia de una intromisión ilegítima en la esfera de reserva o de conocimiento excluido a terceros<sup>24</sup>. Luego, si existe una entrega voluntaria de la información reservada —como ocurre en el caso presente— no puede hablarse de apoderamiento o apropiación de secretos en el sentido del art. 278 CP Únicamente podrá plantearse —como así hacen el resto de las resoluciones examinadas— la aplicabilidad de los tipos del art. 279 CP, ya que se trata de un acceso lícito a la información reservada y, por ello, gravado con una obligación de guardar reserva. Otra cosa es que en el momento de la revelación o de la utilización en provecho propio la citada obligación de guardar reserva no esté ya vigente, como parece que ocurre en los casos enjuiciados. Lo que, a mi modo de ver, convierte la conducta en atípica, como seguidamente veremos.

#### **4. La concreción de la obligación de guardar reserva**

Son dos las cuestiones que en esta materia suscitan las resoluciones judiciales examinadas. La primera, común a todas ellas, consiste en determinar si la obligación de guardar reserva debe recaer sobre el sujeto activo en el momento de la revelación, difusión o utilización o basta, en cambio, con que aquélla exista únicamente cuando el sujeto accede a la información reservada. De la respuesta dependerá la tipicidad de la revelación o de la utilización realizada por el sujeto cualificado, pues en todas las resoluciones consideradas los acusados son antiguos contratados o ex empleados de las empresas titulares de la información reservada.

---

<sup>23</sup> El concepto de descubrimiento es equivalente al de acceso a la información reservada, sin que importe si llega a conocer efectivamente el secreto o si lo transmite a terceros. Para esto último el Código utiliza los verbos «difundir, revelar o ceder». No puede entenderse de otra manera la agravación del art. 278.2 CP de revelar «los secretos descubiertos». A mayor abundamiento, la idea de descubrimiento presupone la aplicación de una cierta energía para llegar al objeto descubierto, lo que no ocurre cuando alguien nos presenta o nos entrega tal objeto.

<sup>24</sup> En este sentido, se refieren MORALES PRATS, F./MORÓN LERMA, M. J. a un apoderamiento subrepticio (cfr. en QUINTERO OLIVARES, G./MORALES PRATS, F. (Dir./coord.): *Comentarios...*, ob.cit., págs. 648 y 649).

La segunda cuestión viene propiciada por la argumentación vertida en la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona en la que se sostiene —en su fundamento de derecho segundo— que «no ha quedado acreditado que el acusado hubiera expresamente pactado en su contrato laboral la obligación de guardar secreto con relación a los listados de clientes de la empresa ni tampoco que exista una norma especial que imponga dicho deber que únicamente puede inferirse de los genéricos que derivan de la buena fe y de la diligencia del trabajador». Se plantea, así, de una parte, si la determinación legal de la obligación de guardar reserva debe ser expresa; y de otra, si el contenido de la misma debe haber sido asimismo especificado.

Pues bien, por lo que se refiere a la primera de las cuestiones esbozadas, ya respecto del derogado art. 499 CP<sup>25</sup> la doctrina se había dividido en dos posturas enfrentadas: por una parte, la de aquellos que, adscritos al ámbito de la estricta legalidad del precepto, sostenían la atipicidad de la revelación de secreto que tenía lugar una vez que la relación de dependencia con el titular del secreto se había extinguido<sup>26</sup>; por otra, la de los que consideraban compatible con el tenor literal del precepto la interpretación que vinculaba la vigencia de la citada relación de dependencia sólo al momento de acceso a la información secreta, siendo indiferente que en el de su divulgación aquélla no continuara vigente<sup>27</sup>.

Con la actual regulación, esta polémica doctrinal ha quedado superada, pues, ahora, la determinación de los sujetos activos no está condicionada a la existencia de una relación jurídica determinada, sino a la de una obligación de guardar reserva. Un deber que, en mi opinión, debe seguir vigente en el momento de la realización de la conducta típica<sup>28</sup>. Al sujeto, en el art. 279 CP, no se le castiga por tomar conoci-

<sup>25</sup> El art. 499 CP de 1973 disponía «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 100.000 a 1.000.000 pesetas».

<sup>26</sup> Vid. PACHECO, J. F.: *El código Penal Concordado y Comentado*, t. III, 6.<sup>a</sup> ed., Madrid, 1888, págs. 278 y 279; RODRÍGUEZ DEVESA, J. M./SERRANO GÓMEZ, A.: *Derecho Penal Español. Parte Especial*, 18.<sup>a</sup> ed., Madrid, 1995, pág. 337; BAJO FERNÁNDEZ, M.: *Derecho Penal Económico aplicado a la actividad empresarial*, Madrid, 1978, págs. 292 y 293.

<sup>27</sup> CUELLO CALÓN, E.: *Derecho Penal, Parte Especial*, t. II, Barcelona, 1940, pág. 95.

