



**REGULACIÓN DE LOS ACUERDOS DE CONFIENCIALIDAD EN LOS  
CONTRATOS DE VACUNACIÓN Y SU IMPACTO EN LA COMPETENCIA  
DESLEAL, DESDE LOS CASOS DE COLOMBIA Y ESTADOS UNIDOS EN LA  
CONTINENCIA DEL COVID 19**

**SOFÍA GÓMEZ MÚNERA**

**Trabajo de grado para optar al título de Abogado**

**Asesor**

**CARLOS ÁNDRES GÓMEZ GARCIA**

**Abogado...**

**UNIVERSIDAD PONTIFICIA BOLIVARIANA  
ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS**

**FACULTAD DE DERECHO**

**DERECHO**

**MEDELLÍN**

**2022**

**21 de Noviembre del año 2022**

**SOFÍA GÓMEZ MÚNERA**

“Declaro que este trabajo de grado no ha sido presentado con anterioridad para optar a un título, ya sea en igual forma o con variaciones, en esta o en cualquiera otra universidad”. Art. 92, párrafo, Régimen Estudiantil de Formación Avanzada.

Sofía Gómez Múnera

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Sofía', is written over a solid horizontal line. The signature is stylized and cursive.

## CONTENIDO

<b>RESUMEN</b> .....	4
<b>PALABRAS CLAVE</b> .....	4
<b>ABSTRACT</b> .....	4
<b>KEYWORDS</b> .....	4
<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	5
<b>CAPITULO 1</b> .....	6
¿Qué son los acuerdos de confidencialidad? .....	6
¿Dónde se encuentran regulados? .....	7
Jurisprudencia sobre los acuerdos de confidencialidad .....	9
¿Qué paso contratos para adquirir vacunas? .....	9
Problema de los acuerdos de confidencialidad en asuntos relacionados con la salud pública. ....	11
<b>CAPITULO 2</b> .....	12
¿Qué se entiende por acuerdo de confidencialidad en los Estados Unidos? .....	12
¿Dónde se encuentran regulados? .....	14
Jurisprudencia sobre los acuerdos de confidencialidad .....	15
¿Qué pasa con los contratos para adquirir vacunas? .....	16
Problema de los acuerdos de confidencialidad en asuntos relacionados con la salud pública. ....	18
<b>CAPITULO 3</b> .....	20
<b>REFERENCIAS</b> .....	23

## **RESUMEN**

El presente trabajos de grado busca comparar la regulación de las cláusulas de confidencialidad, que juegan un papel relevante para la prevención de la competencia desleal en el derecho colombiano y estadounidense, mediante la protección del secreto empresarial, en la contingencia del Covid 19. A través del método de investigación cualitativo propio de la dogmática jurídica, conocido como la hermenéutica jurídica, se analizan textos normativos y doctrinales pertinentes de ambos países, con el fin de encontrar semejanzas y diferencias entre estos sistemas jurídicos y generar así una crítica al utilización de las clausulas de confidencialidad en el marco Colombiano.

## **PALABRAS CLAVE**

Acuerdo de confidencialidad, Competencia Desleal, secreto empresarial, Colombia, Estados Unidos, Covid 19.

## **ABSTRACT**

This degree work seeks to compare the regulation of confidentiality clauses, which play a relevant role in the prevention of unfair competition in Colombian and American law, through the protection of business secrets, in the contingency of Covid 19. Through From the qualitative research method typical of legal dogmatics, known as legal hermeneutics, pertinent normative and doctrinal texts from both countries are analyzed, to find similarities and differences between these legal systems and thus generate a criticism of the use of clauses. of confidentiality in the Colombian framework.

## **KEYWORDS**

Non-Disclosure Agreement, Antitrust, Trade Secrets, Colombia, United State, Covid 19

## INTRODUCCIÓN

El acuerdo de confidencialidad en la regulación colombiana puede ser entendido como una manifestación de la voluntad encaminada a producir obligaciones de guardar información y no compartirla con terceros no autorizados, esto es relevante ya que la protección de la información permite que la información de los diferentes ámbitos del ser humano sea resguardada.

Es particularmente importante que la transmisión de la información tenga reservas, para la seguridad de las partes en el desenvolvimiento de los negocios con el fin necesario de salvaguardar la fortaleza en los negocios, el valor comercial, la situación económica y la posición en el mercado

Es por ello por lo que se deben analizar los comportamientos que se tiene dentro de la competencia para evitar la que es desleal, porque es a través de esta cláusula que la información que se pretende custodiar es aquella catalogada como secretos empresariales, entendidos como: cualquier información que tiene una persona tanto natural como jurídica, que sea susceptible de transmitir a un tercero y que no haya sido difundida, esta información debe ser relevante en el uso de alguna actividad industrial o comercial.

Es importante comparar países como Colombia y Estados Unidos porque siendo este último la economía más grande del mundo, líder en el comercio global y con una trayectoria que viene desde antes de la segunda guerra mundial en la creación de empresas de cobertura mundial, ha tenido que enfrentar innumerables desafíos en la conservación de la información confidencial y el accionar de la competencia desleal. Debido a lo anterior, su regulación incorpora múltiples escenarios en el aspecto de la confidencialidad y esto ha llevado a que sea constantemente imitado por otros países.

Gracias a esto es necesario revisar bajo ese contexto las nuevas problemáticas que están apareciendo en nuestra actualidad como lo son los contratos para combatir las contingencias del Covid 19, estos son relevantes, ya que al ser una situación mundial que nos llevo a pensar sobre como se podrían respetar los secretos empresariales en las nuevas creaciones de las vacunas para aminorar la proliferación del virus, respetando los secretos de las empresas.

