

Protección jurídica del conocimiento tácito. Estudio empírico en el sector alimentario

M^a Rosario González Dieste, Juan M^a Espinosa Pascual, Miguel Ángel Camino López

Área de Organización de Empresas. Escuela Politécnica Superior. Universidad de Burgos. C/ Villadiego s.n. 09003 Burgos, mrgonzalez@ubu.es, jespinos@ubu.es, macamino@ubu.es

Resumen

El sector alimentario se caracteriza, entre otros signos, porque con frecuencia la transmisión de conocimiento estratégico, se realiza de forma verbal a los empleados, que además en muchas ocasiones son trabajadores temporales que pueden revelar esas fórmulas secretas a terceros. En vista de lo cual, vamos a intentar proteger jurídicamente ese conocimiento clave para que las empresas alimentarias (grandes y pequeñas) sigan siendo competitivas.

Palabras clave: Gestión del conocimiento, sector alimentario

1. Introducción

La sociedad actual, denominada sociedad del conocimiento, otorga especial relevancia al conocimiento humano, como fuente de riqueza de las empresas. Este conocimiento debe ser protegido jurídicamente desde una doble vertiente:

1. Frente a posibles espionajes, teniendo en cuenta la facilidad en el intercambio de información que caracteriza la época en la que nos encontramos.
2. 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.

Si bien a nivel económico-organizativo, se aprecia esta importancia del conocimiento “esté expresado en un medio material o no”, como variable determinante del éxito de las empresas, a nivel jurídico nos encontramos en un estadio menos evolucionado.

2. Tipos de conocimiento

2.1. En primer lugar, podríamos establecer una **clasificación en función de los resultados que puede generar el conocimiento**, analizando si los conocimientos que generan los trabajadores de la empresa suponen un paso inventivo, es decir, descubrimientos novedosos para la empresa o, por el contrario, cuando el trabajador viene desempeñando una actividad en la empresa y adquiere conocimientos y los une a sus aptitudes y experiencia, no se convierten en innovaciones sino únicamente en una mejora de su saber hacer, de su forma de actuar en la empresa. Así, podemos plantear dos tipos de conocimientos:

- a) Conocimiento que supone una invención.
- b) Conocimiento que únicamente genera una mejora en el proceso productivo.

2.2. En segundo lugar, el conocimiento puede estar **clasificado en función de quién es el propietario del mismo** y así:

- Conocimientos aportados por la empresa y, por consiguiente, propiedad de la empresa
- Conocimientos propios del trabajador: propiedad del trabajador

Para averiguar quién es el propietario del conocimiento (empresario o trabajador), debemos acudir a la Ley de Patentes que regula el régimen jurídico de las invenciones laborales (que suponen un paso inventivo) y a partir de ahí, poder deducir quién es el propietario del conocimiento, aplicando un método analógico. Así nos encontramos con:

- a. Invenciones que pertenecen al empresario, en este grupo se incluyen: *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 que pertenecen al trabajador son las *Invenciones libres*, que pertenecen al trabajador: 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.

Si éste es el régimen aplicable a las invenciones laborales podría aplicarse igualmente para descubrir quién es el propietario del conocimiento (que redunde en una mejor ejecución de las tareas en cada puesto de trabajo), aunque no suponga un paso inventivo.

En cuanto a los conocimientos aportados por la empresa y, por consiguiente, propiedad de la misma, tendríamos todos los conocimientos que se han adquirido por las siguientes fuentes:

- Formación aportada por la empresa
- Transferencia de conocimiento por parte de la organización

En cuanto a los conocimientos propios del trabajador, debemos tener en cuenta que se introducen en la mente de las personas por las siguientes fuentes de adquisición:

- Capacidades y habilidades del individuo
- Conocimiento existente adquirido con anterioridad
- Experiencia
- Verdad práctica
- Modelo mental del individuo
- Intuición
- Interacción con otras personas del entorno
- Observación de la forma de realizar las tareas por parte de compañeros
- Detección y resolución de problemas
- Aprendizaje mediante errores anteriormente cometidos
- Saber hacer sus tareas dentro de la organización
- Actualización del conocimiento

2.3. Por otra parte podemos establecer una **distinción del conocimiento en función de las ventajas competitivas que aporte a la organización** y así nos encontramos con:

- Conocimiento estratégico: aquel conocimiento clave o esencial que sólo conoce nuestra organización, que por tanto es desconocido por la competencia y que por tanto nos genera la producción de productos inimitables si no se conoce citado conocimiento (bien en su totalidad, en alguno de sus componentes o en la forma de ejecutarlo) y, por consiguiente, aportan una enorme ventaja competitiva a la empresa.
- Conocimiento trivial: aquel conocimiento que puede ser conocido por la competencia por ser público y no confidencial y que, por consiguiente no aporta ventajas competitivas a la empresa.

