

Cruces y límites entre la información sobre sostenibilidad de las empresas y el secreto empresarial

María Isabel Candelario Macías

Profesora titular de Derecho Mercantil.

Universidad Carlos III de Madrid (España)

icandela@der-pr.uc3m.es | <https://orcid.org/0000-0002-8646-9242>

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don José Ramón Navarro Miranda, doña Marlen Estévez Sanz, doña Esther de Félix Parrondo, don Ramón Fernández Aceytuno Sáenz de Santamaría, doña Esther Muñiz Espada y don Pedro Portellano Díez.

Extracto

En este trabajo se examinan dos instituciones y su conexión, como son, de un lado, el secreto empresarial como muestra de la innovación, investigación y desarrollo de una empresa. A tal efecto, se analiza desde su concepto y reconocimiento legal hasta los procedimientos y requisitos a observar para ser apreciado como secreto empresarial. De otro lado, se esboza la Directiva CSRD destinada a impulsar el informe de sostenibilidad que tienen que proporcionar determinadas empresas en orden a ayudar a la transición ecológica-sostenible y adoptar decisiones de inversión o mitigar los efectos derivados del cambio climático, ajustándose a los compromisos adquiridos en diferentes ámbitos de actuación. Delimitadas y planteadas ambas instituciones para comprender el alcance de cada una de ellas, se agrega un plus, y se pondera cómo pueden interrelacionarse, en particular, al demandar la Directiva CSRD en los informes sobre sostenibilidad de las empresas *la divulgación de información sobre los recursos inmateriales distintos de los reconocidos en el balance*. De aquí surgen varios interrogantes sobre los posibles conflictos de interacción entre ambos, y es lo que se ha puesto de manifiesto e interpretado de acuerdo con la legislación tanto europea como nacional, en orden a proporcionar claridad y poner de relieve los límites de esta problemática en el futuro más inmediato.

Palabras clave: secreto empresarial; información empresarial; sostenibilidad; activos intangibles; Directiva CSRD; legislación europea.

Recibido: 03-05-2023 / Aceptado: 08-09-2023 / Publicado: 03-06-2024

Cómo citar: Candelario Macías, M.^aI. (2024). Cruces y límites entre la información sobre sostenibilidad de las empresas y el secreto empresarial *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, 281, 37-74. <https://doi.org/10.51302/cefllegal.2024.19013>



Crossroads and limits between information on company sustainability and trade secret

María Isabel Candelario Macías

This work has been selected for publication by: Mr. José Ramón Navarro Miranda, Mrs. Marlen Estévez Sanz, Mrs. Esther de Félix Parrondo, Mr. Ramón Fernández Aceytuno Sáenz de Santamaría, Mrs. Esther Muñiz Espada and Mr. Pedro Portellano Díez.

Abstract

In this work, two institutions and their connection are examined, such as, on the one hand, trade secret as an example of the innovation, research and development of a company. To this end, it is analyzed from its concept and legal recognition to the procedures and requirements to be observed to be appreciated as a trade secret. On the other hand, the CSRD Directive is outlined, intended to promote the sustainability report, which certain companies must provide in order to help the ecological-sustainable transition and adopt investment decisions and/or mitigate the effects derived from climate change, adjusting to the commitments acquired in different areas of action. Having delimited and raised both institutions to understand the scope of each of them, a plus is added and how they can be interrelated is considered, in particular, by demanding the CSRD Directive in companies' sustainability reports for the disclosure of information about resources intangible assets other than those recognized in the balance sheet. From here several questions arise about the possible conflicts of interaction between the two and this is what has been revealed and interpreted in accordance with both European and national legislation, in order to provide clarity and highlight the limits of this problem in the more immediate future.

Keywords: trade secret; business information; sustainability; intangible assets; CSRD Directive; European legislation.

Received: 03-05-2023 / Accepted: 08-09-2023 / Published: 03-06-2024

Citation: Candelario Macías, M.^a I. (2024). Cruces y límites entre la información sobre sostenibilidad de las empresas y el secreto empresarial *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, 281, 37-74. <https://doi.org/10.51302/ceflegal.2024.19013>



Sumario

1. Introducción
 2. El secreto empresarial
 - 2.1. Terminología empleada
 - 2.2. Legislación aplicable
 - 2.3. Concepto legal y exigencias
 3. Información sobre sostenibilidad de las empresas
 - 3.1. La directiva CSRD
 - 3.2. Criterio sobre reporte de activos inmateriales
 4. A modo de conclusión
- Referencias bibliográficas

Nota: Este trabajo es resultado del aprovechamiento del Proyecto TED2021-130344B-I00, «Desafíos y Retos de la ordenación de las innovaciones de cambio climático», financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033 y por la UE NextGenerationEU/PRTR como IP. Asimismo, es fruto y se incardina dentro del proyecto PID2022-138339OB-I00, «Vacíos normativos y desarrollo progresivo de la Agenda 2030 y del principio de sostenibilidad. Especial relevancia para España», financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033/«FEDER. Una manera de hacer Europa».

1. Introducción

En la denominada «economía del capital humano»¹ o sociedad del conocimiento, tiene cada vez más predicamento y singularidad otro tipo de intangibles, que no se registran y cuyo valor estriba en mantenerse en secreto (metodologías de trabajo, bases de datos, técnicas de producción, información de clientes y desarrollos científicos)². Es verdad que el secreto empresarial no ha contado con una definición acabada, ni tampoco con un régimen legal uniforme hasta hace muy poco tiempo. El tratamiento de los secretos empresariales siempre se ha apreciado como un complemento o una alternativa a la protección jurídica, que reciben el resto de las creaciones intelectuales o industriales (derechos de autor, patente, modelo de utilidad, entre otros).

Se viene abundando en el planteamiento que las creaciones de invención e intelectuales resultan imprescindibles para asegurar una certera competencia en el mercado, siempre que estas se hallen debidamente amparadas y registradas (Gómez Segade, 2021). No obstante, multiplicar las patentes resulta muy costoso como estrategia empresarial, especialmente en Europa, donde, en ausencia de una patente internacional reconocida fuera de Europa, las empresas tienen que presentar sus patentes en cada país, derivado del principio de territorialidad, que rige a las diferentes modalidades de la propiedad industrial. La globalización y la cada vez más «cruda» y «despiada» competencia empujará a los Estados a diseñar protecciones internacionales para el correcto y buen funcionamiento del mercado, de ahí que se busquen otros mecanismos, que sean menos costosos que las patentes.

¹ Cfr., sobre el particular, Valencia Rodríguez (2005).

² Véase, como ejemplo, el hecho de que, durante la noche del 1 al 2 de octubre del año 2005, al fabricante francés Michelin le fue robado el neumático «mágico». Este neumático era un concentrado de tecnología, resultado de varios millones de euros en inversiones. Después de varios años de investigación y desarrollo, se convirtió en una innovación estratégica que permitió en esa temporada ampliar la brecha con sus competidores. Como consecuencia de este suceso, Michelin cambió su política de secreto. Para sus productos destinados al público en general, ahora, Michelin registra patentes. Hasta hace poco, el grupo había registrado muy pocas patentes por temor a revelar sus tecnologías a empresas competidoras. De todo ello se descuelga que las apuestas tecnológicas y económicas se convierten en un lujo de precauciones y secretos, que rodea esta disciplina. Cfr. la noticia en el diario francés *Le Monde*: «Victime d'espionnage, Michelin s'interroge sur son culte du secret» del 25 de octubre 2005. Caso Michelin en https://www.lemonde.fr/economie/article/2005/10/26/victime-d-espionnage-michelin-s-interroguesur-son-culte-du-secret_703515_3234.html

Es consabido que la creatividad y la innovación resulta ser un estímulo para el desarrollo y el crecimiento económico de hoy en día, además de propiciar el surgimiento de nuevos modelos empresariales basados en el uso exclusivamente de estas. Es por ello por lo que muchas organizaciones valoran sus secretos empresariales tanto como los otros tipos de derechos de la propiedad industrial (marcas, patentes, diseños industriales, etc.). Estos últimos, dentro del marco general del derecho mercantil, ya se encuentran muy instaurados y tutelados; sin embargo, el secreto empresarial, en comparativa, resulta más desconocido tanto en su extensión como en su modulación y reglamentación.

En parecida línea argumentativa, también se repite de forma continuada, es el hecho de que los datos y la información constituyen hoy en día uno de los valores de mayor importancia para la empresa y la economía contemporánea –planteamiento que no se pone en duda–, de ahí que el secreto empresarial y su reglamentación se hayan convertido en «piezas» claves y estrategias de gestión para proteger el buen devenir de cualquier empresa.

El secreto empresarial se concibe, *rectius*, como patrimonio empresarial³. A tal fin, las empresas innovadoras y las instituciones de investigación invierten grandes sumas de dinero en la adquisición, desarrollo y aplicación de conocimientos técnicos (*know-how*) e información comercial.

Igualmente, resulta cierto que la evolución de la tecnología ha aumentado los riesgos de vulneración de los datos. No resulta extraño que con la Directiva (UE) 2016/943⁴, relativa a la protección de los conocimientos técnicos y la información empresarial no divulgada, forme parte de una tendencia legislativa al nivel europeo para fortalecer la protección de los datos de las empresas (Falce, 2015). Y, en similar línea, nos encontramos con el Reglamento Europeo de Protección de Datos⁵, que entró en vigor el 25 de mayo de 2016, que también protege los datos, en este caso, los datos personales.

Sumado a lo expuesto, a su vez, hemos de mirar dentro del contexto global y digitalizado (Agra Viforcós, 2020, pp. 139 y 140) en que nos ubicamos, toda vez que nuestro entorno se encuentra amenazado por diferentes desafíos, ilustrados en el cambio climático⁶, con

³ Cfr., sobre este tópico, Massaguer Fuentes (2019), Girona Domingo (2022) y Ramos Gil de la Haza (2022).

⁴ Vid. Directiva (UE) 2016/943 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2016, relativa a la protección de los conocimientos técnicos y la información empresarial no divulgados (secretos comerciales) contra su obtención, utilización y revelación ilícitas. DOUE L 157, de 15 de junio de 2016. Interpreta esta disposición legal Bustillos Saiz (2020).

⁵ Cfr. Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos). DOUE L 119, de 4 de mayo de 2016.

⁶ En el plano nacional, la legislación generada en torno al cambio climático se recoge en <https://www.miteco.gob.es/en/cambio-climatico/legislacion/documentacion/normativa-y-textos-legales/default.aspx>

sus devastadores efectos en la economía, de modo que para preservar la sostenibilidad del planeta se hayan apostado por atender a determinados compromisos⁷ tendentes a lograr una economía descarbonizada y una neutralidad climática. En efecto, la sostenibilidad⁸ se convierte en el foco de atención pertinente sobre el cual tiene que girar desde la legislación⁹ hasta la actuación de todos los agentes y operadores en el mercado, tanto a nivel global¹⁰

⁷ A nivel de compromisos, sobre el particular, *cfr.* Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (CMNUCC), adoptada en Nueva York, 9 de mayo de 1992, en <https://unfccc.int/resource/docs/convkp/convsp.pdf>. Para abordar el cambio climático y sus impactos negativos, los líderes mundiales en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (COP21), en París, realizaron un avance más, el 12 de diciembre de 2015, con el histórico Acuerdo de París de 2015 sobre cambio climático, adoptado en la 21.^a Conferencia de las Partes de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático («Acuerdo de París»), en https://unfccc.int/sites/default/files/spanish_paris_agreement.pdf. También, *vid.* Estrategia Europea de Descarbonización a 2050 en https://ec.europa.eu/clima/sites/its/its_es_es.pdf. Siguiendo dentro del ámbito europeo, el Reglamento (UE) 2021/1119 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de junio de 2021, por el que se establece el marco para lograr la neutralidad climática y se modifican los Reglamentos (CE) n.º 401/2009 y (UE) 2018/1999 («Legislación europea sobre el clima») (DO L 243 de 9 de julio de 2021), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32021R1119>. Predica en su considerando 7: «La acción por el clima debe ser una oportunidad para todos los sectores de la economía de la Unión de contribuir a asegurar el liderazgo industrial en materia de innovación en el plano mundial». Y 11: «La transformación digital, la innovación tecnológica y la investigación y el desarrollo son también factores importantes para alcanzar el objetivo de neutralidad climática». Desde la óptica doctrinal, véase, *in extenso*, Kirchner y Kirchner-Freis (2013).

⁸ Para Noeliz García, «Desarrollo sostenible: el camino más certero en tiempos turbulentos», en <https://www.economista.es/actualidad/noticias/12002420/10/22/Desarrollo-sostenible-el-camino-mas-certero-en-tiempos-turbulentos.html>:

A medida que trabajamos para reducir el impacto que nuestro consumo tiene en el planeta, cada vez más empresas, en reconocimiento de esto, están tomando medidas para tratar de disminuir el impacto ambiental de sus productos y prácticas. Estamos ante una evolución natural, donde los pasos son cumplir la ley, en primer lugar; gestionar los impactos negativos; y maximizar los impactos positivos en todo aquello que tuviera que ver con el desarrollo económico, social, y ambiental. Según el informe del Pacto Mundial de la ONU España, en colaboración con la Fundación Canal, «ODS Año 7. Innovación para lograr la Agenda 2030: nuevos modelos de negocio sostenibles», prácticamente la mitad de las empresas españolas afirma estar llevando a cabo algún tipo de innovación con un enfoque en sostenibilidad y ODS, aunque solo el 16 % asegura que todas sus innovaciones están enfocadas en este sentido. Por tanto, el dato alarmante es que el 51 % del total no están llevando a cabo este tipo de innovaciones, fundamentalmente aquellas que no tienen un conocimiento profundo de la Agenda 2030.

⁹ En esta línea de actuación, nos podemos encontrar, entre otras, la Propuesta de Directiva del Parlamento y del Consejo, sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y por la que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937, COM (2022) 71 final, de 23 de febrero de 2022. Más en Comentario... (2021), Cohen Benchetrit (2022) y Guamán (2021).

