

Honorables Consejeros
CONSEJO DE ESTADO
Sección Primera (Reparto)

Enviado por email:

ces1secr@consejoestado.ramajudicial.gov.co

secgeneral@consejoestado.ramajudicial.gov.co

Re: **ACCIÓN DE TUTELA como mecanismo transitorio por violación de los derechos fundamentales al acceso a la administración de justicia, al debido proceso y a la defensa, por la omisión de vinculación de terceros interesados**, en contra de la Sentencia No. 2021-05-081 RI proferida por el **H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca**, Sección Primera Subsección B, dentro del recurso de insistencia promovido por el **Instituto Internacional de Estudios Anticorrupción**, mediante la cual se ordenó la entrega de los contratos relacionados con la adquisición de vacunas contra el COVID-19 a la **Unidad Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres**

Expediente de origen: Recurso de Insistencia No. 25000-23-41-000-2021-00240-00

Accionado: H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B

Terceros interesados: Instituto Internacional de Estudios Anticorrupción, Unidad Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres y Fondo Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres

CHRISTIAN PÉREZ RUEDA, mayor de edad, vecino de la ciudad de Bogotá, identificado con la Cédula de Ciudadanía No. 1.098.620.325 de Bucaramanga y portador de la Tarjeta Profesional No. 196.301 del Consejo Superior de la Judicatura, en mi calidad de apoderado judicial de **JANSSEN CILAG S.A.** (en adelante "**JANSSEN CILAG**"), según poder a mí conferido que se anexa, y como agente oficioso¹ de **JANSSEN PHARMACEUTICA NV** (en adelante, "**JANSSEN PHARMACEUTICA**"), sociedad organizada y existente de conformidad con las leyes de Bélgica, con número de compañía 0403834160 y oficina registrada en 30 Turnhoutseweg, B-2340 Beerse, por el presente escrito interpongo **ACCIÓN DE TUTELA** dirigida contra el **H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca**, Sección Primera Subsección B, (en adelante el "**Tribunal Accionado**"), contra los numerales **PRIMERO** y **SEGUNDO** de la sentencia del **11 de mayo de 2021**, notificada por correo electrónico el **21 de mayo de 2021**, por medio de la cual el **Tribunal Accionado**, dentro del recurso de insistencia promovido por el **Instituto Internacional de Estudios Anticorrupción**, ordenó a la **Unidad Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres** ("**UNGRD**") la entrega de los contratos relacionados con la adquisición de vacunas contra el COVID-19.

¹ Poder en trámite a la fecha de presentación de esta acción de tutela.

I. SOLICITUD DE MEDIDA PROVISIONAL

Por medio de la presente acción, conforme al artículo 7 del Decreto 2591 de 1991, solicito respetuosamente al H. Consejo de Estado decretar, como **medida provisional urgente**, que sea suspendida la ejecución de la sentencia del 11 de mayo de 2021 emitida por el H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca, hasta tanto se profiera decisión de fondo dentro de la presente acción constitucional. De lo contrario, se haría ilusorio el efecto de un eventual fallo a favor de mis representadas.

Lo anterior, dado que el término que le fue otorgado a la UNGRD para entregar los contratos para la adquisición de vacunas contra el COVID-19 es extremadamente corto (3 días) y se vence mañana (26 de mayo de 2021). En el caso de JANSSEN PHARMACEUTICA, el contrato suscrito con el gobierno de Colombia contiene información altamente sensible y confidencial, incluyendo secretos empresariales de alto valor comercial y competitivo. Ello hace inminente la vulneración de los derechos de las actoras.

Conforme está posteo en la cuenta de Twitter del Instituto Internacional de Estudios Anticorrupción (@instanticorrupt²), los contratos para la adquisición de vacunas contra el COVID-19 van a ser divulgados al público por el señor Camilo Enciso (@camiloencisov)³, siendo evidente que se concretaría un perjuicio irremediable y la pérdida de la información reservada y secretos empresariales de mis representadas, de alto valor comercial:



Por lo anterior, solicitamos que, como medida provisional, se suspendan los efectos de la sentencia de 11 de mayo de 2021, hasta tanto sea resuelta la presente acción constitucional.

De manera subsidiaria, en dado caso en que sean entregados los referidos contratos al Instituto Internacional de Estudios Anticorrupción, solicitamos que se ordene, como medida provisional, que tal institución o cualquiera de sus afiliadas deban mantener bajo estricta reserva tanto los contratos mismos como cualquier información allí contenida, en aras de evitar un perjuicio irremediable, hasta tanto se profiera una sentencia de fondo.

² URL: <https://twitter.com/instanticorrupt?lang=es> . Visitada el 25 de mayo de 2021.

³ URL: <https://twitter.com/camiloencisov/status/1396844065740701699?s=20> . Visitada el 25 de mayo de 2021.

TABLA DE CONTENIDO:

| | |
|---|-----------|
| I. SOLICITUD DE MEDIDA PROVISIONAL..... | 2 |
| II. LA SENTENCIA OBJETO DE LA ACCIÓN DE TUTELA | 4 |
| III. HECHOS DE LA ACCIÓN DE TUTELA..... | 5 |
| IV. ACCIÓN DE TUTELA COMO MECANISMO TRANSITORIO PARA EVITAR UN PERJUICIO IRREMEDIABLE | 9 |
| V. FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN DE TUTELA | 10 |
| A. <i>CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD DE ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES</i> | <i>10</i> |
| 1. Que el asunto tenga relevancia constitucional..... | 10 |
| 2. Que el actor haya agotado los recursos judiciales ordinarios y extraordinarios antes de acudir al juez de tutela. | 11 |
| 3. Que la petición cumpla con el requisito de inmediatez, de acuerdo con criterios de razonabilidad y proporcionalidad | 12 |
| 4. Que, en caso de tratarse de una irregularidad procesal, ésta tenga incidencia directa en la decisión que resulta lesiva de los derechos fundamentales | 12 |
| 5. Que el accionante identifique, de forma razonable, los yerros de la autoridad judicial que generan la violación y que ésta haya sido alegada al interior del proceso judicial, en caso de haber sido posible | 13 |
| B. <i>DEFECTO PROCEDIMENTAL.....</i> | <i>13</i> |
| 1. No existe la posibilidad de corregir la irregularidad procesal por otra vía | 15 |
| 2. Defecto incide de manera directa en la decisión | 15 |
| 3. La irregularidad no pudo ser alegada al interior del proceso | 16 |
| 4. Se vulneran los derechos fundamentales de JANSSEN PHARMACEUTICA y JANSSEN CILAG | 16 |
| VI. DERECHOS FUNDAMENTALES VULNERADOS | 16 |
| A. <i>LA EXISTENCIA DE SECRETOS EMPRESARIALES DEBE RESTRINGIR EL ACCESO AL CONTRATO.</i> | <i>17</i> |
| B. <i>EL CONTRATO SE REFIERE A CONDICIONES DE COMERCIALIZACIÓN QUE SON SECRETAS Y TIENEN VALOR PARA LA ACTIVIDAD DE LA EMPRESA.</i> | <i>19</i> |
| C. <i>SE HAN HECHO ESFUERZOS PARA CONSERVAR LA CONFIDENCIALIDAD DE LA INFORMACIÓN.</i> | <i>20</i> |
| D. <i>LA INFORMACIÓN TIENE VALOR COMERCIAL EFECTIVO.....</i> | <i>20</i> |
| E. <i>CONCLUSIONES.....</i> | <i>21</i> |
| VII. COMPETENCIA | 22 |
| VIII. JURAMENTO..... | 22 |
| IX. FUNDAMENTOS DE DERECHO..... | 22 |
| X. PRUEBAS | 22 |
| XI. SOLICITUD DE VINCULACIÓN DE TERCERO INTERESADO..... | 22 |
| XII. NOTIFICACIONES | 23 |
| XIII. ANEXOS | 23 |
| XIV. PETICIÓN | 23 |

II. LA SENTENCIA OBJETO DE LA ACCIÓN DE TUTELA

Se trata de los numerales **PRIMERO** y **SEGUNDO** de la parte resolutive de la sentencia proferida por el H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera Subsección B, dentro del medio de control del recurso de insistencia impetrado por el Instituto Internacional de Estudios Anticorrupción, Expediente No. 25000-23-41-000-2021-00240-00, fechado 11 de mayo de 2021 y notificado vía correo electrónico el 21 de mayo 2021, según consta en el portal web de la Rama Judicial (en adelante "**Sentencia Atacada**") (Ver **ANEXO 1**):