<sup>28</sup> De esta opinión también MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal...*, ob. cit., pág. 79; MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho penal...*, ob. cit., pág. 440; SUÁREZ GONZÁLEZ, C.J., en BAJO FERNÁNDEZ, M. (dir.): *Compendio...*, ob. cit., pág. 537, proponiendo la limitación de posibles obligaciones de reserva *ad eternum* —las que se marcan en la ley por tiempo indefinido—; en contra, proponiendo la aplicación de criterios teleológicos —adeacuación social— que extienden la aplicación del precepto más allá de la vigencia de la obligación de guardar reserva, MORALES PRATS, F./MORÓN LERMA, M. J., en QUINTERO



miento de la información reservada, sino por transmitirla quebrantando sus especiales deberes de reserva. Bien entendido, que exigir la vigencia del deber de secreto no significa que también tenga que estar vigente la relación jurídica de la que éste surge. El cambio de punto de referencia en la configuración de la conducta típica permite que la tipicidad se extienda más allá de la cesación de dicha relación jurídica, siempre que el deber de reserva perdure, lo que depende del concreto régimen jurídico de la relación jurídica de que se trate. Así, por ejemplo, ocurre con el deber impuesto a los administradores de una sociedad de responsabilidad limitada o de una sociedad anónima (arts. 127.2 LSA, 61.2 LSRL). Otra interpretación contradiría el tenor literal del precepto y, por tanto, infringiría el principio de legalidad, en cuanto que el tipo establece que la revelación, difusión o cesión de un secreto de empresa se lleve a cabo por quien *tuviere* legal o contractualmente obligación de guardar reserva.

Aplicando estas ideas a los casos examinados resulta que, en casi todos ellos<sup>29</sup>, se produce la atipicidad de la conducta, pues, aunque no se dice nada al respecto, parece deducirse que la fuente de la obligación de guardar reserva de los acusados radica en los contratos laborales comunes, en los que, salvo pacto expreso<sup>30</sup>, aquélla se extingue con el pro-

---

OLIVARES, G./MORALES PRATS, F. (Dir./Coord.): *Comentarios...*, ob.cit., pág. 658; PRATS CANUT, J. M.: *Cuadernos de Derecho Judicial...*, ob. cit., pág. 199; sin aducir ninguna justificación —más allá del acceso lícito al conocimiento reservado, propugna la extensión del deber laboral de secreto después de finalizar la relación con la empresa, CARBONELL MATEU, J. C.: *Derecho Penal...*, ob. cit., pág. 473; con fundamento en el deber de buena fe, extiende la reserva más allá de la extinción del contrato de trabajo, PÉREZ DEL VALLE, C.: *Cuadernos de Derecho Judicial...*, ob. cit., pág. 118.

<sup>29</sup> Excepción de la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, en la que no se encuentra precisado el tipo de relación jurídica que liga a la empresa «Sotienabier, SL» con el informático al que encarga la elaboración de un programa. Parece que, en cuanto que encarga al acusado como administrador único de la empresa «Visualsoft, Soluciones Informáticas, SL» la elaboración del programa informático de gestión, se estipula un contrato de arrendamiento de obra o de servicios, si bien no de carácter laboral. Se explica así que, más adelante en la sentencia, no se discute que el citado programa sea de propiedad del acusado, ya que de haberse estipulado un contrato laboral, los frutos del trabajo, como es de todos sabido, pertenecerían por regla general al empresario. En este sentido, la Ley de Propiedad Intelectual prevé la posibilidad de ceder los derechos de explotación de un programa cuando se trata de los hechos por encargo. Si la elaboración se lleva a cabo como objeto de un contrato de trabajo se produce una cesión legal de derechos, salvo que se estipule otra cosa —art. 51 LPI—, disponiéndose, asimismo, que será considerado autor del programa «la persona jurídica que sea contemplada como titular de los derechos de autor en los casos expresamente previstos por esta ley» —art. 97.1 LPI—.

<sup>30</sup> El art. 21.2 Estatuto de los Trabajadores prevé la posibilidad de establecer un pacto de concurrencia después de extinguido el contrato laboral, cuya duración máxima es de dos años para los técnicos y seis meses para los demás trabajadores. Una li-

pio contrato<sup>31</sup>.

Bien entendido que en estos casos, en los que no puede generarse responsabilidad penal por no existir un deber de secreto, cuando se realiza la conducta típica, siempre cabe la posibilidad de una responsabilidad civil por la vía de la Ley de Competencia desleal. A esta conclusión se llega gracias a la distinta redacción del art. 13 LCD, según la cual «se considera desleal la divulgación o explotación, sin autorización de su titular, de secretos industriales o de cualquier otra especie de secretos *a los que se haya tenido acceso legítimamente*, pero con deber de reserva, o ilegítimamente, a consecuencia de alguna de las conductas previstas en el apartado siguiente o en el art. 14». Aquí, a diferencia de lo que ocurre en el art. 279 CP, no se condiciona la tipicidad de la divulgación o explotación a la existencia de una obligación de reserva, sino a la de un originario acceso lícito a la información secreta, generador de un deber de reserva, que no tiene porqué subsistir en el momento de realización de la conducta típica.