¹⁰ Se sigue trabajando y ejemplo es la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (COP27) de Egipto, noviembre de 2022, en <https://www.europarl.europa.eu/news/es/agenda/briefing/2022-12-12/13/cop27-debate-sobre-el-resultado-de-las-negociaciones-sobre-clima-en-egipto>

como a nivel regional (UE)¹¹ o estatal¹². Con este panorama, nos encontramos, en primer término, con los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS), que fueron delineados el 25 de septiembre del 2015 por la Asamblea General de las Naciones Unidas¹³ (ONU) para abordar los grandes retos globales, que vino a perfilar una agenda y un compromiso de desarrollo que afronte desafíos y necesidades globales actuales, focalizándose en una programación de 17 grandes objetivos, que deberían cumplirse en 2030. Como se extrae del tenor de la propia Agenda 2030 de Desarrollo Sostenible, estamos ante una propuesta a observar de forma común: el desarrollo global y humano sostenible, teniendo muy presente que la agenda es global y tiene como destinatarios no solo a los ejecutivos-gobiernos de las naciones, sino que también incluye y compromete a empresas, organizaciones sociales y otros actores que operan a nivel internacional, nacional, regional y local.

En la misma sintonía, nos encontramos como manifestación de lo precedente un instrumento de *soft law*, como es el Pacto Verde Europeo¹⁴, destinado a integrar las diferentes herramientas y políticas para alcanzar una economía circular (Alenza García, 2020) y sostenible¹⁵. Bajo este contexto, hay que escudriñar acerca de la reciente Directiva (UE) 2022/2464¹⁶ del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de diciembre de 2022, por lo que

¹¹ A nivel europeo, *cfr.* Decisión (UE) 2022/591 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de abril de 2022, relativa al Programa General de Acción de la Unión en materia de Medio Ambiente hasta 2030, DOUE L 114/22, 12 de abril de 2022, en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32022D0591&from=ES>

¹² Ley 7/2021, de 20 de mayo, de cambio climático y transición energética. BOE n.º 121, de 21 de mayo de 2021.

¹³ *Cfr.*, más en <https://www.un.org/es/impacto-acad%C3%A9mico/page/objetivos-de-desarrollo-sostenible>

¹⁴ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 11 de diciembre de 2019: El Pacto Verde Europeo [COM(2019) 640 final]. «El Pacto Verde pretende disociar el crecimiento económico del uso de los recursos y garantizar que todas las regiones y ciudadanos de la Unión participen en una transición socialmente justa hacia un sistema económico sostenible, de manera que ninguna persona ni territorio se queden atrás. Va a contribuir al objetivo de crear una economía al servicio de los ciudadanos, reforzar la economía social de mercado de la Unión y garantizar que esté preparada para el futuro y genere estabilidad, empleo, crecimiento e inversión sostenible». En <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52019DC0640&from=ES>

¹⁵ Iniciativas interesantes sobre este particular, *cfr.*, Proyecto Visión 2050 del Consejo Empresarial Mundial para el Desarrollo Sostenible (WBCSD, en sus siglas en inglés), donde 29 empresas miembros del WBCSD han desarrollado una visión de un mundo centrado en la sostenibilidad de aquí a 2050, y una hoja de ruta que conduce a tal finalidad, siempre que se incorporen cambios fundamentales en las estructuras de gobierno, las reglas económicas, en los negocios y en el comportamiento de las empresas y los ciudadanos. Se ha hecho patente que esos cambios son necesarios, viables, y que ofrecen importantes oportunidades de negocios a las empresas que integran la sostenibilidad en su estrategia. La Visión 2050 reconoce que nos enfrentamos a tres retos sin precedentes: emergencia climática; pérdida de biodiversidad; aumento de las desigualdades. En <https://www.wbcsd.org/contentwbc/download/6532/110809/1>

¹⁶ Directiva (UE) 2022/2464 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de diciembre de 2022, por la que se modifican el Reglamento (UE) n.º 537/2014, la Directiva 2004/109/CE, la Directiva 2006/43/CE y la

respecta a la presentación de información sobre sostenibilidad por parte de las empresas¹⁷. Se proclama en el considerando 11 de la referida directiva:

En los últimos años se ha producido un aumento muy significativo de la demanda de información sobre sostenibilidad de las empresas, especialmente por parte de la comunidad inversora. Este aumento de la demanda se debe a la naturaleza cambiante de los riesgos a los que se enfrentan las empresas y a la creciente concienciación de los inversores sobre las implicaciones financieras de dichos riesgos. [...] En cierta medida, el aumento se habría producido, en cualquier caso, debido a la rápida evolución de la concienciación de los ciudadanos, las preferencias de los consumidores y las prácticas de mercado¹⁸.

El objetivo de este análisis, cabalmente, estriba en poner en correlación lo que es y supone el secreto empresarial con respecto a las obligaciones introducidas por la Directiva (UE) 2022/2464, en orden a proporcionar información sobre sostenibilidad por parte de las empresas y calibrar si pueden entrar en conflicto o, por el contrario, las normas delimitan correctamente sus ámbitos y contenidos de actuación, para, con ello, extraer inferencias interpretativas críticas y de aproximación a ambos textos legales y sus consecuencias.

2. El secreto empresarial

2.1. Terminología empleada

En lo tocante a la expresión «el secreto empresarial», cabe apuntar que en la legislación se emplean diferentes términos como: secreto comercial, industrial, profesional o em-

Directiva 2013/34/UE, por lo que respecta a la presentación de información sobre sostenibilidad por parte de las empresas. DOUE L 322, de 16 de diciembre de 2022. Al respecto, *vid.* Bienvenu (15 de diciembre de 2022).

¹⁷ *Cfr.* las reflexiones previas a la publicación de la disposición legal: Valmaña Ochaía (2021), Martí Moya, (2022) y Rodríguez Alcocer, (2022). También, *vid.* en https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12129-Presentacion-de-informacion-corporativa-en-materia-de-sostenibilidad_es

¹⁸ Se complementa con el tenor del considerando 28, al decir:

La lista de cuestiones de sostenibilidad sobre las que las empresas deben informar debe ser lo más coherente posible con la definición de los términos «factores de sostenibilidad» establecida en el Reglamento (UE) 2019/2088 y evitar un desajuste entre la información requerida por los usuarios de los datos y la información que han de presentar las empresas. Dicha lista también debe corresponder a las necesidades y expectativas de los usuarios y empresas, que a menudo utilizan los términos «medioambiental», «social» y «gobernanza» como medio para clasificar las tres cuestiones principales de sostenibilidad.

presarial¹⁹. Ciertamente es que en las últimas legislaciones el adoptado de forma preferente es el término «secreto empresarial», en lugar de los otros, toda vez que el mismo engloba o es más genérico en cuanto a las diferentes referencias, conocimientos, comportamientos, que bien pueden ser objeto de protección y, por ende, de secreto.

En efecto, si hacemos un recorrido por la legislación española –sin ir más lejos–, nos encontramos que el legislador español hace mención, en su ya modificado artículo 13 de la Ley de competencia desleal²⁰ (en adelante, LCD), a «secretos industriales o cualquier otra clase de secretos empresariales»; del mismo modo, el Código Penal se refiere a «secreto de empresa». En parecida línea, le siguen el Estatuto de los Trabajadores²¹ (ET), al hablar de «deber de sigilo», y la Ley de sociedades de capital²² (LSC), de «deber de reserva». Estos concretamente no mencionan el término, pero de alguna manera se entiende que el secreto empresarial²³ se encuentra implícito en ellos.

Como consecuencia, la Comisión Europea armonizó el secreto comercial para establecer un régimen común a todos los Estados miembros. La ya aludida Directiva (UE) 2016/943²⁴, relativa a la protección de los conocimientos técnicos y la información empresarial no divulgados, permite poner fin a las discordancias sobre el secreto empresarial existentes en los Esta-

¹⁹ Cfr., al respecto, Vega Justríbó (2017) precisa que

la protección jurídica del secreto en el ámbito empresarial y de la competencia permite identificar tres categorías diferenciadas: los secretos industriales, los secretos comerciales y las informaciones reservadas, concernientes a otros aspectos de la organización interna de la empresa, como son su situación financiera o proyectos de actuación y contratos (*know how*) o «saber hacer» (p. 758).

²⁰ Ley 3/1991, de 10 de enero, de competencia desleal (BOE N.º 10, de 11 de enero de 1991).

²¹ Real Decreto legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (BOE n.º 255, de 24 de octubre de 2015). También, T. Sheikh, «Los secretos comerciales y la lealtad de los empleados», en https://www.wipo.int/sme/es/documents/trade_secrets_employee_loyalty.html

²² Real Decreto legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (BOE n.º 161, de 3 de julio de 2010).

²³ Aprecia Vega Justríbó (2017):

El término «secreto comercial» ha sido objeto de críticas probablemente, es fruto de la incorrecta traducción del término inglés *trade secrets*, porque el calificativo «comercial» puede plantear la duda de no incluir el secreto industrial. No obstante, esta duda puede ser fácilmente superada desde el momento en que la Directiva alcanza tanto a los secretos comerciales como a los industriales. Quizá, hubiera sido más preciso referirse a los «secretos empresariales», denominación que comprende tanto el secreto comercial como el secreto industrial, acorde con el ánimo omnicompreensivo de la norma que considera tanto la innovación tecnológica como secretos de naturaleza económica, financiera organizativa, etc. (p. 775).

²⁴ Más información sobre la directiva en Niebel (2018). Más en «Protección de los secretos comerciales de las empresas», en [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/ATAG/2016/580872/EPRS_ATA\(2016\)580872_ES.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/ATAG/2016/580872/EPRS_ATA(2016)580872_ES.pdf). También en «Estudio de la transposición de la Directiva 2016/943 sobre secretos comerciales por parte de los Estados Miembros», en <https://www.abogacia.es/post-bruselas/estudio-de-la-transposicion-de-la-directiva-2016943-sobre-secretos-comerciales-por-parte-de-los-estados-miembros/>

dos miembros, que deben implementarla. Sin embargo, no olvidemos que cada país adopta un régimen propio, con especificidades que impiden la existencia de una armonización europea perfecta. Esas discordancias aparecen como un reto real en Europa²⁵. La protección se dispensa al titular de un secreto empresarial, que es cualquier persona física o jurídica que legítimamente ejerza el control sobre el mismo, y se extiende frente a cualquier modalidad de obtención, utilización o revelación de la información constitutiva de aquel que resulte ilícita o tenga un origen ilícito con arreglo a lo previsto en esta norma. Según un estudio de la Comisión Europea en relación con el papel de los secretos empresariales sobre la economía, con fecha de enero del año 2014²⁶, los secretos empresariales representan una pérdida de facturación del 56 %. De esta forma, la protección de estos secretos y el castigo de su violación permiten dinamizar la economía y limitar la pérdida de beneficios. Con este marco legislativo, se intenta mejorar las condiciones para el intercambio de conocimientos en el mercado interior.

2.2. Legislación aplicable

En lo que hace al marco legal que comparece para amparar y tutelar el secreto empresarial, es amplio y nos da muestras del valor intrínseco y singular de este instituto.

La primera definición oficial de la noción de secreto empresarial fue establecida por la Organización Mundial del Comercio (OMC). De hecho, los acuerdos relativos a los «Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio» (en adelante, ADPIC)²⁷, enumeran, entre otras cosas, los requisitos necesarios para la caracterización del secreto empresarial. Este acuerdo sobre los ADPIC, anexo 1C del convenio y por el cual se crea la Organización Mundial del Comercio (OMC), Ronda Uruguay de 1994, lo firmaron tanto Estados Unidos como la Unión Europea. Es a partir de aquí donde se comienza a dar una definición más uniforme al término «secreto comercial», destacándose en el artículo 39.2 como «la posibilidad de impedir la divulgación de información sin consentimiento cuando esta sea secreta, en el sentido de que no haya sido accesible al público; tenga valor comercial y haya sido objeto de protección».

Esta norma proporcionaba unas mínimas pautas a todos aquellos Estados miembros de la OMC, dejándoles a estos la posibilidad de expandir las protecciones. Esto causó que cada país miembro de la OMC tuviese diferencias que podían ser sustanciales a la hora de resolver un conflicto. De suerte que la nueva definición fue adoptada por numerosos paí

²⁵ Véase la opinión de la prensa en <https://europeanjournalists.org/blog/2016/04/14/adoption-of-the-trade-secrets-directive-by-the-european-parliament-investigative-journalism-must-be-guaranteed/>

²⁶ *Vid.* «La protection du secret des affaires dans l'Union Européenne», rapport présenté par Monsieur Jérôme FRANTZ et adopté à l'Assemblée générale du 11 septembre 2014». En https://data.over-blog-kiwi.com/0/12/22/11/20180401/ob_0bc8bc_protection-secrets-affaires-rapport-fr.pdf

²⁷ El acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, anexo 1C del Convenio por el que se crea la OMC firmado en 1994. (BOE n.º 20, de 24 de enero de 1995).

ses, pero queda una noción y una legislación muy a la carta y deformada. Podemos decir, no obstante, que en el año 2013, según la Organización Mundial de la Propiedad Industrial (OMPI/WIPO) esta «fórmula general de las leyes sobre secretos comerciales ha sido adoptada por más de 100 de los 159 miembros de la Organización Mundial del Comercio»²⁸. Gracias al acuerdo, los poseedores de secretos pueden acceder a procedimientos judiciales civiles con la garantía de la no divulgación del secreto (*cfr.*, arts. 42 a 49). Sin embargo, tal garantía no puede funcionar debidamente si existe un secreto industrial dispar y oscilante por culpa de la diversidad de las legislaciones nacionales.

Dentro del ámbito de la Unión Europea, nos encontrábamos con una situación diferenciada antes de la aprobación de la Directiva (UE) 2016/942 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2016, relativa a la protección de los conocimientos técnicos y la información empresarial no divulgados (secretos comerciales), contra su obtención, utilización y revelación ilícitas, que tiene como principal pretensión un intento de aproximar el «secreto empresarial» entre los países miembros y dar una guía en el tipo de acciones civiles que se pueden reclamar, entre otras cuestiones²⁹. Los objetivos pretendidos por la norma son:

- Conseguir un buen funcionamiento del mercado interior en torno a la investigación e innovación.
- Establecer normas para la protección armonizada en sede jurisdiccional civil de los secretos empresariales.
- Prevenir y otorgar protección a los titulares de los secretos empresariales, en caso de violación de estos.

