

CLÁUSULAS DE USO FRECUENTE EN LOS CONTRATOS INTERNACIONALES

ADRIANA
ZAPATA GIRALDO
DIRECTORA

GUSTAVO
PIEDRAHITA FORERO

LUIS ALFONSO
GÓMEZ DOMÍNGUEZ
COORDINADORES

CLÁUSULAS DE USO FRECUENTE EN LOS CONTRATOS INTERNACIONALES

DERECHO INTERNACIONAL DE LOS NEGOCIOS

TOMO VII

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA
SUBCOMISIÓN DE PRÁCTICAS MERCANTILES DE LA CCI
COORDINADA EN COLOMBIA POR LA CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ

Derecho internacional de los negocios. Tomo VII : cláusulas de uso frecuente en los contratos internacionales / María Alejandra de los Ríos Rueda [y otros] ; Adriana Zapata Giraldo (directora) ; Gustavo Piedrahita Forero, Luis Alfonso Gómez Domínguez (coordinadores). — Bogotá : Universidad Externado de Colombia. 2022. — Primera edición.

Bogotá 337 páginas ; 24 cm.

Incluye referencias bibliográficas

ISBN: 9789587909593 (impreso)

1. Contratos internacionales 2. Clausulas (Derecho) 3. Inversiones extranjeras (Derecho internacional)
4. Derecho comercial internacional I. Zapata Giraldo, Adriana, directora II. Piedrahita Forero, Gustavo, coordinador III. Gómez Domínguez, Luis Alfonso, coordinador IV. Universidad Externado de Colombia V. Título

341-59 SCDD 15

Catalogación en la fuente -- Universidad Externado de Colombia. Biblioteca. Procesos Técnicos. EAP.

noviembre de 2022

ISBN 978-958-790-959-3

© 2022, ADRIANA ZAPATA GIRALDO (DIRECTORA)

© 2022, GUSTAVO PIEDRAHITA FORERO Y LUIS ALFONSO GÓMEZ DOMÍNGUEZ (COORDS.)

© 2022, UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

Calle 12 n.º 1-17 Este, Bogotá

Tel. (+57) 601 342 0288

www.uexternado.edu.co

publicaciones@uexternado.edu.co

Primera edición: noviembre de 2022

Diseño de carátula: Departamento de Publicaciones

Corrección de estilo: Pablo Daza

Composición: María Libia Rubiano Marulanda

Impresión y encuadernación: Xpress Estudio Gráfico y Digitasl S.A.S. - Xpress Kimpres

Tiraje de 1 a 1.000 ejemplares

Impreso en Colombia

Printed in Colombia

Prohibida la reproducción o cita impresa o electrónica total o parcial de esta obra, sin autorización expresa y por escrito del Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia. Las opiniones expresadas en esta obra son responsabilidad de los autores.

MARÍA ALEJANDRA DE LOS RÍOS RUEDA DANIELA PARADA RODRÍGUEZ
MANUEL GUERRERO GAITÁN CATHERINE M. BAENA MARTÍNEZ
DIEGO GUZMÁN LUIS FERNANDO RINCÓN CUÉLLAR
DANIEL PEÑA VALENZUELA SEBASTIÁN SALAZAR CASTILLO
GUSTAVO TAMAYO ARANGO JUAN DIEGO ALZATE
TATIANA SOLANO FELIZZOLA ÉDGAR IVÁN LEÓN ROBAYO
GUSTAVO ANDRÉS PIEDRAHITA FORERO YIRA LÓPEZ CASTRO
DIANA SALOMÉ GARCÍA ECHEVERRI NATALIA DELGADO VIRVIESCAS
JOSÉ MANUEL GUAL ACOSTA YESMINA MORALES NEMEZ
MARCELA RODRÍGUEZ MEJÍA

CONTENIDO

Presentación	II
--------------	----

PARTE GENERAL

LAS REPERCUSIONES JURÍDICAS DE DISPOSICIONES COMUNES EN LOS CONTRATOS INTERNACIONALES

Cláusula de confidencialidad <i>María Alejandra de los Ríos Rueda</i>	17
La cláusula de no competencia <i>Manuel Guerrero Gaitán</i>	37
Cláusula de propiedad intelectual <i>Diego Guzmán</i>	65
La cláusula de declaraciones y promesas (Representations and warranties) en Colombia <i>Daniel Peña Valenzuela</i>	97
Cláusula de indemnidad <i>Gustavo Tamayo Arango</i> <i>Tatiana Solano Felizola</i>	127
Las cláusulas abusivas <i>Gustavo Andrés Piedrahita Forero</i> <i>Diana Salomé García Echeverri</i>	145
Las cláusulas abusivas, test de control y su uso equilibrado en contratos B2C y B2b <i>José Manuel Gual Acosta</i> <i>Daniela Parada Rodríguez</i>	169