2.4. Por último, el conocimiento **tiene diferente valor en función de la accesibilidad que tenga y de la capacidad de formalización** del mismo. De las clasificaciones existentes, la más reconocida y relevante y, por ello, la que hemos aceptado para realizar nuestro análisis es la distinción entre conocimiento explícito y conocimiento tácito.

Conocimiento explícito, es de naturaleza formal, por lo que se puede encontrar sistematizado y disponible en diferentes formatos, como datos, fórmulas, procedimientos codificados, principios universales, reglas generales, procedimientos estandarizados, textos escritos, etc. Los libros, documentos, informes, cursos de capacitación, clases y conferencias están entre los medios más comunes para facilitar el acceso y transferencia de este tipo de conocimiento.

Conocimiento tácito, es de carácter informal, personal o social, y complejo de expresar de forma sistematizada, que poseen los actores del contexto donde se desarrolla cualquier actividad humana, incluso dentro de las organizaciones.

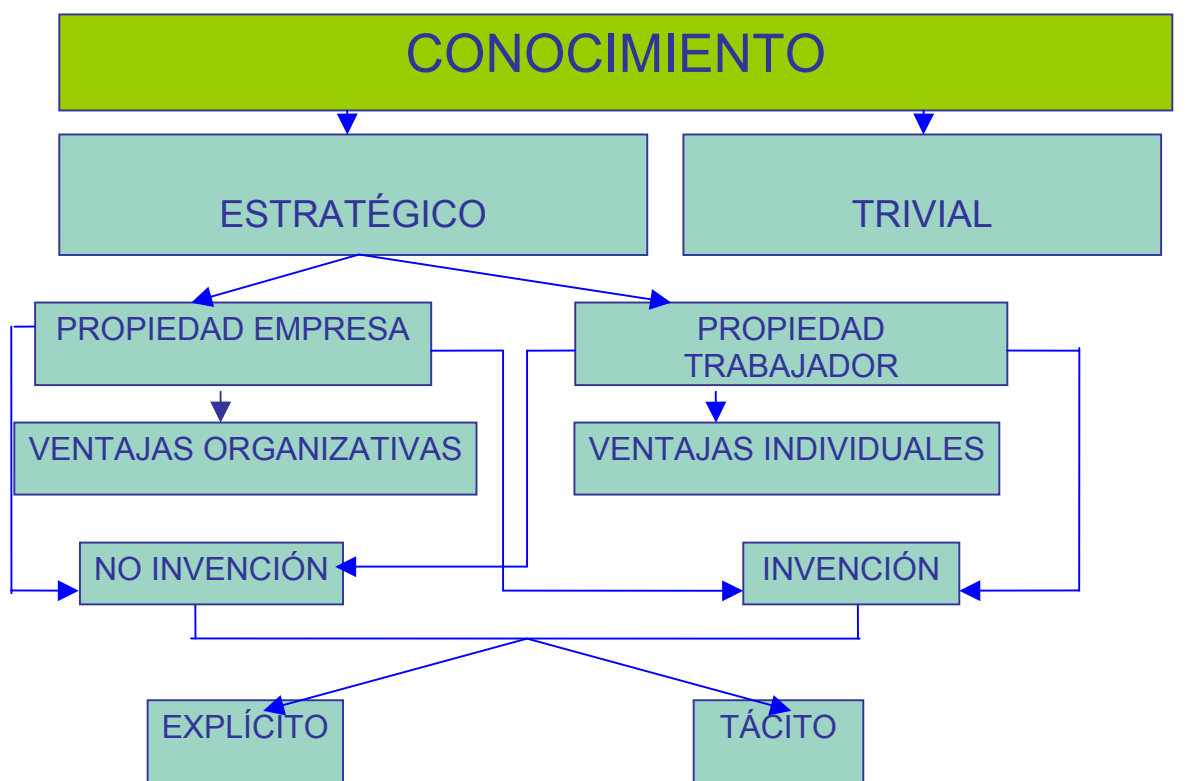


Figura 1. Categorías del conocimiento
Fuente. Elaboración propia.