Asimismo, se llama la atención sobre la distinta redacción que el legislador penal ha empleado para la incriminación de la revelación de secreto laboral y profesional en los números 1 y 2 del art. 199 CP, respectivamente, y que avala la interpretación que aquí se sostiene acerca de la vinculación de la vigencia de la obligación de reserva con la tipicidad de la conducta. Así, en el art. 199.1 CP basta con que el autor *haya tenido conocimiento* por razón de su oficio o sus relaciones laborales, sin que se aluda a deber de reserva alguno —que haya que infringir—. En cambio, en el art. 199.2 CP el profesional que divulga tiene que incumplir su obligación de sigilo o reserva. ¿Cuál es la razón de un tenor literal tan diverso? En mi opinión, reside en el hecho de que

---

mitación de la libertad de trabajo que debe ser indemnizada por el empresario para que el pacto no sea nulo. No obstante, este pacto de no concurrencia no hace surgir ninguna obligación contractual de guardar reserva, salvo que conste expresamente, puesto que el sujeto no se obliga a guardar silencio sobre lo conocido en la empresa, sino, más bien, a no entrar en competencia con aquélla, realizando la misma o semejante actividad (sobre las diferencias entre ambos tipos de obligaciones o acuerdos, *vid.* FRIGNANI, A.: *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, n.º 73, págs. 274 y 275). En este punto, no hay que olvidar que el art. 72 de la Ley de contrato de Trabajo, en el que se declaraba que «el trabajador está obligado a mantener los secretos relativos a la explotación y negocios de su empresario, lo mismo durante el contrato que después de su extinción», ha quedado definitivamente derogado por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo. No rige, por tanto, ni siquiera como norma reglamentaria.

<sup>31</sup> *Vid.*, por todos, MONTOYA MELGAR, A.: *Derecho del Trabajo*, 15.<sup>a</sup> ed., Madrid, 1994, pág. 322. A pesar de que esta es la opinión dominante entre la doctrina laboralista, PÉREZ DEL VALLE, C. defiende la prolongación de una obligación de reserva más allá de la extinción del contrato de trabajo sobre la base de la buena fe (*Cuadernos de Derecho Judicial...*, *ob. cit.*, pág. 117).

la obligación laboral de reserva se extingue —salvo pacto expreso— con el contrato de trabajo, mientras que las obligaciones de sigilo profesional tienen una vigencia que supera, en buena lógica, la de la relación de servicios prestada; de manera que si lo que se pretende por el legislador es reforzar la protección de la intimidad personal y familiar, generando responsabilidad penal más allá de la extinción de la relación jurídica que facilitó el conocimiento de los datos reservados, no queda más remedio que no vincular la revelación del trabajador al deber laboral de secreto que —por regla general— se extingue con el contrato. Desde esta perspectiva, podría cuestionarse la posibilidad de aplicar el art. 199.1 CP para cubrir aquellas hipótesis, en las que —como las ahora analizadas— el ex empleado revela secretos de su antigua empresa. A esta cuestión me referiré en el próximo epígrafe, tras considerar el segundo de los problemas inicialmente planteados en relación con la concreción de la obligación de reserva.

Pues bien, sobre si el deber de secreto tiene que estar estipulado específicamente en la ley o si puede, en cambio, surgir de cláusulas genéricas de deber como la de buena fe del art. 5, a) Estatuto de los Trabajadores, entiendo, frente a algunos autores<sup>32</sup>, que es suficiente con que aquél se deduzca de manera indiscutible —aunque sea tácitamente— de la regulación de la relación jurídica que facilita el acceso a la información reservada<sup>33</sup>. Ello porque, tanto en un caso como en otro, se trata de una designación legal —que es lo que exige el art. 279 CP —, sólo que a través de una técnica legislativa diferente. En este punto no hay que olvidar que el tipo penal se está remitiendo a obligaciones de reserva extrapenales, en las que, por tanto, hay que acudir a lo establecido en otros sectores del ordenamiento jurídico, donde rige otro sistema de fuentes. De aquí que el tipo penal no requiera la consignación expresa de la obligación de reserva en la ley, sino únicamente que ésta tenga cobertura legal, lo que significa tanto como que se desprenda del régimen jurídico que informa la relación que vincula al autor del delito con el titular del secreto. Algo sobre lo que, concretamente, respecto de la obligación laboral de reserva no existe ninguna duda doctrinal<sup>34</sup> ni tampoco jurispruden-

---

<sup>32</sup> Manifiestan sus dudas al respecto, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal...*, ob.cit., pág. 78; MORENO CÁNOVES, A./RUIZ MARCO, F.: *Delitos...*, ob.cit., págs. 136 y 137; expresamente en contra, calificando —erróneamente— al tipo del art. 279 como delito que consiste en la infracción de un deber específico de omitir, SUÁREZ GONZÁLEZ, C.J., en BAJO FERNÁNDEZ, M (Dir): *Compendio...*, ob. cit., pág. 537.