PARTE ESPECIAL

CLÁUSULAS SOBRE ANTICIPACIÓN DE EVENTOS SOBREVINIENTES

La cláusula de fuerza mayor en la contratación internacional <i>Catherine M. Baena Martínez</i>	209
La cláusula de Hardship <i>Luis Fernando Rincón Cuéllar</i> <i>Sebastián Salazar Castillo</i>	237

DISPOSICIONES PROPIAS DE LA COMPRAVENTA
INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS

Cláusulas de entrega de mercaderías en contratos internacionales
de compraventa, Incoterms®2020 y recomendaciones de usos 263
Juan Diego Alzate

Cláusulas de conformidad en los contratos internacionales
de compraventa de mercaderías 279
Édgar Iván León Robayo
Yira López Castro
Natalia Delgado Virviescas

FORO Y JURISDICCIÓN

Ley aplicable a las transacciones internacionales 297
Yesmina Morales Nemez

Pacto arbitral 315
Marcela Rodríguez Mejía

En el día a día, por razón de las exigencias del tráfico económico internacional organizado bajo forma de empresa, se realizan un sinnúmero de transacciones comerciales. Los contratos internacionales cumplen una multiplicidad de roles en el mundo de los negocios, pero quizá el papel más importante es proteger a las empresas de las amenazas y las ramificaciones de los juicios; esto por medio del derecho mercantil internacional como conjunto de normas del ordenamiento jurídico que regula los problemas específicos del tráfico económico internacional de las empresas.

Así entonces, los contratantes, según sea el caso y en función de la complejidad de la relación, establecen los antecedentes, las declaraciones y las cláusulas del contrato. Los antecedentes refieren los hechos que suscitan el acuerdo que se otorga; las declaraciones señalan cuál es el propósito que se busca alcanzar y los medios acordados para ello y, finalmente, las cláusulas contendrán el objeto específico de hacer, dar o permitir lo que se está conviniendo.

De esta manera, el clausulado será la mutua y recíproca expresión de obligaciones y derechos, plazos, costos y demás peculiaridades del contrato, alcanzando así claridad y certeza, que de otra manera estarían ausentes en menor o mayor medida. El clausulado correcto y honesto es la paz entre las partes porque previene los conflictos y crea las condiciones óptimas para alcanzar el o los fines que se persiguen con la contratación.

Así pues, al regular e incentivar las relaciones comerciales entre particulares ubicados en países diferentes, el manejo pertinente y oportuno de los contratos es una vía que hace más clara y sencilla la realización de operaciones y negocios.

Con base en lo anterior, nace este proyecto como resultado del arduo trabajo conjunto entre el Departamento de los Negocios de la Universidad Externado de Colombia y la Comisión Colombiana de Derecho y Prácticas Mercantiles de la Cámara de Comercio Internacional coordinada en Colombia por la Cámara de Comercio de Bogotá, con el fin de que este manual se convierta en un texto de consulta y análisis constante.

La misión de este escrito es lograr la difusión y sensibilización en el conocimiento de temáticas internacionales de vanguardia comercial, resaltando la importancia de verificar que cada contrato que se firme sea acorde a las necesidades de la operación o relación que se esté entablando, por lo

que a continuación indicamos cuáles son las disposiciones esenciales en los contratos internacionales.

Cumpliendo con dicho objetivo, en este libro se analizan las principales disposiciones que se suelen incluir en los contratos internacionales. Adicionalmente, se plasman los análisis realizados desde diversas perspectivas entorno a la normativa, tópico que junto a la mediación internacional ha pasado a ser prioritario para la Comisión Colombiana de Derecho y Prácticas Mercantiles de la Cámara de Comercio Internacional.

El lector podrá observar que este manual se encuentra dividido en dos partes, la primera es la general en la que se estudian las repercusiones jurídicas de disposiciones comunes en los contratos internacionales.

Emprendemos este viaje con la experticia de la doctora María Alejandra de los Ríos Rueda con la cláusula de confidencialidad que, así como los acuerdos de confidencialidad, es utilizada en la práctica contractual local de manera frecuente, buscando regular el intercambio de información que las partes entregan en cualquiera de las etapas contractuales y de formación del contrato.

El doctor Manuel Guerrero Gaitán, por su parte, realiza un análisis de las diferentes formas que adoptan las cláusulas de no competencia y la aceptación que estas han tenido en diferentes jurisdicciones, llevando a cabo una aproximación a una definición de “cláusula de no competencia” y el estudio de su alcance. Así mismo, plantea la manera más adecuada de redactar una cláusula o pacto de no competencia de tal forma que sea aceptable por una autoridad jurisdiccional.

Por supuesto, era imprescindible la cláusula de propiedad intelectual, ya que es de vital importancia para los empresarios aprender a interpretar dichas disposiciones y reconocer cuándo estas deben ser ampliadas y especificadas en la negociación, todo esto, con el propósito de que los empresarios cuenten con las herramientas necesarias para comprender el alcance de estas cláusulas y permitirles un adecuado aprovechamiento de estas.