3. Protección jurídica del conocimiento

3.1. Protección jurídica del conocimiento explícito

El conocimiento explícito (entendido como aquél que puede ser expresado en un lenguaje formal, sistematizado y compartido en forma de datos, fórmulas, especificaciones y manuales, que puede ser fácilmente procesado, almacenado y transmitido y que es fácil de evaluar como activo intangible de la empresa), goza de una excelente protección jurídica en nuestro ordenamiento jurídico, en cualquiera de los cinco ámbitos: constitucional, civil, mercantil, laboral y penal.

3.1.1. Ámbito constitucional

- Derecho fundamental a la producción y creación técnica. Si consideramos este derecho como un derecho civil, sólo a partir de la materialización de la obra, obtiene protección. 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.

- Obligación de guardar secreto versus libertad de expresión. Al relacionar la obligación de guardar secreto por parte de los trabajadores de una empresa con el derecho fundamental a la libertad de expresión, observamos que un contrato de trabajo no implica la privación, para el trabajador, del derecho a expresar y difundir libremente sus pensamientos, ideas y opiniones, que permite a un trabajador pertenecer a un sindicato. Pero 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 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.

3.1.2. Ámbito civil

La propiedad industrial y la propiedad intelectual tienen unos rasgos comunes con 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*. Es decir, sólo se admite la protección civil del conocimiento explícito.

3.1.3. Ámbito mercantil

La Ley de Competencia Desleal, exige como requisitos para que una conducta sea calificada como desleal:

- Que el acto se realice en el mercado y con fines concurrenciales
- Que el acto sea objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe.
- Que el acto sea susceptible de causar daño.

- Intencionalidad: la voluntariedad no tiene relevancia para considerar un acto de desleal, pero cuando el acto se reputa desleal por violación de secretos, exige que se realice con la intención de obtener un beneficio propio o para tercero.

La revelación de secretos de empresa como causa de competencia desleal. Entre los actos calificados como desleales (actos de confusión, imitación, engaños, revelación de secretos, pluriempleo) cobra especial interés para este estudio, la violación de secretos empresariales, recogido en el artículo 13 de la Ley que reza: “*la divulgación o explotación, sin autorización de su titular, de secretos industriales o de cualquier otra clase de secretos empresariales a los que se hay tenido acceso legítimamente, pero con deber de reserva o ilegítimamente*”.

¿Esta obligación debe subsistir una vez extinguida la relación laboral? En principio y como regla general, la ley entiende que el trabajador no puede usar y divulgar secretos de su antiguo empleador aun cuando ya no les une un vínculo contractual, pero se admite la excepción cuando esos conocimientos han pasado a formar parte de su capacidad profesional (son triviales).

El segundo supuesto que contempla el artículo 13 de citada Ley se refiere a divulgación de secretos a los que se acceda de forma ilegítima, entre los que se encuentra el espionaje industrial o cualquier tipo de sustracción de conocimientos por parte de terceros, ya sea de forma directa o indirecta, es decir, mediante inducción por parte de un tercero a que se cometa una infracción contractual por parte de un empleado.

3.1.4. Ámbito laboral

- *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, 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. Si el trabajador revela secretos considerados de tal gravedad que transgredan la buena fe contractual dicho trabajador puede incurrir en causa justa de despido y el empleador podrá reclamar del trabajador una indemnización por el perjuicio causado. El incumplimiento contractual del trabajador, ha de ser grave y culpable, para que pueda constituir causa de despido. 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 trasgresión 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 estratégicos 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.

- El Estatuto de los Trabajadores permite, asimismo, celebrar con el trabajador *pactos de no concurrencia* durante la relación laboral, *acuerdos de confidencialidad*, pactos de no concurrencia postcontractuales y *pactos de permanencia* en la empresa, cumpliendo unos requisitos; estos acuerdos serán de gran trascendencia a la hora de aplicar un modelo para proteger el conocimiento en la empresas.

3.1.5. Ámbito penal

El Código Penal de 1995, en varias secciones del su articulado, establece un sistema protector del conocimiento. Pero en la mayoría de los supuestos (artículos 270, 273, 278, etc.) se requiere que el conocimiento esté materializado en un soporte escrito o al menos en una base de datos. El único precepto en el que puede apreciarse que no es necesario que el conocimiento esté documentado es en el artículo 199 y así:

- 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.

3.2. Protección jurídica del conocimiento tácito

El conocimiento tácito, (entendido como el conocimiento personal y difícil de formalizar, que está sumergido en acciones, rutinas, procedimientos, valores, ideas y emociones, que es difícil de comunicar y transmitir a otros y es difícil de evaluar como activo intangible de la empresa), analizando los cinco órdenes jurídicos (constitucional, civil, mercantil, laboral y penal) concluimos con que obtiene una protección jurídica muy escasa.