## CAPITULO 1

### REGULACIÓN COLOMBIANA

#### **¿Qué son los acuerdos de confidencialidad?**

Al hablar de los acuerdos de confidencialidad, es necesario preceder primeramente frente a su definición, desde el punto de vista colombiano, la superintendencia de industria y comercio determina que el acuerdo o cláusula de confidencialidad es una manifestación de la voluntad que realizan las partes, la cual está encaminada a producir obligaciones de guardar información relevante para una de ellas y de no poderla exhibir a terceros; la protección de la información del titular se le concede a la parte que la recibe para que no se haga uso inadecuado de la misma por las personas que pueden tener acceso a esta a través de su labor. (Superintendencia de Industria y Comercio, 2018, pág. 5)

Los acuerdos de confidencialidad pueden ser un contrato o la cláusula de un contrato que permite la protección de la información en cualquier ámbito de la vida del ser humano, en especial el comercia, ya que es particularmente relevante que la información tenga reservas para el desenvolvimiento de los negocios porque se permite la protección del valor comercial, la situación económica y la posición en el mercado.

Esta información que se protege en el mundo de los negocios es la clasificada como secretos empresariales entendidos como: cualquier información que tiene una persona tanto natural como jurídica, que sea susceptible de transmitir a un tercero y que no haya sido difundida, esta información debe ser relevante en el uso de alguna actividad industrial o comercial (Art 260, decisión 486, Comunidad Andina).

Estos secretos son los que contienen información es conocida como la propiedad industrial, la cual se encuentra conceptualmente ubicada dentro de los derechos de propiedad intelectual,

estos se caracteriza por proteger el dominio de una persona que posee sobre su actividad creativa frente a un bien inmaterial susceptible de explotación económica; esta la información es considerada como es sensible o confidencial para su propietario y pueden incluir: la historia, operaciones de ventas, mercadeo, fórmulas, procesos, especificaciones técnicas, detalles de diseño, modelos, patentes, información objeto de derechos de autor, know-how, datos, programas de computación, ejecutables, dibujos, listas de clientes, inversionistas, empleados, aspectos legales y situación económica y financiera, entre otras; ya que se consideran que brindan una ventaja competitiva a su propietario.

Hay que tener en cuenta que el origen de los acuerdos de confidencialidad es en la etapa precontractual, etapa crucial en la creación de cualquier contrato, ya que esta es donde “las partes empiezan a evidenciar sus intereses comunes, a saber, con quién posiblemente contratarán y aquellos motivos que los van a llevar a la causa que se constituye como elemento esencial del contrato, o a determinar, de acuerdo con ello, que no desean contratar pues los intereses de ambos no concuerdan.” (Buelvas,2017) Es por eso por lo que en la precontractualidad se debe basar en el principio de la buena fe expuesta en el código de comercio en su artículo 863 el cual, enuncia que todo tipo de contrato se debe contemplar la buena fe precontractual so pena de indemnización de perjuicios, siendo evidente la protección de los acuerdos desde su nacimiento.

### **¿Dónde se encuentran regulados?**

En Colombia los acuerdos de confidencialidad se encuentran regulados primeramente en la constitución como un derecho fundamental en su artículo 15 “Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas.” Se entiende así que los secretos empresariales.

En segundo lugar, podemos encontrar las decisiones de la Comunidad Andina como la 486 del 2000 sobre propiedad industrial, el cual regula el tema de la propiedad de los piases

miembros, tratando así los secretos empresariales como un medio de protección de la información que es susceptible de ser divulgada y que merece una mayor protección. Adicionalmente, a estas regulaciones se le puede añadir la ley 178 de 1994 por medio de la cual se adoptó el convenio de París sobre la protección de la propiedad industrial.

Un tercer punto de vista, son en las normas civiles y comerciales sobre la creación de los contratos como el libro cuarto del código civil: de las obligaciones en general y de los contratos, este libro regula los contratos y es el que maneja las pautas básicas en Colombia para la generación de obligaciones y contratos en materia civil; por su parte el código de comercio trae la regulación de los contratos en el libro cuarto denominado “ de los contratos y las obligaciones mercantiles” donde en el capítulo cuarto artículo 864 nos expresa la definición de contrato y las obligaciones que se derivan del mismo.

Un cuarto punto de vista es en la ley 256 del año 1996 la cual es conocida como la ley de competencia desleal, en su artículo 16 estipula el supuesto de hecho de la violación de los secretos empresariales como una forma de competencia desleal, a través de la realización de actos de explotación o divulgación de los secretos empresariales sin autorización del titular, al igual que la obtención de los secretos a través de tácticas de espionaje.

Un quinto punto de vista que hay que tener en cuenta es el pronunciamiento de la Superintendencia de Industria y Comercio en el radicado N°17-394944- -1 del año 2018, la entidad logra dar una definición de lo que son las cláusulas de confidencialidad, y de conformidad con el artículo 486 se logra profundizar sobre la violación de los secretos empresariales

Por último, hay que tener en cuenta las leyes que pueden ser relevantes para ciertos casos y tienen un relacionamiento directo con los secretos empresariales y la confidencialidad de la información son: la ley 1266 del 2008, más conocida como la ley de habeas data, la cual regula las reglas para la administración de datos personales de carácter financiero, comercial, de servicios y proveniente de terceros países y destinada al cálculo de riesgo crediticio ( Superintendencia de Industria y Comercio, 2021). Por otro lado, se encuentra la ley 1581 del

2021, la cual dicta disposiciones especiales para la protección de datos personales en bases de datos.