RESUELVE:

PRIMERO: ACCEDER PARCIALMENTE a la solicitud de información formulada por el INSTITUTO INTERNACIONAL DE ESTUDIOS ANTICORRUPCIÓN, según lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la UNIDAD NACIONAL PARA LA GESTIÓN DEL RIESGO DE DESASTRES que, dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación de esta providencia, entregue al instituto peticionario la siguiente información:

i) Copia de los contratos relacionados con la adquisición de vacunas contra el covid suscrito por la UNGRD o por Fiduprevisora en calidad de administradora de la Subcuenta Covid 19.

ii) Modelo de contratación empleado, precio, plazo de cumplimiento de lo acordado en dichos instrumentos y Certificado de Disponibilidad Presupuestal que respalda los recursos con los cuales el Estado colombiano adquirió las vacunas contra el COVID 19.

iii) Domicilio de entrega de las vacunas adquiridas con las farmacéuticas AstraZeneca PLC y Pfizer Inc y fechas de ingreso de las vacunas al país.

iv) Enunciación de si al momento de firma de los contratos u otros instrumentos jurídicos con las farmacéuticas AstraZeneca y Pfizer ya contaban con un registro sanitario otorgado por autoridad competente en Colombia o con una Autorización Sanitaria de Uso de Emergencia para las vacunas desarrolladas.

v) Informe si la UNGRD o cualquier otra agencia, unidad especial o fondo especial manejado por su sector, ha tenido reuniones de trabajo o cualquier contacto con las empresas BioNTech, Jhonson & Jhonson, Moderna, GlaxoSmithKline, Cansino Biologics, Sinovac, Novavax o cualquier otra empresa farmacéutica, dirigidas a la posible adquisición de vacunas para la prevención o tratamiento del Covid-19; para que en caso afirmativo, se le informe en qué fecha o fechas se realizó ese contacto y por quién fue dirigido.

En la **Sentencia Atacada**, el **H. Tribunal Accionado** accedió parcialmente a las pretensiones del Instituto Internacional de Estudios Anticorrupción, en sede de recurso de insistencia, ordenando a la UNGRD, que dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación de la providencia, se hiciera entrega al peticionario de la información listada en el numeral **SEGUNDO**.

III. HECHOS DE LA ACCIÓN DE TUTELA

1. El 3 de febrero de 2021, JANSSEN PHARMACEUTICA NV ("JANSSEN PHARMACEUTICA") y el GOBIERNO DE COLOMBIA, a través de la UNGRD y el Fondo Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres (el "FONDO") suscribieron un acuerdo de compra anticipada de vacunas para el SARS-CoV-2/COVID-19, en el marco de la crisis sanitaria ocasionada por la pandemia por COVID-19 (en adelante "Acuerdo")

(Tal documento, de carácter altamente confidencial y en idioma inglés, no se aporta, pues está sujeto a reserva y contiene información altamente sensible y secretos empresariales de JANSSEN PHARMACEUTICA. Para el efecto y resguardar su confidencialidad, se adjuntan en el presente escrito solo algunos apartes específicos del mismo).

2. El Acuerdo y toda la información entregada en virtud del mismo, contienen información altamente sensible para JANSSEN PHARMACEUTICA y todas sus compañías filiales, afiliadas y subsidiarias (v.gr. JANSSEN CILAG), incluidos secretos empresariales.
3. De conformidad con el Acuerdo, ambas partes se comprometieron a guardar reserva y no divulgar la información presentada en el Acuerdo, la cual es altamente confidencial. El Gobierno de Colombia reconoció que la información confidencial de JANSSEN PHARMACEUTICA hace referencia a aspectos comerciales, financieros, científicos y técnicos de carácter competitivo sensible y cuya divulgación resultaría en perjuicios competitivos para la compañía y filiales, afiliadas y subsidiarias.

15. CONFIDENTIALITY

- 15.1 Each Party (a "Receiving Party") shall keep confidential and not disclose to any Third Party, nor use other than for the purpose of exercising its rights and performing its obligations under this Agreement, any Confidential Information of the other Party (a "Disclosing Party").

- 15.5 The obligations contained in this clause 15 shall continue for ten (10) years following the expiry or termination of this Agreement.

- 15.6 Neither Party shall issue any press release or make any other public statement disclosing the other Party's Confidential Information without the prior written consent of the other Party, provided that Janssen or its Affiliates may issue any press release or other public statement required under the rules of any securities exchange to which Janssen or its Affiliates may be subject or applicable securities Laws.

4. El Acuerdo establece en su numeral 15.4 que JANSSEN PHARMACEUTICA, en caso de posible orden judicial de revelación de la información confidencial, tendrá la oportunidad de ejercer sus derechos e intervenir ante el respectivo tribunal para oponerse a la divulgación y proteger la información confidencial:

15.4 The Receiving Party may disclose any part of the Confidential Information solely to the extent that it is legally required to do so pursuant to an order of a court or arbitral tribunal of competent jurisdiction or any applicable Law or, in the case of Janssen, a competent governmental authority, or the rules of any securities exchange to which Janssen or its Affiliates may be subject or under applicable securities Laws; provided that and subject to clause 15.56 the Receiving Party shall (a) unless prohibited by Law, promptly notify the Disclosing Party prior to making such disclosure and limit such disclosure and, if permitted, provide the Disclosing Party with an opportunity to intervene to protect its Confidential Information, including an opportunity to make representations to the relevant court, arbitral tribunal, or governmental authority (as applicable) objecting to disclosure, and (b) use reasonable efforts to obtain assurances that confidential treatment will be accorded to the Confidential Information to be disclosed pursuant to this clause 15.4. Without prejudice to the generality of the foregoing, Government Purchaser acknowledges and agrees that Janssen's Confidential Information (a) constitutes commercial, financial, scientific and/or technical information supplied to Government Purchaser in confidence, and (b) is competitively sensitive and proprietary information of Janssen that, if disclosed or otherwise made available to the public, would result in significant competitive prejudice and undue loss to Janssen and its Affiliates. Accordingly, Janssen reserves and relies upon all of its rights under any applicable freedom of information Laws, and Government Purchaser shall assist Janssen in protecting Janssen's Confidential Information and take all other reasonable steps to prevent disclosure of any such Confidential Information under such applicable Laws.

5. Por medio de la Resolución No. 20201010278 de 25 de marzo de 2021, expedida por el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos ("INVIMA"), se otorgó una Autorización Sanitaria de Uso de Emergencia —ASUE— para la "VACUNA COVID 19 JANSSEN" de la siguiente forma:

NÚMERO DE AUTORIZACIÓN SANITARIA DE USO DE EMERGENCIA: ASUE 2021-000003

TITULAR: JANSSEN CILAG S.A. ubicado en Av. Calle 26 No. 69-76, Edificio elemento, Torre 2, Piso 7 Bogotá, Colombia

IMPORTADORES:

1. Fondo Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres ubicado en la Calle 26 No. 92 – 32 edificio Gold 4 – piso 2, Bogotá D.C., Colombia
2. Janssen Cilag S.A. con domicilio en Av. Calle 26 No. 69-76, Edificio elemento, Torre 2, Piso 7 Bogotá, Colombia

FABRICANTES DE PRINCIPIO ACTIVO:

1. Janssen Vaccines & Prevention, ubicado B.V. Archimedesweg 4-6, 2333 CM Leiden, Holanda,
2. Janssen Biologics B.V., ubicado en Einsteinweg 101 2333 CB Leiden Holanda
3. Emergent Manufacturing Operations Baltimore LLC, ubicado en 5901 East Lombard Street,

FABRICANTES DE PRODUCTO TERMINADO:

1. Grand River Aseptic Manufacturing, Inc, ubicado en 140 Front Avenue SW Grand Rapids, MI 49504, Estados Unidos
2. Catalent Indiana LLC. ubicado en 1300 South Patterson Drive Bloomington, IN 47403, Estados Unidos
3. Aspen SVP. ubicado en 8b Gibaud Road Korsten Prt Elizabeth 6020 Republic of South Africa