En el único ámbito en el que se puede apreciar una protección jurídica del mismo, aunque muy simple, es en el ámbito constitucional al reconocer el derecho a la creación técnica como un derecho constitucional y no como un puro derecho civil y por ello no requiere materialización para poder ser protegido. Ahora bien, la Constitución ocupa el primer rango dentro de la jerarquía normativa y ninguna norma puede vulnerar ni contradecir su contenido por lo que la normativa de rango inferior debería ser adaptada a las exigencias constitucionales que no ponen límite a la protección del conocimiento tácito, que si bien hasta ahora no se ha contemplado, ahora empieza a vislumbrarse.

4. Estudio empírico en el sector de alimentación

Hemos escogido el sector de alimentación, al ser un sector en el que habitualmente se transmiten verbalmente las recetas secretas de las empresas (su conocimiento estratégico).

Para efectuar el análisis de datos, la metodología a emplear ha sido la realización de una encuesta, que se ha repartido en empresas del citado sector, incluyendo restaurantes, pastelerías, franquicias y empresas de alimentación.

a. Pequeños negocios de pastelería y restauración

- No suelen documentar por escrito sus recetas
- Comunican las recetas a sus trabajadores de forma verbal, sin indicarles que esa información es confidencial
- Los trabajadores no firman pactos de confidencialidad, ni de no competencia o permanencia en la empresa

b. *Empresas alimentarias*

- Suelen documentar sus recetas por escrito, incluso codificarlas
- Se comunican por escrito a los trabajadores, con indicación que esa información es confidencial
- Los trabajadores firman pactos de confidencialidad o pactos de no concurrencia o permanencia en la empresa

c. *Franquicias*

- Suelen documentar sus recetas por escrito, incluso codificarlas
- Se comunican por escrito a los trabajadores, con indicación que esa información es confidencial
- Sólo trabajadores cualificados, ejemplo gerentes de los puestos franquiciados, etc. firman pactos de confidencialidad o pactos de no concurrencia o permanencia en la empresa; el resto de empleados (ej. Repartidores, camareros, etc. no firman nada
- Los productos suelen llegar a las distintas tiendas preelaborados o precocinados (ej. Masa de las pizzas, o hamburguesas)

4.1. Formulación del modelo

La necesidad de crear un modelo para la protección jurídica del conocimiento tácito, esencialmente en el sector alimentario, está doblemente justificada. Por un lado para intentar que las normas legales se ajusten a los modelos económicos, en los que el conocimiento tácito es una variable determinante del éxito de las empresas. Por otro lado, como ya se ha indicado para solucionar los riesgos que se generan en las empresas ante la posibilidad de que ese conocimiento tácito que aporta ventajas competitivas a las empresas caiga en manos de la competencia.

Se aprecia cierta división entre los departamentos que gestionan los distintos componentes del modelo (producción, recursos humanos, asesoría jurídica), la eficacia del mismo la obtendremos mediante la interrelación entre esas áreas de gestión.

El modelo consta de cuatro componentes o variables que influyen en protección jurídica del conocimiento, para intentar una solución integral a estos problemas.



Figura 2. Modelo para la protección jurídica del conocimiento. Fuente: Elaboración propia

Componentes del modelo. El modelo consta de cuatro componentes que procedemos a desarrollar a continuación, así como de una conclusión final en la que se indican las ventajas que se obtendrían con la aplicación del mismo.

Componente 1. Política de recursos humanos. Para conseguir la eficacia de este componente el departamento encargado de su gestión (Recursos humanos) debe conocer previamente qué conocimientos deben poseer los trabajadores antes de iniciar la relación laboral y debe saber, igualmente, qué conocimientos van a ser aportados por la empresa (que serán aportados por el departamento de producción, en perfecta coordinación entre ellos). Asimismo, debe prever que el trabajador recibirá cursos de formación a cargo de la empresa o estancias en centros de aprendizaje. Toda esta información debe reflejarla en el contrato, deben recogerse por escrito e indicarse de forma expresa al nuevo trabajador.

Debe distinguirse en primer lugar qué conocimientos son triviales (es decir, no aportan una ventaja competitiva a la empresa que los conoce y utiliza) de aquéllos que denominamos estratégicos, es decir, que aportan la ventaja competitiva a la empresa y generan productos inimitables si no se conoce el componente o la fórmula, pues sólo respecto a estos últimos se puede exigir confidencialidad.