### **Jurisprudencia sobre los acuerdos de confidencialidad**

A nivel jurisprudencial es relevante para la materia La tutela con el radicado 11001-03-15-000-2021-03032-00 presentada ante el consejo de estado en donde la la empresa farmacéutica Jansen (más conocida como Johnson & Jonhson) ve vulnerados sus derechos por parte del Instituto Internacional de Estudios Anticorrupción de solicitarle a la Unidad Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres (UNGRD) información sobre las negociaciones privadas con el Gobierno nacional para la compraventa de vacunas contra el COVID 19 en el marco de la crisis sanitaria.

### **¿Qué paso contratos para adquirir vacunas?**

Gracias a la pandemia del COVID 19, muchas compañías farmacéuticas privadas se esmeraron en encontrar una vacuna que contuviera la ola de mortalidad que trae este virus, es por eso por lo que cuando por fin se encontraron las vacunas, los gobiernos que no tenían una forma de producirlas de manera autónoma, no encontraron mejor opción que hacer contratos de compraventa con estas compañías para poder comenzar y continuar inmunizando la población nacional y Colombia no fue la excepción a este caso.

Durante la contingencia el país colombiano firmo contratos de consumo de vacunas con las compañías: Pfizer, Moderna, Johnson & Johnson, AstraZeneca y Sinovac. Generando así varios contratos que son por naturaleza confidenciales puesto que estas compañías productoras se encontraban con poca competencia en el mercado y una alta demanda de consumidores, partiendo de que según Our Word in Data el 65.4% de la población mundial se encuentra vacunado con mínimo una dosis; es porcentaje de la población a finales del año 2020 cuando se crearon las vacunas ya eran consumidores fijos, dejando así un 35.6% de la población como posibles consumidores de las vacunas.

Es importante comprender los contratos para adquirir vacunas son por esencia contratos de consumo, estos se caracterizan por ser celebrados a título oneroso entre un consumidor final y un persona (natural o jurídica) que actúe profesional u ocasionalmente con una empresa productora de bienes o prestadora de servicios, teniendo por objeto la adquisición, uso o goce de estos por parte del primero para su uso privado, familiar o social. (Stiglitz, R. S, 1999).

Lo anterior es relevante, ya que por lo general se entiende que una de las partes es una empresa, la cual maneja dentro de sus estatutos la propiedad industrial, esta última es la merecedora de protección ya que gracias a esta información es tan importante que en las manos equivocadas podrías desempeñarse actos de competencia desleal. Pero este no es el único problema, en los casos de la salud pública hay que tener en cuenta al consumidor final del producto y es todos los seres humanos que nos hemos aplicado alguna de estas vacunas.

El consumidor final es relevante, ya que gracias al desarrollo tan veloz de las vacunas y en el rápido esparcimiento de SRAS-COV-2 había más preguntas que respuestas, eso se evidencia en el manejo que se tuvo de la pandemia, se podían ver la confusión de las personas porque entre los años 2020 y 2021 la regulaciones que se tenían para la prevención del contagio demostraban que este era un caso único en la historia del mundo, como por ejemplo el uso constante de tapabocas, que para los países latinoamericanos el uso del tapabocas era en particulares caso; otros ejemplos pueden ser el distanciamiento social, el lavado de manos y productos, la utilización constante de alcohol o agentes antibacterianos y en ciertos países se implemento el salir a comprar productos básicos a través de la sectorización de la población a través del número de la cedula.

Este panorama no hace que sea más fácil para los consumidores a la hora de aplicarse la vacunas, ya que no se entendía muy bien que eran o como era que funcionaban exactamente, hasta el punto en el que se encontraban comentarios como el que la vacuna realmente era la implantación de un chip para el rastreo de cada uno de los habitantes del mundo; pero estos no eran los únicos problemas que se pueden concebir, porque venia algo más importante ¿hasta que punto de la confidencialidad afectaba la salud pública?

## **Problema de los acuerdos de confidencialidad en asuntos relacionados con la salud pública.**

Como hemos visto los acuerdos de confidencialidad son un elemento relevante a la hora de celebrar negocios jurídicos y no es la excepción en los contratos para adquirir vacunas, ya que las empresas necesitan proteger información que es relevante para ellas y que les brinda una ventaja competitiva, desde este punto de vista la confidencialidad no supone un problema, ya que se está entendiendo como un mecanismo de protección donde la información tiene reservas.

Los problemas comienzan cuando cambiamos el punto de vista a los consumidores finales del producto, puesto que las reservas de la información puede generar desconfianza y más en lo relacionado con el tema de la salud pública “Estos aspectos desde el punto de vista de la información carente de transparencia en la relación comercial inicia desde quien tiene la iniciativa comercial, quién es un empresario o profesional con clara posición de preeminencia frente a una persona que además no tenía interés alguno de encontrarse en una relación contractual, puesto que solamente poder acceder a esta vacuna para salvaguardar su derecho a la salud y en conexidad muchos otros; esta persona carece de medios, condiciones y capacidades para obtener la información que la otra parte calla.” (Neme & Chinchilla, 2018, p. 77).