ACONDICIONADOR SECUNDARIO

1. Packaging Coordinators LLC. ubicado en 3001 Red Lion Rd Philadelphia, PA 19114, Estados Unidos
2. Janssen Pharmaceutica NV ubicado en Turnhoutseweg 30 2340 Beerse, Bélgica

6. El 11 de mayo de 2021, el H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca, dentro del recurso de insistencia No. 2021-240 promovido por el Instituto Internacional de Estudios Anticorrupción, profirió sentencia ordenando a la UNGRD la entrega de los contratos relacionados con la adquisición de vacunas contra el COVID-19 (la "Sentencia"). Según el portal web de la Rama Judicial de Colombia, tal sentencia habría sido notificada a la UNGRD el 21 de mayo de 2021.

| Fecha de Actuación | Actuación | Anotación | Fecha inicia Término | Fecha finaliza Término | Fecha de Registro |
|--------------------|-------------------------------------|---|----------------------|------------------------|-------------------|
| 2021-05-21 | NOTIFICACION POR CORREO ELECTRONICO | SE NOTIFICA FALLO DENTRO EL PROCESO DE LA REFERENCIA /VD | | | 2021-05-21 |
| 2021-05-18 | RECIBE MEMORIALES | Se allega memorial por parte del Instituto Anticorrupción con asunto: -Memorial Solicitud copias digitales. (A LA CUAL SE LE DA RESPUESTA) - JDAM | | | 2021-05-18 |

7. Conforme al portal web de la Rama Judicial, el proceso No. 2021-240 habría dado inicio desde el 10 de marzo de 2021 y la admisión del recurso de insistencia le habría sido notificada a la UNGRD el 13 de abril de 2021:

| | | | | | |
|------------|----------------------------|--|------------|------------|------------|
| 2021-04-06 | AUTO AVOCANDO CONOCIMIENTO | Auto avoca conocimiento, ordena vinculación y requiere información para decidir de fondo el asunto. | | | 2021-04-08 |
| 2021-04-07 | AL DESPACHO MEMORIAL | Pongo en su conocimiento memorial presentando por - INSTITUTO ANTICORRUPCIÓN-, con asunto: REMISIÓN DE RESOLUCIÓN con destino al proceso de la referencia que se encuentra al despacho para lo de su cargo. - JDAM | | | 2021-04-07 |
| 2021-04-05 | RECIBE MEMORIALES | INSTITUTO ANTICORRUPCIÓN ALLEGA MEMORIAL - JDAM | | | 2021-04-07 |
| 2021-03-12 | AL DESPACHO | En la fecha paso al Despacho recurso de insistencia de la referencia, allegado por correo electrónico el 08 de marzo de 2021, que le correspondió para estudio del mismo. | | | 2021-03-12 |
| 2021-03-10 | Reparto y Radicación | REPARTO Y RADICACION DEL PROCESO REALIZADAS EL miércoles, 10 de marzo de 2021 con secuencia: 334 | 2021-03-10 | 2021-03-10 | 2021-03-10 |

8. Ni JANSSEN PHARMACEUTICA ni JANSSEN CILAG fueron informadas sobre la existencia del proceso por el H. Tribunal ni por sus intervinientes.

9. JANSSEN PHARMACEUTICA conoció de la existencia del proceso de recurso de insistencia y de la Sentencia, a través de las notas periodísticas que se publicaron el 21 de mayo de 2021 en varios medios de comunicación colombianos (El Tiempo⁴, Caracol⁵, RCN⁶, El Espectador⁷, entre otros) y de trinos en la red social Twitter.
10. A la fecha, vulnerando sus derechos fundamentales de acceso a la administración de justicia, al debido proceso y a la defensa, no se le ha permitido a JANSSEN PHARMACEUTICA ni a JANSSEN CILAG ejercer los derechos consagrados en la numeral 15.4 del Acuerdo, existiendo la inminente posibilidad de divulgación de información confidencial y sensible, pues el termino otorgado en la providencia judicial emitida por el H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca es de tan solo tres días, los cuales vencen el 26 de mayo de 2021.
11. Conforme está posteo en la cuenta de Twitter del Instituto Internacional de Estudios Anticorrupción (@instanticorrupt⁸), los contratos para la adquisición de vacunas contra el COVID-19 van a ser divulgados al público por el señor Camilo Enciso (@camiloencisov)⁹, siendo evidente que con ello se concretaría un perjuicio irremediable y la pérdida de la información reservada y secretos empresariales de mis representadas, de alto valor comercial:



12. La publicación del Acuerdo conforme a la decisión del H. Tribunal Accionado, sin haberle permitido a JANSSEN PHARMACEUTICA y JANSSEN CILAG ejercer su derecho de defensa y proteger sus intereses

⁴ URL: <https://www.eltiempo.com/justicia/investigacion/tribunal-ordena-que-se-entreguen-contratos-de-vacunas-contra-covid-590174>. Visitada el 21 de mayo de 2021.

⁵ URL: https://caracol.com.co/radio/2021/05/21/judicial/1621631411_850299.html. Visitada el 21 de mayo de 2021.

⁶ URL: <https://www.rcnradio.com/judicial/gobierno-debera-entregar-contratos-de-la-compra-de-las-vacunas-contra-la-covid>. Visitada el 21 de mayo de 2021.

⁷ URL: <https://www.elespectador.com/salud/tribunal-administrativo-de-cundinamarca-ordena-al-gobierno-entregar-contratos-de-compra-de-vacunas-contra-el-coronavirus/>. Visitada el 21 de mayo de 2021

⁸ URL: <https://twitter.com/instanticorrupt?lang=es> . Visitada el 25 de mayo de 2021.

⁹ URL: <https://twitter.com/camiloencisov/status/1396844065740701699?s=20>. Visitada el 25 de mayo de 2021.

en el seno del recurso de insistencia, genera un perjuicio irremediable para estas compañías, el cual debe ser evitado por medio de la presente acción de tutela como mecanismo transitorio.

13. No existe otro mecanismo ordinario en el ordenamiento jurídico colombiano que sea suficientemente expedito y efectivo para que las accionantes eviten la revelación de sus secretos industriales.

IV. ACCIÓN DE TUTELA COMO MECANISMO TRANSITORIO PARA EVITAR UN PERJUICIO IRREMEDIABLE

La H. Corte Constitucional, sostuvo en sentencia C-531 de 1993 que dentro de la estructura de la norma contenida en el artículo 86 de la Constitución Política, el concepto abierto de "**perjuicio irremediable**" juega un papel neurálgico. Gracias a este, puede el Juez darle contenido y sentido a su tarea de protección efectiva de los derechos fundamentales y ser el punto de confluencia del derecho y la realidad, de cuya adecuada interrelación depende la justicia de su decisión.

Así pues, mediante sentencia T-774 de 2004, el máximo órgano constitucional sostuvo que la acción de tutela puede ser invocada cuando el otro medio de defensa que prevea el orden jurídico no presente la idoneidad y eficacia suficiente para la plena y oportuna protección de los derechos fundamentales afectados o en riesgo o se está ante la amenaza de un perjuicio irremediable, el cual debe tener las características de **inminente, grave y requerir medidas urgentes para su neutralización.**

Reiterando su jurisprudencia, en sentencias T-828 de 2014 y T-438 de 2015, la H. Corte indicó:

*"El perjuicio irremediable se caracteriza: (i) **por ser inminente**, es decir, que se trate de una amenaza que **está por suceder prontamente**; (ii) **por ser grave**, esto es, que el daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona sea de gran intensidad; (iii) porque las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable **sean urgentes**; y (iv) porque la acción de tutela **sea impostergable** a fin de garantizar que sea adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad". (Énfasis agregado)*

En ese sentido, se considera que:

- (i) la amenaza es inminente toda vez que, como se desprende de los hechos, el 26 de mayo de 2021 se deberá realizar la entrega de los contratos al Instituto Internacional de Estudios Anticorrupción;
- (ii) su publicación, que el Instituto ya anunció hará cuando los reciba, afectarían las obligaciones de resguardo y confidencialidad sobre el Acuerdo generando graves afectaciones frente a los secretos empresariales de JANSSEN PHARMACEUTICA;
- (iii) es urgente, pues la compañía no ha tenido oportunidad para manifestarse en el transcurso del proceso en sede de recurso de insistencia, dado que nunca fue siquiera informada de su existencia; y
- (iv) porque mediante la acción de tutela se garantizaría el adecuado acceso a la administración de justicia, el debido proceso y el derecho de defensa, pudiendo la directa afectada acudir a

mecanismos legales para la protección de sus derechos, hasta ahora vulnerados.

V. FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN DE TUTELA

A. CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD DE ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES

La H. Corte Constitucional¹⁰ ha señalado que la acción de tutela contra providencias judiciales tiene una serie de requisitos de procedibilidad los cuales, una vez verificados, permiten al Juez Constitucional analizar si se ha configurado alguno de los siguientes defectos¹¹: (i) orgánico, (ii) sustantivo, (iii) **procedimental**, (iv) fáctico, (v) error inducido, (vi) decisión sin motivación, (vii) desconocimiento del precedente constitucional, y (viii) violación directa a la Constitución.

Ciertamente, en la Sentencia C-590 de 2005 se determinó que el funcionario judicial que conoce del amparo debe constatar, como requisitos de procedibilidad¹², que: (i) el asunto tenga relevancia constitucional; (ii) el actor haya agotado los recursos judiciales ordinarios y extraordinarios antes de acudir al juez de tutela; (iii) la petición cumpla con el requisito de inmediatez, de acuerdo con criterios de razonabilidad y proporcionalidad; (iv) en caso de tratarse de una irregularidad procesal, ésta tenga incidencia directa en la decisión que resulta lesiva de los derechos fundamentales; (v) el accionante identifique, de forma razonable, los yerros de la autoridad judicial que generan la violación y que ésta haya sido alegada al interior del proceso judicial, en caso de haber sido posible; (vi) el fallo impugnado no sea de tutela.¹³

A continuación, procederé a analizar la procedibilidad de la presente acción de tutela a la luz de cada uno de los *criterios generales* arriba citados.

1. Que el asunto tenga relevancia constitucional

Frente a este criterio, la sentencia C-590 de 2005 señaló que el juez constitucional debe analizar si el asunto es "*genuinamente una cuestión de relevancia constitucional que afecta los derechos fundamentales de las partes*".

Bien sostuvo el H. Consejo de Estado en Sentencia del 03 de noviembre de 2016, que, en sede de recurso de insistencia, sí es procedente la acción de tutela cuando el asunto de análisis se refleja en vulneraciones a derechos fundamentales como el de contradicción y defensa de terceros interesados que no hayan sido vinculados al proceso de referencia.¹⁴

¹⁰ Sentencia C-590 de 2005 (M.P. Jaime Córdoba Triviño)-

¹¹ Denominados **criterios específicos** por la jurisprudencia constitucional. Sentencia T-328 de 2010. M.P. Jorge Ivan Palacio.

¹² Denominados **criterios generales** por la jurisprudencia constitucional. Sentencia T-328 de 2010. M.P. Jorge Ivan Palacio.

¹³ Sentencia T-116 de 2016 (M.P. Luis Guillermo Guerrero)-

¹⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Sentencia de 3 de noviembre de 2016. C.P. LUCY JEANNETTE BERMUDEZ BERMUDEZ. Exp.: 11001-03-15-000-2016-02216-00(AC)

*"En el caso bajo examen se advierte que la acción de tutela cumple con los requisitos generales que exige la sentencia C-590 del 2005 para la procedencia contra providencia judicial en cuanto a lo siguiente: i) es evidente que la cuestión que se discute **reviste relevancia constitucional**¹⁵, como quiera que se controvierte la vulneración de varios derechos fundamentales; (...)"* (Énfasis agregado)

Como se analizará más adelante, los derechos fundamentales al debido proceso, el acceso a la administración de justicia y el derecho de defensa han sido quebrantados de manera directa por la **Sentencia Atacada** en sede de recurso de insistencia, particularmente al constatarse un defecto procedimental que constituye una verdadera vía de hecho en perjuicio de los derechos constitucionales de **JANSSEN PHARMACEUTICA** y **JANSSEN CILAG**, ante la omisión de su vinculación como tercero interesado.

2. Que el actor haya agotado los recursos judiciales ordinarios y extraordinarios antes de acudir al juez de tutela.

La H. Corte Constitucional ha precisado que este requisito implica la subsidiariedad de la acción de tutela, por cuanto han debido ser interpuestos los correspondientes recursos previamente *"salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable"*¹⁶.

Como se mencionó en el Título IV de la presente acción de tutela, el propósito de la acción consiste en evitar la consumación de un perjuicio irremediable en tanto JANSSEN PHARMACEUTICA y JANSSEN CILAG no tuvieron oportunidad de siquiera conocer la existencia del recurso de insistencia en conocimiento del H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca, de manera que, a pesar de ser directos afectados por las resultas de tal procedimiento, solo vinieron a conocerlo gracias a los medios de comunicación, cuando ya se había proferido sentencia.

Considerando que, la entrega de la información se efectuaría el miércoles 26 de mayo de 2021 y ante la imposibilidad de poderse pronunciar previamente, se encuentra plenamente justificado el perjuicio irremediable en contra de JANSSEN PHARMACEUTICA y JANSSEN CILAG, pues como se desarrollará en mayor detalle, ya perderán las accionadas todo mecanismo efectivo de

¹⁵ Sobre el cumplimiento del requisito de relevancia constitucional la suscrita Magistrada expuso en aclaración de voto de la sentencia de tutela de dos (2) de mayo de 2013, con radicado número 2012-01598, Actora: Annie Sanmiguel Ortiz, C. P.: Dr. Guillermo Vargas Ayala:

"Si, como dice el fallo respecto del cual aclaro el voto, la Sala estudia las causales de procedibilidad entre las que se encuentra la "relevancia constitucional" y en ejercicio de sus funciones de juez constitucional de instancia, "la eventual violación de un derecho fundamental y su consecuente amparo que es su propia relevancia o importancia constitucional", ello significaría que todos los casos de acción de tutela tendrían, de suyo, relevancia constitucional, puesto que precisamente la acción de tutela tiene como finalidad el estudio de las eventuales violaciones de derechos fundamentales y su consecuente amparo. Resultaría entonces inocuo exigirla como requisito general de procedibilidad, pues estaría de por sí presente en todos los casos de acciones de tutela contra sentencias judiciales. Por lo tanto, en mi criterio considero que cuando la Corte Constitucional estableció como requisito general de procedibilidad el de la "relevancia constitucional", lo hizo buscando que la acción de tutela contra sentencias judiciales, que tiene un carácter restringido y excepcional, tuviera efectivamente alguna repercusión constitucional que ameritara pasar por encima de conceptos como el de la cosa juzgada, la seguridad jurídica y el juez natural."

¹⁶ Sentencia T-504 de 2000

defensa judicial y la divulgación de la información del Acuerdo suscrito con el Gobierno de Colombia conllevaría la divulgación de información confidencial y secretos empresariales.

3. Que la petición cumpla con el requisito de inmediatez, de acuerdo con criterios de razonabilidad y proporcionalidad

Este criterio implica que la acción de tutela sea presentada dentro de un término razonable y fundamentado a partir del hecho que originó la vulneración¹⁷.

Frente a este criterio, basta afirmar que la Sentencia Atacada fue notificada el 21 de mayo de 2021 y se conoció a través de medios de comunicación en esa misma fecha, de suerte que la presente acción de tutela se interpone apenas dos (2) días hábiles después de la notificación, cumpliéndose a cabalidad con la inmediatez exigida por nuestra H. Corte Constitucional.

4. Que, en caso de tratarse de una irregularidad procesal, ésta tenga incidencia directa en la decisión que resulta lesiva de los derechos fundamentales

En este caso, la irregularidad constituye un defecto procesal, en tanto se omitió vincular a terceros interesados, como en el caso de JANSSEN PHARMACEUTICA y JANSSEN CILAG, pues la entrega de la información que se pretendía en el recurso de insistencia y que dispone la parte resolutive de la Sentencia Atacada afecta directamente los derechos fundamentales y económicos de las compañías.

En efecto, la Sentencia Atacada continúa con una clara vulneración del derecho fundamental de acceso efectivo a la administración de justicia de las accionantes, toda vez que, ante la omisión de su vinculación, estas no pudieron intervenir adecuadamente en el proceso ni manifestar sus argumentos sobre las obligaciones que emanaban del acuerdo suscrito entre las partes, así como el carácter confidencial y sensible de la información allí contenida.