En el siguiente capítulo, el doctor Daniel Peña Valenzuela examina la cláusula de declaraciones y promesas (*representations and warranties*) o como es conocida en las negociaciones y en el lenguaje de comunicación entre abogados internacionales como *reps and warranties*. Toma como punto de partida su tradicional función práctica en el derecho angloamericano de los contratos para decantar su presencia en los contratos internacionales con el fin de determinar su posible interpretación a la luz de nuestro ordenamiento jurídico.

Continuando en esta sección, Gustavo Tamayo Arango y Tatiana Solano Felizola expone la cláusula de indemnidad como modificadora del alcance de la responsabilidad de las partes contratantes, ante un eventual incumplimiento de las obligaciones pactadas en un contrato.

Ahora bien, teniendo en cuenta que la última aproximación legal al tema de cláusulas abusivas fue realizada por el estatuto del consumidor, y que esta temática genera un gran impacto tanto para los comerciantes como para los consumidores, en este capítulo los doctores Gustavo Andrés Piedrahita Fore-ro y Diana Salomé García Echeverri abordan la definición y una explicación práctica de aquello que con ocasión de la Ley 1480 de 2011 se considera como cláusulas abusivas, a efectos de facilitar el entendimiento del asunto.

Siguiendo esta línea conceptual, de manera relevante, los doctores José Manuel Gual Acosta y Daniela Parada Rodríguez analizan las cláusulas abusivas, test de control y su uso equilibrado en contratos B2b y B2C, y los mecanismos que se han creado dentro de la legislación colombiana que permitan garantizar una mayor protección a los consumidores frente a los abusos cometidos por parte de los empresarios en materia de cláusulas abusivas.

En la parte especial, el lector encontrará una detallada exposición de las cláusulas sobre anticipación de situaciones sobrevinientes, debido a que este libro no solo será de utilidad para consolidar las relaciones comerciales, sino también para que las partes puedan salvaguardarse legalmente contra las eventualidades más nocivas en el campo de los negocios internacionales.

En primer lugar, la doctora Catherine Baena Martínez aborda en detalle la cláusula de fuerza mayor desde la perspectiva de la contratación internacional, cuáles son sus características, qué deben tener en cuenta las partes al momento de la redacción y/o inclusión de la cláusula en la celebración de un contrato internacional, procediéndose a concluir con algunas consideraciones que le permitan al lector evaluar la necesidad y conveniencia de la inclusión de una cláusula de fuerza mayor en los contratos de estirpe internacional.

Prosiguen los doctores Luis Fernando Rincón Cuéllar y Sebastián Salazar Castillo con un análisis sobre la figura misma del *hardship* desde el punto de vista histórico y doctrinal, para continuar con un breve recuento de la forma sobre cómo se ha visto normativamente regulado en diversas legislaciones nacionales y supranacionales.

Ahora, los lectores se aventurarán en las disposiciones propias de la compraventa internacional de mercaderías, con la guía teórica y práctica del doctor Juan Diego Álzate sobre las cláusulas de entrega de mercaderías

en contratos internacionales de compraventa, incoterms 2020 y recomendaciones de usos, pretendiendo ilustrar a los comerciantes y actores del comercio internacional involucrados en compraventa de mercancías y bienes transportables, con cláusulas típicas que los ayuden a configurar contratos de compraventa estables y seguros a la hora de resolver conflictos, o a la hora de establecer responsabilidades en la pérdida o daños.

Dada la importancia de las cláusulas de conformidad en los contratos internacionales de compraventa de mercaderías, las doctoras Yira López Castro, Natalia Delgado Virviescas y el doctor Édgar Iván León Robayo, analizaron su contenido desde la perspectiva de la Convención de Viena de 1980 sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías.

Desde el punto de vista de la ley aplicable a las transacciones internacionales, la doctora Yesmina Morales Nemez acerca al lector a la posición actual e integración de Colombia de su sistema normativo, en el capítulo titulado: “Ley aplicable a las transacciones internacionales”.

La parte especial finaliza, con la meticulosa explicación de la doctora Marcela Rodríguez Mejía, sin duda de uno de los más importantes instrumentos internacionales sobre el arbitraje comercial internacional: el pacto arbitral, cuya importancia reside en la incorporación y seguimiento de La Convención de Nueva York de 1958 y la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional de 1985.

De esta manera se concluye el esbozo de esta obra, cuyas notas buscan sintetizar, desde la norma y la experiencia, los elementos esenciales que deben ser tenidos en cuenta a la hora de negociar y preparar este tipo de cláusulas y proteger de la mejor manera los intereses de la parte en la relación contractual.