Como dicen los estudiantes María del Rosario Vargas y Jhoana Valentina Luna la necesidad de que el consumidor tenga un consentimiento libre de vicios para la decisión libre de la aplicación de la vacuna de manera consiente y sin ocultamiento de ninguna información; es decir que la confidencialidad presupone un impedimento al derecho de consumo. A pesar de esto y a las voces que se han alzado, expertos como Jonathan García, citado por Olmo (2021) han señalado que las prácticas de confidencialidad en estos contratos no es tema nuevo puesto que es frecuente que estas sean incluidas en los contratos entre los sistemas de salud de los países, y a esto se agrega que muchos laboratorios buscan fraccionar el mercado para poder negociar precios con los distintos países.

## CAPITULO 2

### REGULACIÓN DE ESTADOS UNIDOS

#### **¿Qué se entiende por acuerdo de confidencialidad en los Estados Unidos?**

En la legislación de los Estados Unidos se entienden los acuerdos de confidencialidad, en inglés Non Disclosure Agreement (NDA), como un contrato legal donde cierta información va a quedar confidencial, como tal los acuerdos de confidencialidad vincula a la persona que los ha firmado y les impide discutir cualquier información incluida en el contrato con cualquier parte no autorizada. Este tipo de contratos se usan comúnmente para la protección de los secretos comerciales (trade secrets), información del cliente y otra información sensible o vulnerable. El compartir información a pesar del NDA cualifica como un incumplimiento del contrato y puede exponer a la parte infractora a una demanda. (Trad Propia, Wex, 2022)

Según el profesor Portuese existen 2 tipos de acuerdos de confidencialidad: los unilaterales y los mutuos, en los primeros el acuerdo subsiste para la ventaja principal de la parte que hace las divulgaciones y por lo tanto es esta parte la que elige la jurisdicción y la elección de la ley. En cambio, en los segundos ambas partes hacen divulgaciones por lo tanto ambas partes requieren asegurar la confidencialidad de la otra, la elección de la jurisdicción y la ley lo hacen la parte que tenga ventaja comercial.

Es una regla general de los NDA que en la obligación viene con cierto conocimiento de las circunstancias relevantes para no revelar la información. Adicionalmente, los acuerdos de confidencialidad comúnmente contienen los siguientes tipos de cláusulas: a) una definición de información confidencial b) dueños de la información confidencial, uso de la información y discusión c) derechos de propiedad sobre el producto de negociación d) cláusulas de no

competencia e) descargo de responsabilidad f) cláusula de no publicidad y g) cláusula de separabilidad. (Trad propia, Portuese, 2018)

Además, es importante tener en cuenta que los Trade Secrets (TS) son información comercial valiosa que se mantiene como un secreto considerándolo así secretos comerciales; las empresas independientemente de su tamaño valoran los secretos comerciales entendidos tanto como derechos de autor y derechos de propiedad intelectual, es decir, se definen informalmente como cualquier fórmula, producto, diseño o información no públicamente conocida y que confiere a su dueño una ventaja económica. Esta información es propiedad de una empresa, tienen un valor económico y recae sobre conocimientos técnicos. Algo con lo que se suelen confundir los secretos comerciales es con el Know-How (saber hacer) el cual hace parte de los secretos comerciales y se entiende como una expresión para describir el conocimiento genérico de las empresas, a diferencia de los TS, esta expresión no es precisa y sólo versa sobre conocimiento técnico o práctico obtenido de la investigación o de la experiencia.

Las empresas utilizan la confidencialidad como una forma de competitividad, investigación e innovación siendo así una de las formas más habituales de defensa de la creación intelectual y conocimientos innovadores; sin embargo, son los derechos menos protegidos en el marco legal existente por la dificultad que implica identificar lo que constituyen un secreto comercial, siendo estos regulados por un número de estatutos escritos de forma sencilla y con una definición difícilmente unánime; por consiguiente, el único derecho que brinda protección a los TS es el derecho de prevenir a otros de la apropiación indebida del secreto.

Por lo anterior, es muy importante mantener la confidencialidad de la información ya que al utilizarse esta en el periodo precontractual se puede ver afectadas al momento en que la información que se comparte, siendo esta un básico necesario en los negocios, es por eso por lo que la información se debe proteger con el fin de salvaguardar el giro del comercio, la competitividad, el valor comercial, el estatus económico y la posición en el mercado; por consiguiente se entiende que está prohibido a cualquiera de las contrapartes la divulgación de la información lo cual trae múltiples beneficios económicos en el crecimiento de la innovación.

La protección de los secretos comerciales es fundamental para el comercio debido a la inversión de tiempo, dinero, investigación y costos de desarrollo, los cuales se encuentran protegidos fuertemente por otros medios, debido a ello la importancia de los TS en el comercio y la necesidad de que su protección tenga que ir mucho más lejos; además, la tecnología ha permitido la simplificación y velocidad de la duplicación de los documentos y la comunicación, para ello, los NDA son frecuentemente usados para proteger el mercado. (Trad propia, Carol,2018)

### **¿Dónde se encuentran regulados?**

A diferencia de Colombia, en los Estados Unidos al tener un sistema jurídico diferente como lo es el common law, no se encuentran codificaciones de normas para su uso, sino que lo que se trabaja fuertemente, es principalmente, la jurisprudencia con casos que han marcado hitos históricos en el desarrollo del derecho estadounidense, lo cual los convierte en fuentes del derecho, pero ello no significa que no existan leyes aplicables a casos concretos, solo se entienden que son menos comunes para una aplicación a nivel nacional pero si son más frecuentes en cada estado independiente.