Es más, el H. Tribunal en la Sentencia Atacada fundamentó su decisión en que, en su sentir y de manera errada, no existía información confidencial o que pudiera ser considerada secreto empresarial, sin siquiera escuchar a las compañías farmacéuticas, quienes son sus titulares:

*"d) **Al revisar el clausulado contractual, se concluye que no se trata de transferencia de tecnología, ni de patentes ni secretos industriales**, se trata únicamente de un acuerdo para el suministro de una vacuna cuyo conocimiento no afecta la salud pública, porque (i) las cláusulas pactadas son producto de una negociación sobre un suministro, pero en ellas no se autoriza que se dé por terminado el contrato por esta razón, y en todo caso, las vacunas son un bien público mundial; (ii) se trata de acuerdos más de naturaleza comercial, en los que las compañías exigen garantías para su pago cumplido por parte del comprador pero el tema del suministro está sometido a muchas aleas y no precisamente a su confidencialidad ni lo pueden anclar conforme a las normas superiores, (iii) Aunque la obtención de las vacunas para el COVID-19 guarda relación sin lugar a dudas con la salud pública por cuando (sic) se trata de una estrategia para atender la pandemia y con ellas se busca prevenir y reducir el impacto en la población, lo cierto es que impedir el acceso a los contratos suscritos para proveerse de esas vacunas en el mercado mundial, no resulta proporcionado con los fines buscados ni tiene*

¹⁷ Corte Constitucional. Sentencia T-315 de 2005. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

por qué afectar la salud pública, en tanto la información contenida en los contratos de adquisición de la vacunas contra el COVID 19, no revelan compuestos, instrucciones para afectarla como generar epidemias, pestes, agentes patógenos u otros, ni secretos industriales o patentes para su fabricación; por el contrario, se trata de datos relacionados únicamente con el pago, a quiénes y en qué condiciones para la adquisición de las vacunas de manera que no hay información sensible ni que deba mantenerse reservada; aceptar esta postura implicaría que a partir de ahora, las demás vacunas y buenas prácticas médicas y farmacéuticas de interés público como los derechos humanos quedarían sometidos al poder privado, a las cláusulas contractuales y sin ninguna posibilidad siquiera de conocerlos y menos aún, opinar fundadamente, posibilitar otros derechos y ejercer control, por lo que termina haciendo nugatorios los derechos fundamentales por un temor infundado, por la amenaza de que no habrá vacunas, como si volviéramos al dilema entre seguridad y libertad, sacrificando únicamente los colombianos estos derechos, cuando es posible una ponderación en favor del acceso, dado que la regla interamericana es justamente que bajo el principio de máxima divulgación, si hay reglas que ordenan la entrega de la información y disposiciones que no, prevalece el acceso.” (Énfasis agregado) (Págs. 29 y 30 de la Sentencia Atacada)

Lo anterior, permitiría concluir que, de haberse permitido la participación de las compañías farmacéuticas en sede del recurso de insistencia, no se generarían las afectaciones a los derechos fundamentales de debido proceso, acceso a la administración de justicia y contradicción, pues quién mejor que los titulares de la información confidencial y sensible contenida en los contratos para demostrarle al H. Tribunal que, contrario a su opinión, la información como precios unitarios sí reviste el carácter de secreto industrial —como lo explicaremos más adelante—.

5. Que el accionante identifique, de forma razonable, los yerros de la autoridad judicial que generan la violación y que ésta haya sido alegada al interior del proceso judicial, en caso de haber sido posible

Como se desprende de los hechos de la presente demanda de tutela, JANSSEN PHARMACEUTICA y JANSSEN CILAG no han tenido posibilidad alguna de pronunciarse, debido a la ausencia de su vinculación como tercero interesado en sede del recurso de insistencia ante el H Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Por lo explicado en el numeral 4, se daría por cumplido este requisito.

B. DEFECTO PROCEDIMENTAL

La H. Corte Constitucional ha explicado que cuando el juez se desvía por completo del procedimiento fijado por la ley para dar trámite a determinadas cuestiones y actúa de forma arbitraria y caprichosa con fundamento en su sola voluntad, o si utiliza los procedimientos para impedir la efectividad de derechos sustanciales, se configura el defecto procedimental.¹⁸

Particularmente, la sentencia SU-770 de 2014 señaló de qué manera se configura el defecto procedimental:

"El defecto procedimental absoluto se presenta cuando el juez de conocimiento del proceso actúa totalmente al margen de las formas propias

¹⁸ Sentencia T-996 de 2003.

de cada juicio, es decir, cuando **el procedimiento que adopta el juzgador no está sometido a los requisitos previstos en la ley**, sino que obedece a su propia voluntad. Se trata de un defecto calificado, pues exige que haya un desconocimiento evidente de las formas propias de cada juicio, sea porque (i) el juez se ciñe a un trámite ajeno al pertinente, valga decir, **sigue un trámite por completo ajeno al que corresponde**, o porque (ii) el juez omite etapas sustanciales del procedimiento con violación de los derechos de defensa y de contradicción de una de las partes del proceso. Este defecto requiere, además, que se trate de un error de procedimiento grave y trascendente, valga decir, que influya de manera cierta y directa en la decisión de fondo, y que esta deficiencia no pueda imputarse ni directa ni indirectamente a la persona que alega la vulneración al derecho a un debido proceso.” (Énfasis agregado)

Por su parte, en sentencia T-658 de 1998 la H. Corte Constitucional precisó:

“Se llega a la premisa que el defecto procedimental puede hallarse en tanto (i) el funcionario judicial **utiliza los procedimientos como obstáculos para que el derecho sustancial pueda ser eficaz**, así que sus actuaciones devienen en una vía de hecho y no de derecho y (ii) si el funcionario judicial **sigue un trámite que es completamente ajeno al que corresponda u omite etapas del proceso que son sustanciales y que llegan a afectar de manera grave el curso del proceso, desconociendo el derecho a la defensa, contradicción y debido proceso de una de las partes.**^{19.}” (Énfasis agregado)

El H. Consejo de Estado ha establecido que en aquellos procesos (v.gr. acciones de tutela) en los que se alega la omisión del juez de cumplir con su deber de informar, notificar o vincular a los terceros que serían afectados por el proceso, procede la acción de tutela contra dicha providencia, siempre que se cumplan con los requisitos generales de procedibilidad.²⁰

Igualmente, tal y como ha señalado el propio H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca en sede de tutela:

“En este orden de ideas, y atendiendo a las consideraciones señaladas con anterioridad, a juicio de la Sala, la entidad no tenía la potestad de revocar de forma directa y sin anuencia de la interesada, las resoluciones mediante las cuales fue reconocido y sustituido un derecho pensional, **pues antes de hacerlo, tenía la obligación legal y constitucional de vincularla a la actuación administrativa, garantizando el debido proceso y la transparencia que debe gobernar en todos los casos en que se modifique la situación jurídica de un particular y por lo tanto, los actos administrativos demandados se encuentran viciados de nulidad.**” (Énfasis agregado)

Así pues, es notorio que los numerales PRIMERO y SEGUNDO de la **Sentencia Atacada**, no tuvieron en consideración vincular a las empresas farmacéuticas afectadas, tal como es el caso de JANSSEN PHARMACEUTICA, que debían conformar un **litisconsorcio necesario** junto a la UNGRD, incurriendo en un defecto procedimental.

Y es que, como resulta obvio, cuando se pretende en un proceso la revelación de un contrato confidencial, que por regla general tiene cuando menos dos partes, se genera un **litisconsorcio necesario** en los términos del Artículo 61 del Código General del Proceso, aplicable por remisión expresa del Artículo 306 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso

¹⁹ Sentencia T-658 de 1998.

²⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia 11001-03-15-000-2019-00895-00. 10 de mayo de 2019. C.P. RAMIRO PAZOS GUERRERO

Administrativo, haciendo mandatorio integrar el contradictorio con todas las partes del contrato reservado que se pretende publicar:

"CGP. Artículo 61. Litisconsorcio necesario e integración del contradictorio.