Conforme a su regulación, se pretende una interpretación uniforme de la misma por los tribunales, comenzando por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, y cuya finalidad es obtener beneficios económicos, así como seguridad jurídica y confianza en el mercado como pilares que sustentan la directiva.

Una de las novedades legislativas de la directiva es la tutela del «capital intelectual» de la empresa que puede ser protegido. A este respecto, podemos señalar que la directiva no establece con mucha claridad si sus propias disposiciones y las relativas a la protección de patentes o diseños (dibujos y modelos) están destinadas a aplicarse de forma acumulativa o alternativa, y si esta opción está abierta para los titulares de invenciones patentables. De lo contrario, se puede negar la protección del secreto empresarial a cualquier persona que no sea diligente al no presentar una patente o diseño. No obstante, será el titular principal de esta información el que tiene que demostrar que cumple con las condiciones para estar protegido por el secreto empresarial y, en particular, el valor añadido al hecho de que sea

²⁸ Así se manifiesta Pooley (2013).

²⁹ *Cfr.* Vega Justribó (2017).

apreciado como secreto; aunque estas informaciones sean protegidas por este régimen, no significa que no puedan ser utilizadas.

Por último, cabe apuntar, respecto a la Directiva de la (UE) 2016/943, que ha sido una de las grandes inspiraciones para la Ley de secreto empresarial nacional, puesto que gran parte de sus disposiciones se mantienen en la misma dirección que aquella.

En el suelo patrio, cabe señalar que, hasta el año 2019, la regulación del secreto empresarial en España partía de la definición de la ADPIC. Esto no significa que el sistema español estaba desprovisto de protección legal para el secreto empresarial³⁰, sino que este se encontraba disperso en diferentes mandatos y legislación³¹. Partiendo del ya mencionado artículo 13³² de la Ley 3/1991 sobre la competencia desleal³³, es verdad que, para los casos

³⁰ Vid. «Qué es y cómo se protege un secreto industrial en España?» en <https://economia3.com/2013/12/19/16271-quees-y-como-se-protege-un-secreto-industrial-enespana/>

³¹ BOE n.º 671, de 2 de febrero de 1988. En la legislación española, el ya derogado Real Decreto 1750/1987, de 18 de diciembre, por medio del cual se regulaba la transferencia de tecnología y la prestación de asistencia técnica extranjera a empresas españolas, hacía una alusión indirecta al *know how* como «conocimientos secretos no patentados aplicables a la actividad productiva».

³² Establece en su apartado 1.º, que «se considera desleal la divulgación o explotación, sin autorización de su titular, de secretos industriales o de cualquier otra especie de secretos empresariales 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 2.º, de este mismo precepto, se decreta que «tendrá asimismo la consideración de desleal la adquisición de secretos por medio de espionaje o procedimiento análogo». Finalmente, el artículo 13.3 de la LCD establece una disposición finalista cuando previene que será preciso en todo caso que la violación haya sido hecha con ánimo de obtener provecho propio o de un tercero, o de perjudicar al titular del secreto, exigiéndose la necesidad de una consecuencia económica favorable para el infractor o un tercero, o desfavorable para el titular del secreto. Para la SAP de Barcelona núm. 83/2015, de 31 de marzo de 2015 (rec. núm. 113/2013), se declara que el objeto del proceso se centra en el ejercicio de una pluralidad de acciones de competencia desleal por la realización de una serie de ilícitos desleales, en especial, la divulgación y explotación de secretos empresariales, tipificada en el artículo 13 de la LCD. La conducta señalada del ilícito desleal, concretamente, es la siguiente: «La divulgación, reproducción, violación y explotación de secretos industriales y comerciales que son propiedad de las actoras [...], de forma ilegítima, desde una empresa paralela competidora, la mercantil codemandada [...], constituida coetáneamente a la violación y divulgación de los secretos mencionados». Es decir, se trata de un supuesto de empresas asociadas, las cuales demandan a otra por competencia desleal, la cual es constituida coetáneamente en el tiempo de comisión de un ilícito desleal. Asimismo, identifica los secretos empresariales como «diseños, ideas técnicas, aplicaciones, utilidades, características, gráficos, condiciones técnicas, comerciales, especificaciones para la cartera de proveedores y de cliente». Al respecto, *cfr.* Vega Justribó (2017).

³³ *Cfr.* la interpretación de la SAP de Vizcaya núm. 81/2011, de 9 de febrero (rec. núm. 155/2010), que confirma una ausencia legal sobre el concepto de secreto empresarial, ya que para poder deslindar el mismo, acuden al artículo 39 de los ADPIC. En el cual se observa, que para determinar si una información podía ser tutelada como un acto de competencia desleal tipificado en el artículo 13 de la LCD, era necesario que concurriera una serie de presupuestos esenciales: ser secreto, tener valor comercial y que haya sido objeto de medidas razonables. No obstante, se comienzan a perfilar algunos aspectos, en especial, se hace más hincapié en el requisito de ser secreto, al señalar que no puede tratarse de

más graves, se aplicarán los tipos delictivos contemplados en los artículos 278³⁴ y 279³⁵ del Código Penal. En efecto, el Código Penal³⁶ español, en sus artículos 278 a 280, ya referenciados *ut supra*, también otorga protección a los secretos empresariales, imponiendo penas de prisión que pueden alcanzar hasta los cinco años. Sin embargo, los tribunales españoles (González Pachón, 2014). son bastante reacios a considerar la existencia de tales delitos, siendo más proclives a entender que se trata de ilícitos civiles, pero no penales. Hasta este momento, los secretos comerciales o empresariales han venido protegiéndose desde las empresas, con carácter preventivo, a través de la firma de cláusulas o acuerdos de confidencialidad o NDA (*non disclosure agreement*).

Se ha de tener presente la concurrencia de otras reglas –ya aludidas–, como las impuestas por la Ley de sociedades de capital³⁷, el Estatuto de los Trabajadores³⁸, o la Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno³⁹. Antes de la más actual y vigente

una información fácilmente disponible, la cual podría eliminar ese carácter secreto de la misma. De igual manera, se destaca la protección del secreto empresarial en el ámbito del derecho de la competencia desleal, considerándose un instrumento de valor competitivo.

³⁴ El artículo 278 del CP recoge el denominado «espionaje empresarial», el cual dispone:

1. El que, para descubrir un secreto de empresa se apoderare por cualquier medio de datos, documentos escritos o electrónicos, soportes informáticos u otros objetos que se refieran al mismo, o empleare alguno de los medios o instrumentos señalados en el apartado 1 del artículo 197, será castigado con la pena de prisión de dos a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses.
2. Se impondrá la pena de prisión de tres a cinco años y multa de doce a veinticuatro meses si se difundieren, revelaren o cedieren a terceros los secretos descubiertos.
3. Lo dispuesto en el presente artículo se entenderá sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder por el apoderamiento o destrucción de los soportes informáticos.

³⁵ El artículo 279 del CP manda:

La difusión, revelación o cesión de un secreto de empresa llevada a cabo por quien tuviere legal o contractualmente obligación de guardar reserva, se castigará con la pena de prisión de dos a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses. Si el secreto se utilizara en provecho propio, las penas se impondrán en su mitad inferior.

En este caso, la conducta delictiva consiste en acciones más concretas, aunque de igual manera el elemento esencial es el secreto empresarial. Sin embargo, la responsabilidad penal solo puede incidir sobre unas personas que expresamente reúnan una serie de características. Además, concreta un subtipo atenuado (privilegiado) para aquellos en los que la persona obligada a guardar el secreto lo aprovecha en beneficio propio.

³⁶ *Vid.* Vega Justribó (2017, p. 777) trata el tema de la protección del secreto empresarial en el Código Penal y el Estatuto de los Trabajadores.

³⁷ *Vid.* el artículo 228 de la LSC recoge la obligación por parte del administrador de «guardar el secreto sobre las informaciones, datos, informes o antecedentes a los que haya tenido acceso en el desempeño de su cargo, incluso cuando haya cesado en él, salvo en los casos en que la ley lo permita o requiera».

³⁸ Piensa Girona Domingo (2023): «Este marcado carácter proteccionista de los conocimientos secretos no puede en ningún caso llegar al extremo de que pueda limitar derechos laborales de los trabajadores».

³⁹ Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (BOE n.º 295, de 10 de diciembre de 2013).

Ley 1/2019, de 20 de febrero, Ley de secretos empresariales⁴⁰ (LSE), y como complemento de lo anterior, se han de apreciar los principios de buena fe enunciados en el artículo 7⁴¹ del Código Civil. También se recoge normativa relacionada en los artículos 5, 20.2, 54.2 d) del ET⁴², ya referido; los artículos 259.3 y 4, 307, 328.3, 332, 347.1 y 371 de la Ley de enjuiciamiento civil⁴³; y en los artículos 18.3, 21.3 y 4, 68, 73.2, 84, 124.4 de la Ley de patentes⁴⁴.

2.3. Concepto legal y exigencias

El concepto legal de secreto empresarial pasa por la definición de la palabra «secreto»⁴⁵. Nuestro sistema legal utiliza este término para indicar un documento o información que

⁴⁰ Ley 1/2019, de 20 de febrero, de secretos empresariales (BOE n.º 45, de 21 de febrero de 2019). Al respecto, Valenzuela Garach (2021).

⁴¹ Decreta el artículo 7 del Código Civil:

1. Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe.
2. La Ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que, por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso.

⁴² El ET es importante tenerlo en cuenta y primordial en el ámbito laboral, hasta el punto de que la LSE ha establecido límites para mantener la protección de los derechos de los trabajadores. En el artículo 65 del ET se recoge la capacidad y el sigilo profesional, determinando que:

- Los miembros del comité de empresa y, en su caso, los expertos asistentes, deberán observar el deber de sigilo respecto a aquella información de interés para la empresa, la cual les haya sido comunicada con carácter reservado.
- El comité no podrá utilizar fuera de la empresa ningún documento entregado para fines distintos a los encomendados.
- Este deber continuará incluso tras la finalización de su mandato.
- La empresa no está obligada a comunicar informaciones específicas relacionadas con secretos industriales, cuya divulgación pudiera afectar a la empresa.

Si se analiza con atención el artículo mencionado, se aprecia la mención del «deber de sigilo». Por ello nos preguntamos si este «deber de sigilo» es lo mismo que «deber de secreto». La doctrina ha contemplado dos tesis en lo que respecta a este derecho: la primera tesis apoya que el deber de sigilo se trata de una estricta obligación del deber de secreto, considerándose ambas figuras como equivalentes y, por tanto, procediéndose a una plena equiparación conceptual entre ambos términos. Al respecto, *cf.* Santamaría Pastor (1985). La segunda tesis, en cambio, confirma que la institución de sigilo profesional se trata de una figura independiente y más compleja que el secreto, asimilándolo más bien a un deber de discreción.

⁴³ BOE n.º 7 de 8 de enero de 2000.

⁴⁴ BOE n.º 177 de 25 de julio de 2015.

⁴⁵ El término «secreto», según la Real Academia Española, se entiende por:

Del lat. *Secrētum*

1. m. Cosa que cuidadosamente se tiene reservada y oculta.

debe permanecer en la esfera de conocimiento del autor; se piensa en la voluntad secreta (Gómez Expósito, 2021, pp. 6 y ss.) o en la investigación secreta más general, el secreto de Estado o el secreto oficial, etc.

Ya se ha destacado el dato de que hasta hace muy poco tiempo no ha existido una definición consensuada en torno al secreto empresarial (Gómez Segade, 1995). En un sentido amplio, podemos entender por secreto industrial la información no divulgada. Un término equivalente a este es el *know-how*. En derecho español, igualmente, no existía ninguna definición legal u oficial del secreto industrial, conocido también como el *know-how* o «saber hacer». El profesor J. A. Gómez Segade⁴⁶ lo define como «todo conocimiento reservado sobre ideas, productos o procedimientos industriales que el empresario, por su valor competitivo para la empresa, desea mantener ocultos».

Como ejemplos de información y conocimientos que se pueden proteger como secreto empresarial, se incluyen:

- Las soluciones técnico-científicas adquiridas y desarrolladas (*know-how*).
- Los resultados de las pruebas experimentales, incluidas las pruebas clínicas.
- La existencia y contenido de contratos y acuerdos de colaboración o licencia.
- Información comercial como análisis de mercado, lista de clientes (Fernández Díaz, 2016) y estrategias de marketing y publicidad, políticas de fidelización (clientes/proveedores), análisis de pronósticos económicos.
- Datos financieros y datos de personal (salarios, incentivos, comisiones, etc.) (Suñol Lucea (2020-2021).

2. m. Reserva, sigilo.

3. m. Conocimiento que exclusivamente alguien posee de la virtud o propiedades de una cosa o de un procedimiento útil en medicina o en otra ciencia, arte u oficio.

4. m. Misterio (cosa que no se puede comprender).

5. m. Misterio (negocio muy reservado).

6. m. Escondrijo que suelen tener algunos muebles para guardar papeles, dinero u otras cosas.

7. m. En algunas cerraduras, mecanismo oculto, cuyo manejo es preciso conocer de antemano para poder abrirlas.

8. m. Despacho de las causas de fe, en las cuales entendía secretamente el antiguo tribunal eclesiástico de la Inquisición.

9. m. Secretaría en que se despachaban y custodiaban estas causas.

10. m. Pieza aplanada del cerdo posterior a la paleta.

11. m. Mús. Tabla armónica del órgano, del piano y de otros instrumentos semejantes.

12. m. desus. secreta (examen para tomar el grado de licenciado).

⁴⁶ *In extenso, vid. Gómez Segade (1974).*

La conservación más tradicional de un secreto empresarial o *know-how* se lleva a cabo en un lugar seguro (es decir, en bancos, cajas fuertes domésticas, etc.). Nótese que la carga de la prueba corresponde al titular, quien debe probar el origen cronológico y la validez de estos documentos. En este punto y hasta la fecha, el notario sigue siendo la «herramienta» más segura, aunque más costosa, para los titulares, a fin de garantizar la protección de los activos estratégicos para los que las empresas han invertido gran cantidad de dinero en investigación y desarrollo.