En el caso de los Trade Secrets al encontrarse en la subcategoría de los Non Disclosure Agreement los principios sobre los cuales se logró la regulación son: incumplimiento de la confidencialidad, incumplimiento de la confidencialidad de la relación, mal uso de las leyes comunes, competencia desleal, enriquecimiento injusto y uso indebido de la propiedad del demandante; pero ellos no son los únicos, también los envuelven una serie de reglas legales como lo son el contrato y las leyes comunes. (Trad propia, Portuese, 2018)

Actualmente, existen en EE UU pocas leyes que logran una regulación de los TS, aunque estas sean pocas han dejado una precedente para las regulaciones de otros países en el tema de la protección de los secretos comerciales, esta regulación se compone de: “Economic Espionage Act 1996 (EEA)” o la ley del espionaje económico de 1996 y el “the Defend Trade Secrets Act 2016 (DTSA).” o la ley de defensa de los secretos comerciales de 2016, mientras que la primera aboga por sanciones criminales para los ladrones de secretos comerciales; la

segunda completó el marco regulatorio de acción civil. Adicionalmente, la ley “Uniform Trade Secrets Acts (UTSA)” es un instrumento de Soft Law que provee diferentes aplicaciones a través de los estados. En especial la ley DTSA ha marcado grandemente los países extranjeros por su importancia para la regulación de los secretos comerciales.

### **Jurisprudencia sobre los acuerdos de confidencialidad**

Como bien se sabe los casos en Estados Unidos son un presente para el derecho aplicable, es por eso por lo que a lo largo de la historia se han presentado casos sobre Trade Secretes, algunos de los más recientes denotan la forma de fallar de las cortes americanas, demostrando la evolución de las evaluaciones de los TS por parte de la corte, reduciendo la opinión jurídica a un juicio en los términos vistos según la geografía, materiales, el limite de tiempo, entre otros.

Una problemática actual que se presenta por las leyes de EE. UU. Es el incremento de la probabilidad de que las corporaciones inserten una fecha de terminación de la cláusula de confidencialidad, generando así una inintencionada perdida de protección del TS como lo fue en el caso de **DB Riley Inc. v AB Engineering Corp**, el cual es un claro ejemplo de la pérdida de la protección en donde Riley reclamaba que el demandado ( AJEC) se aprendió los secretes comerciales del demandante y uso esa evidencia para obtener ventaja competitiva a pesar de haber existido un acuerdo contractual con el que se limitaba su divulgación, pero Railey al suponer que AJEC no le afectaría en los recursos de la marca perdió la posibilidad de protección de sus TS. Un caso parecido fue el de **Silicon Image Inc. v Analogk Semiconductor Inc** ya que Silicon Image demostró al hacer esfuerzos razonables para proteger sus secretos, la información que se desea proteger será tratada como TS. (Trad propia, Pooley, 2013)

Otro caso relacionado con los secretos comerciales es el de **Waymo VS Otto** en el cual en febrero del 2017 Waymo una compañía de tecnología de piloto automático propiedad de Google, interpuso una demanda en la corte federal de San Francisco contra Otto una Sart Up adquirida en 2016 por Uber, los empleados de Otto preguntantemente malversaron 8 secretos

comerciales relacionados con innovaciones en tecnología para piloto automático en automóviles por un valor de 500 millones de dólares; el 5 de febrero del 2018 el juicio ente Uber y Google empezó con argumentos fusionados de lo identificables que eran los presuntos secretos comerciales y de cómo Uber competía con los avances tecnológicos de Google contratando ingenieros.

Esta batalla judicial hubiera sido indudablemente ente de gran interés para la definición y la práctica de los TS ya que es el primer caso desde que paso todo lo relacionado con las leyes de EEA y DTSA

Generalmente los litigios sobre los TS en Estados Unidos ha incrementado con el paso del tiempo, ya que los secretos comerciales son usados por las empresas de forma negativa, ya que a través de los TS se crean devoluciones de la investigación en la innovación de modo que se genera un impacto claro en la actividad inovativa, siendo este un activo de los negocios.

Recordemos que los TS juegan un rol importante en el crecimiento de la innovación en la economía y manufactura de sectores de servicio. Fallar al proteger los secretos comerciales impacta sustancialmente de forma negativa en las ganancias que se pueden captar de la actividad inovativa y podría afectar aún más en la innovación que se encuentra en movimiento.

### **¿Qué pasa con los contratos para adquirir vacunas?**

En la actualidad en los Estados Unidos los contratos para adquirir vacunas son un poco más complejo que cualquier otro contrato, ya que, aunque los mismos sirvan para la compraventa de vacunas, el simple hecho de generar una vacuna conlleva el uso y expedición de diversas patentes que genera el uso de diferentes secretos comerciales por parte de las farmacéuticas.

Hay que entender primeramente que los contratos para adquirir vacunas son “contratos de compraventa en la que una parte es una farmacéutica y la otra puede ser o no un ente gubernamental, los cuales están comprando un producto que tiene certificados” (Trad propia,

Torabi, 2018) Es por ello por lo que el certificado que se conoce en el contexto norteamericano es la Patente.

Según la Oficina de Patentes y Marcas comerciales de Estados Unidos (United States Patent and Trademark Office) una patente para una invención es la concepción de un derecho de propiedad al inventor, emitida por la oficina de patentes y marcas de los Estados Unidos, el derecho conferido por la concesión de patente es en el lenguaje legal y la concesión misma “el derecho de excluir a otros de hacer, usar, ofrecer para la venta o vender” la invención en los Estados Unidos o importar la inversión, es decir, se adquiere el derecho de excluir a los otros de hacer, usar, ofrecer para la venta, vender o importar la invención.