<sup>33</sup> De esta misma opinión, PÉREZ DEL VALLE, C.: *Cuadernos de Derecho Judicial...*, ob. cit., pág. 118; MORALES PRATS, F./MORÓN LERMA, M. J., en QUINTERO OLIVARES, G./MORALES PRATS, F. (Dir./coord.): *Comentarios...*, ob. cit., pág. 657.

<sup>34</sup> Por todos, MONTOYA MELGAR, A.: *Derecho...*, ob. cit., pág. 320.

cial<sup>35</sup>; antes bien aquélla se presenta como una exigencia ineludible de la propia organización empresarial. En efecto, el fundamento del deber de secreto —como condición mínima de la buena fe laboral— se halla en la posición de ventaja que, frente a cualquier tercero, disfruta el trabajador en el acceso a la información empresarial reservada. Por otra parte, tampoco puede exigirse —como parece pretender la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona— que, dada la fragilidad del propio secreto empresarial que se apoya sobre una situación fáctica de reserva, se especifique en el contrato de trabajo cuál es el objeto de éste, esto es, que se mencionen los aspectos sobre los que versan los secretos empresariales —invenciones, listas de clientes, etc.—. Con ello se condicionaría la protección penal a una previa puesta en peligro del citado bien económico por parte de su titular.

## **5. La relación entre los tipos de revelación de secretos de empresa (arts. 278 y ss.) y los que tutelan la intimidad personal (arts. 197 y ss. CP)**

En el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid se cuestiona la aplicabilidad de los arts.199 y 200 CP a un caso en el que el antiguo empleado de una empresa de detergentes aporta a otra de la competencia datos reservados pertenecientes a la primera, a los que había tenido acceso por haber prestado sus servicios en ella. En particular, los datos consisten en «el listado de productos comercializados por la apelante». Pues bien, como ha quedado apuntado, el art. 199 CP castiga la revelación de secretos ajenos realizada por un empleado o un profesional, ampliándose la conducta típica por razón del art. 200 CP a «datos reservados de las personas jurídicas». Así las cosas, bien podría pensarse que bajo tal expresión están incluidos también los secretos empresariales, siempre, claro está, que su titularidad se otorgue a un empresario-persona jurídica. De ser esto así, el problema de la extensión temporal

---

<sup>35</sup> Expresamente el Tribunal Constitucional ha reconocido el deber de secreto laboral como un límite a la libertad de expresión del trabajador, estimando que abarca «los datos o asuntos de los que tuviera conocimiento por razón del trabajo, y que corresponden a la actividad y tráfico ordinarios y regulares de la empresa, datos que pueden quedar lícitamente substraídos al conocimiento del público por más relevante que pudiera pretenderse para terceros, sobre los que no existe libertad de expresión, por definición» de lo que implica el contrato laboral (fundamento n.º 6 de la STC 6/1988, de 21 de enero, BOE n.º 31, de 5 de febrero de 1988, Aranzadi, RTC 1988\6); asimismo, el fundamento de derecho n.º 2 del Auto del Tribunal Constitucional de 13 de mayo de 1987 (Aranzadi, RTC 1987\570) reconoce la existencia de un deber de secreto en la relación laboral de trabajo; también el fundamento de derecho n.º 8, STC de 12 de abril de 1999 (Aranzadi, RTC 1999\57).

de la obligación de reserva —especialmente la de carácter laboral— quedaría superado, dada la dicción del art. 199. 1 CP, según la cual la tipicidad de la conducta no se condiciona a la existencia de un deber de secreto, sino —como se ha apuntado anteriormente— al acceso al conocimiento reservado por razón del oficio o la profesión.

Aunque este pensamiento resulta sumamente sugerente para solventar uno de los aspectos más controvertidos del art. 279 CP, esta interpretación tiene que ser rechazada —como así se hace de forma acertada en el Auto comentado— por diversas razones. En *primer término*, a la inclusión del secreto empresarial dentro de los «datos reservados de la persona jurídica» a los que se refiere el art. 200 CP se opone el que el bien jurídico protegido en estos delitos es la intimidad personal y familiar, un bien de exclusiva titularidad de la persona física, vinculado a la dignidad personal<sup>36</sup>. La tutela penal del secreto empresarial incide, en cambio, sobre un interés de signo patrimonial: el valor económico asociado al mantenimiento de la reserva. Por lo que la mención en el art. 200 CP de «los datos reservados de la persona jurídica» hay que entenderla referida a aquellas informaciones que, obrando en poder de una persona jurídica, guardan una relación directa con personas físicas<sup>37</sup>, por ejemplo, porque se trate de «listas de asociados de una entidad con unas connotaciones y objetivos muy vinculados a la intimidad de sus componentes»<sup>38</sup>, o bien porque

---

<sup>36</sup>  *Vid.*, entre otras, STC 231/1988, de 2 de diciembre, fundamento jurídico 3.º; Autos del Tribunal Constitucional 257/1985 y 121/1989 (sobre el particular *vid.* ampliamente, RUIZ MIGUEL, C.: *La Configuración Constitucional del Derecho a la Intimidad*, Madrid, 1995, págs. 135 y ss.). De otra opinión, admitiendo que las personas jurídicas pueden ser titulares de derechos fundamentales, ÁLVAREZ GARCÍA, F.J.: *El Derecho al Honor y las Libertades de Información y Expresión*, Valencia, 1999, págs. 57 y ss.

