

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD  
CATÓLICA DEL PERÚ**

**Escuela de Posgrado**



**ANÁLISIS SOBRE LA IMPORTANCIA DE RESGUARDAR LA INFORMACIÓN  
EMPRESARIAL A TRAVÉS DE ACUERDOS DE CONFIDENCIALIDAD**

Trabajo de investigación para obtener el grado académico de Magíster en Derecho de la  
Empresa  
que presenta:

***GUSTAVO ADOLFO LÓPEZ LÓPEZ***

Asesor:

***GUILHERMO ALCEU AULER SOTO***

Lima, 2023


## Informe de Similitud

Yo, AULER SOTO, GUILHERMO ALCEU, docente de la Escuela de Posgrado de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor(a) de la tesis/el trabajo de investigación titulado ANÁLISIS SOBRE LA IMPORTANCIA DE RESGUARDAR LA INFORMACIÓN EMPRESARIAL A TRAVÉS DE ACUERDOS DE CONFIDENCIALIDAD del/de la autor(a) LOPEZ LOPEZ, GUSTAVO ADOLFO, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 8%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software *Turnitin* el 29/11/2022.
- He revisado con detalle dicho reporte y la Tesis o Trabajo de Suficiencia Profesional, y no se advierte indicios de plagio.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lugar y fecha:

Lima, 19 de enero de 2023

Apellidos y nombres del asesor / de la asesora: <u>AULER SOTO, GUILHERMO ALCEU</u>	
DNI: 19892181	Firma 
ORCID: 0000-0002-6059-4790	

## **RESUMEN EJECUTIVO**

Las empresas se interrelacionan unas con otras a través del envío de información de carácter “confidencial” (en muchos casos), ello a efectos de que las partes tengan un conocimiento informado sobre la operación a concretar. Si bien por un lado se genera un conocimiento informado, por el otro, se podría estar generando riesgos legales en contra de la parte que suministra su propia información confidencial, toda vez que un tercero tendrá acceso a la misma y podrá utilizarla; el problema nace cuando dicha utilización se da con fines distintos a los que las partes inicialmente se representaron, pudiendo ocurrir que el tercero utilice dicha información para competir y sacar una ventaja comercial/económica respecto de la parte que suministró su información. En ese sentido, resulta importante generar resguardos que permitan mantener dicha información “confidencial” con absoluta reserva y que sea utilizada únicamente para el propósito por el cual se compartió. Bajo ese marco, surge la necesidad de que las partes antes de compartir su información confidencial suscriban acuerdos, contratos y/o convenios de confidencialidad que regulen de antemano, entre otros, (i) los alcances de la confidencialidad de la información, (ii) las limitaciones entorno al uso y acceso a la información confidencial, y (iii) el plazo por el cual sobrevivirán las obligaciones de confidencialidad respecto de la parte que recibió dicha información. A través de este instrumento legal las partes ya son conscientes de los derechos y obligaciones a su cargo; lo cual permite obtener algún nivel de seguridad, o en todo caso, por lo menos tener remedios jurídicos disponibles que se puedan aplicar a fin de salvaguardar la confidencialidad y/o resarcir el daño generado por el incumplimiento a las obligaciones de confidencialidad.