Cierto es que por el hecho de mantener secreta la información, el poseedor del secreto obtiene y mantiene una ventaja competitiva⁴⁷, ya comentada. El derecho español no nos ha proporcionado una definición unívoca del secreto empresarial en sus diferentes normativas. Para la Comisión Europea, la información protegida por el secreto empresarial puede ser estratégica durante décadas, por ejemplo, una receta, o bien convertirse en algo efímero.

Sí podemos intuir una definición, según lo relatado, acerca de lo que sea el «secreto empresarial», como aquella información que no es conocida por el público, con valor económico o comercial por su carácter confidencial y que ha sido objeto de protección por su titular. El secreto empresarial puede estar compuesto desde listados de clientes hasta datos económicos, recetas, procedimientos o bases de datos, en fin, todo esto y más forma parte de lo que se conoce como «secreto empresarial».

Observemos el recorrido en torno a la conceptualización del secreto empresarial partiendo de lo que establece el acuerdo sobre los ADPIC. Su artículo 39 trata de lo que se designa como «protección de la información no divulgada». Se puede apreciar como información no divulgada, es decir, como secreto empresarial, cuando se establece que las personas físicas y jurídicas tienen la posibilidad de impedir que la información que esté legítimamente bajo su control se divulgue a terceros o sea adquirida o utilizada por terceros sin su consentimiento, de manera contraria a los usos comerciales honestos. Tres condicionantes han de observarse, a saber:

- Sea secreta, en el sentido de que no sea generalmente conocida ni fácilmente accesible para las personas introducidas en los círculos en que normalmente se utiliza el tipo de información en cuestión.
- Tenga un valor comercial por ser secreta.
- Haya sido objeto de medidas razonables para mantenerla secreta, tomadas por la persona que legítimamente la controla.

⁴⁷ Cfr. María Negro, «La ley del secreto empresarial, ¿por qué es tan importante para las empresas?». <https://www.economista.es/opinionlegal/noticias/9224647/06/18/...reto-empresarialpor-que-es-tan-importante-para-lasempresas.html>

Explicado de otro modo, se requiere de tres elementos imprescindibles que deben existir simultánea y acumuladamente para que un secreto empresarial exista. El primer requisito es un elemento objetivo: el objeto debe ser secreto, debe tener la salvaguarda de que no es conocido por el mundo o fácilmente accesible.

El segundo es una condición patrimonial: el objeto debe tener un valor comercial o económico para la empresa y, por supuesto, una ventaja frente a la competencia. La última exigencia es un elemento subjetivo, gracias a la manifestación de voluntad del empresario por la adopción de medidas razonables⁴⁸ de mantener el objeto en secreto. Parece evidente que tal objeto puede ser un secreto empresarial únicamente si tiene una aplicación industrial o comercial y es lícita o hace referencia a una actividad legal.

Entonces, han de concurrir estas tres características⁴⁹ y se podrá considerar que existe un secreto empresarial digno de protección legal. En consecuencia, para poder pretender la protección legal de estos secretos empresariales, lo primero que tiene que hacer su poseedor es determinar si su objeto es realmente algo que no sea generalmente conocido, ni fácilmente accesible dentro del sector comercial o industrial en el que se desenvuelve. Deberá pues adoptar medidas internas con sus empleados y las personas de su organización para evitar su divulgación y para que dichas personas que puedan tener conocimiento del secreto empresarial sean conscientes de que efectivamente se trata de un secreto empresarial. Para ello, entendemos que se hace imprescindible marcar expresamente esta información con una mención de su carácter especial y secreto, con el uso de expresiones tales como «Confidencial» o «No divulgable», y hacer firmar a aquellos empleados o colaboradores que deban tener acceso a la misma por razón de su trabajo contratos de confidencialidad y de obligación de guardar secreto de toda aquella información no divulgada y secreta que se considere como tal por la empresa o titular. En el mismo sentido, firmar acuerdos o contratos de confidencialidad con todos aquellos colaboradores externos, proveedores o clientes a los que se faciliten datos o información que tengan dicho carácter de secreto empresarial.

Siguiendo con nuestro trayecto cronológico, y si acudimos de seguido a la Directiva (UE) 2016/943, por cuanto hace referencia al término «secreto comercial»⁵⁰, cabe llamar la

⁴⁸ Sobre este requisito y su interpretación, *cfr.* García Pérez (2022).

⁴⁹ Vega Justríbó (2017) manifiesta que

tradicionalmente la doctrina ha identificado tres requisitos que necesariamente debe cumplir toda información para ser considerada un secreto industrial: carácter reservado, el requisito objetivo traducido en el interés que ofrece para la empresa por proporcionarle una ventaja competitiva, y el requisito subjetivo consistente en la voluntad de su titular de aislarlo y mantenerlo secreto (p. 762).

⁵⁰ Expresa el artículo 2 de la directiva (Definiciones), a los efectos de la presente directiva se entenderá por:

1) «secreto comercial»: la información que reúna todos los requisitos siguientes: a) ser secreta en el sentido de no ser, en su conjunto o en la configuración y reunión precisas de sus compo-

atención aquí que la Ley de secretos empresariales ha preferido mantener la expresión «secretos empresariales» para designar el objeto de protección, y de «titular» para designar a quien legítimamente posee el secreto empresarial y se beneficia de su protección jurídica, atribuyendo las disposiciones de esta ley al titular de dicho secreto un derecho subjetivo de naturaleza patrimonial, susceptible de ser objeto de transmisión, en especial de cesión o transmisión a título definitivo y de licencia o autorización de explotación, con el alcance objetivo, material, territorial y temporal que en cada caso se pacte.

Centrándonos en lo que disciplina el artículo 1, de la Ley 1/2019⁵¹, este mandato amplía lo decretado en la definición de la Directiva (UE) 2016/942. Téngase en cuenta que este precepto se encuadra dentro del capítulo I de la ley, relativo a disposiciones generales, al apreciar como «secreto empresarial» en vez de «secreto comercial» a cualquier información o conocimiento, incluido el tecnológico, científico, industrial, comercial, organizativo o financiero, que reúna los tres condicionantes de la Directiva (UE) 2016/942. Es decir, observamos cómo nos ofrece un marco de referencia al tipo de información protegida. Es relevante el cambio del término comercial a empresarial, toda vez que desde nuestra perspectiva se intenta promover al empresario y su empresa.

A la pregunta: ¿qué es el secreto empresarial?, contesta el artículo 1 de la LSE al decir que el secreto empresarial es

cualquier información o conocimiento, incluido el tecnológico, científico, industrial, comercial, organizativo o financiero, que reúna las siguientes condiciones:

- a) Ser secreto, en el sentido de que, en su conjunto o en la configuración y reunión precisas de sus componentes, no es generalmente conocido por las personas pertenecientes a los círculos en que normalmente se utilice el tipo de información o conocimiento en cuestión, ni fácilmente accesible para ellas;
- b) tener un valor empresarial, ya sea real o potencial, precisamente por ser secreto, y

2) «poseedor de un secreto comercial»: cualquier persona física o jurídica que legítimamente ejerza el control de un secreto comercial; 3) «infractor»: toda persona física o jurídica que haya obtenido, utilizado o revelado de forma ilícita un secreto comercial; 4) «mercancías infractoras»: aquellas mercancías cuyo diseño, características, funcionamiento, proceso de fabricación o comercialización se beneficien de manera significativa de secretos comerciales obtenidos, utilizados o revelados de forma ilícita.

⁵¹ Cfr. E. Astiz, «La protección del secreto industrial en España». <https://www.madrimasd.org/informacionidi/analisis/opinion/opinion.asp?id=62787>

c) haber sido objeto de medidas razonables por parte de su titular para mantenerlo en secreto.

La definición se complementa, además, con las características que ha de cumplir el secreto empresarial. Se trata de tres requisitos cumulativos, es decir, o se dan los tres o no hay secreto.

Precisamente, una de las cuestiones más notables es la aportación de un concepto de esta figura, tal y como se desprende del artículo 1 de la LSE. Del análisis e interpretación del mandato se observa una definición muy similar, por un lado, a la contenida en el artículo 39 del acuerdo sobre los ADPIC, tal y como se ha explicado y, por otro, a lo establecido en la Directiva (UE) 2016/943, que inspira aquella. No obstante, esta definición del legislador español es más amplia y, a la vez, más precisa: delimitando como objeto susceptible de ser protegido cualquier ámbito de la información o conocimiento que mantiene una empresa o del desarrollo de su negocio. Prácticamente, cualquier información que una empresa determine y que cumpla con los requisitos mencionados puede considerarse secreto empresarial. Por consiguiente, la ley española intenta dar un paso adelante en lo que respecta a la definición, tratando de proporcionar una «definición legal» e intentando acotar el concepto: qué ha de considerarse por «secreto empresarial» y, por ende, lo que va a resultar objeto de protección. De ello, se deducen los rasgos característicos de: exclusividad, licitud, valor económico y confidencialidad ex artículo 1 de la LSE.

Deteniéndonos en los presupuestos que caracterizan al secreto, cabe decir y puntualizar que el primer requisito hace referencia a que efectivamente el conocimiento debe ser secreto. No puede tratarse de una definición que versa sobre algo evidente, ni por supuesto tratarse de una información que haya entrado en dominio público. Tiene que tratarse de una información del empresario, como resultado de un esfuerzo realizado para poder obtenerla y posteriormente desarrollarla, para su beneficio. Aun así, no hace falta que únicamente lo conozca el empresario, puede conocerlo un número limitado y reducido de personas. El objeto de conocimiento no debe ser notorio, es decir, su información no debe ser conocida en su ámbito de actuación.

Por cuanto hace al valor comercial o empresarial objeto de la información, este es un valor relativo, pues obedece en gran medida a las circunstancias de cada caso concreto, en función del interés y relevancia que tiene esa información para el titular de esta. Se deberá atender a las necesidades y preferencias que dicha información suponga para su titular, lo que da lugar a que ese valor comercial varíe de un individuo a otro.

En lo tocante al tercero de los requisitos de la definición, la confidencialidad de esta información y conocimiento debe ser adecuada y mantenida por el titular, tanto para evitar la violación del secreto empresarial como para obtener la aceptación de la solicitud de medidas correctivas en el caso que la violación haya ocurrido. De hecho, la autoridad judicial, que determina una violación, ha de estar a la definición de las medidas correctivas *ex lege* y también tendrá en cuenta las medidas adoptadas por el titular para proteger el secreto empresarial.

De seguido tenemos que saber: ¿a quién protege este derecho? A cualquier persona física o jurídica que legítimamente ejerza el control sobre el mismo. La protección se extiende frente a cualquier modalidad de obtención, uso o revelación de información que resulte ilícita o de origen ilícito conforme a esta ley. Esta protección no afectará a la autonomía de los interlocutores o a su derecho de negociación colectiva, ni podrá restringir la movilidad de los trabajadores, de tal manera que no se podrá usar para justificar y limitar el uso de estos en experiencia o competencias adquiridas durante su carrera profesional.

Así las cosas, resulta esencial para una empresa u organización: 1) identificar sus secretos comerciales; 2) verificar el nivel real de protección; 3) implementar las medidas de protección que se consideren pertinentes.

Sea como fuere, la protección adecuada del secreto requiere, en primer lugar, hacer que la información que contiene aquel no sea de fácil acceso y en cualquier caso sea difícil rastrear el acceso. También debe recordarse que las violaciones de un secreto empresarial no son ejecutadas única o directamente por empresas competidoras; de hecho, y con frecuencia, los sujetos que llevan a cabo el menoscabo de la información se consideran sujetos como (ex)empleados, proveedores, clientes y socios industriales. Luego, a la vista de la situación, resulta conveniente utilizar siempre instrumentos legales como acuerdos de confidencialidad y de no divulgación o marcados de documentación intercambiada con notas de confidencialidad, entre otros. Además, se ha de realizar una labor de concienciación y formación a los propios empleados, también preparando protocolos de seguridad escritos. Es aconsejable, por tanto, adoptar instrumentos de protección física (limitación del número de personas involucradas, adopción de una política de *clean desk*, áreas separadas, destrucción de documentos o soportes de datos físicos) y, respecto al uso de las tecnologías informáticas: empleo de contraseñas-*passwords*, cifrado de datos, cortafuegos-*firewalls*, elementos de «huella digital» de codificación de documentos y trazabilidad de acceso.

Algunas de las preguntas que se infieren de la exposición que acabamos de realizar son las siguientes: ¿cuáles son las «medidas razonables» (Cueto García, 2022) a adoptar? ¿Y cómo mantiene un titular de secretos empresariales su información segura y, al mismo tiempo, la hace accesible para poder presentarla como prueba en procedimientos contra terceros? En caso de violación de un secreto empresarial, el tribunal competente tendrá que tener varios elementos disponibles para determinar la propiedad del secreto y su posible violación, tales como: (a) una descripción del secreto empresarial para verificar si cumple con los requisitos mínimos, (b) un documento que certifique cronológicamente el momento de su creación a fin de determinar la propiedad y la creación/existencia, y (c) la garantía de que el titular mantiene segura esta información. Una de las posibles soluciones, en este sentido, puede consistir en el uso del *blockchain*⁵², entendido como una red descen-

⁵² Cfr. sobre este tópico a Balbo (2018), que manifiesta:

En este punto, es legítimo preguntar cómo *Blockchain* se puede insertar legalmente en el contexto de los secretos comerciales y cómo puede contribuir al cumplimiento de las definiciones

tralizada que ofrece la posibilidad de almacenar y transferir datos o valores de forma segura a través de un sistema encriptado. La cadena de bloques, de hecho, debería permitir a los poseedores de secretos empresariales cargar documentos que puedan describir la información que desean proteger (notas preliminares, recetas, procesos, etc.), evitando así la carga de tener que mantener esa información siempre segura y temiendo la pérdida de dichos documentos y, por lo tanto, proporcionando un «sello» temporal, un certificado de propiedad (de información intangible en posesión en un momento dado) y la garantía de incorruptibilidad y seguridad⁵³.