<sup>37</sup> En este mismo sentido, MORALES PRATS, F.: «Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio», en QUINTERO OLIVARES, G./MORALES PRATS, F. (Dir./Coord.): *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 2.ª ed., Pamplona, 1999, págs. 369 y 370. Si bien el autor amplía el ámbito de aplicación del art. 200 CP para cubrir una laguna generada por el art. 278 CP Concretamente, se trata del ataque a los secretos empresariales mediante abuso informático, esto es, a través de los medios a los que se refieren los números 2 y 3 del art. 197 CP De esta manera, reconoce el autor, se cubriría la laguna punitiva, aunque al «precio de desconocer su ubicación sistemática entre los delitos contra la intimidad de las personas físicas» (*ibidem*, pág. 371). En contra de esta ampliación interpretativa del art. 200 CP, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal...*, ob. cit., pág. 91; por su parte, MUÑOZ CONDE, F. admite la protección de datos reservados —situación financiera de la empresa, relaciones con Hacienda, etc.— de la intimidad del empresario colectivo por la vía del art. 200 CP (*vid. Derecho penal...*, ob. cit., pág. 439); en este mismo sentido parece manifestarse CARBONELL MATEU, J. C./GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., en VIVES ANTÓN, T. S. y otros: *Derecho Penal...*, ob.cit., pág. 256.

<sup>38</sup> JORGE BARREIRO, A.: «El delito de revelación de secretos profesionales y laborales», *La Ley*, n.º 4038, 1996, pág. 4.

obren en sus archivos datos sobre personas físicas que afectan a su intimidad. En consecuencia, la distinta naturaleza del bien jurídico protegido fija ámbitos separados de aplicación para estos tipos. Algo que queda, además, corroborado por el inciso final del propio art. 200 CP, en el que se limita su aplicación «salvo lo dispuesto en otros preceptos de este Código».

En *segundo término*, de aceptarse que los secretos empresariales tienen cabida en el art. 200 CP, se llegaría a una conclusión que, respecto de la relación de los arts. 199 y 279 CP, pondría en entredicho el principio de igualdad. En efecto, la distinta penalidad establecida en los números 1 y 2 del art. 199 CP —justificada por la distinta intensidad de la obligación de reserva en las relaciones de tipo laboral o asimiladas y en las de carácter profesional— dejaría de tener sentido si lo revelado fuera un secreto empresarial. Así, en tal caso, al ser aplicable —por razones de especialidad<sup>39</sup>— el art. 279 CP, para los sujetos incluidos en el número 1 del art. 199 CP la conducta se vería agravada por el hecho de afectar a un secreto empresarial —sólo la pena de prisión pasaría de un marco de uno a tres años a otro de dos a cuatro años—, mientras que, en cambio, para los profesionales a los que alude el número 2 del art. 199 CP la pena de prisión de dos a seis años se vería reducida a la de dos a cuatro años, por el mismo motivo —afectar a un secreto empresarial—. No se acierta a comprender porqué la revelación de secreto empresarial tiene que producir estas diferencias valorativas.

Ahora bien, sin perjuicio de lo manifestado, es posible que —como sugiere alguna de las resoluciones analizadas— el objeto de un secreto empresarial —en particular, comercial— como las listas de clientes pueda llegar a integrar datos relativos a personas físicas que afecten a su intimidad. De ser esto así, entiendo que podría existir un concurso ideal de delitos entre los tipos que protegen la intimidad personal y los que protegen el secreto empresarial. Pero para ello será necesario algo más —que la mera enumeración de nombres, apellidos y teléfonos de tales individuos— que permita constatar una verdadera afectación de su intimidad personal, más allá de la explotación económica de tales datos.

---

<sup>39</sup> Tengo mis dudas acerca de la existencia de una relación de especialidad entre estos tipos, pues si en el art. 279 CP el objeto —el secreto empresarial— es más específico, en el art. 199 CP la especificación se refiere a los sujetos activos. Ello indica que secreto empresarial y secreto profesional y/o laboral son categorías independientes, que se configuran desde perspectivas diversas. Lo que no obsta para que en casos concretos puedan llegar a tener ámbitos comunes (*vid.* sobre el particular, CARRASCO ANDRINO, M. M.: *La Protección Penal...*, ob. cit., págs. 129 y ss.).