Adriana Zapata Giraldo
Bogotá, D. C., septiembre de 2022

PARTE GENERAL

LAS REPERCUSIONES JURÍDICAS DE DISPOSICIONES
COMUNES EN LOS CONTRATOS INTERNACIONALES

Cláusula de confidencialidad

MARÍA ALEJANDRA DE LOS RÍOS RUEDA*

Es usual que las compañías y los comerciantes cuenten con información relacionada con la ejecución de su negocio, el día a día, las invenciones desarrolladas en este, los futuros planes de la compañía, entre otros, que comúnmente no son revelados al público en general, ni compartidos con proveedores o terceros ajenos al desarrollo del negocio, en la medida en que dicha información representa un activo importante de las compañías. Sin embargo, en la ejecución de relaciones comerciales es común que, a fin de poder obtener un servicio o realizar transacciones y contrataciones, se haga necesario compartir información que las empresas en principio guardaban celosamente.

Así pues, con el propósito de garantizar la seguridad de dicha información y siguiendo principios como la autonomía de la voluntad privada expresada a través de la libertad contractual, normalmente quien efectúa una revelación de información requerirá la inclusión de una cláusula de confidencialidad dentro del contrato a suscribir, o en los casos en que la relación no está sustentada por un contrato (p. ej., órdenes de compra) se propondrá la suscripción de acuerdos de confidencialidad¹.

Las cláusulas de confidencialidad, así como los acuerdos de confidencialidad, son utilizados en la práctica contractual local de manera frecuente, buscando regular el intercambio de información que las partes entregan en cualquiera de las etapas contractuales y de formación del contrato. No obstante, la legislación colombiana no trata de manera específica los acuerdos de confidencialidad o las cláusulas de confidencialidad por lo que no existen especificidades a la hora de elaborar este tipo de pactos, de tal forma que es necesario acudir a las prácticas mercantiles, costumbre contractual y principios generales del derecho.

Estas notas buscan sintetizar, desde la experiencia, los elementos esenciales que deben ser tenidos en cuenta a la hora de negociar y/o preparar

* Abogada de la Pontificia Universidad Javeriana. Máster en Asesoría Jurídica de Empresas del Instituto de Empresa (IE) de Madrid. Título homologado a abogada en España. Vinculada a la firma Lloreda Camacho & Co. desde 2012. Actualmente es directora asociada a cargo de las prácticas de contratos comerciales y privacidad y protección de datos personales.

1 *Non Disclosure Agreements* (NDA) en el derecho anglosajón y término comúnmente usado en la práctica local.

este tipo de cláusulas y proteger de la mejor manera los intereses de la parte que revela información.

CONCEPTO DE CONFIDENCIALIDAD

De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española *confidencialidad* denota la cualidad de confidencial, siendo confidencial todo aquello “que se hace o se dice en la confianza de que se mantendrá la reserva de lo hecho o lo dicho”², la confidencialidad se basa en la buena fe y en la seguridad que otorga determinado tercero.

Como se mencionó en el capítulo introductorio de esta sección, la regulación colombiana no define de manera específica la confidencialidad, aunque sí protege a la información confidencial desde diversos estatutos del derecho. Entre otros, se regula la protección del secreto empresarial; la violación de secretos como actos de competencia desleal; la protección de información que se presenta ante autoridades; la reserva de la información pública, etc. En este sentido, se hace referencia a la protección general de información que se considera como secreta, reservada o de acceso restringido, entre otros³.

Por lo anterior, la confidencialidad lo que precisamente busca es proteger información y garantizar que ésta únicamente será conocida por personas y entidades que la requieran para un fin específico y que hubiesen sido autorizadas por el propietario de ésta para determinado uso. Así, es posible afirmar que la confidencialidad tiene como fundamento el principio de buena fe contractual conforme al cual “los contratos deben celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, *obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural*”⁴ (cursivas fuera de texto), es decir que en

2 Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, versión web [www.rae.es](http://dle.rae.es/?id=AFGgKxB) (<http://dle.rae.es/?id=AFGgKxB>) consultada el 30 de octubre de 2019.

3 Al respecto tanto la Ley 256 de 1996 como la Decisión 486 de 2000 regulan actos de competencia desleal y los secretos empresariales, respectivamente. Adicionalmente, dentro del Código Penal se podrán encontrar delitos relacionados con la revelación de información reservada y la violación de reserva comercial.

4 El artículo 871 del Código de Comercio colombiano expresamente consagra dicho principio. Adicionalmente, el artículo 863 de la misma normativa se refiere a la buena fe precontractual, esencial en las negociaciones previas. Por su parte la Constitución Política consagra dentro del artículo 83 que las actuaciones tanto de particulares como de las autoridades se deberán ceñir a postulados de buena fe.

las relaciones contractuales la ley espera que las partes actúen de manera leal, de tal forma que desde el punto de vista de entrega de información se esperaría que únicamente utilicen la información para los fines para los cuales fue proporcionada.

Para garantizar que efectivamente las partes honrarán su comportamiento y sus deberes contractuales se han ideado figuras como las cláusulas de confidencialidad y los acuerdos de confidencialidad que precisamente les reiteran a las partes sus obligaciones de obrar de buena fe a la hora de obtener información y de garantizar la seguridad, integridad y transparencia en el manejo de ésta, y el acceso a esta. Dentro de los Principios de UNIDROIT se consagran diversos deberes a los que están sometidas las partes en la contratación; así pues, se hace referencia al deber de confidencialidad mencionando la obligación que cada parte tiene frente a la no revelación de información o su uso injustificado en provecho propio.