En definitiva, puede apreciarse que la parte más sobresaliente dentro de las novedades de la ley española es la definición y descripción del objeto de la ley (el secreto empresarial), atribuyendo este a su titular un derecho subjetivo de naturaleza patrimonial, susceptible de ser objeto de transmisión, cesión o autorización de explotación, y ponderar hasta dónde presenta su carácter de secreto la conveniencia de divulgar o no algunos aspectos de esa información.

y requisitos establecidos por la Directiva. La respuesta se encuentra en el artículo 2, párrafo 1, letra c) de la Directiva: las «medidas razonables» que el titular debe tomar para mantener el secreto comercial en condiciones seguras. De hecho, *Blockchain* permite proteger información comercialmente valiosa en la Red mediante encriptación, lo que permitiría al titular del secreto comercial cumplir con el requisito del artículo 2, párrafo 1, letra c) de la Directiva. *Blockchain* en realidad también puede ser la herramienta a través de la cual proteger un secreto comercial, aunque parece apropiado señalar que el tipo de *Blockchain* que se utilizará en este contexto debe ser una Red pública de *Blockchain* (cuanto más grande sea *Blockchain*, más incorruptible será) o autorizada (interno o proporcionado por un tercero garantizado). En este caso, parece razonable entender que *Blockchain* es un lugar seguro para cargar información de acuerdo con el requisito de «medidas razonables», dada la extrema dificultad (si no imposible) de piratear la cadena (de hecho, para acceder a las redes de *Blockchain*, se necesitan claves de acceso y, además, en el improbable caso de «piratería», el pirata informático debe modificar los datos en cada nodo de *Blockchain*: un nodo es cada computadora/dispositivo conectado a la red, dejando así información relevante que podría permitir al titular del secreto comercial rastrear al autor de la violación). Una de las empresas que ya proporciona este tipo de servicio es, por ejemplo, *Bernstein*, un servicio basado en *Blockchain* que permite a los propietarios cargar una huella digital (es decir, una copia del documento) del secreto comercial de forma confidencial en la Red pública de Bitcoin, liberando al titular un certificado que indica que este documento, al que *Bernstein* u otros terceros no pueden acceder en cualquier momento, se ha cargado (y, por lo tanto, prueba de propiedad) en una fecha determinada. Sin embargo, *Blockchain* no es la única solución disponible para cumplir con los requisitos de la Directiva y, a la espera de ver si las pruebas basadas en *Blockchain* serán aceptadas y evaluadas ante los Tribunales de los Estados miembros de la UE (o simplemente esperarán el informe del Observatorio de la EUIPO sobre tendencias de litigios que se publicará antes del 9 de junio de 2021), es apropiado, en la actualidad, ocuparse de otras formas de protección de secretos comerciales. La demanda de derechos de autor del Tribunal de Internet de Hangzhou el 27 de junio mostró que la evidencia basada en *Blockchain* es perfectamente capaz de proporcionar pruebas seguras, con una indicación de tiempo basada en una plataforma criptográfica incorruptible.

⁵³ Así se manifiesta Balbo (2018).

3. Información sobre sostenibilidad de las empresas

Las empresas están obligadas a comunicar información no financiera (sobre sostenibilidad) según la Directiva 2013/34/UE⁵⁴, conocida bajo las siglas NFRD (*non financial reporting directive* = directiva de informes no financieros). Esta norma europea se conecta con la información que demanda el artículo 8⁵⁵ del Reglamento de Taxonomía Europeo⁵⁶.

Con el transcurso del tiempo, se han detectado diferentes fallas en la aplicación de la Directiva NFRD, y de ahí que se revise la misma, persiguiendo una serie de objetivos, a saber:

- Fortalecer la pertinencia, comparabilidad y confiabilidad de la información publicada.

⁵⁴ Directiva 2013/34/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre los estados financieros anuales, los estados financieros consolidados y otros informes afines de ciertos tipos de empresas, por la que se modifica la Directiva 2006/43/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan las Directivas 78/660/CEE y 83/349/CEE del Consejo. DOUE L 182, de 29 de junio de 2013. Esta directiva ha sido modificada por la Directiva 2014/95/UE sobre divulgación de información no financiera NFRD. DOUE L 330, de 15 de noviembre de 2014.

⁵⁵ Ordena el artículo 8: *Transparencia de las empresas en los estados no financieros*:

1. Toda empresa obligada a publicar información no financiera con arreglo a lo dispuesto en los artículos 19 bis o 29 bis de la Directiva 2013/34/UE incluirá en su estado no financiero o en su estado no financiero consolidado información sobre la manera y la medida en que las actividades de la empresa se asocian a actividades económicas que se consideren medioambientalmente sostenibles con arreglo a lo dispuesto en los artículos 3 y 9 del presente Reglamento.

2. En particular, las empresas no financieras divulgarán la siguiente información: a) la proporción de su facturación que procede de productos o servicios relacionados con actividades económicas que se consideren medioambientalmente sostenibles con arreglo a lo dispuesto en los artículos 3 y 9, y b) la proporción del total de su activo fijo y la proporción de sus gastos de explotación relacionadas con activos o procesos asociados a actividades económicas que se consideren medioambientalmente sostenibles con arreglo a lo dispuesto en los artículos 3 y 9.

3. Si una empresa publica información no financiera con arreglo a lo dispuesto en los artículos 19 bis o 29 bis de la Directiva 2013/34/UE en un informe separado, con arreglo a lo previsto en el artículo 19 bis, apartado 4, o en el artículo 29 bis, apartado 4, de dicha Directiva, la información a que se refieren los apartados 1 y 2 del presente artículo se publicará en dicho informe separado. 4. La Comisión adoptará un acto delegado con arreglo al artículo 23 para complementar los apartados 1 y 2 del presente artículo a fin de especificar las normas de contenido y presentación de la información que deba divulgarse en virtud de dichos apartados, incluida la metodología que haya de emplearse para el cumplimiento de lo dispuesto en ellos, teniendo en cuenta las particularidades tanto de las empresas financieras como de las no financieras y los criterios técnicos de selección establecidos en virtud del presente Reglamento.

⁵⁶ Reglamento (UE) 2020/852 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de junio de 2020, relativo al establecimiento de un marco para facilitar las inversiones sostenibles y por el que se modifica el Reglamento (UE) 2019/2088. DOUE L 198, de 22 de junio de 2020.

- Promover la implementación exitosa del Pacto Verde Europeo y el logro de sus objetivos.
- Contribuir a centralizar la recopilación de información esperada por los actores en términos de sostenibilidad, con el fin de limitar los costes.

De esta suerte, la información extrafinanciera (sobre sostenibilidad) de las empresas vendrá a contenerse y recogerse en la nueva Directiva (UE) 2022/2464 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de diciembre de 2022, por la que se modifican el Reglamento (UE) n.º 537/2014⁵⁷, la Directiva 2004/109/CE⁵⁸, la Directiva 2006/43/CE⁵⁹ y la Directiva 2013/34/UE, por lo que respecta a la presentación de información sobre sostenibilidad por parte de las empresas⁶⁰, en adelante directiva CSRD, conocida bajo estas siglas (*corporate sustanaibility reporting directive*), que es nuestro objeto de interés.

A tal efecto, la disposición europea viene a reforzar las disposiciones acerca de la información ambiental⁶¹, de gobernanza⁶² y social⁶³ que deben comunicar las empresas en sus informes (Muñoz Prieto y Enciso de Yzaguirre). Dentro de esta información se incluirá: asuntos ambientales⁶⁴ (cfr., arts. 9 a 15 del Reglamento de Taxonomía Europeo, ya referido);

⁵⁷ Reglamento (UE) n.º 537/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, sobre los requisitos específicos para la auditoría legal de las entidades de interés público y por el que se deroga la Decisión 2005/909/CE de la Comisión. DOUE L 158, de 27 de mayo de 2014.

⁵⁸ Directiva 2004/109/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de diciembre de 2004, sobre la armonización de los requisitos de transparencia relativos a la información sobre los emisores cuyos valores se admiten a negociación en un mercado regulado y por la que se modifica la Directiva 2001/34/CE. DOUE L 390/38, de 31 de diciembre de 2004.

⁵⁹ Directiva 2006/43/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de mayo de 2006, relativa a la auditoría legal de las cuentas anuales y de las cuentas consolidadas, por la que se modifican las Directivas 78/660/CEE y 83/349/CEE del Consejo y se deroga la Directiva 84/253/CEE del Consejo. DOUE L 157, de 9 de junio de 2006.

⁶⁰ Véase la comunicación del Consejo General de Economistas sobre la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 2013/34/UE, la Directiva 2004/109/CE, la Directiva 2006/43/CE y el Reglamento (UE) n.º 537/2014, en lo que respecta a la presentación de informes de sostenibilidad empresarial, en <https://rea.economistas.es/Contenido/REA/RSC/Comunicaci%C3%B3n%20Comisi%C3%B3n%20EINF%20%2B%20RSC%20e%20II%20n%C2%BA%201%20dftva.%20150621%20def.pdf>

⁶¹ Cfr. Decisión (UE) 2022/591 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de abril de 2022, relativa al Programa General de Acción de la Unión en materia de Medio Ambiente hasta 2030, DOUE L 114/22, 12 de abril de 2022, en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32022D0591&from=ES>

⁶² Ilustrativo resulta sobre este tópico el considerando 50 de la directiva CSRD (Miquel Rodríguez, 2021).

⁶³ Clarificador sobre los aspectos sociales resulta el considerando 49 de la directiva CSRD.

⁶⁴ Sobre este campo, hemos de estar al artículo 9 (Objetivos medioambientales) del Reglamento de Taxonomía Europea, que comprende:

asuntos sociales y de trato a los trabajadores; el respeto por los derechos humanos⁶⁵; medidas contra la corrupción y soborno; diversidad en los consejos de administración de las empresas en función de determinados criterios, en particular, en la igualdad de género⁶⁶, por ejemplo. Es decir, el «rosario» de criterios y elementos que entraría dentro de los informes de sostenibilidad es ambicioso y amplio, al incorporar de forma global y sintética: derechos medioambientales, derechos sociales, derechos humanos y parámetros de gobernanza⁶⁷.

Al hilo de lo hasta aquí expuesto, podría pensarse que es mucha la información a proporcionar y, por ende, cabría la duda razonable de poner en tela de juicio qué sucede con los secretos empresariales como información con valor comercial, económico y estratégico; ¿perdería el carácter de secreto o queda bien amparado por su delimitación en el cuadro normativo comentado *ut supra*? Sobre este particular, hay que ser cautelosos y prudentes, toda vez que la no aportación de determinada información iría en contra del cumplimiento de la legislación europea, de ahí que haya que fijar de forma clara cuáles son los márgenes en orden a trazar la información sobre sostenibilidad para ofrecer y cuáles no, para no imposibilitar el sistema⁶⁸ o no cumplir la finalidad última: proporcionar información que responda a la imagen fiel de las acciones, comportamientos, decisiones, políticas y riesgos derivados de las empresas afectadas.

3.1. La directiva CSRD

Observemos de seguido la disciplina contenida en la directiva CSRD, ya mencionada, y tal como puede intuirse a primera vista de su propio enunciado y título, la disposición viene

A efectos del presente Reglamento, serán objetivos medioambientales los siguientes: a) mitigación del cambio climático; b) adaptación al cambio climático; c) uso sostenible y protección de los recursos hídricos y marinos; d) transición hacia una economía circular; e) prevención y control de la contaminación; f) protección y recuperación de la biodiversidad y los ecosistemas.

⁶⁵ *In totum*, cfr. Martínez Nadal (2021).

⁶⁶ Directiva (UE) 2022/2381 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de noviembre de 2022, relativa a un mejor equilibrio de género entre los administradores de las sociedades cotizadas y a medidas conexas, DOUE L 315, de 7 de diciembre de 2022.

⁶⁷ En el alcance nacional, hemos de estar a lo disciplinado en la Ley 5/2021, de 12 de abril, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y otras normas financieras, en lo que respecta al fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas en las sociedades cotizadas. BOE n.º 88, de 13 de abril de 2021. Como se enuncia en su exposición de motivos (1): «Un compromiso de los accionistas eficaz y sostenible es una de las piedras angulares del modelo de gobierno corporativo de las sociedades cotizadas, que depende, entre otras cosas, de mecanismos internos de control y equilibrio entre los distintos órganos y partes interesadas».

⁶⁸ En esta línea, véase el informe elaborado por Grant Thornton: «Reporting ESG: el camino hacia la sostenibilidad para el mid-market» en <https://www.grantthornton.es/perspectivas/tendencias/reporting-esg-el-camino-hacia-la-sostenibilidad-para-el-mid-market/>

a modificar varias reglas y, en particular, a actualizar o remozar sus contenidos en diferentes apartados y preceptos. En este sentido, se ha de enfatizar el cambio de terminología, al pasar de la «información no financiera» a emplearse la expresión «información sobre sostenibilidad»⁶⁹, que resulta más acorde a los diferentes y extensos criterios que han de configurar e integrar el reporte.

De hecho, la Directiva 2022/2464/UE⁷⁰ viene a modificar diferentes disposiciones, siendo la más relevante la referida a su predecesora, la Directiva sobre divulgación de información no financiera (2014/95/UE)⁷¹, con el propósito de remediar algunas de las deficiencias puestas de manifiesto en la información (reporte) no financiera⁷², así como incrementar el abanico de agentes y sujetos obligados a informar sobre cuestiones de sostenibilidad. Téngase en cuenta que la Ley 11/2018⁷³, de 28 de diciembre, por la que se modifica el Código de Comercio, el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas, en materia de información no financiera y diversidad⁷⁴, venía a transponer la pretérita directiva NFRD⁷⁵.