Cuando el proceso verse sobre relaciones o actos jurídicos respecto de los cuales, por su naturaleza o por disposición legal, haya de resolverse de manera uniforme y no sea posible decidir de mérito sin la comparecencia de las personas que sean sujetos de tales relaciones o que intervinieron en dichos actos, la demanda deberá formularse por todas o dirigirse contra todas; si no se hiciera así, el juez, en el auto que admite la demanda, ordenará notificar y dar traslado de esta a quienes faltan para integrar el contradictorio, en la forma y con el término de comparecencia dispuestos para el demandado.

En caso de no haberse ordenado el traslado al admitirse la demanda, el juez dispondrá la citación de las mencionadas personas, de oficio o a petición de parte, mientras no se haya dictado sentencia de primera instancia, y concederá a los citados el mismo término para que comparezcan. El proceso se suspenderá durante dicho término.

Si alguno de los convocados solicita pruebas en el escrito de intervención, el juez resolverá sobre ellas y si las decreta fijará audiencia para practicarlas.

Los recursos y en general las actuaciones de cada litisconsorte favorecerán a los demás. Sin embargo, los actos que impliquen disposición del derecho en litigio solo tendrán eficacia si emanan de todos.

Cuando alguno de los litisconsortes necesarios del demandante no figure en la demanda, podrá pedirse su vinculación acompañando la prueba de dicho litisconsorcio. (Énfasis agregado)

Ahora bien, a continuación procederé a argumentar los requisitos especiales para la configuración del defecto procedimental, a saber, (i) que no haya posibilidad de corregir la irregularidad por ninguna otra vía; (ii) que el defecto incida de manera directa en la decisión; (iii) que la irregularidad se haya alegado al interior del proceso, a menos que ello hubiere sido imposible conforme a las circunstancias del caso; y (iv) que, como consecuencia de lo anterior se vulneren derechos fundamentales²¹.

1. No existe la posibilidad de corregir la irregularidad procesal por otra vía

La presente acción de tutela es el único mecanismo efectivo, expedito y eficaz al alcance de JANSSEN PHARMACEUTICA para impedir que se continúe con la vulneración al debido proceso, acceso a la justicia y derecho de defensa, así como la violación de los secretos industriales de las accionantes, en tanto, como se ha advertido a lo largo de esta demanda de tutela, las compañías no han sido vinculadas formalmente al proceso de recurso de insistencia a pesar de las importantes implicaciones que aquel tiene sobre estas últimas.

2. Defecto incide de manera directa en la decisión

Ciertamente, la providencia impugnada tendrá incidencia directa en las resultas del proceso, pues de haberse vinculado como terceros interesados a JANSSEN PHARMACEUTICA y/o a JANSSEN CILAG en sede del recurso de insistencia, no se generarían las afectaciones a los derechos fundamentales de debido proceso, acceso a la administración de justicia y contradicción.

²¹ Sentencia SU-770 de 2014.

Por lo anterior, se deriva que, de haberse cumplido con el mandato de vinculación de las compañías, el H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca hubiese tenido la posibilidad de escuchar el contradictorio de las farmacéuticas, así como hubiese podido resguardar la confidencialidad y secretos empresariales de aquellas.

3. La irregularidad no pudo ser alegada al interior del proceso

Como ya se ha mencionado, para JANSSEN PHARMACEUTICA y JANSSEN CILAG resultó imposible alegar la irregularidad en el marco del recurso de insistencia, precisamente porque no fueron notificadas del mismo y se enteraron por medios de comunicación, lo cual fundamenta el cumplimiento de este criterio y la presentación de la acción de tutela.

4. Se vulneran los derechos fundamentales de JANSSEN PHARMACEUTICA y JANSSEN CILAG

El defecto procedimental de la omisión de vinculación a terceros interesados tiene la entidad de violar de manera directa los derechos fundamentales de JANSSEN PHARMACEUTICA y JANSSEN CILAG al acceso a la justicia, el debido proceso y el derecho de defensa.

La decisión impugnada tiene el efecto de impedir el pronunciamiento de las compañías, siendo que se encuentran directamente afectadas, como litisconsortes necesarios de la UNGRD por la parte resolutive de la **Sentencia Atacada**, al pedirse la divulgación del Acuerdo, máxime cuando este contiene información sensible, confidencial y secretos empresariales de mis pro hijadas.

Lo anterior, como se resalta en el título de hechos, se debe a que en virtud del Acuerdo suscrito entre las partes para la compra anticipada de vacunas contra el COVID-19, la divulgación de la información por una de las partes a solicitud de una Corte o un Tribunal de Arbitraje, debería ser prontamente notificada a la parte afectada para permitirle participar en el proceso que requirió la información.

VI. DERECHOS FUNDAMENTALES VULNERADOS

Mediante la **Sentencia Atacada**, el **H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca** ha vulnerado los derechos fundamentales de JANSSEN PHARMACEUTICA y JANSSEN CILAG **al debido proceso, el acceso efectivo a la administración de justicia y el derecho de defensa**, consagrados en los Artículos 29 y 229 de la Constitución Nacional. Lo anterior, debido a que omitió el deber de vincular a terceros interesados en el proceso de referencia, a pesar de ser litisconsortes necesarios junto con la UNGRD.

Al respecto, se desprende de una reciente sentencia del H. Consejo de Estado en sede de tutela que el recurso de insistencia no debe ser utilizado para obtener acceso a información reservada y, si se presenta esa eventualidad, debe vincularse al proceso a los titulares de la información, como es el caso de JANSSEN PHARMACEUTICA y JANSSEN CILAG, para garantizar y proteger de forma efectiva sus derechos:

"Bajo esa condición y en los términos del artículo citado, mediante el recurso de insistencia no se facilita o regula el acceso de la información reservada (art. 24, Ley 1755 de

201515), caso en el cual habría que convocar a los titulares de la información, sino que solamente se verifica qué datos tienen una connotación pública para sean entregados de manera expedita al peticionario. En otras palabras, este recurso no es el medio para que un ciudadano acceda a los datos objeto de reserva sino solamente un medio para determinar judicialmente la naturaleza pública de los datos.” (Énfasis agregado)²²

Por lo anterior, se procede entonces a explicar por qué en el caso particular JANSSEN PHARMACEUTICA y JANSSEN CILAG debieron ser vinculadas, en calidad de litisconsortes necesarias de la UNGRD, en tanto la información a divulgar se encuentra protegida por confidencialidad y es susceptible de protección bajo secreto empresarial:

A. LA EXISTENCIA DE SECRETOS EMPRESARIALES DEBE RESTRINGIR EL ACCESO AL CONTRATO.

Mediante la Sentencia del 11 de mayo de 2021, el H. Tribunal Accionado estimó la solicitud de insistencia presentada por el Instituto Internacional de Estudios Anticorrupción y ordenó entregarle:

"(...) copia de los contratos relacionados con la adquisición de vacunas contra el covid suscrito [SIC] por la UNGRD o por Fiduprevisora en calidad de administradora de la Subcuenta Covid 19"

La decisión adoptada, sin embargo, no ha reparado en el carácter de secreto empresarial de buena parte de la información que se encuentra en estos contratos. Específicamente, en el caso de J JANSSEN PHARMACEUTICA y JANSSEN CILAG, la entrega del contrato se ha ordenado sin vincularla al proceso y no se han observado las consecuencias que entraña la revelación de dicha información.

Concretamente, llamamos la atención del H. Consejo de Estado al concepto de secreto empresarial consignado en el artículo 260 de la Decisión 486 de la Comunidad Andina de Naciones, que dice:

"Se considerará como secreto empresarial 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:

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

²² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Sentencia de 3 de noviembre de 2016. C.P. LUCY JEANNETTE BERMUDEZ BERMUDEZ. Exp.: 11001-03-15-000-2016-02216-00(AC)

procesos de producción; o, a los medios o formas de distribución o comercialización de productos o prestación de servicios.” (Énfasis agregado)

La doctrina ha dicho que el concepto de información secreta contempla:

“(…) el conjunto de conocimientos o informaciones que *no son de dominio público (secretos)*, que son necesarios para la fabricación o comercialización de un producto, para la producción o prestación de un servicio o bien *para la organización y financiación de una empresa o de una unidad o dependencia empresarial, y que, por ello, procura a quien los domina una ventaja que se esfuerza en conservar evitando su divulgación.*”²³ (Énfasis agregado).