Conforme a las opiniones de la corte, la meta de las leyes de las patentes es el de beneficiar al público, además, la Suprema Corte señaló que ciertos requisitos para la patentabilidad incorporan un entendimiento en el cual es objetivo final del sistema de patentes es traer nuevos diseños y tecnologías de dominio público a través de la divulgación, por lo que se entiende implícitamente que liberar la explotación de las ideas será la regla a lo que se vincula la protección de una patente federal.

En este contexto la ley de patentes requiere que un inventor proporcione la divulgación de la innovación recién creada en un grado suficiente para que un experto de la materia pueda hacerlo y usarlo. Se entiende la divulgación como el “quid pro quo” para recibir la concesión de la patente, Así mismo, “el tribunal ha descrito varias veces la divulgación como el precio pagado por recibir la concesión” (Trad propia, Feldman, 2022)

Es por lo anterior, que se cuestiona la protección de los secretos comerciales en compraventa de vacunas porque al obtener la patente en la invención de las vacunas se comprende que esta será expuesta para la futura divulgación, quedando así comprometido la publicación de la propiedad intelectual, lo cual se entiende como un trade secret, el cual debe tener reservas.

Ahora bien, es importante entender que aunque ya existía esta división sobre la divulgación y los secretos comerciales, dicha problemática se ven agravada en la contingencia del Covid-19, ya que esta consistió en una pandemia causada por un virus el cual trajo millones de muertes a nivel mundial, haciendo que el año dos mil veinte (2020) se declarara en

contingencia sanitaria, por consiguiente, fue necesario desarrollar de manera urgente una vacuna para poder frenar los efectos que el Covid.

Gracias a este momento incierto varios países plantearon la renuncia a la protección de información no divulgada, el cual es tratado por World Trade Organization (Organización Mundial del Comercio) en su regulación en el Council for Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (Consejo de Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio) lo cual es considerado una grave violación a los TS.

### **Problema de los acuerdos de confidencialidad en asuntos relacionados con la salud pública.**

Hay que entender que en EE UU existe en la constitución el derecho a la salud, este derecho no solo es reconocido en ese país sino en la gran mayoría de países del mundo, gracias a que este permite que las personas pueden acceder a la medicina y otras tecnologías medicas como lo son las vacunas; hacer valer nuestros derechos requiere la intervención de la ley y la política económica; esta última reconoce que la ley construye mercados atribuyéndoles valores de igualdad y democracia, logrando determinar quienes tienen acceso a las tecnologías de la salud.

La ley de propiedad intelectual es un componente clave de cómo “la ley estructura los mercados y el acceso a los avances científicos; las patentes, por ejemplo, son monopolios temporales otorgados legalmente que crean tanto incentivos para el desarrollo de medicamentos como barreras para medicamentos asequibles. Salvaguardar el derecho a la salud requiere que la comunidad internacional y los estados individuales equilibren, ajusten o incluso anulen las disposiciones de propiedad intelectual”. (Trad Propia.Durkin. 2021)

Tal y como se planteaba para el cumplimiento del derecho a la salud en la contingencia del Covid 19 la celeridad del virus y su forma de propagación exigía que las empresas privadas desarrollaran de manera rápida la creación de una vacuna que combatiera el virus, por ello, se logró que la divulgación de la información sobre estas nuevas inversiones fuera accesible

a nivel global, pensando así que la información confidencial se vería vulnerada para permitir el acceso a los medicamentos.

Por suerte, aunque la contingencia exigía una celeridad en el desarrollo que tuvieron las compañías privadas y se logró mantener la confidencialidad de los secretos comerciales demostrado en el momento en que “cuando la inmensa presión pública condujo a la publicación de los contratos de vacunas de EE. UU. en noviembre de 2020, el público se enteró de que el contrato de Johnson & Johnson permitía explícitamente a la empresa mantener en secreto "conocimientos técnicos de producción/fabricación, secretos comerciales y datos clínicos". datos.” (Trad propia, Lupkin, 2020)

Hay que tener en cuenta que durante esta contingencia, se pudo haber llegado a la confusión entre los secretos comerciales y las patentes, ya que al momento de una empresa privada sacar como producto la nueva vacuna contra el SARS se pensaba que al igual que las patentes, el alcance y la duración de los TS se encontraba limitado en el tiempo y el tipo de protección que se ofrecía, pero, en contraste con el sistema de patentes “otros son libres de usar la información protegida como un comercio secreto si hacen ingeniería inversa o descubren de forma independiente el protegido información. Las partes externas solo están restringidas de apropiarse indebidamente de una transacción secreto, que generalmente se define como la divulgación o el uso de secretos comerciales a través de medios inapropiados, incluidos “robo, soborno, tergiversación, incumplimiento o incentivo de un incumplimiento del deber de secreto, o de espionaje a través de medios electrónicos u otros medio." La siguiente sección describe la historia y evolución de los secretos comerciales ley en el gigante moderno en que se ha convertido.” (Trad propia, Durkin, 2021)

## **CAPITULO 3**

### **ESTUDIO DE COMPARACIÓN**

Al realizar un estudio comparado entre la regulación colombiana y la estadounidense, según lo contemplado en los dos anteriores capítulos, es importante tener muy presente los conceptos que serán tratados con el fin de dar una unificación en la materia a comparar, para ello es necesario que se evalúe primeramente las definiciones que se tienen en común para proceder con una unificación de la información encaminada al mejoramiento de la aplicabilidad en Colombia

A la hora de hablar de cláusulas de confidencialidad es importante ver que para ambos países se encuentran con definiciones muy similares, es por ello que al tomar la definición colombiana de la superintendencia de industria y comercio, y la definición americana aportada por la ley Cornell (Law Cornell) se evidencia que ambas toman a los acuerdos de confidencialidad como una manifestación de la voluntad que genera obligaciones las cuales impiden discutir a la parte vinculada información que se encuentra incluida en el contrato con terceros no autorizados. adicionalmente ambas regulaciones incorporan dentro de estos contratos los secretos comerciales.