## ÍNDICE

	Pág
<b>Resumen Ejecutivo</b>	<b>1</b>
<b>Índice</b>	<b>2</b>
<b>Introducción</b>	<b>3</b>
<b>Capítulo 1: Marco General Aplicable a los Acuerdos de Confidencialidad</b>	<b>11</b>
1.1. ¿Qué son los Acuerdos de Confidencialidad?	13
1.2. La noción de información confidencial	22
1.3. El uso y tratamiento de la información confidencial	24
<b>Capítulo 2: Problema de Investigación</b>	<b>29</b>
2.1. Problemática central-perspectiva de riesgos	29
2.2. Actores relevantes en los Acuerdos de Confidencialidad	31
2.3. Impactos negativos	33
<b>Capítulo 3: Discusión</b>	<b>45</b>
3.1. Importancia de los Acuerdos de Confidencialidad	45
3.2. La naturaleza jurídica de los Acuerdos de Confidencialidad	47
3.3. Los Acuerdos de Confidencialidad como generador de obligaciones	49
3.4. Los Acuerdos de Confidencialidad y la entrega de información confidencial no obliga la adquisición de acciones de la Empresa Objetivo	51
3.5. Propuesta	52
<b>Capítulo 4: Conclusiones</b>	<b>58</b>
<b>Fuentes bibliográficas</b>	<b>62</b>

# **ANÁLISIS SOBRE LA IMPORTANCIA DE RESGUARDAR LA INFORMACIÓN EMPRESARIAL A TRAVÉS DE ACUERDOS DE CONFIDENCIALIDAD**

## **I. INTRODUCCIÓN**

El intercambio de información entre empresas es una cuestión que sucede a menudo, sobre todo en un mundo globalizado como el actual. Las razones son varias, y es que, para que existan contratos o acuerdos entre empresas para la concretización de ciertas actividades económicas, resulta necesario tener algún tipo de conocimiento informado sobre la contraparte empresarial que determine finalmente si es conveniente o no celebrar dicho contrato. Así, es muy usual que se intercambie información de carácter confidencial vinculada con los negocios de cada una de las partes (el tipo de información confidencial vararía según el tipo de contrato o acuerdo que se pretenda arribar); por ejemplo, si estamos hablando de dos empresas que quieren realizar un negocio en conjunto y participar en una licitación, seguramente celebrarán un contrato de *Joint Venture*, y en ese marco, se compartirán previo a la firma de dicho contrato, su información confidencial vinculada con su experiencia en licitaciones y la actividad licitada, capacidad financiera-económica, cartera de clientes y fuerza laboral, entre otros.

Piénsese, en otro ejemplo, cuando se requiere contratar a una empresa que lleve a cabo un suministro continuo de productos, allí el cliente antes de formalizar su contratación con un contrato de suministro, pedirá información del proveedor/suministrante, sobre su situación corporativa y laboral, capacidad técnica para llevar a cabo el suministro, infraestructura, cadenas de logística, etc; todo lo cual resulta indispensable para el cliente de manera que pueda tomar la decisión de seguir adelante con la contratación o no.

En ese sentido, antes de formalizar una contratación, las partes se desean conocer y para ello, dependiendo del tipo de transacción, el intercambio de información confidencial será unilateral o bilateral. El presente trabajo de investigación trata sobre la problemática de intercambiar información confidencial y cómo ésta se puede reducir a través de la suscripción de acuerdos de confidencialidad que resguarden los derechos de las partes. Así, el presente trabajo de investigación es transversal y su contenido podría ser aplicado a cualquier relación jurídica (en diferentes ámbitos económicos), en donde se intercambie información confidencial. No obstante ello, por motivo de mi experiencia en el área del Derecho Corporativo (*M&A*), he tratado de perfilar esta problemática del intercambio de información al ámbito de las fusiones y adquisiciones de empresas.

Así las cosas, las transacciones de adquisiciones de empresas en el Perú (las “Transacciones”) tienen por finalidad que inversionistas (personas naturales o jurídicas) (los “Inversionistas”) adquieran empresas que les generen algún interés o beneficio económico (la “Empresa Objetivo”). En el mundo legal, este tipo de Transacciones se enmarcan en el terreno del Derecho Civil (por contratos) y del Derecho Societario (por ser la Empresa Objetivo una sociedad regulada por la Ley General de Sociedades). Como aclaración, el presente trabajo de investigación trata sobre Transacciones sobre una Empresa Objetivo (calificada como micro, pequeña o mediana empresa que **no** cotiza en bolsa). A nivel legislativo, se entiende que las sociedades en general están habilitadas para suscribir cualquier tipo de contrato que permita desarrollar sus actividades. Así, se reflexiona sobre el tema de que los fundadores quedan liberados de responsabilidad desde que las obligaciones (entiéndase contratos o acuerdos) asumidas son ratificadas por la sociedad dentro del plazo señalado en el artículo 7 (el subrayado es agregado) (Elias Laroza, E., 1998). En efecto, es totalmente posible que la Empresa Objetivo –como una persona jurídica- suscriba contratos o acuerdos, a fin de desarrollar sus actividades.