Asimismo se hace necesario obligar a los trabajadores a que firmen acuerdos de confidencialidad y pactos de no competencia o permanencia en la empresa. Una vez que se ha firmado el contrato de trabajo y, al mismo tiempo, el acuerdo de confidencialidad (o si es más conveniente el pacto de no competencia o permanencia en la empresa), es decir, una vez que comienza la relación laboral, el departamento de recursos humanos no se ve eximido de tener funciones sino que en este momento debe ejercer una función de supervisión o control, en relación a:

- qué conocimientos claves o estratégicos están siendo comunicados al trabajador
- si el experto está advirtiéndolo al trabajador que la información es propiedad de la empresa y por consiguiente es confidencial
- descubrir, en su caso, si el trabajador ha revelado secretos a la competencia para poder exigirle responsabilidades.

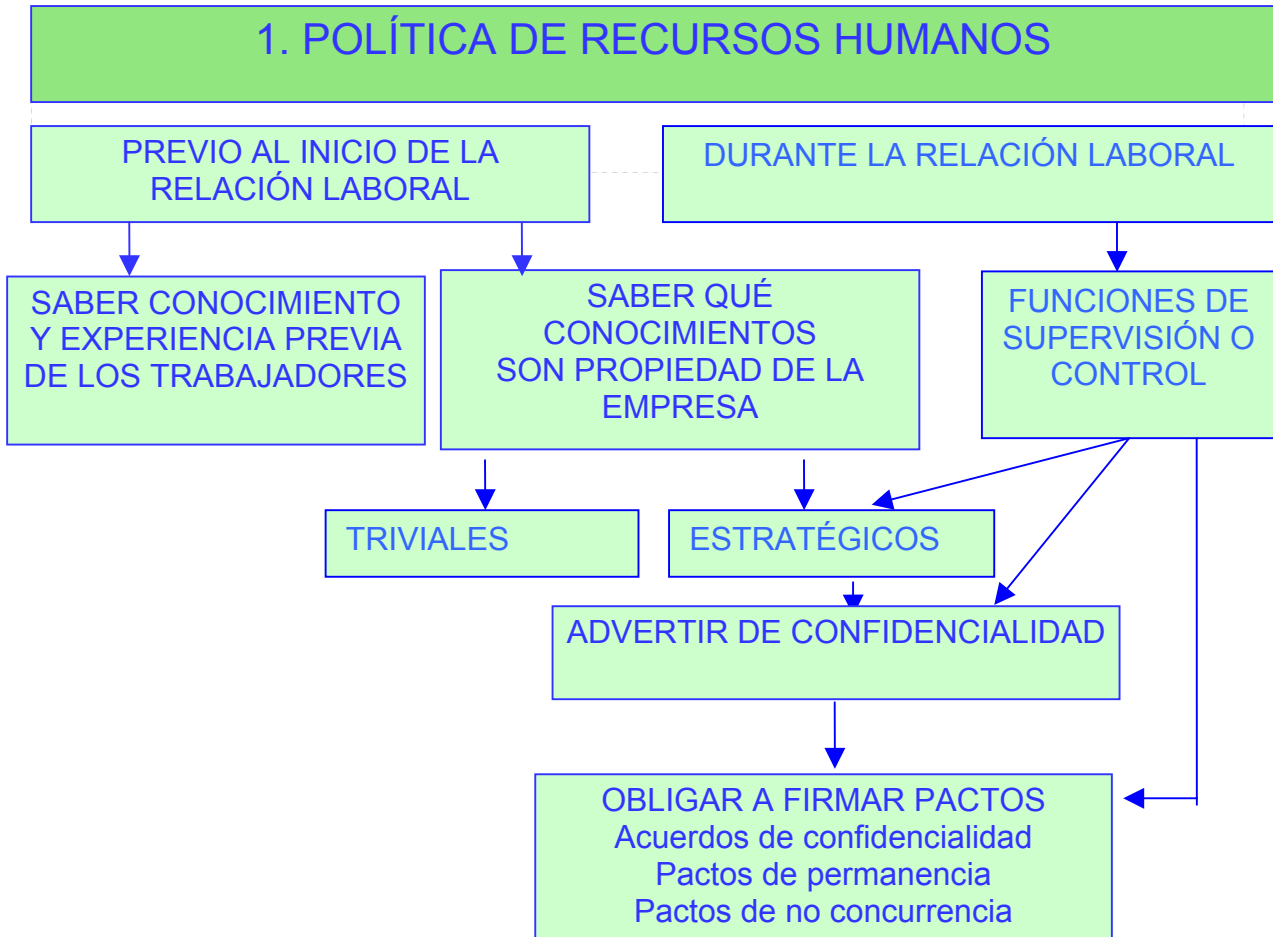


Figura 3. Componente 1, Política de Recursos Humanos. Fuente: Elaboración propia.