## 6. La cuestión del perjuicio económico en la revelación de secretos empresariales

La sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa es la primera en la que se ha analizado la aplicación del tipo de utilización en provecho propio del art. 279 CP. En ella se discute si dos antiguas empleadas de una agencia de intermediación inmobiliaria que, después de despedirse de ésta, constituyen su propia agencia dedicada a la misma actividad, se han servido o no de las listas de propietarios de viviendas, a las que tuvieron acceso cuando trabajaban en aquélla. Pues bien, de diversas consideraciones<sup>40</sup> que aparecen en la sentencia parece que se está pensando en la necesidad de que concurra un cierto quebranto económico para que la utilización del secreto empresarial sea típica. Se incide, con ello, en dos cuestiones: de una parte, cuál sea el significado que debe atribuirse a la expresión típica «en provecho propio» y, de otra, cuál sea la razón de la menor pena asignada por el legislador a este supuesto típico<sup>41</sup>. Con respecto a la primera, la doctrina se encuentra dividida, estimándose por algunos autores que dicha referencia típica lo es al resultado material del delito<sup>42</sup>, sin que por ello la obtención del tal provecho tenga «que ser entendida como reveladora de la producción de un resultado lesivo».

---

<sup>40</sup> Así, en el fundamento de derecho cuarto se dice que «el letrado defensor de ambas principalmente indicó (...) que tampoco se había acreditado perjuicio alguno», manifestándose abiertamente, en el quinto, que la duda sobre el carácter secreto de la información «adquiere una mayor entidad desde el momento en que se reconoció como no habían «pisado» las acusadas ninguna operación a la actora anunciante, reconociendo que lleva implícitamente la inexistencia de perjuicio económico alguno».

<sup>41</sup> A mi modo de ver el tipo de utilización en provecho propio no constituye un verdadero tipo atenuado del de revelación previsto en el párrafo primero del art. 279 CP, pues, como tal tipo atenuado su conducta típica —la utilización— debería encontrarse comprendida dentro de la difusión o la revelación del párrafo primero. Pero lo cierto es que ni la revelación implica utilización, ni la utilización tiene porqué suponer la revelación del secreto. Son, por ello, tipos independientes con algunas características comunes, concretamente, el objeto de la acción y el sujeto activo (de esta opinión, también CARBONELL MATEU, J. C., en VIVES ANTÓN, T. S. y otros: *Derecho penal...*, ob. cit., pág. 473).

<sup>42</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal Económico. Parte Especial*, Valencia, 1999, pág. 84; JORDANA DE POZAS, L.: «Comentario al art. 279 CP», en CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C. (Dir.): *Código Penal, Doctrina y Jurisprudencia*, t. II, Madrid, 1997, pág. 2981; GONZÁLEZ RUS, J. J., en CARMONA SALGADO, C. y otros: *Curso de Derecho...*, ob. cit., pág. 802, quien lo interpreta como perjuicio para la capacidad competitiva de la empresa titular del secreto y beneficio para el autor, sin que tenga que ser de naturaleza necesariamente económica.

En mi opinión, son varias las razones que avalan la consideración de *elemento subjetivo del injusto*<sup>43</sup>. *Primero*, esta específica finalidad permite seleccionar entre las conductas de utilización, aquellas que pueden entrar en colisión con el interés económico del titular al mantenimiento de la reserva, excluyendo usos con fines no competitivos —por ejemplo, científicos o artísticos—. *Segundo*, porque la efectiva obtención de un beneficio económico convertiría a este tipo penal en un delito de resultado, de manera que se acabaría castigando con menor pena lo que constituye un resultado más grave, pues el tipo de revelación del párrafo primero del art. 279 CP —más gravemente penado— tan sólo requiere un peligro abstracto para el bien jurídico<sup>44</sup>. Es cierto que —como ha señalado algún autor<sup>45</sup>— no tiene porqué coincidir el beneficio obtenido con el resultado lesivo del tipo en cuestión, esto es, con la efectiva lesión del interés económico del titular del secreto. Sin embargo, no es menos cierto que cuando esta coincidencia se dé —algo frecuente en la práctica— se producirá la distorsión a la que acabo de referirme. A este respecto no hay más que pensar en la competencia diferencial que se trata de evitar tras la extinción de un contrato de trabajo con la firma de un pacto de no concurrencia. *Tercero*, porque exigir el provecho propio como resultado material conduce a hacer depender la consumación de un dato no siempre controlable por el sujeto activo, cual es el que la operación económica de puesta en

<sup>43</sup> Así también SUÁREZ GONZÁLEZ, C. J., en BAJO FERNÁNDEZ, M. (Dir.): *Compendio...*, ob. cit., pág. 538; PÉREZ DEL VALLE, C.: *Cuadernos de Derecho Judicial...*, ob. cit., págs. 123 y 124.