Sobre el secreto empresarial, la Superintendencia de Industria y Comercio (en adelante “SIC”) ha dicho que su existencia depende de ciertas condiciones:

“1. Verificarse la existencia de un conocimiento que verse sobre cosas, procedimientos, *hechos, actividades y cuestiones similares*;

2. Que dicho procedimiento *tenga carácter de reservado o privado, porque sus titulares han optado voluntariamente por no hacerlo accesible a terceros*;

3. Que dicho secreto recaiga sobre procedimiento o experiencias industriales o comerciales, o *este relacionado con la actividad de la empresa o su parte organizativa*;

4. Que los titulares del secreto *tengan voluntad e interés consciente de mantenerlo reservado, adoptando medidas necesarias para ello*; y,

5. Que la información tenga un *‘valor comercial’, efectivo o potencial, en el sentido de su conocimiento, utilización o posesión permite una ganancia, ventaja económica o competitiva sobre aquellos que no la poseen o conocen*’.

Conforme a lo expuesto, *podría constituir secreto comercial cualquier tipo de información técnica, comercial o de negocios, incluyendo procesos secretos, fórmulas, programas, especificaciones de productos, dibujos, planes de comercialización, listas de clientes, programas de computadoras, información de investigación y desarrollo, **planes especiales de precio**, información sobre costos o cualquier otra información confidencial, siempre que se cumpla con los requisitos a los cuales se ha hecho referencia en los párrafos precedentes.*”²⁴ (Se omiten citas internas, énfasis agregado)

Pues bien, en el presente caso si bien el H. Tribunal Accionado no ha ordenado expresamente que se haga entrega del contrato suscrito entre la UNGRD y JANSSEN PHARMACEUTICA, este contrato se refiere a la provisión de vacunas desarrolladas, producidas y comercializadas por JANSSEN PHARMACEUTICA y JANSSEN CILAG. En esa medida, estaría sujeto a lo dispuesto en el numeral SEGUNDO de la parte resolutive de la Sentencia Atacada.

No obstante, este contiene secretos empresariales cuya revelación privará a JANSSEN de su valor, a pesar de haber tomado todas las medidas razonables

²³ MASSAGUER FUENTES, José. Citado en: BARONA VILAR, Silvia. Competencia Desleal. Tutela jurisdiccional -especialmente proceso civil- y extrajurisdiccional. Tomo I. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia. 2008. Pág. 571, citado en la Sentencia 3290 de 29 de junio de 2012 de la SIC.

²⁴ Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 11090 de 2003, Radicado No. 1094378.

para mantener su carácter reservado. A continuación, se explicará las características que demuestran la existencia de secretos empresariales en el contrato suscrito entre JANSSEN y la UNGRD.

B. EL CONTRATO SE REFIERE A CONDICIONES DE COMERCIALIZACIÓN QUE SON SECRETAS Y TIENEN VALOR PARA LA ACTIVIDAD DE LA EMPRESA.

Para empezar, es importante anotar que, en el cuerpo del Acuerdo se encuentra información relativa a las acciones de desarrollo de la vacuna, conservación y manejo específico del producto, a los precios de la vacuna, incluyendo las fórmulas para definir valores, a las cantidades adquiridas y fechas de entrega.

El Acuerdo incluye información específica sobre el desarrollo de la vacuna, incluyendo el tipo de pruebas, acciones de implementación de la red de producción.

En relación con las acciones de conservación y manejo, se trata de instrucciones precisas que están relacionadas con la cadena logística y la estructura de costos de comercialización. Esta información, detallada y precisa no es pública y tiene un valor diferencial frente a los competidores y se refiere a la actividad de la empresa.

En cuanto al precio definido para la vacuna, incluyendo la fórmula específica que se utiliza mundialmente por JANSSEN PHARMACEUTICA, se trata de un elemento clave en la comercialización de la vacuna desarrollada por la compañía, es un diferencial importante frente a otros competidores, no es de público conocimiento y se refiere a la actividad de la empresa. Como es lógico, el precio es un elemento crucial en la competencia que revela estructuras de costos y estrategias comerciales.

Pero, además, es importante anotar en este caso específico, que durante la pandemia JANSSEN PHARMACEUTICA ha tomado la decisión de comercializar la vacuna que ha desarrollado *sin ánimo de lucro*. Esto es, cubriendo los costos, pero sin generar utilidades, para que los Estados puedan adquirir la vacuna en cantidades suficientes para superar la emergencia mundial. Así pues, el precio pactado actualmente refleja específicamente el costo de JANSSEN PHARMACEUTICA **y es un secreto empresarial porque revela absolutamente la estructura de costos de la compañía.**

Hay que señalar que **superada la pandemia, es intención de JANSSEN PHARMACEUTICA y JANSSEN CILAG comercializar con ánimo de lucro la vacuna que ha desarrollado y por eso, los precios actuales, que han sido negociados con los Estados, son secretos empresariales, porque no corresponden a los precios normales de mercado** toda vez, reiteramos, que JANSSEN PHARMACEUTICA y JANSSEN CILAG, durante la pandemia, han decidido comercializar la vacuna sin ánimo de lucro.

Superada la pandemia, cuando JANSSEN PHARMACEUTICA y JANSSEN CILAG inicien la comercialización con ánimo de lucro, deberán tomarse en cuenta los costos actuales, incluyendo aquellos que correspondan a los costos de promoción permitidos por la legislación. Llegado ese momento, el precio se definirá por las condiciones normales de mercado y para ello es fundamental que preserve la confidencialidad de los precios a costo negociados hasta ahora y del mecanismo para determinarlos, tal y como están reflejados en el Acuerdo.

Ahora bien, las cantidades adquiridas y, especialmente, las fechas de entrega pactadas, se refieren a variables importantes de la competencia porque están ligadas a la capacidad de producción, la estructura logística y de distribución que, de hacerse pública, podría alterar las condiciones de negociación con los transportadores y operadores logísticos. También, esta información se ha mantenido en reserva y está ligada a la actividad de la empresa.

Además, cuando los volúmenes adquiridos se revelan en conjunto con los precios específicos pagados, se está revelando la estrategia de comercialización de las compañías en conjunto. En esa medida, la revelación del contrato supone para JANSSEN PHARMACEUTICA y JANSSEN CILAG la pérdida de secretos empresariales con todas las consecuencias futuras para su estrategia comercial.

C. SE HAN HECHO ESFUERZOS PARA CONSERVAR LA CONFIDENCIALIDAD DE LA INFORMACIÓN.

La información consignada en el Acuerdo y relacionada en el acápite anterior, tiene valor comercial por referirse a la propia actividad de JANSSEN PHARMACEUTICA y JANSSEN CILAG. Es, además, valiosa desde el punto de vista competitivo porque los competidores no la conocen y han tenido acceso a ella.

Por otra parte, JANSSEN PHARMACEUTICA y JANSSEN CILAG han tomado todas las medidas para preservar la confidencialidad de la información. En efecto, además de controles internos, que suponen limitar el personal que tiene acceso y conocimiento de la información, en la negociación que culminó con la suscripción del contrato con la UNGRD, se tomaron las siguientes medidas específicas:

1. Se suscribió un acuerdo de confidencialidad al iniciar las conversaciones para negociar la compra de las vacunas, que ampara la información revelada por JANSSEN PHARMACEUTICA, así como los términos de negociación.
2. Los documentos suscritos contienen cláusulas de confidencialidad que amparan la información revelada por JANSSEN PHARMACEUTICA, así como los términos de negociación.

En esa medida, JANSSEN PHARMACEUTICA y JANSSEN CILAG han actuado diligentemente para preservar la confidencialidad de los secretos empresariales, evitando su divulgación al público.

D. LA INFORMACIÓN TIENE VALOR COMERCIAL EFECTIVO.

Como se señaló atrás, el contrato suscrito con la UNGRD contiene información comercial confidencial, que se ha preservado en secreto y que tiene valor comercial efectivo porque:

1. Se refiere a precios y condiciones comerciales, que son elementos fundamentales en la actividad empresarial y que hacen parte de los factores diferenciadores de la oferta comercial de JANSSEN PHARMACEUTICA y JANSSEN CILAG.
2. En particular, los precios negociados hasta ahora con diversos estados, incluido Colombia, reflejan la decisión de JANSSEN PHARMACEUTICA y JANSSEN CILAG de comercializar su vacuna sin ánimo de lucro. Esto

conlleva que el precio no incluye un margen de utilidad, sino que refleja los costos para el desarrollo, fabricación y distribución.