Antes de llevar a cabo una Transacción de este tipo, es común que el Inversionista solicite información de carácter confidencial de la Empresa Objetivo (financiera, legal, comercial, etc), a efectos de confirmar que la Empresa Objetivo cumple con los requerimientos iniciales del Inversionista; esto es, ser una empresa estable patrimonialmente, tener obligaciones de pago

ordinarias según el giro del negocio y no tener contingencias legales que, por su magnitud, desaliente adquirir la Empresa Objetivo. Esta etapa es considerada como de “negociación y pre-contractual” y ello genera documentos legales denominados “Acuerdos de Confidencialidad sobre Información” (en adelante, los “Acuerdos de Confidencialidad”) o (*Non-Disclosure Agreements-NDA*) comúnmente conocidos así en el mundo de las transacciones corporativas. En esta etapa, estamos en el campo de la negociación pre-contractual, en tanto que aún no se ejecuta un contrato definitivo que permita la real venta/compra de la Empresa Objetivo.

Estos Acuerdos de Confidencialidad regulan el envío de información confidencial de la Empresa Objetivo hacia los posibles Inversionistas, así como su tratamiento y demás obligaciones relacionadas con dicha información. Bajo ese marco, la cuestión importante a analizar se refiere a que si es recomendable contar con Acuerdos de Confidencialidad que permitan tener un nivel de seguridad de que la información confidencial suministrada por la Empresa Objetivo será utilizada únicamente por los Inversionistas para evaluar la Transacción, sin generar algún tipo de daño a la Empresa Objetivo y sus accionistas.

En esa línea, los Acuerdos de Confidencialidad son un hito importante dentro de todo el procedimiento de adquisición de la Empresa Objetivo, en tanto que permite a los Inversionistas evaluar la Transacción (en la medida que se revisará la información confidencial más sensible de la Empresa Objetivo), y según dicha revisión, se tomará la decisión de seguir adelante con la negociación de los contratos definitivos de la Transacción, o de no seguir adelante dejar sin efecto cualquier tipo de negociación. Sobre esto último, adquiere especial relevancia el hecho de que se dejen sin efecto las negociaciones y que los Inversionistas ya tengan a su disposición toda la información confidencial de la Empresa Objetivo; en esa medida los Inversionistas podrían hacer un uso ilimitado sobre la información confidencial recibida, salvo que ya existan Acuerdos de Confidencialidad que regulen el uso y tratamiento de dicha información confidencial, los cuales deberán ser respetados en todo momento por los Inversionistas.

Como se puede apreciar, dependerá del tipo de regulación que se incorpore en los Acuerdos de Confidencialidad, a fin de determinar cuáles son las obligaciones y derechos sobre dicha información confidencial. Juega un papel preponderante aquí la autonomía privada de las partes respecto a los términos y condiciones contractuales que se pacten en los Acuerdos de Confidencialidad, los cuales no son uniformes sino más bien totalmente dinámicos pues dependerá del tipo de empresa, rubro económico y aversión del riesgo de los accionistas de la Empresa Objetivo; todos los cuales finalmente configurarán los lineamientos que ambas partes deberán seguir una vez firmados los Acuerdos de Confidencialidad.