Hemos hablado de la información confidencial, pero no hemos mencionado de manera expresa su definición, es precisamente porque en la ley de Colombia no existe. La información confidencial será todo aquello que revista un carácter importante para el comerciante o la compañía, según sea el caso, que no sea usualmente conocida por el público, en general, será la que haya sido definida por las partes como confidencial⁵. Sobre este aspecto volveremos más adelante al momento de identificar los elementos de un acuerdo de confidencialidad y de una cláusula de confidencialidad. Ahora bien, los secretos empresariales, los cuales son evidentemente información confidencial, sí cuentan con una definición legal, conforme a la cual se considerarán como

Cualquier información no divulgada que una persona natural o jurídica legítimamente posea, que pueda usarse en alguna actividad productiva, industrial o comercial, y que sea susceptible de transmitirse a un tercero, en la medida que dicha información sea:

5 De acuerdo con Jonathan Cornthwaite en su texto *The Internet and IP*, a modo de ejemplo de las definiciones, la información a fin de tener un carácter confidencial deberá cumplir con criterios negativos y positivos. En este sentido el criterio negativo establece que como regla general la información no debería estar en dominio público y el criterio positivo se refiere a la posibilidad de definir la información con cierto grado de particularidad. (Cfr. Jonathan Cornthwaite; *The Internet and IP (2nd Edition)*, Sudbury, Monitor Press, 2000).

a) secreta, en el sentido que como conjunto o en la configuración y reunión precisa de sus componentes, no sea generalmente conocida ni fácilmente accesible por quienes se encuentran en los círculos que normalmente manejan la información respectiva;

b) tenga un valor comercial por ser secreta; y

c) haya sido objeto de medidas razonables tomadas por su legítimo poseedor para mantenerla secreta.

La información de un secreto empresarial podrá estar referida a la naturaleza, características o finalidades de los productos; a los métodos o procesos de producción; o, a los medios o formas de distribución o comercialización de productos o prestación de servicios.⁶

La anterior definición es sumamente útil al momento de identificar lo que podría considerarse como información confidencial, y permite precisar que tanto el valor comercial como la condición de “secreta” de la información (es decir que no hubiese sido comunicada a terceros) son elementos determinantes a la hora de definir qué información podría ser confidencial.

Por ejemplo, los estados financieros de las compañías que se entregan a la Superintendencia de Sociedades en cumplimiento de obligaciones legales no podrían encuadrarse dentro de la definición de secreto empresarial en la medida en que fueron revelados y se encuentran disponibles para consulta pública⁷; sin embargo, en el marco de una negociación al entregarse en conjunto con otra información relevante a la compañía (por ejemplo, información de ventas y de clientes) sí podrían considerarse como confidenciales, toda vez que en asocio con dicha información generan datos que no son conocidos por el público.

En línea con lo anterior, cuando una compañía prepara estados financieros de propósito especial para una transacción específica, los cuales contienen datos únicamente conocidos al interior de la empresa y relevantes a dicha transacción, estos podrán ser considerados como información confidencial.

6 Artículo 260 de la Decisión 486 de 2000 de la Comunidad Andina de Naciones.

7 Todas las sociedades vigiladas y controladas por la Superintendencia de Sociedades reportan anualmente sus estados financieros a dicha entidad por lo que los mismos podrán ser consultados en la página web de la misma en cualquier momento.

Vale la pena mencionar que la obligación de confidencialidad se deriva además del cumplimiento del deber de información que tienen las partes en una relación. Para que existan condiciones adecuadas en la contratación las partes tendrán que proporcionarse información y que se conozcan las condiciones de la relación, de tal forma que se espera que en cumplimiento de dicho deber de información y de la buena fe contractual, las partes obtengan información y manejen de manera confidencial todo lo que se defina como tal.

USOS Y UTILIDAD DE LAS CLÁUSULAS DE CONFIDENCIALIDAD

Vista de manera general la definición de confidencialidad y de información confidencial, precisaremos entonces el uso de este tipo de cláusulas y acuerdos.

En general, como se podría inferir de las definiciones, la utilidad de estos radica, precisamente, en la necesidad de proteger información sensible, relevante, reservada, que revista gran importancia para las empresas, de tal forma que se deberá ser muy cuidadoso a la hora de decidir incorporar este tipo de cláusulas y la razón por la que se decidan incorporar.

En la práctica, estas cláusulas son utilizadas en diferentes tipos de contratos, incluso en contratos en los que podría no compartirse información confidencial. Así pues, muchas veces las partes contractuales, a fin de intentar proteger la relación y tener diferentes medios coercitivos para exigir el cumplimiento del contrato, incorporan este tipo de cláusulas, desnaturalizando por completo su finalidad. Por lo anterior, es de suma importancia que al momento decidir incluir cláusulas de confidencialidad en los contratos o de suscribir acuerdos de confidencialidad será necesario que se haga un análisis y se verifiquen aspectos como los siguientes:

- Si por la naturaleza del contrato existe la necesidad de compartir información.
- Si efectivamente en ejecución del contrato y/o de la relación comercial se compartirá información.
- Si la información que se va a compartir es o no de público conocimiento.
- Si la eventual revelación de la información le causaría perjuicios a la compañía.