Componente 2. Conocimiento tácito. El conocimiento tácito debe convertirse en explícito mediante un método de gestión de conocimientos.

Componente 3. Vías o formas de transmisión del conocimiento. Debemos transmitir el conocimiento a los empleados de forma escrita o codificada, identificando claramente a qué trabajadores se debe transmitir el conocimiento estratégico (porque han firmado un acuerdo de confidencialidad o un pacto de permanencia) y teniendo una idea muy clara de que habrá trabajadores dentro de la organización a los que sólo se les debe comunicar el conocimiento trivial. Por otra parte, no debemos olvidar que hay que advertir a los trabajadores de forma frecuente de que el conocimiento que se les está aportando es confidencial y esa advertencia debe ser expresa, nunca confiando en que éstos lo saben porque se lo comunicaron cuando iniciaron la relación laboral.

Componente 4. Regulación jurídica. Ya se ha señalado anteriormente cómo el conocimiento tácito goza de una escasa regulación jurídica, en contraste con la excelente protección jurídica otorgada al conocimiento que está documentado o materializado.

Ventajas que ocasiona la protección jurídica del conocimiento tácito:

- distinción entre conocimiento trivial y estratégico
- el trabajador conoce las responsabilidades que se le pueden exigir
- exactitud de la fórmula secreta y transmisión exacta
- continuidad en caso de cese del trabajador experto
- protección jurídica adecuada
- satisfacción de la clientela, pues los productos serán idénticos los realice el experto o el trabajador en formación
- mayores beneficios económicos
- optimizar trabajo a la hora de formar a nuevos trabajadores

5. Conclusiones

A.- El secreto de empresa es un bien inmaterial con un valor económico importante, cuya apropiación ilegal (por apropiaciones de terceros o por revelaciones de empleados) afecta al orden competitivo del mercado.

B.- Hasta ahora, el Derecho nunca se ha preocupado de conceptos tales como conocimiento explícito o tácito, tan en boga en otras ramas, como es el sector económico, en el que desde hace años ya se habla de era del conocimiento y de su importancia como activo de la empresa.

C.- El otorgamiento de protección al conocimiento supondría un avance de gran trascendencia económica y jurídica. Desde el punto de vista económico representa, entre otros aspectos poner coto a la piratería que puede poner en peligro las inversiones en investigación del sector industrial. La seguridad jurídica dispensada por la protección del conocimiento tácito estimulará la investigación y abre expectativas de futuro para países menos desarrollados. Desde el punto de vista jurídico implicaría la puesta de manifiesto del pragmatismo del Derecho, que debe estar adaptado a la realidad del mundo en que vivimos y a las características de la sociedad en la que nos encontramos, altamente globalizada, con facilidad en el intercambio de información y con un alto índice de temporalidad en el empleo.

D.- Del resultado de la encuesta se observa que las pequeñas empresas tanto de restauración como de pastelería, no tienen documentados sus conocimientos, ni les indican a los trabajadores su confidencialidad, ni les hacen firmar acuerdos de confidencialidad, por lo que será difícil que puedan exigir a los trabajadores una indemnización de daños y perjuicios, si no toma alguna de las siguientes medidas:

- Convertir el conocimiento tácito en explícito mediante un método de gestión de conocimientos
- El departamento de producción debe calificar los conocimientos que emplean como triviales o estratégicos, siendo éstos últimos los que aportan ventajas competitivas y no deben ser conocidos por la competencia.
- Mediante cláusulas de prohibición de revelación de secretos (respecto del conocimiento estratégico) en los contratos a todos los empleados.
- Mediante la indicación a los trabajadores de que el conocimiento que se les aporta, aunque sea de forma verbal, es confidencial.
- Mediante la advertencia a los trabajadores de que la revelación de secretos puede ocasionarles el despido y una indemnización por los perjuicios causados.
- Mediante incentivos a los empleados.
- Mediante el requerimiento a los poderes públicos, para la modificación legislativa, orientada a la inclusión del conocimiento tácito como bien susceptible de protección jurídica.