Bajo el contexto antes mencionado, podría surgir una legítima preocupación respecto al hecho de que la Empresa Objetivo comparta libremente su información confidencial a terceros, sin que exista algún tipo de documento legal que regule el uso y tratamiento de la misma por parte de los Inversionistas.

Considerando la problemática antes señalada, si estamos en el marco de una Transacción con “partes sofisticadas”, casi siempre veremos que las partes suscriben Acuerdos de Confidencialidades en el marco de una potencial Transacción, por cuanto los intervinientes (incluyendo sus asesores) en una Transacción conocen los riesgos y posibles contingencias que pudieran presentarse al momento de entregar información confidencial a terceros, y en ese sentido desean evitar cualquier tipo de riesgo. Se alcanza ese nivel de entendimiento por tener conocimientos especializados sobre el tema y amplias experiencias respecto a Transacciones de distinta naturaleza.

Distinto es el caso de “partes no sofisticadas”, que no suelen estar involucrados en Transacciones; básicamente se encuentra focalizado en micro y pequeñas empresas y sus accionistas. Este tipo de partes al no conocer las implicancias legales y los posibles riesgos asociados con la entrega de información confidencial a terceros, no tienen previsto suscribir Acuerdos de Confidencialidad. Ello es un problema generalizado dentro del sector de micro y pequeñas empresas, por cuanto las Empresas Objetivo y sus accionistas estarían expuestos a



riesgos legales que pudieron evitarse. Piénsese en el supuesto de que una Empresa Objetivo de este sector (y en el marco de una potencial Transacción) brinda su información confidencial a posibles Inversionistas y no exista un acuerdo que regule la entrega de dicha información y el uso de la misma por terceros; ante este supuesto si el Inversionista decide no seguir con la Transacción, en teoría, los Inversionistas estarían habilitados (sin restricción) para utilizar la información confidencial recibida para sus propios fines, inclusive para obtener una ventaja comercial y/o económica frente a la Empresa Objetivo (bajo el argumento de que los Inversionistas nunca recibieron información confidencial ni secretos comerciales de la Empresa Objetivo; y por ende, pueden ser libremente usados y explotados). Sin duda, esta situación es perjudicial para las Empresas Objetivo y sus accionistas.

Por lo anterior, se puede identificar un grave problema cuando la Empresa Objetivo suministra información que considera “confidencial” a un Inversionista, sin que existan derechos y obligaciones (emanados de un Acuerdo de Confidencialidad) que regulen el tratamiento de dicha información compartida de la Empresa Objetivo. Ello podría generar riesgos legales que podrían terminar en un perjuicio en contra de la Empresa Objetivo, toda vez que el Inversionista recibe legítimamente dicha información, pero sin ningún tipo de obligación de reserva y de confidencialidad de la misma, habilitando de esa manera a que el Inversionista puede sacar provecho comercial de dicha información bajo el argumento de que la información recibida no está sujeta a confidencialidad y, por tanto, se ha convertido en información de dominio público.

En ese sentido, los Acuerdos de Confidencialidad resultan necesarios y de vital importancia a efectos de reducir los referidos riesgos legales entorno al suministro de información confidencial de parte de la Empresa Objetivo en favor de los Inversionistas (dentro de dichos riesgos, se puede encontrar, entre otros, una indebida utilización por parte del Inversionista que podría acarrear daños en contra de la Empresa Objetivo).

Los Acuerdos de Confidencialidad tienen la función principal de dotar de seguridad jurídica a las partes, en especial a la Empresa Objetivo, a efectos de que queden claro la forma, plazo y

tratamiento específico que el Inversionista le tiene que dar a la información confidencial de titularidad de la Empresa Objetivo. Ello, a efectos de que dicha información únicamente sea utilizada para los fines del Acuerdo Confidencialidad y la misma Transacción, y no otros fines que puedan afectar los intereses de la Empresa Objetivo y sus accionistas.