A nivel internacional, los secretos comerciales se conocen como la información que es secreto en el sentido de que no es de conocimiento general o de accesibilidad legible a las personas dentro del círculo que normalmente lidian con el tipo de información en cuestión, tiene valor comercial porque es secreta y está sujeta a diversas razones para mantenerse en secreto. Asimismo, en Colombia conforme la comunidad andina se entienden como cualquier información que tiene una persona que es susceptible de transmitir a un tercero, pero no ha sido difundida y es conforme al uso de alguna actividad industrial a diferencia de Estados Unidos que maneja una definición mucho más sencilla y se engloba dentro de la misma definición colombiana.

Con ese punto podemos ver que a pesar de que se tengan definiciones similares, hasta el momento, hablar de la regulación de los secretos comerciales se evidencia una gran diferencia, ya que en Colombia, los secretos comerciales son estrictamente protegidos en una regulación existente aunque también existe en Estados Unidos una regulación existente para su protección, es evidente que ésta queda corta si el titular de la información no cumple con ciertos requisitos para su protección los cuales son: “a) La información debe conferir un valor competitivo de ventaja, b) no ser públicamente conocido o fácilmente comprobable, y c) la información propietario debe haber tomado medidas razonables para mantener la información secreto”(Trad propia, Feldman, 2022)

Esto último es muy relevante, ya que a pesar de que en Colombia existe una regulación Estados Unidos lleva la ventaja por su sistema jurídico, puesto que la Corte Suprema de los United State impone un precedente que nota la forma en la que son entendidos a nivel nacional los Trade Secrets, demostrando que a pesar de que no existe gran regulación, el sentido del fallo es quien da las luces de lo que en el mundo real se entiende, se regulan y protegen los secretos empresariales. Adicionalmente, hay que tener en cuenta que las políticas estadounidenses fueron reguladas de manera previa a la creación de la regulación de la materia en Colombia.

Ahora bien, es relevante que miremos este tema frente a los contratos de vacunación y la contingencia del Covid 19 ya que este último fue algo que sucedió entre ambos países, con la diferencia de que Colombia no producía sus propias vacunas por lo cual las distintas nociones afectan de manera significativa. es bueno aclarar que ambos países manejan los contratos de adquisición de vacunas con la figura de la compraventa.

Pero, a pesar de manejar la misma figura en los EE. UU. su visión fue mantener y cumplir con garantizar el derecho a la salud, es por eso por lo que las nuevas innovaciones necesitan tener una patente y estas genera en favor de las nuevas tecnologías pero al momento de hablar de la garantía del derecho a la salud no hay patente o secreto comercial que impida su garantía, manteniendo el respeto por la propiedad intelectual; caso contrario en Colombia ya que los secretos comerciales no impiden que se garantice el derecho y se manejan como cosas distintas.

Cómo se sabe Colombia tiene un déficit en la garantía de todos sus derechos fundamentales a la población es por ello por lo que es bueno que tome como base la regulación norteamericana en temas de la protección de los secretos empresariales en la compra de vacunas para el Covid 19 por lo que en la actualidad es necesario evitar pasar los límites de los derechos humanos ya sea en lo referente a la salud o en la protección de la propiedad industrial. Es necesario que la Corte Colombiana establezca unos precedentes fuertes en la regulación de los secretos empresariales para la creación de controles más estrictos para evitar las figuras comunes de competencia desleal.

## REFERENCIAS

- Alex S. Ross, “Protecting Trade Secrets Using Non-Disclosure Agreements” (2017) <https://gowlingwlg.com/en/global/insights-resources/protecting-trade-secrets-using-non-disclosure-agreements>
- Buelvas Fattoni, M. A. (2017). Acuerdo de confidencialidad. <https://repository.ces.edu.co/handle/10946/3594>
- Carol M. Bast, “At What Price Silence: Are Confidentiality Agreements Enforceable?” (1999) 25 William Mitchell Law Review 626 <https://open.mitchellhamline.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1914&context=wmlr>
- Castell Borrero, L. A., Cure Uribe, S., Nieto Durán, Á. M., Pérez Rojas, L. M., & Romero Orozco, M. T. (2009). Análisis jurisprudencial de las sentencias en segunda instancia, sobre la competencia desleal en Colombia. Recuperado de: <https://repository.javeriana.edu.co/bitstream/handle/10554/16906/CastellBorreroLuisAlberto2009.pdf?sequence=3&isAllowed=y>
- Colombia. Congreso de la República de Colombia. Ley sobre la Competencia Desleal 256 (1996)
- Colombia. Congreso de la República de Colombia. Ley de Habeas Data 1266 (2008).
- Colombia. Congreso de la República de Colombia. Ley Estatutaria de Protección de Datos Personales 1581(2012)
- Comisión de la Comunidad Andina, decisión 486 (2000). Recuperado de: [https://propiedadintelectual.unal.edu.co/fileadmin/recursos/innovacion/docs/normatividad\\_pi/decision486\\_2000.pdf](https://propiedadintelectual.unal.edu.co/fileadmin/recursos/innovacion/docs/normatividad_pi/decision486_2000.pdf)
- Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial 1883. Recuperado de: [https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/treaties/es/paris/trt\\_paris\\_001es.pdf](https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/treaties/es/paris/trt_paris_001es.pdf)
- DB Riley Inc v AB Engineering Corp. 977 F.Supp. 84 (D Mass, 1997).