<sup>44</sup> Así, también PÉREZ DEL VALLE, C.: *Cuadernos de Derecho Judicial...*, ob. cit., págs. 123 y 124; reconoce la naturaleza de delito de peligro sin pronunciarse sobre el carácter abstracto o concreto, SUÁREZ GONZÁLEZ, C. J., en BAJO FERNÁNDEZ, M. (Dir.): *Compendio...*, ob. cit., pág. 538. En el mismo sentido, CARBONELL MATEU, J.C., en VIVES ANTÓN, T. S. y otros: *Derecho penal...*, ob. cit., pág. 473. Por su parte, MORALES PRATS, F./MORÓN LERMA, M. J. lo califican de delito de peligro concreto. No obstante, no exigen la existencia de un peligro efectivo para el bien jurídico, sino sólo que «difundir, revelar o ceder un secreto de la empresa posee idoneidad suficiente y concreta para lesionar la capacidad competitiva de dicha empresa» (en QUINTERO OLIVARES, G./MORALES PRATS, F. (Dir./COORD.): *Comentarios...*, ob. cit., pág. 659).

<sup>45</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho penal...*, ob. cit., pág. 84, sostiene que la obtención de un beneficio propio no tiene porque comportar una lesión efectiva del bien jurídico protegido, esto es, una lesión de la capacidad competitiva de la empresa, explicando la menor cantidad de pena precisamente en un menor desvalor de resultado, entendido como «menor extensión de la lesividad de la conducta» (*ibidem*, pág. 85). No acierto a ver una mayor extensión de la lesividad —leasé de la afectación de la capacidad competitiva— en la conducta de revelación que en la de utilización, pues la obtención de un provecho económico con la utilización de la información reservada —a mi parecer— representa una mayor proximidad del peligro al bien jurídico que la que pueda derivarse de una mera transmisión a tercero, de la que, en cambio, no se deduce una inmediata utilización en el mercado.



funcionamiento del secreto llegue a buen fin. *Cuarto*, porque, entendida dicha expresión típica como resultado material del delito, no se comprende porqué limitarla sólo al provecho propio, sin incluir el que se realiza en provecho ajeno, igualmente atentatorio para el interés económico del empresario. Mientras que si, en cambio, el «en provecho propio» se configura como elemento subjetivo del injusto, la concreta finalidad de la conducta típica permite incriminar precisamente los supuestos que tradicionalmente quedaban excluidos de los tipos de revelación y difusión de secreto empresarial<sup>46</sup>. Así, mientras la utilización en propio provecho normalmente no conllevará la revelación del secreto a un tercero, la que se realiza en provecho ajeno —como forma de transmisión a un tercero— queda abarcada por el tipo de revelación del primer párrafo. A ello se une el que cuando el legislador ha querido constatar la existencia de un perjuicio en los delitos del Título XIII, lo ha hecho de forma inequívoca. Así, por ejemplo, en materia de delitos societarios el art. 290 CP se refiere, en su párrafo primero, expresamente a la idoneidad de la conducta para causar un perjuicio económico y, en su párrafo segundo, a la causación efectiva del mismo. A la misma conclusión se llega en el art. 295 CP, en el que además se emplea una expresión —«en beneficio propio o ajeno»— semejante a la del art. 279 CP<sup>47</sup>.

No obstante, la cuestión más controvertida de este tipo penal es la del fundamento de la atenuación de la pena frente al tipo de revelación del primer párrafo, ya que, al igual que éste, se trata de un delito de peligro abstracto. A lo que se suma el dato de ser, además, el supuesto más frecuente en la práctica. Las explicaciones que se han dado por la doctrina han sido diversas, desde quien considera que en esta hipótesis se «recorta menos la capacidad competitiva de la empresa en el mercado»<sup>48</sup> hasta quienes sostienen que el ataque al bien jurídico se ve retardado, pues el sujeto activo necesita poner en funcionamiento su propia empresa para explotar la información reservada, lo que, además, per-

---

<sup>46</sup> PRATS CANUT, J. M.: *Cuadernos de Derecho Judicial...*, ob. cit., pág. 200; GONZÁLEZ RUS, J. J., en CARMONA SALGADO, C. y otros: *Curso de ...*, ob. cit., pág. 802; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho penal...*, ob. cit., págs. 82 y 83, recogiendo la bibliografía relativa al Código penal derogado.

<sup>47</sup> Esta es la opinión dominante en la doctrina (vid. DEL ROSAL BLASCO, B.: *Los delitos societarios en el Código penal de 1995*, Valencia, 1998, pág. 146; FARALDO CABANA, P.: *Los Delitos societarios*, Valencia, 1996, págs. 155 y 156; CASTRO MORENO, A.: *El delito societario de administración desleal*, Madrid, 1998, pág. 444; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal...*, ob. cit., págs. 277 y 278, quien critica la utilización de un elemento subjetivo del injusto en un delito de lesión como el del art. 295 CP; lo estima, sin embargo, correcto, NIETO MARTÍN, A.: *El Delito de administración fraudulenta*, Barcelona, 1996, págs. 286 y ss.).