3. Así las cosas, los precios señalados en el Acuerdo que el H. Tribunal Accionado ha ordenado entregar, sin matices, tiene implícita la estructura de costos de JANSSEN PHARMACEUTICA y JANSSEN CILAG, por lo que tiene un valor comercial apreciable máxime cuando en el futuro esa estructura de costos informará necesariamente los precios del producto cuando inicie su eventual comercialización con ánimo de lucro superada la pandemia.
4. Se refiere a condiciones logísticas que revelan la estructura de costos de comercialización.
5. Involucra datos precisos sobre volúmenes y fechas de entrega que tienen incidencia en la negociación de los servicios de transporte y logísticos.
6. En conjunto revelan el detalle de la estrategia comercial de JANSSEN PHARMACEUTICA y JANSSEN CILAG para la fabricación y distribución de un producto nuevo.

La revelación de la información significaría que pierda su valor como activo de JANSSEN PHARMACEUTICA y JANSSEN CILAG, por lo que perdería la condición de secreto. En suma, todos estos elementos demuestran que la información comercial confidencial tiene valor por el hecho de ser secreta.

E. CONCLUSIONES

La revelación del contrato suscrito entre la UNGRD y JANSSEN PHARMACEUTICA supondrá revelar secretos empresariales de ésta última. Estos secretos empresariales se refieren a la estructura de costos, precios y estrategia de comercialización que tienen valor por el hecho de no haberse revelado al público.

En esa medida, la protección del secreto empresarial debe tomarse en cuenta por parte del H. Tribunal Accionado y del H. Consejo de Estado como juez de tutela, en especial por lo señalado en el artículo 18 de la Ley 1712 de 2014:

"Artículo 18. Información exceptuada por daño de derechos a personas naturales o jurídicas. *Es toda aquella información pública clasificada, cuyo acceso podrá ser rechazado o denegado de manera motivada y por escrito, siempre que el acceso pudiese causar un daño a los siguientes derechos:*

a) *El derecho de toda persona a la intimidad, bajo las limitaciones propias que impone la condición de servidor público, en concordancia con lo estipulado por el artículo 24 de la Ley 1437 de 2011*

b) *El derecho de toda persona a la vida, la salud o la seguridad.*

c) *Los secretos comerciales, industriales y profesionales.*

Parágrafo. *Estas excepciones tienen una duración ilimitada y no deberán aplicarse cuando la persona natural o jurídica ha consentido en la revelación de sus datos personales o privados o bien cuando es claro que la información fue entregada como parte de aquella información que debe estar bajo el régimen de publicidad aplicable."*

Como se ha señalado, en este caso, en el Acuerdo hay información que corresponde a la definición de secreto empresarial. Esta información se ha

mantenido en reserva, JANSSEN PHARMACEUTICA y JANSSEN CILAG no han consentido a su revelación y de hacerse pública se causaría daño a las compañías por la pérdida de su valor.

VII. COMPETENCIA

El H. Consejo de Estado es competente para conocer de la presente acción de tutela contra providencia judicial, habida cuenta de que es el superior jerárquico del H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca, quien profirió la Sentencia Atacada.

VIII. JURAMENTO

Bajo la gravedad de juramento manifiesto que no he interpuesto otra acción de tutela con fundamento en los mismos hechos y derechos en favor de JANSSEN PHARMACEUTICA y JANSSEN CILAG como accionantes.

IX. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Invoco como fundamentos de la presente acción de tutela los artículos 1, 2, 4, 6, 13, 29, 86, 95, 228 y ss. de la Constitución Política de Colombia, el Decreto 2591 de 1991, la jurisprudencia constitucional citada en la presente demanda de tutela y, en general, toda la jurisprudencia y doctrina especializada citada en la presente Acción de Tutela.

X. PRUEBAS

Aporto en copia simple las siguientes piezas procesales

- **ANEXO 1:** Sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca fechada del 11 de mayo de 2021. Exp. 25000-23-41-000-2021-00240-00. M.P. Moisés Rodrigo Mazabel Pinzón. Notificada el 21 de mayo de 2021
- **ANEXO 2:** Resolución INVIMA No. 2021010278 de 25 de marzo de 2021. Por la cual se Otorga una Autorización Sanitaria de Uso de Emergencia- ASUE- JANSSEN CILAG S.A.

XI. SOLICITUD DE VINCULACIÓN DE TERCERO INTERESADO

Debido a que **el Instituto Internacional de Estudios Anticorrupción** y la **Unidad Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres** son las partes dentro del proceso No 2021-00240 del H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca, solicito que se les vincule al trámite de la presente acción de tutela para que, si lo estiman pertinente, presenten sus argumentos y réplica frente a la misma.

XII. NOTIFICACIONES

El suscrito y mi representada recibiremos notificaciones en la secretaría del Despacho y/o en la Calle 72 No. 5-83 piso 5, y en el correo electrónico litigios@lloredacamacho.com.

El H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera Subsección B, en los correos electrónicos scregtadmuncun@ceudoj.ramajudicial.gov.co y scsec01tadmincdm@ceudoj.ramajudicial.gov.co

El Instituto Internacional de Estudios Anticorrupción, en la Calle 71 # 5 - 41 Oficina 202, correo electrónico contacto@instanticorrupt.org.

La Unidad Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres, en la Avenida Calle 26 No. 92-32 Edificio Gold 4 - piso 2, correo electrónico notificacionesjudiciales@gestiondelriesgo.gov.co.

XIII. ANEXOS

1. Poder especial conferido a CHRISTIAN PEREZ por JANSSEN CILAG S.A.
2. Certificado de Existencia y Representación legal de JANSSEN CILAG S.A
3. Las pruebas documentales anunciadas en el acápite anterior.

XIV. PETICIÓN

Con fundamento en los hechos relacionados y en los fundamentos de derecho que evidencian el defecto procesal de la **Sentencia Atacada**, solicito a los Honorables Consejeros TUTELAR, COMO MECANISMO TRANSITORIO PARA EVITAR UN PERJUICIO IRREMEDIABLE, LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE JANSSEN PHARMACEUTICA Y JANSSEN CILAG:

1. Al debido proceso y su vinculación como tercero interesado
2. Al derecho de defensa
3. Al acceso efectivo a la administración de justicia

Petición Principal: En este sentido, solicito al H. Consejo de Estado declarar que la **Sentencia Atacada** viola los derechos fundamentales de JANSSEN CILAG S.A., y que se ordene al **H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca**, dentro del proceso No.2021-00240, dejar sin valor ni efecto los numerales PRIMERO y SEGUNDO de la parte resolutive de la **Sentencia Atacada**, y vincular a JANSSEN PHARMACEUTICA Y JANSSEN CILAG, para que ejerzan sus derechos.

Petición Subsidiaria No. 1: En caso en que el H. Consejo de Estado no considere procedente acceder a la petición principal, le solicito muy comedidamente que ordene que la revelación del Acuerdo solo se realice luego de que JANSSEN PHARMACEUTICA Y JANSSEN CILAG hayan aprobado una versión en donde no se revelen sus secretos industriales e información confidencial.

Petición Subsidiaria No. 2: En caso en que el H. Consejo de Estado no considere procedente acceder a la petición principal ni a la petición subsidiaria

No. 2, le solicito muy comedidamente que ordene que el Instituto Internacional de Estudios Anticorrupción se abstenga de revelar a cualquier tercero, así como a divulgar el texto o cualquier información del Acuerdo.

En los anteriores términos, interpongo la presente acción de tutela.

Del H. Consejo de Estado, atentamente,



CHRISTIAN PÉREZ RUEDA

C. C. No. 1.098.620.325 de Bucaramanga

T.P. No. 196.301 del C. S. de la J.

Apoderado judicial de JANSSEN CILAG S.A.

Agente oficioso de JANSSEN PHARMACEUTICA NV²⁵

²⁵ Debido a que dicha compañía tiene su domicilio en Bélgica y a la premura de esta acción de tutela, el poder aún se encuentra en trámite a la fecha de presentación de esta demanda de tutela, pero será aportado a la menor brevedad posible.