– Si en caso de llegar a compartir información se está compartiendo información de propiedad de la empresa o de un tercero y, en este último caso, si se está autorizado para compartirla bajo estipulaciones de confidencialidad.

Ahora bien, la existencia de cláusulas de confidencialidad no solo permite proteger la información confidencial, sino que estas cláusulas podrán resultar útiles a la hora de definir las responsabilidades de las partes y establecer obligaciones específicas frente al uso de la información, así como ser utilizadas como medio de prueba en el caso de un eventual litigio de tal forma que permitan probar el incumplimiento de un deber de reserva que, de manera libre y voluntaria, fue acordado entre las partes⁸. A continuación, nos referiremos a modo de ejemplo a algunos de los contratos y situaciones jurídicas en las que es usual pactar confidencialidad.

EN ACUERDOS PRECONTRACTUALES Y TRATATIVAS PRELIMINARES

La confidencialidad no necesariamente requiere de la existencia de una relación contractual, sino que también, y más importante, es contar con acuerdos de confidencialidad en las etapas preliminares de las negociaciones y cuando únicamente se está compartiendo información para definir si se llegará a ejecutar un contrato. En este tipo de ocasiones normalmente las partes comparten diferentes tipos de información dependiendo del eventual negocio que se va a celebrar, y lo hacen de manera multilateral con diferentes personas interesadas en la potencial celebración de un negocio.

Las tratativas preliminares o negociaciones en la etapa precontractual podrán darse respecto de cualquier tipo de contrato y pueden o no derivar en la celebración de un negocio jurídico. En este sentido, será importante poder contar con medios que prohíban el uso de la información que se compartió, establecer la forma en que dicha información podrá ser utilizada e identificar el tiempo por el cual se compartirá.

En etapas preliminares se limitará el uso de la información a la efectiva celebración de un negocio y en el caso de no alcanzar un acuerdo se deberá proceder con la devolución inmediata de la información. En esas ocasiones es común además pactar cláusulas de no competencia y de prohibición de

8 Cfr. Tina L. Stark, *Negotiating and Drafting Contract Boilerplate* (New York: ALM Publishing, 2003).

compartir la información con terceros que compitan directamente con la parte reveladora. Las cláusulas de confidencialidad son usuales, por ejemplo, en documentos como las cartas de intención⁹, donde las partes expresan su eventual disposición de celebrar el negocio compartiendo información relevante a este.

Señalaba el laudo arbitral del 11 de agosto de 2006, emitido en el marco del proceso arbitral iniciado por el Sindicato de Trabajadores de la Electricidad de Colombia (Sintraelecol) y Grupo Interamerica L. C. contra TPS International Power Inc., que precisamente las partes al iniciar tratativas o negociaciones ante la eventual celebración de un contrato lo hacen amparadas en la confidencialidad y exclusividad:

La intención de negociar (“iniciar y adelantar conversaciones y/o negociaciones... encaminadas a llegar a un acuerdo... sobre los términos de una posible asociación...”) fue el objeto exclusivo de este contrato. No iba más allá, aunque tampoco quedaba corto en cuanto imponía a las partes conversar y negociar, bajo un nítido ambiente de confidencialidad y exclusividad [...].¹⁰

ACUERDOS DE COLABORACIÓN EMPRESARIAL

Dentro de los acuerdos de colaboración empresarial se encuentran aquellos denominados de cuentas en participación, consorcios, uniones temporales, *joint ventures*, entre otros. Este tipo de relaciones busca unir los conocimientos y esfuerzos de las partes para la consecución de un objetivo común, como puede ser la ejecución de un proyecto determinado, el expandir un negocio, entre otros.

En la medida en que las partes unen sus conocimientos en alguna área en específico o proporcionan datos de sus negocios, resulta usual que exista la entrega de información confidencial no conocida por los competidores y terceros, de tal forma que no es de acceso público. Esta información se entrega con la finalidad de lograr el propósito común, por lo que en estos casos es recomendable pactar cláusulas de confidencialidad o incluso suscribir

9 Conocidas también en el ámbito comercial como Letters of Intent (“LoI”) según el derecho anglosajón.

10 Laudo Arbitral del 11 de agosto de 2006 emitido en el marco del proceso arbitral iniciado por Sindicato de Trabajadores de la Electricidad de Colombia “Sintraelecol” y Grupo Interamerica L.C. contra TPS International Power Inc.

Acuerdos de confidencialidad en los que de manera precisa se identifiquen todas las obligaciones de las partes y las finalidades de compartir la información a fin de que no se realice un uso indebido de ésta, por ejemplo, para el provecho propio de una de las partes y sin relación dentro del objeto del acuerdo de colaboración.