<sup>48</sup> TERRADILLOS BASOCO, J.: *Derecho Penal de la Empresa*, Madrid, 1995, pág. 173.

mite *a priori* un mayor acotamiento del ámbito de la competencia ilícita frente al más indeterminado de la revelación o difusión<sup>49</sup>. En este mismo sentido de fundar la atenuación de la pena en un menor desvalor de resultado se ha manifestado Martínez-Buján Pérez, para quién la utilización del secreto por un sujeto que ya tenía conocimiento del mismo tiene una potencialidad lesiva menor que la que puede provenir de una conducta de revelación o difusión<sup>50</sup>. En mi opinión, el fundamento de la atenuación no puede buscarse en una menor afectación de la capacidad competitiva del titular del secreto sólo por el hecho de que quien lo utiliza es un antiguo empleado. Me parece que tan acotado está el ámbito de competencia ilícita cuando proviene de un tercero —al que se le ha transmitido previamente la información reservada— como cuando proviene de un ex empleado que constituye su propia empresa<sup>51</sup>. Si se quiere ver una menor potencialidad lesiva de la conducta de utilización, ésta no puede referirse a la capacidad competitiva de la empresa, sino a la situación de reserva sobre la que se funda la propia existencia del bien económico que la protección jurídica del secreto empresarial representa. En efecto, en cuanto que la utilización se realiza en provecho propio, esto es, usando del conocimiento reservado sin transmitirlo a terceros, con la finalidad de obtener un beneficio económico, la información reservada no sale del círculo de sujetos autorizados a conocerla. No hay quiebra de la preclusión de la reserva y, por tanto, no hay peligro de destrucción del bien económico que sobre ella se construye. Sólo en este sentido puede hablarse de un menor desvalor de resultado. No obstante, no parece que haya sido ésta la idea del legislador, pues en el caso más grave —el de difusión del secreto—, en el que se produce la destrucción de la situación de reserva y, por tanto, del bien económico, no se ha previsto una correlativa agravación de la pena. A mi modo de ver, la explicación de la menor pena debe buscarse en un menor desvalor de acción en la conducta de utilización en provecho propio frente a la de revelación o difusión, en el sentido de que, por una parte, la utilización en provecho propio no exige el quebrantamiento de la obligación de reserva<sup>52</sup>, y por otra, por la consideración

---

<sup>49</sup> MORALES PRATS, F./MORÓN LERMA, M.J., en QUINTERO OLIVARES, G./MORALES PRATS, F. (dir./coord.): *Comentarios...*, ob. cit., pág. 660.

<sup>50</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal...*, ob. cit., págs. 84 y 85.

<sup>51</sup> Precisamente, desde un punto de vista criminológico, se ha constatado que los ataques al secreto de empresa suelen provenir del antiguo empleado, bien porque constituye su propia empresa y entra en competencia con su antiguo empleador, o bien porque traba contacto con un competidor al que transmite la información reservada (cfr. KRAGLER, P.: *Schutz des geheimen Know-how*, Bobingen, 1987, págs. 82 y ss.).

<sup>52</sup> Creo que este pensamiento es el que inspira a PÉREZ DEL VALLE, C. a sostener que « se quiere atenuar la pena a quien actúa en favor de si mismo, en la medida que

del derecho al progreso profesional, junto a las dificultades prácticas de deslindar lo que es experiencia y habilidades profesionales y lo que es objeto de un secreto empresarial, aconsejan una mayor incidencia del interés del trabajador en estas hipótesis<sup>53</sup>.

En consecuencia, no será necesario que el juzgador constate ni la existencia de un detrimento económico de ningún tipo respecto del titular del secreto, ni tampoco de un beneficio económico por parte del autor, para que el tipo de utilización en provecho propio se realice, pues éste, al igual que el de revelación, es un delito de peligro abstracto<sup>54</sup>.

---

no se introduce en un conflicto ajeno» (*Cuadernos de Derecho Judicial...*, ob. cit., pág. 124). Lo interpreta, sin embargo, como un menor desvalor de resultado, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho penal...*, ob. cit., pág. 85.

<sup>53</sup> A este último aspecto alude GONZÁLEZ RUS, J. J. cuando afirma que con ello «en cierto modo se está beneficiando de lo que en mayor o menor grado es fruto de su propio esfuerzo» (en CARMONA SALGADO, C. y otros: *Curso de...*, ob. cit., pág. 802).

<sup>54</sup> No obstante, como ha quedado manifestado, MORALES PRATS, F./MORÓN LERMA, E., en QUINTERO OLIVARES, G./MORALES PRATS, F. (Dir./coord.): *Compendio...*, ob. cit., pág. 659, interpretan la idoneidad de la conducta para afectar al bien jurídico protegido como expresión de un peligro concreto, frente a la postura mayoritaria que lo identifica con el peligro abstracto (*vid.* nota número 44).