⁶⁹ Atiéndase al razonamiento que proporciona el considerando 8 de la directiva CSRD:

Muchas partes interesadas consideran que el término «no financiera» es inexacto, en particular porque implica que la información en cuestión carece de relevancia financiera. Sin embargo, dicha información tiene cada vez más relevancia financiera. Muchas organizaciones, iniciativas y profesionales del campo de la información sobre sostenibilidad hacen referencia a «información sobre sostenibilidad». Por lo tanto, es preferible utilizar el término «información sobre sostenibilidad» en lugar de «información no financiera». Procede, por tanto, modificar la Directiva 2013/34/UE para tener en cuenta dicho cambio de terminología.

⁷⁰ Cfr. todos los documentos preparatorios de esta directiva en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/HIS/?uri=CELEX:32022L2464>

⁷¹ Esta Directiva 2014/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2014, ya modificaba la Directiva 2013/34/UE en lo que respecta a la divulgación de información no financiera e información sobre diversidad por parte de determinadas grandes empresas y determinados grupos. DOUE L 330, de 15 de noviembre de 2014. *Vid.* Hummel y Jobst (2022).

⁷² Cfr. Val Talens (2019), Saiz Marquínez (2022) y Marín y Ortiz (2022).

⁷³ BOE n.º 314 de 29 de diciembre de 2018.

⁷⁴ Véase la interpretación de esta norma en: Consulta auditoría 1v- BOICAC 117/Marzo 2019 (publicada en la web del ICAC el 13 de febrero de 2019): Sobre si el verificador del estado de información no financiera, en aplicación de lo establecido en la Ley 11/2018, de 28 de diciembre, podría ser el auditor de cuentas de la entidad o qué condiciones debe reunir este. (TOL7.222.978). BOICAC n.º 117/2019 Consulta 1: Sobre determinadas cuestiones relacionadas con el ámbito de aplicación de la obligación de publicar el estado de información no financiera. Situaciones planteadas. En relación con la información no financiera exigida por la Ley 11/2018, de 28 de diciembre, por la que se modifica el Código de Comercio, el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas, en materia de información no financiera y diversidad (TOL7.201.457).

⁷⁵ Al respecto, *vid.* Enciso Alonso-Muñumer (2020), Chamorro Domínguez (2022) y Villacorta Hernández (2022).

Por cuanto hace a la entrada en vigor de la directiva CSRD, expresamente el artículo 7 prescribe:

La presente Directiva entrará en vigor a los veinte días de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea. El artículo 4 de la presente Directiva se aplicará a partir del 1 de enero de 2024 a los ejercicios que comiencen el 1 de enero de 2024 o en una fecha posterior.

Según lo expresado, la directiva entró en vigor el 5 de enero de 2023, y desde esta fecha, como *dies a quo*, los Estados miembros tendrán hasta el 6 de julio de 2024 para su debida transposición.

La pretensión de la directiva CSRD se alinea con la finalidad de igualarse⁷⁶, en la medida de lo posible y transcurrido el tiempo que sea necesario, a la información financiera que están obligadas las empresas a ofrecer. De esta suerte se posibilita al público (sociedad civil), consumidores, el acceder y contrastar datos que sean certeros, fiables y comparables⁷⁷, y como se comprende e intuye, especialmente destinada esa información a los inversores⁷⁸ y grupos de interés⁷⁹, que precisan de forma adecuada calibrar los diferentes

⁷⁶ Vid. considerando 24 de la directiva CSRD, en aras de establecer el mecanismo destinado a determinar la equivalencia de la información exigida en virtud de dicha directiva y criterios de equivalencia general relativos a las normas de contabilidad.

⁷⁷ Informe de posicionamiento de DIRSE (asociación española de los profesionales de la sostenibilidad y los aspectos ASG [ambientales, sociales y de gobierno corporativo]) sobre la directiva de reporte en sostenibilidad en <https://www.dirse.es/posicionamiento-dirse-csrd/>

⁷⁸ Vid. el tenor legal de los considerandos 11, 12 y 14, respectivamente, de la directiva CSRD.

⁷⁹ El considerando 9 de la directiva CSRD delimita quiénes son los principales beneficiarios de esta información:

Si las empresas mejorasen la información sobre sostenibilidad, ello redundaría en última instancia en beneficio de los *ciudadanos y ahorradores, incluidos los sindicatos y los representantes de los trabajadores*, que estarían adecuadamente informados y, por lo tanto, podrían participar en mejores condiciones en el diálogo social. Los ahorradores que deseen invertir de forma sostenible van a tener la oportunidad de hacerlo, mientras que todos los ciudadanos disfrutarían de un sistema económico estable, sostenible e integrador. Para materializar estos beneficios, la información sobre sostenibilidad presentada en los informes anuales de las empresas debe llegar en primer lugar a *dos grupos principales de usuarios. El primer grupo de usuarios lo constituyen los inversores, incluidos los gestores de activos*, que desean conocer mejor los riesgos y oportunidades que suponen las cuestiones de sostenibilidad para sus inversiones y las repercusiones de dichas inversiones en las personas y el medio ambiente. *El segundo grupo de usuarios está formado por agentes de la sociedad civil, incluidas las organizaciones no gubernamentales y los interlocutores sociales*, que desean que las empresas asuman un mayor nivel de responsabilidad por su impacto en las personas y el medio ambiente. Otras partes interesadas también podrían hacer uso de la información sobre sostenibilidad presentada en los informes anuales, en particular para favorecer la comparabilidad entre diferentes sectores del mercado y dentro

riesgos de inversión (Amargant Arnau y Gutiérrez del Arroyo González, 2022) (riesgos de crédito, de mercado, de liquidez, operativos, legales, reputacionales o de retroalimentación) generados por el cambio climático y otros problemas vinculados a la sostenibilidad, en aras de adoptar las decisiones más convenientes⁸⁰. En definitiva, las implicaciones de esta directiva en el modo de proceder de las empresas en orden a proporcionar información, que no sea financiera (Zolomian, 2022), o, dicho de otro modo, relativas a la sostenibilidad, se convierten en el epicentro de la norma y, a tal fin, no existan brechas, ni disparidades legislativas, que puedan afectar al corazón del mercado único europeo⁸¹.

En similar medida, se ha de precisar que la norma europea comentada se incardina dentro de aquellas que propician que las empresas tiendan a aplicar y proyectar una perspectiva responsable⁸² en (y para) sus actividades y, a la par, examinar las conductas y desempeños asociados a la sostenibilidad, como «guía» y parte del Pacto Verde Europeo, ya comentado. Pareciese, de este modo, estar contribuyendo al diseño de una cultura o sensibilización (Ruiz Muñoz, 2020) hacia la transparencia, derivada del impacto de las empresas, tanto en las personas como en el medio ambiente y, construyendo con ello, la RSC/RSE (Embid Irujo, 2020).

A mayor abundamiento, se ha buscado también poner fin al fenómeno del lavado de imagen verde o *greenwashing*⁸³, llevado a cabo por algunas empresas. Al contrario, se aus-

de cada uno de ellos. *Los socios comerciales de las empresas, incluidos los clientes*, podrían basarse en la información sobre sostenibilidad para conocer los riesgos y repercusiones para la sostenibilidad a lo largo de sus propias cadenas de valor y, en su caso, informar de ello. *Los responsables políticos y las agencias de medio ambiente* pueden utilizar esta información, en particular de forma agregada, para hacer el seguimiento de las tendencias medioambientales y sociales, contribuir a las cuentas medioambientales y modular las políticas públicas. (El énfasis es de nuestra autoría).

⁸⁰ Adviértase que la Comisión presentó una nueva estrategia para hacer más sostenible el sistema financiero de la Unión Europea y proponer un nuevo estándar de bonos verdes de la Unión Europea. En https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_21_3405

⁸¹ Vid. los considerandos (15) y (16) de la directiva CSRD.

⁸² Cfr. «Faire de la RSE une ambition et un atout pour chaque entreprise (Hacer de la RSC una ambición y un activo para todas las empresas)» en <http://www.senat.fr/rap/r22-089/r22-0896.html>

⁸³ Cfr. el considerando 13 de la directiva CSRD y nota del despacho Uría Menéndez «Directiva relativa a la presentación de información sobre sostenibilidad por parte de las empresas (Corporate Sustainability Reporting Directive)», en https://www.uria.com/documentos/circulares/1614/documento/13161/Nota_ESG.pdf?id=13161&forceDownload=true, se relata en p. 2:

La Unión Europea necesita disponer de un marco de presentación de información *sólido* y *asequible* para las empresas, acompañado de prácticas de auditoría eficaces, para garantizar la fiabilidad de los datos y evitar el blanqueo ecológico (*green washing*) y la doble contabilización y las sobrestimaciones en la información que se publique. La falta de parámetros y métodos generalmente aceptados para medir, valorar y gestionar los riesgos relacionados con la sosteni-

picia el fomentar la economía social y verde de mercado en la Unión Europea, beneficiario de contar con estándares globales sobre sostenibilidad estables.

Sumado a esta directiva CSRD, se prevé por parte de la Comisión Europea⁸⁴ establecer actos delegados de desarrollo del contenido de la precitada norma a lo largo del 2023 mediante estos instrumentos legales, con el propósito de tratar y confeccionar reglas armonizadas y consolidadas de cómo presentar los informes de sostenibilidad (Abad Navarro *et al.* 2022). A tal efecto, se atenderá a los estándares de sostenibilidad⁸⁵ (Estándares Europeos de Informes de Sostenibilidad [ESRS]), aprobados en noviembre de 2022 por la EFRAG⁸⁶ (entidad que asesora a la Comisión Europea sobre la adopción de las normas internacionales de presentación de información financiera).

Se destaca que la información sobre sostenibilidad de las empresas puede proporcionarse por los protocolos telemáticos que se acuerden e, igualmente, dicha información estará supeditada a auditorías independientes y procedimientos de certificación en aras de ofrecer la información más fiable al mercado y que los agentes opten a comparar la misma. En este sentido, no se escapa que se armoniza/estandariza la información a proporcionar por parte de la empresa, cuestión que provoca una reducción de costes a medio y largo plazo, amén de saber a qué atender en orden a la configuración y trazabilidad de los informes.

En efecto, se descuelga de lo comentado, de un lado, que la nueva directiva CSRD viene a exigir que las empresas, incluidas aquellas que no negocien sus valores en mercados regulados dentro de la Unión Europea, presenten sus informes de gestión sobre sostenibilidad en formato electrónico, tal y como viene estipulado en el artículo 3⁸⁷ del Reglamento Delegado (UE) 2019/815⁸⁸ de la Comisión, y subrayen su información sobre sostenibilidad, incorporando la información que demanda el artículo 8 del Reglamento de Taxonomía Eu-

bilidad supone también un obstáculo a la hora de que las empresas se esfuercen por garantizar la sostenibilidad de sus modelos de negocio y actividades.

⁸⁴ También, *vid.* el considerando 81 de la directiva CSRD.

⁸⁵ Más en <https://www.efrag.org/lab6>. También: «Faire de la RSE une ambition et un atout pour chaque entreprise (Hacer de la RSC una ambición y un activo para todas las empresas)», en <http://www.senat.fr/rap/r22-089/r22-0896.html>, se da buena cuenta de las directrices EFRAG sobre materialidad dual.

⁸⁶ Para más información véase el considerando 39 de la directiva CSRD.

⁸⁷ Prescribe el artículo 3, *Formato electrónico único de presentación de información*: Los emisores elaborarán la totalidad de sus informes financieros anuales en el formato XHTML.

⁸⁸ *Vid.* el extenso Reglamento Delegado (UE) 2019/815 de la Comisión, de 17 de diciembre de 2018, por el que se completa la Directiva 2004/109/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a las normas técnicas de regulación relativas a la especificación de un formato electrónico único de presentación de información. DOUE L 143, de 29 de mayo de 2019.

ropeo, ya referido, y en el protocolo electrónico de presentación de información ordenado en el precitado Reglamento Delegado (UE) 2019/815.

De otro lado, si queremos hacer creíble y segura la equiparación⁸⁹ entre proporcionar información financiera y no financiera por parte de las empresas, es conveniente que dicha información sea verificada por un prestador independiente de servicios de verificación, en concreto, si se quiere una normalización de estas. Nótese que está en juego la credibilidad⁹⁰, y de ahí que se requiera por la directiva CSRD, con carácter progresivo en el tiempo, la obligación de una auditoría que emita el certificado o dictamen⁹¹, según proceda, respecto a la información que requieren las normas respecto a la sostenibilidad. Aquí se estará a observar lo disciplinado por el Reglamento de Taxonomía Europeo, ya anotado. Por último, tampoco podemos descuidar en este campo de actuación que la legislación objeto de atención se rodea y se respalda con diferentes disposiciones normativas que han de coadyuvar al fin último de auxiliar y avanzar hacia una economía sostenible.

El ámbito subjetivo de esta directiva CSRD alcanza a (1) todas las grandes empresas, ya sean las que cotizan o no en los mercados de valores y tengan naturaleza pública o privada. De igual modo, están sujetas a los condicionantes de información que requiere la legislación europea aquellas empresas que presenten una entidad o volumen relevante (García Sánchez, 2021) dentro de la Unión Europea; se consideran aquellas cuyo volumen de negocios es superior a 150 millones de euros y posean filiales o sucursales en el territorio de la Unión Europea. Asimismo, se incluyen dentro de este arco de actuación, (2) las pymes que negocien (coticen) sus acciones en Bolsa⁹², a *sensu contrario*, (3) se excluye explícitamente a las pymes que no coticen en Bolsa⁹³ y, especialmente, a las microempresas.

⁸⁹ Se destaca esta equiparación –equivalencia– a lo largo del articulado de la directiva, *v. gr.*, considerando 37 de la directiva CSRD: «La elaboración de normas comunes obligatorias de presentación de información sobre sostenibilidad es necesaria para lograr una situación en la que esa información tenga un estatus comparable al de la información financiera».

⁹⁰ *Cfr.* el trabajo de Pérez Cansino (2022).