CONTRATOS LABORALES

En las relaciones laborales existe acceso a información confidencial de los empleadores por parte de los empleados. En general, todos los empleados de una u otra manera podrán acceder a los sistemas y archivos de la compañía por lo que es muy recomendable que en todos los contratos laborales se incorporen cláusulas de confidencialidad.

Dichas cláusulas deberán referirse de manera específica a que toda la información que el empleado llegue a conocer en ejercicio de sus funciones será considerada como confidencial. Adicionalmente, se deberá establecer como confidencial toda la información de la compañía, de sus clientes y la relacionada con el negocio. Ahora bien, el grado de responsabilidad frente al uso de dicha información podrá variar dependiendo del tipo de empleado que acceda o que realice un uso indebido, de tal forma que estos son aspectos que se deberán definir corporativamente según el uso y la importancia que tenga determinada información. Por ejemplo, empleados vinculados a procesos productivos y de innovación deberán haber suscrito cláusulas de confidencialidad que protejan de manera específica los inventos y la propiedad intelectual de la compañía.

Es importante resaltar que al finalizar el contrato laboral, se le podrá exigir al empleado mantener la confidencialidad de la información de tal forma que se proteja a la compañía, estando, en todo caso, dichos aspectos también cubiertos por aquellas conductas y actos de competencia desleal consagrados en Colombia por la Ley 256 de 1996. Vale la pena además mencionar que en la medida en que a la terminación del contrato laboral deja de existir dicha relación, la eventual alegación de incumplimiento estará amparada con acciones desde el punto de vista comercial (p. ej., aplicación de una cláusula penal; responsabilidad civil).

Por otro lado, cabe llamar la atención frente a que en las relaciones laborales es probable que se presenten conflictos de interés por vinculaciones laborales anteriores, o respecto de familiares del empleado, por ejemplo,

si un empleado trabajó con anterioridad en la empresa competidora o si el cónyuge de un empleado está vinculado a empresas dentro del mismo mercado, será importante poder contar con cláusulas adecuadas que permitan tener claridad sobre el comportamiento, divulgación y uso que se le podrá dar a la información.

CONTRATOS DE COMPRAVENTA

En términos generales la compraventa, civil o comercial¹¹, implica la transferencia de propiedad de un bien a cambio de un precio determinado. Así pues, en el ámbito de los negocios, constantemente se realizan compraventas de inmuebles, unidades de negocio, derechos, acciones, activos, entre otros.

Al realizar este tipo de transacciones, necesariamente se accede a información que reviste especial importancia respecto del negocio del comerciante y del bien objeto de la compraventa; siendo un aspecto que puede resultar determinante para que el comprador preste su consentimiento o que también resulte de interés para el vendedor. Por ejemplo, la parte que vende una participación accionaria y ha tenido conocimiento de información confidencial deberá obligarse a no utilizarla en un futuro incluso habiendo sido quien produjo la información. Valga decir que, por ejemplo, en un contrato de compraventa de vehículo automotor la necesidad de una cláusula de confidencialidad podrá ser mínima en la medida en que no existe de ordinario información secreta o de alto valor comercial que amerite la inclusión de este tipo de disposiciones.

CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS

La celebración de este tipo de contratos es usual y constante en el desarrollo de los negocios. Numerosas actividades dentro de las compañías son realizadas por terceros especializados que no necesariamente tienen una vinculación laboral. Los contratos de prestación de servicios en el ámbito comercial no se encuentran regulados en Colombia, de tal forma que lo que ahí se pacte dependerá de la voluntad de las partes y de las reglas y principios generales del derecho. En todo caso este tipo de contratos permite a las compañías

¹¹ Para la definición exacta de compraventa en dichas regulaciones ver artículos 1849 del Código Civil y 905 del Código de Comercio.

acceder a una serie de servicios que, por la temporalidad con que se requieren, no ameritan una contratación laboral.

En este tipo de instrumentos jurídicos será muy usual que el prestador de servicio, contratista o consultor acceda a información significativa de la compañía o del negocio, por lo que la protección de ésta será de importancia. Por ejemplo, en los contratos de prestación de servicios en los que el consultor accede a información de los empleados de la compañía como salario, posición, enfermedades laborales y no laborales, a fin de ejecutar el servicio contratado será importante contar con una protección efectiva de la información que no permita la fuga o el mal uso de esta, lo que podría derivar no solo en un incumplimiento a la confidencialidad de la empresa frente al trabajador, sino también un incumplimiento a las normas en materia de protección de datos personales por revelar dicha información sin autorización, es por eso que las cláusulas de transferencia y transmisión de datos son también útiles en este tipo de relaciones.