Durkin, A., Maria, P. A. S., Willmore, B., & Kapczynski, A. (2021). Addressing the Risks That Trade Secret Protections Pose for Health and Rights. *Health and Human Rights*, 23(1), 129.

Feldman, R. (2022). Trade Secrets and Biologic Medicine: A Conflict of Laws. *Columbia Science and Technology Law Review*, Forthcoming.

Gómez-García, C. A., & Muñoz-Cortina, S. H. (2020) El problema de la conexidad contractual en las prestaciones médicas1. Dirección editorial, 159.

Gomez-Garcia, C. A. (2019). Perspectiva biojurídica de las infecciones asociadas al cuidado en salud. Una visión a partir de la jurisprudencia del Consejo de Estado. En C. Molina-Saldarriaga , & V. Cadavid -Gonzalez, *Estudios en investigación jurídica y sociojurídica* (págs. 117-134). Medellín: Editorial UPB.

Muñoz-Cortina, S., & Gómez-García, C. (2018). Problemas en la solución en línea de conflictos en el comercio electrónico con consumidores en Colombia. En *Hacia una cultura de acuerdos: métodos complementarios de solución de conflictos* (págs. 59-94). Medellín: Sello Editorial Coruniamericana.

González Ángel, A. M., & Zuluaga Santa, M. F. (2015). Acuerdo de confidencialidad, mecanismo de protección de los secretos empresariales. Recuperado de: <https://repository.upb.edu.co/handle/20.500.11912/2797>

James Pooley, “Trade Secrets: the Other IP Right” (2013) 3 *World Intellectual Property Organization(WIPO)*2[http://www.wipo.int/export/sites/www/pct/en/news/extracts/2013/wipo\\_magazine\\_03\\_2013\\_trade\\_secrets.pdf](http://www.wipo.int/export/sites/www/pct/en/news/extracts/2013/wipo_magazine_03_2013_trade_secrets.pdf) [Accessed 3 April 2018]; D. Wilkinson and C. Tillett, “Trade Secrets: Protecting a Valuable Asset” [2009] *Practical Law Company (PLC)*

Kapczynski, A. (2021). The Public History of Trade Secrets. *UC Davis L. Rev.*, 55, 1367.

Kobayashi, B. H. (2020). Antitrust, Non-Competition, and No-Poach Agreements in Digital Industries. *The Global Antitrust Institute Report on the Digital Economy*, 20. Recuperado de: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3733724](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3733724)

Lupkin S. “HHS released more coronavirus vaccine contracts as election results unfolded,” NPR. (November 8, 2020), <https://www.npr.org/sections/health-shots/2020/11/08/932793698/hhs-released-more-coronavirus-vaccine-contracts-as-election-results-unfolded>.

Nadyiby, H., & Suárez, P. (s/f). PROPIEDAD INDUSTRIAL EN COLOMBIA: LOS RETOS EN LA SOCIEDAD DEL CONOCIMIENTO. Edu.co. Recuperado el 19 de mayo de 2022, de <https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/14297/1/Art%C3%ADculo%20de%20investigaci%C3%B3n%20propiedad%20industrial%20heidy%20pedreros.pdf>

Neme, M & Chinchilla, C. (2018). El consentimiento informado del consumidor: Del sinalagma a las exigencias de información. Bogotá, Colombia. Universidad Externado de Colombia. Tomado de: [https://www.researchgate.net/profile/Johana-Luna-2/publication/351599236\\_El\\_Trasfondo\\_de\\_la\\_Confidencialidad\\_en\\_los\\_Contratos\\_de\\_Vacunacion\\_entre\\_los\\_Gobiernos\\_y\\_las\\_Farmaceuticas/links/609f5138299bf147699a0243/El-Trasfondo-de-la-Confidencialidad-en-los-Contratos-de-Vacunacion-entre-los-Gobiernos-y-las-Farmaceuticas.pdf](https://www.researchgate.net/profile/Johana-Luna-2/publication/351599236_El_Trasfondo_de_la_Confidencialidad_en_los_Contratos_de_Vacunacion_entre_los_Gobiernos_y_las_Farmaceuticas/links/609f5138299bf147699a0243/El-Trasfondo-de-la-Confidencialidad-en-los-Contratos-de-Vacunacion-entre-los-Gobiernos-y-las-Farmaceuticas.pdf)

Nondisclosure agreement. (2022). Retrieved 2 June 2022, from [https://www.law.cornell.edu/wex/nondisclosure\\_agreement](https://www.law.cornell.edu/wex/nondisclosure_agreement)

Portuese, A. (2018). From Non-Disclosure Agreements to Trade Secrets: Antitrust Implications. *European Competition Law Review*, Forthcoming. Recuperado de: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3188784](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3188784)

See *Pharand Ski Corp v Alberta* [1991] 80 LR (2d) 216.

Stilglitz, R. S. (1999). Contrato de consumo y cláusulas abusivas. *Con-texto*, 4, 32.

<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/contxto4&div=8&id=&page=>

Superintendencia industria y comercio. (n.d.). Manejo de información personal, “Habeas data.” Gov.co. Retrieved May 26, 2022, from <https://www.sic.gov.co/manejo-de-informacion-personal>

Torabi, S. A. (2018). An option contract for vaccine procurement using the SIR epidemic model. *European Journal of Operational Research*, 267(3), 1122-1140.