⁹¹ *Vid.* la noticia: «Los auditores alertan que las empresas aplican de forma arbitraria las normas de sostenibilidad», en https://cincodias.elpais.com/cincodias/2022/11/28/companias/1669655350_482565.html

⁹² Standard Ethics es una agencia de calificación de la sostenibilidad autorregulada, que se adapta al modelo *applicant-pay*, donde sus clientes son empresas cotizadas y no cotizadas que han solicitado una calificación de sostenibilidad. Véase el informe para España en <https://www.standardethics.eu/media-en/research-methodology>

⁹³ Se puede traer a colación aquí la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 18 de junio de 2015. Asunto C-508/13:

La presente Directiva debe garantizar que los requisitos para las pequeñas empresas se armonicen en gran medida en toda la Unión. La presente Directiva se basa en el principio de «pensar primero a pequeña escala». A fin de evitar cargas administrativas desproporcionadas a dichas empresas, procede que los Estados miembros solo exijan unas pocas comunicaciones de información mediante notas adicionales a las notas explicativas obligatorias. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A62013CJ0508&qid=1673620948120>

3.2. Criterio sobre reporte de activos inmateriales

La directiva CSRD deja claro que la información a ofrecer por parte de las empresas es la relativa a la sostenibilidad. El interrogante que surge de seguido es qué tipo de información entraría dentro de esta propuesta y, en particular, cómo ha de entenderse el criterio de *recursos inmateriales fundamentales*.

Ab initio, hemos de llamar la atención como el artículo 1 de la directiva CSRD, en su punto 3), viene a modificar el contenido del artículo 19, apartado 1, Directiva 2013/34, y se añade el párrafo siguiente:

Las grandes empresas y las pequeñas y medianas empresas, a excepción de las microempresas, que sean entidades de interés público tal como se definen en el artículo 2, punto 1, letra a), presentarán información sobre los recursos inmateriales fundamentales y explicarán de qué manera el modelo de negocio de la empresa depende fundamentalmente de dichos recursos y cómo constituyen dichos recursos una fuente de creación de valor para la empresa.

Se desgana del tenor legal del precepto, la incorporación en la información sobre sostenibilidad de las empresas, la pertinencia de introducir con qué recursos inmateriales se cuenta y cómo estos sirven para generar valor añadido, y apreciarlo desde la óptica de cómo influye en el modelo de negocio. Ciertamente es que el ámbito subjetivo –por el momento– no abarca a todas las empresas, sino a aquellas que sean de interés público de acuerdo con la normativa, si bien, aquí deberíamos tener muy en cuenta todos los activos intangibles de una empresa ilustrados en la propiedad intelectual en sentido extenso y, en particular, la propiedad industrial. Consideremos que, en paralelo, a la demanda a las empresas de informar en torno a la sostenibilidad, la Unión Europea es más que consciente de la conveniencia de amparar, fomentar y reglamentar los aspectos medioambientales y de economía circular asociados a la propiedad industrial⁹⁴, pero también hemos de pensar que dentro de la categoría genérica «recursos inmateriales fundamentales», que estamos tratando, *v. gr.*, se incorpora y reconoce el secreto empresarial en aras de dar contenido y sentido al Pacto Verde Europeo y los ODS y, a la par, propiciar la RSC/RSE⁹⁵.

⁹⁴ Ejemplo manifiesto es lo que está sucediendo con la ecoinnovación para lograr productos sostenibles https://ec.europa.eu/info/energy-climate-change-environment/standards-tools-and-labels/products-labelling-rules-and-requirements/sustainable-products/ecodesign-sustainable-products_es. También, la comunicación de la Comisión: Hacer que los productos sostenibles sean la norma, COM (2022) 140 final, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52022DC0140>. *Vid.* Vence y Pereira (2019). En el ámbito nacional se recogen las acciones en torno a la economía circular en la Unión Europea en <https://www.miteco.gob.es/es/calidad-y-evaluacion-ambiental/temas/economia-circular/comision-europea/>

⁹⁵ *In totum*, *vid.* Sanz Larruga (2013) y Mora Ruiz (2022).

Según se desprende de la directiva CSRD, la información⁹⁶ sería aquella que incide sobre los riesgos y oportunidades derivados de cuestiones sociales y ambientales en los que se ve envuelta la empresa, así como sobre los impactos de las actividades que desarrolla la empresa, tanto en las personas⁹⁷ como el medio ambiente⁹⁸, tal y como venimos reiterando.

⁹⁶ Para Martínez Pina (21 de diciembre de 2022),

se amplía la información sobre sostenibilidad incidiendo, entre otras cuestiones, en información sobre los planes de la empresa para garantizar que su modelo de negocio y su estrategia sean compatibles con la limitación al calentamiento global a 1,51 °C, sobre cómo los órganos de administración y dirección supervisan las cuestiones de sostenibilidad y sus conocimientos al respecto y los efectos negativos reales o potenciales de las propias actividades de la empresa y su cadena de valor en materia de sostenibilidad. Se amplía también la información sobre activos intangibles, incluido el capital humano, intelectual, social y relacional.

⁹⁷ Véase la nota que publica el despacho Uría Menéndez, «Directiva relativa a la presentación de información sobre sostenibilidad por parte de las empresas (Corporate Sustainability Reporting Directive)», *op. ult. cit.*, se manifiesta en p. 2:

La Unión Europea es consciente de que la pandemia de COVID-19 ha acelerado aún más el aumento de las necesidades de información de los usuarios, en particular porque ha puesto de manifiesto las vulnerabilidades de los trabajadores y de las cadenas de valor de las empresas, y considera que disponer de información sobre los impactos medioambientales también es pertinente a la hora de mitigar los riesgos de futuras pandemias, ya que las perturbaciones causadas en los ecosistemas por influencia humana están cada vez más relacionadas con la aparición y propagación de enfermedades.

⁹⁸ Aquí puede traerse a colación lo disciplinado en el artículo 1 de la Ley 11/2018, al decretar:

El estado de información no financiera consolidado incluirá información significativa sobre las siguientes cuestiones: I. Información sobre cuestiones medioambientales: Información detallada sobre los efectos actuales y previsibles de las actividades de la empresa en el medio ambiente y, en su caso, la salud y la seguridad, los procedimientos de evaluación o certificación ambiental; los recursos dedicados a la prevención de riesgos ambientales; la aplicación del principio de precaución, la cantidad de provisiones y garantías para riesgos ambientales.

– Contaminación: medidas para prevenir, reducir o reparar las emisiones de carbono que afectan gravemente el medio ambiente; teniendo en cuenta cualquier forma de contaminación atmosférica específica de una actividad, incluido el ruido y la contaminación lumínica.

– Economía circular y prevención y gestión de residuos: medidas de prevención, reciclaje, reutilización, otras formas de recuperación y eliminación de desechos; acciones para combatir el desperdicio de alimentos.

– Uso sostenible de los recursos: el consumo de agua y el suministro de agua de acuerdo con las limitaciones locales; consumo de materias primas y las medidas adoptadas para mejorar la eficiencia de su uso; consumo, directo e indirecto, de energía, medidas tomadas para mejorar la eficiencia energética y el uso de energías renovables.

– Cambio climático: los elementos importantes de las emisiones de gases de efecto invernadero generados como resultado de las actividades de la empresa, incluido el uso de los bienes y servicios que produce; las medidas adoptadas para adaptarse a las consecuencias del cambio climático; las metas de reducción establecidas voluntariamente a medio y largo plazo para reducir las emisiones de gases de efecto invernadero y los medios implementados para tal fin.

Detengámonos a examinar qué se entiende en la norma europea por *recursos inmateriales fundamentales*. Y, a tal finalidad, hemos de acudir al tenor legal recogido en el considerando 32 de la directiva CSRD:

La Directiva 2013/34/UE no exige la divulgación de información sobre los recursos inmateriales distintos de los reconocidos en el balance. Es un hecho ampliamente reconocido que no se informa suficientemente sobre los activos inmateriales y otros factores inmateriales, incluidos los recursos inmateriales generados internamente, lo que impide la correcta evaluación de la evolución, los resultados y la situación de la empresa, así como el seguimiento de las inversiones. Para que los inversores puedan comprender mejor la brecha creciente entre el valor contable de muchas empresas y su valoración de mercado, que se observa en muchos sectores de la economía, debe exigirse una presentación de información adecuada sobre los recursos inmateriales de todas las grandes empresas y de todas las empresas, a excepción de las microempresas, cuyos valores estén admitidos a negociación en un mercado regulado de la Unión. No obstante, determinada información sobre recursos inmateriales es intrínseca a las cuestiones de sostenibilidad y, por tanto, debe formar parte de la presentación de información sobre sostenibilidad. Por ejemplo, la información sobre las capacidades, las competencias, la experiencia, la lealtad a la empresa y la motivación de los empleados para mejorar los procedimientos, los productos y los servicios es información sobre sostenibilidad relativa a cuestiones sociales que también podría considerarse información sobre recursos inmateriales. Del mismo modo, la información sobre la calidad de las relaciones entre la empresa y sus interlocutores, en particular los clientes, los proveedores y las comunidades afectadas por las actividades de la empresa, es información sobre sostenibilidad pertinente para cuestiones sociales o de gobernanza que también podría considerarse información sobre recursos inmateriales. Estos ejemplos ilustran cómo en algunos casos no es posible distinguir la información sobre recursos inmateriales de la información sobre cuestiones de sostenibilidad.

De la lectura de esta proposición hemos de extraer varias interpretaciones. En primer lugar, la regla europea proporciona una especie de casuística y ejemplos para poder entender el valor que tienen los recursos inmateriales para una empresa y su proyección a futuro, en particular, para la adopción de decisiones por parte de los inversores. Claro, el interrogante que surge de seguido, cabalmente, es que si esta información se caracteriza y protege como secreto empresarial, la confidencialidad asociada va a impedir una toma de decisiones correcta a la imagen fiel de la capacidad y evolución del negocio. Agregado a ello, el legislador se percató de que en los informes actuales no se proporciona toda la in-

– Protección de la biodiversidad: medidas tomadas para preservar o restaurar la biodiversidad; impactos causados por las actividades u operaciones en áreas protegidas.

formación o esta es inadecuada para los destinatarios del resto de información, que configuran los informes de sostenibilidad, que resulta una información más acabada.

En segundo lugar, se pone especial énfasis en poner de relieve que tanto los activos como los factores inmateriales inciden sobre las cuestiones de sostenibilidad vinculadas a las empresas. Piénsese en toda la eco-innovación en sus diferentes manifestaciones. Se pone el acento en la diferencia entre *el valor contable de muchas empresas y su valoración de mercado*. De igual modo, se pone como referencias para entender que integran estos recursos inmateriales: *la experiencia, la lealtad a la empresa y la motivación de los empleados para mejorar los procedimientos, los productos y los servicios*. Y, a lo relatado, se incide y une: *información sobre la calidad de las relaciones entre la empresa y sus interlocutores, en particular los clientes, los proveedores y las comunidades afectadas por las actividades de la empresa*. De nuevo vuelve a surgir el interrogante: ¿esto que es? Según hemos explicado en apartados de este análisis, perfectamente, cabría dentro de estos planteamientos la figura del secreto empresarial, tal y como es conceptualizado y reglamentado. No es extraño que nos hagamos estas preguntas, toda vez que, si bien se entiende la finalidad perseguida por la directiva CSRD, absolutamente loable, también hay que entender la identidad y razón de ser de los secretos empresariales, que integran también los activos intelectuales⁹⁹. Pueden surgir conflictos o colisión; pareciese que el legislador habrá de delimitar claramente hasta dónde en un caso u otro, así como la interpretación, *ad hoc*, de los tribunales.

Agregado a lo hasta aquí relatado, también hemos de plantearnos cómo interpretar la aplicación de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno¹⁰⁰. Nótese el artículo 14 de esta ley, donde se recogen los límites al derecho de acceso a la información pública. Concretamente, en relación con el secreto profesional y la propiedad intelectual e industrial, estableciéndose:

1. El derecho de acceso podrá ser limitado cuando acceder a la información suponga un perjuicio para: [...] j) El secreto profesional y la propiedad intelectual e industrial. [...] l) La protección del medio ambiente.
2. La aplicación de los límites será justificada y proporcionada a su objeto y finalidad de protección y atenderá a las circunstancias del caso concreto, especialmente a la concurrencia de un interés público o privado superior que justifique el acceso.

⁹⁹ Recomendación (UE) 2023/499 de la Comisión, de 1 de marzo de 2023, relativa a un Código de buenas prácticas en materia de gestión de los activos intelectuales para la valorización del conocimiento en el Espacio Europeo de Investigación, 7 de marzo de 2023, DOUE L 69, que define «activo intelectual»: todo resultado o producto generado por cualquier actividad de I+i (como los derechos de propiedad intelectual e industrial, los datos, los conocimientos técnicos, los prototipos, los procesos, las prácticas, las tecnologías y los programas informáticos).

¹⁰⁰ BOE n.º 295, de 10 de diciembre de 2013.

En este caso, se colocan al mismo nivel como límites a la información tanto el respeto al secreto empresarial como el amparo del medio ambiente.

Se entiende, entonces, el motivo de este plus en la incorporación dentro de la información de sostenibilidad por parte de la directiva CRSD, pero también hay que retener la complejidad asociada en la práctica, precisamente, por abarcar muchos aspectos y fenómenos dentro de la expresión: recursos inmateriales y sus cruces y límites con herramientas como el secreto empresarial.

4. A modo de conclusión

A lo largo de este trabajo hemos contextualizado dos fenómenos de especial interés para las empresas y que, además, interactúan cada vez más en orden a potenciar más el valor de las empresas y, con ello, poder competir y posicionarse en el mercado. Hemos indagado, en un primer paso, en el análisis del secreto empresarial como instrumento con valor comercial, de gestión y estratégico para las empresas, visto desde su reconocimiento legal, conceptual y alcance asociados a los procedimientos y requisitos a cumplir. En una segunda fase de examen, nos hemos aproximado a la directiva CRSD en aras de saber los objetivos perseguidos por esta disposición europea y, en concreto, poner el foco sobre el informe de sostenibilidad al que están obligadas a proporcionar determinadas empresas.