OBLIGATORIEDAD DE LA CLÁUSULA

Al carecer de regulación, la inclusión de cláusulas, así como la suscripción de acuerdos de confidencialidad dependerá de la autonomía de la voluntad privada. Solo en la medida en que las partes acuerden la inclusión de una cláusula de confidencialidad o ejecuten un acuerdo de confidencialidad será de obligatorio cumplimiento para las partes y, por lo tanto, oponible a ellas.

Frente a la oponibilidad de las cláusulas ante terceros, vale la pena mencionar que en la medida en que las partes se obliguen a guardar la confidencialidad de la información únicamente podrán revelársela a quienes están autorizados a hacerlo, sin embargo, existirán excepciones por ejemplo la entrega de información por requerimiento de autoridad competente.

Al respecto, la Corte Constitucional colombiana se ha pronunciado mencionando que la cláusula de confidencialidad es un acuerdo de voluntades que no puede impedir el acceso de información a las autoridades:

la cláusula de confidencialidad contenida en el acuerdo suscrito con Univisión es sólo un acuerdo de voluntades particulares de efectos relativos que en manera alguna puede oponerse a terceros, con mayor razón si de éstos se pretende también una indemnización por el daño causado pues ningún régimen jurídico ampara una doble indemnización por unos mismos hechos. Además, ese acuerdo no puede tener la virtualidad de tornar inaccesible para las autoridades colombianas el monto de

la indemnización, mucho más si el hecho generador de ella está relacionado con la imputación que se formula con los querrelados y con los llamados a responder civilmente en ese proceso penal.¹²

Por otro lado, siempre que la cláusula se incorpore a un contrato, o se suscriba un acuerdo separado, ésta será obligatoria. No obstante, ante un incumplimiento de las obligaciones, será necesaria su demostración a fin de poder hacer exigible la penalidad que se hubiese acordado. En este sentido, la cláusula no supone que el incumplimiento se entiende causado por la sola afirmación de una de ellas, sino que deberá ser verificable. Por lo tanto, la definición clara de las obligaciones y responsabilidades será un punto determinante.

ELEMENTOS

Vistas las utilidades, definiciones y oponibilidad de la cláusula en comento, consideramos importante identificar sus elementos esenciales. A continuación, se encontrará un breve resumen práctico sobre la forma en que se recomienda incorporar y pactar estas cláusulas o acuerdos en el marco de una relación comercial.

IDENTIFICACIÓN Y OBLIGACIONES DE LAS PARTES

En primer lugar, se deberá definir si las partes revelarán información, caso en el que la cláusula aplicará para las dos de igual manera teniendo la calidad de receptoras y reveladoras o si únicamente una de las partes entregará información, lo cual deberá precisarse de manera clara dentro del documento. Una vez definida la calidad de las partes, será necesario que se establezcan de manera clara y precisa todas las obligaciones que asumen al conocer la información, siendo las más comunes las siguientes:

- Uso de la información para propósitos legítimos, de conformidad con la ley y respetando intereses particulares y del Estado.
- No divulgación de la información a personal no autorizado.
- Utilizar la información únicamente para los fines para las cuales es entregada.

¹² Corte Constitucional, Sentencia T-032 de 2002. Magistrado Ponente Jaime Córdoba Triviño.

- Asegurar que la información entregada se mantendrá bajo medidas de seguridad (p. ej., asuntos de seguridad informática).
- Abstenerse de realizar copias de la información entregada.
- Abstenerse de modificar o alterar la información.
- Emplear en el cuidado de la información los mismos estándares que se usan con la propia.
- Compartir la información únicamente con los terceros que han sido autorizados, y con terceros que requieran conocerla para el cumplimiento efectivo de las obligaciones asumidas en el contrato.

Las anteriores son ejemplos muy frecuentes de las obligaciones y responsabilidades generales de las partes frente a la confidencialidad de la información, pudiendo ser extendidas según sea necesario y dependiendo del tipo de información que se entrega.

DEFINIR EL OBJETO DE LA CONFIDENCIALIDAD

La confidencialidad puede ser parte de las tratativas preliminares o de un contrato de manera particular. En el primer caso, es muy recomendable que al entregar información confidencial se identifique de manera precisa la finalidad para la cual se está entregando la información, por ejemplo, para estudiar la posibilidad de suscribir un eventual contrato de colaboración encaminado a la ejecución de determinado proyecto. Por otra parte, si la cláusula se incluye dentro de un contrato determinado habrá sido importante que se haga el análisis del que hemos venido hablando y es si efectivamente se compartirá información y si es necesario que ésta sea confidencial, caso en el que se deberá precisar que la información se entrega a los fines de ejecución del contrato determinado.

INFORMACIÓN CONFIDENCIAL

Uno de los aspectos más relevantes a la hora de preparar una cláusula o acuerdo de confidencialidad es la identificación de lo que se entenderá por información confidencial. La definición de lo que es *información confidencial* será determinante a la hora de endilgar responsabilidades e incumplimientos. En general, se pueden utilizar definiciones amplias que incluyan la mayor cantidad de información posible, de tal forma que incluso información que usualmente no sería confidencial se contemple dentro de ésta; o también se