Vinculando el informe de sostenibilidad y el secreto empresarial con el fin de coadyuvar a la sostenibilidad tan necesaria para el planeta y los agentes, además de ser pretensiones de obligado cumplimiento, baste observar la panoplia informativa cada vez más intensa y profusa –no sé si confusa, en algunas circunstancias–, nos damos cuenta de que surgen varios interrogantes, que se han puesto de manifiesto a lo largo del análisis, si bien lo más llamativo por lo novedoso es la exigencia que se demanda ahora por parte de la directiva CSRD, al exigir en la presentación del informe sobre sostenibilidad que se tenga que informar sobre los *recursos inmateriales distintos de los reconocidos en el balance* hasta el momento.

De inmediato provoca el esmero de saber y, en particular, con los ejemplos proporcionados por la propia norma europea, dónde queda el secreto empresarial, se va a ver afectado, o parte de la información con valor comercial se ha de comunicar en orden a dar obligado cumplimiento, y los destinatarios de dicha información, como son los inversores, tengan una información más acabada y, por ende, puedan valorar de mejor forma la evolución y proyección de la empresa y del modelo de negocio. Se le debería requerir a la legislación de los diferentes Estados miembros que han de transponer la directiva CRSD, con relación a no provocar problemas de *forum shopping*, ser muy cautelosos en orden a fijar de forma clara y precisa cuáles son los criterios e ingredientes que van a delinear los recursos inmateriales sobre los cuáles se ha de divulgar y publicitar, para no distorsionar y entrometer-

se en institutos ya consagrados como el secreto empresarial que, *per se*, y en su esencia –dónde reside también su funcionalidad y virtualidad–, es ser una información no divulgada.

Estaremos atentos al desarrollo y recorrido de la legislación europea y la práctica.

Referencias bibliográficas

- Abad Navarro, M.^a C., Bravo Urquiza, F. y Reguera Alvarado, N. (2022). Las normas europeas de divulgación de información corporativa en materia de sostenibilidad y la hipótesis de la Reina Roja. *AECA: Revista de la Asociación Española de Contabilidad y Administración de Empresas*, 138, 8-11.
- Agra Viforcós, B. (2020). La protección del secreto empresarial en la era digital. *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, 452, 117-144.
- Alenza García, J. F. (2020). La economía circular en el Derecho ambiental. *Actualidad Jurídica Ambiental*, 102(2), 225-249. Ejemplar dedicado al congreso homenaje al prof. Ramón Martín Mateo, «VIII Congreso Nacional Derecho Ambiental (Vulnerabilidad Ambiental)».
- Amargant Arnau, R. y Gutiérrez del Arroyo González, F. (2022). El efecto del cambio climático y la transición energética sobre el sector financiero y la reacción al desafío por parte de la UE. *Papeles de Energía*, 16, 72-75.
- Balbo, A. (26 de noviembre de 2018). Segreti commerciali: La Blockchain é una «misura ragionevole» per mantenerli al sicuro? <https://www.cyberlaws.it/2018/blockchain-segreti-commerciali/>
- Bienvenu, A. (15 de diciembre de 2022). CSRD, la nueva normativa en materia de sostenibilidad <https://www.expansion.com/economia-sostenible/2022/12/15/639b3db2468aeb4a448b458f.html>
- Bustillos Saiz, M.^a M. (2020). *Protección del secreto empresarial en la Directiva (UE) 2016/943 y en la Ley 1/2019*. Marcial Pons.
- Chamorro Domínguez, M.^a de la C. (2022). Otro paso más en el conjunto de normas de la UE sobre sostenibilidad y cambio climático: Normas técnicas del Reglamento de Taxonomía. *Revista de Derecho de Sociedades*, 64.
- Cohen Benchetrit, A. (2022). Primera aproximación a la Propuesta de Directiva sobre gobierno corporativo sostenible y diligencia debida. *Diario La Ley*, 10031.
- Comentario sobre el Proyecto de Directiva del Parlamento Europeo sobre la Diligencia Debida y la Responsabilidad de las Empresas Grupo de Expertos en Derecho de Sociedades Europeo. (2021). *Revista de Derecho de Sociedades*, 62.
- Cueto García, A. (2022). La excepción de la ingeniería inversa en la nueva ley de secretos empresariales y su tratamiento en otros países comunitarios. En E. Ortega Burgos, *Propiedad Intelectual*. Tirant lo Blanch.
- Embid Irujo, J. M. (2020). Aproximación al significado jurídico de la responsabilidad social corporativa. *Revista de Derecho Mercantil*, 316.

- Enciso Alonso-Muñumer, M. (2020). Transparencia y sostenibilidad: nuevos retos de la información no financiera. *Revista de Derecho del Mercado de Valores*, 27, 242-281.
- Falce, V. (2015). Trade Secrets-Looking for (Full) Harmonization in the innovation Union. *Review of Intellectual Property and Competition Law*, 46(8), 940-964.
- Fernández Díaz, C. (2016). La lista de clientes como objeto del secreto empresarial. *Revista Aranzadi Doctrinal*, 7, 251-274.
- García Pérez, R., (2022). La adopción de medidas razonables para mantener secreta la información como requisito para la existencia de un secreto empresarial. *Actas de derecho industrial y derecho de autor*, t. 42, pp. 81-106.
- García Sánchez, I. M.^a (2021). Los estados no financieros de empresas multinacionales. *Economistas*, 175, 59-70.
- Girona Domingo, R. (2022). El secreto empresarial como objeto del contrato. En F. González Castilla y U. Nieto Carol (Dirs.), *Retos de la contratación mercantil moderna* (pp. 647-662). Tirant lo Blanch.
- Girona Domingo, R. M. (2023). Principales aspectos jurídico-laborales de la Ley 1/2019, de 20 de febrero de secretos empresariales. *Revista de Treball, Economia i Societat*, 109.
- Gómez Expósito, A. (2021). Secretos empresariales y derecho de acceso a la información ambiental. *Revista Catalana de Dret Ambiental*, 12(2), 1-31. <https://doi.org/10.17345/rcda>
- Gómez Segade, J. A. (1974). *El secreto industrial (know-how): concepto y protección*. Tecnos.
- Gómez Segade, J. A. (1995). Secreto industrial. En *Enciclopedia Jurídica Básica* (vol. IV). Civitas.
- Gómez Segade, J. A. (2021). La protección de los macrodatos (big data) mediante las normas sobre secretos empresariales. En A. García Vidal (Dir.), *Big data e internet de las cosas: nuevos retos para el derecho de la competencia y de los bienes inmateriales* (pp. 115-152). Tirant lo Blanch.
- González Pachón, L. (2014). Sentencia de 26 de febrero de 2014. La protección jurídica del secreto empresarial. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 96, 431-442.
- Guamán, A., (2021). La Unión Europea y la diligencia debida: contexto, propuestas y razones para el paso del *soft al hard law*. En F. J. Zamora Cabot, L. Sales Pallarés y M.^a Chiara Marullo (Dirs.), *La lucha en clave judicial frente al cambio climático* (pp. 93-113). Aranzadi.
- Hummel, K. y Jobst, D. (2022). The Current State of Corporate Sustainability Reporting Regulation in the European Union. <https://ssrn.com/abstract=3978478>, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3978478>
- Kirchner, A. y Kirchner-Freis, I. (Dirs.). (2013). *Green innovations and IPR management*. Wolters Kluwer.
- Marín, S. y Ortiz, E. (2022). Claves Europeas para la armonización de la Información no Financiera o en materia de Sostenibilidad. *Revista de Contabilidad y Dirección*, 33, 69-83.
- Martí Moya, V. (2022). El incesante proceso de positivización de la responsabilidad social en la UE de la información no financiera al informe de sostenibilidad. *La Ley Mercantil*, 93.
- Martínez Nadal, A. (2021). Empresa y derechos humanos: perspectiva de Derecho mercantil. *Revista de Derecho Mercantil*, 320.
- Martínez Pina, A. M. (21 de diciembre de 2022). La nueva información sobre sostenibilidad que proporcionarán las empresas.

- <https://www.ga-p.com/publicaciones/la-nueva-informacion-sobre-sostenibilidad-que-proporcionarán-las-empresas/>
- Massaguer Fuentes, J. (2019). De nuevo sobre la protección jurídica de los secretos empresariales. A propósito de la Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 51, 46-70.
- Miquel Rodríguez, J. M. (2021). Quo vadis, corp. Gov. *Revista de Derecho del Sistema Financiero: Mercados, Operadores y Contratos*, 2, 95-128.
- Mora Ruiz, M. (2022). La responsabilidad social corporativa de contenido ambiental: marco jurídico y principales instrumentos. En M.ª J. Revuelta Pérez y J. Ochoa Monzón (Dirs.), *Economía Circular y Responsabilidad Social* (pp. 17-48). Aranzadi.
- Muñoz Prieto, M. P. y Enciso de Yzaguirre, V. (2021). La Contabilidad ambiental como herramienta para la incorporación de la sostenibilidad ambiental en las empresas de Economía Social. CIRIEC - España. *Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, 103, 249-277.
- Niebel, R. (2018). The EU Trade Secrets Directive: all change for trade secret protection in Europe? *Journal of Intellectual Property Law and Practice*. Oxford University Press, 13, 445-457.
- Pérez Cansino, I. (2022). *La credibilidad de los informes de sostenibilidad en el contexto de la Directiva 2014/95/UE: evidencia en empresas energéticas y petrolíferas europeas*. Universidad de Sevilla. <https://idus.us.es/handle/11441/136384>
- Pooley, J. (2013). El secreto comercial: el otro derecho de propiedad intelectual. *Revista OMPI*, 3. https://www.wipo.int/wipo_magazine/es/2013/03/article_0001.html
- Ramos Gil de la Haza, A. (2022). El secreto empresarial en el sector de la moda. En E. Ortega Burgos (Dir.) y F. García Pérez y I. Antón Juárez (Coords.), *Tratado de Derecho de la Moda (Fashion Law)*. Vol. 1: *Propiedad Industrial e Intelectual, Contratación mercantil, Derechos de las nuevas tecnologías, penal y aduanas* (pp. 225-268). Aranzadi.
- Rodríguez Alcocer, L. M. (2022). El proceso de aprobación de la directiva de Información Corporativa en Materia de Sostenibilidad (Corporate Reporting Sustainability Directive o CSRD). *Técnica Contable y Financiera*, 55, 110-120.
- Ruiz Muñoz, M. (2020). Sobre la moralización de la «empresa». *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*, 118(4), 43 y ss.
- Saiz Marquínez, A. (2022). Directiva europea sobre presentación de información sobre sostenibilidad por parte de las empresas. <https://diariolaley.laleynext.es/dll/2022/12/20/directiva-europea-sobre-presentacion-de-informacion-sobre-sostenibilidad-por-parte-de-las-empresas>
- Santamaría Pastor, J. (1985). Sobre derecho a la intimidad, secretos y otras cuestiones innombrables. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 5, 159-180.
- Sanz Larruga, F. J. (2013). Aspectos jurídicos sobre la eco-innovación y el diseño ecológico. En F. J. Sanz Larruga, M. García Pérez, J. Pernas García y J. Rodríguez-Arana (Dirs.), *Libre mercado y protección ambiental: intervención y orientación ambiental de las actividades económicas* (pp. 421-461). Instituto Nacional de Administración Pública.
- Suñol Lucea, A. (2020-2021). La protección de los datos como secreto empresarial en la era de la inteligencia artificial. *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor* (t. 41, pp. 193-220).
- Val Talens, P. (2019). Información no financiera y responsabilidad social corporativa.

- En B. de la Vega Justribó y M. Ruiz Muñoz (Dirs.), *Responsabilidad social corporativa (RSC): economía colaborativa y cumplimiento normativo* (pp. 171-191).
- Valencia Rodríguez, M. (2005). El capital humano, otro activo de su empresa. *Entramado*, 1(2) <https://www.redalyc.org/pdf/2654/265420471004.pdf>
- Valenzuela Garach, F. J. (2021). Los secretos empresariales. Aspectos sustantivos de su regulación legal (1/2019, de 20 de febrero). En J. L. Pérez-Serrabona González y F. J. Pérez-Serrabona González (Dirs.), *Contratación privada, empresa y responsabilidad* (pp. 701-723). Aranzadi.
- Valmaña Ochaía, M.^a (2021). Propuesta de Directiva, del Parlamento Europeo y del Consejo, por la que se modifican la Directiva 2013/34/UE, la Directiva 2004/109/CE, la Directiva 2006/43/CE y el Reglamento (UE) 537/2014, por lo que respecta a la información corporativa en materia de sostenibilidad. *Revista de Derecho de Sociedades*, 63.
- Vega Justribó, B. de la (2017). El secreto empresarial o industrial (know-how). En Ruiz Muñoz (Dir.), *Derecho de la Propiedad Intelectual. Derecho de autor y Propiedad Industrial* (pp. 755 y ss.). Tirant lo Blanch.
- Vence, X. y Pereira, A. (2019). Eco-innovation and Circular Business Models as drivers for a circular economy. *Contaduría y Administración*, 64(1) 1-19. <http://dx.doi.org/10.22201/fca.24488410e.2019.1806>
- Villacorta Hernández, M. A. (2022). Propuestas para mejorar el estado de información no financiera. *Revista de Contabilidad y Tributación*. CEF, 475, 189-228.
- Zolomian, M. (2022). Reporting extra-financier: la Directive CSRD en vue ! *Lettre Creda-Sociétés*, 10. <https://www.cci-paris-idf.fr/sites/default/files/2022-07/Lettre-CREDA-Societes-2022-10print.pdf>

María Isabel Candelario Macías. Profesora titular de Derecho Mercantil en la Universidad Carlos III de Madrid. Licenciada en Derecho por la Universidad de Salamanca y Escuela de Práctica Jurídica de la precitada universidad. Diplomada en Derecho Constitucional y Ciencias Políticas por el Centro de Estudios Constitucionales. Máster en Dirección General de Empresas MBA-Internacional por ESDEN, Madrid. Premio de Excelencia 2010 del Consejo Social, modalidad joven personal investigador, Universidad Carlos III de Madrid y Banco Santander. Concesión de la Cátedra de Excelencia, Universidad Carlos III de Madrid-Banco Santander. Coordinadora/responsable del grupo de investigación Proindten, Propiedad Industrial y Nuevas Tecnologías, UC3M. <https://orcid.org/0000-0002-8646-9242>