En consecuencia, suscribir Acuerdos de Confidencialidad permiten asegurar (i) los derechos y obligaciones de los Inversionistas y las Empresas Objetivo respecto a la información confidencial de la Empresa Objetivo y (ii) la viabilidad de la Transacción. En esa medida, los Acuerdos de Confidencialidad resultan realmente necesarios en el marco de una potencial Transacción.

Considerando, en general, la importancia de los Acuerdos de Confidencialidad en las Transacciones, conviene ahora entender algunas cuestiones específicas relacionadas con los Acuerdos de Confidencialidad. En primer lugar, es importante analizar y determinar la naturaleza jurídica de un Acuerdo de Confidencialidad. Así, este es considerado un contrato atípico bajo el Código Civil peruano, que regula el intercambio de información y su tratamiento durante un plazo pactado; y generalmente forma parte de la “etapa de negociación” de una Transacción.

Al ser un contrato atípico, igualmente genera derechos y obligaciones entre las partes que lo suscriben; y por tanto, es legalmente posible pactar que una de ellas (la Empresa Objetivo y sus accionistas vendedores) entreguen información de la Empresa Objetivo; y que la otra parte (los Inversionistas), guarden estricta reserva y confidencialidad sobre la información recibida. Usualmente, los Acuerdos de Confidencialidad no tienen un componente económico, es decir, no se regula una contraprestación dineraria por el intercambio de información ni por guardar confidencialidad.

Un elemento esencial de los Acuerdos de Confidencialidad es el plazo de vigencia de los mismos (que regula la entrega de información) y el plazo de las obligaciones de confidencialidad que debe cumplir los Inversionistas. Estos plazos son elementos que le dan sentido el haber suscrito

el Acuerdo de Confidencialidad, pues no es intención de las partes obligarse indefinidamente a compartir información sensible ni cumplir indefinidamente obligaciones de confidencialidad.

En segundo lugar, resulta indispensable conocer si los Acuerdos de Confidencialidad pueden generar obligaciones exigibles respecto del Inversionista (quien recibe la información). En efecto, los Acuerdos de Confidencialidad (como contrato atípico) puede ser generador de obligaciones exigibles, sujeto a los términos y condiciones que pacten las partes.

En caso de vacío contractual por pacto de las partes, a los Acuerdos de Confidencialidad se le suelen aplicar las reglas sociales vinculados con los usos y costumbres. En efecto, los Acuerdos de Confidencialidad – como contratos atípicos- tiene un uso difundido en el mercado global, lo cual hace que existan reglas sociales que podrían ayudar a solucionar los problemas legales de los Acuerdos de Confidencialidad. Estas reglas sociales se materializan a través de la jurisprudencia y la doctrina que trate sobre el tema. En suma, se le considera a los Acuerdos de Confidencialidad como contratos atípicos con tipicidad social, y generador de obligaciones si las partes lo disponen así.

De no ser suficiente dichas reglas sociales, se aplicará la regulación general sobre “contratos” que se encuentra en el Código Civil peruano. Con lo cual, lo pactado por las partes dentro de un Acuerdo de Confidencialidad, y cumpliendo con los principios generales aplicables a la contratación en general, pueden generar obligaciones.

En tercer lugar y, como última cuestión a verificar, surge la duda sobre si el sólo envío de información confidencial de la “Empresa Objetivo” otorga o no derecho a forzar a que el Inversionista (receptor de dicha información) adquiera acciones de la Empresa Objetivo. Conforme a lo expuesto brevemente, ello depende de la voluntad contractual de las partes, por tanto, para forzar dicha adquisición, se requiere pactar en el documento la obligación expresa de compra futura de acciones del Inversionista.

En línea con lo anterior, es que los Acuerdos de Confidencialidad se celebran con el objetivo principal de dotar de seguridad jurídica a las partes sobre el uso y tratamiento de la información confidencial, para lo cual resulta necesario establecer obligaciones vinculantes que permitan efectivizar dicha seguridad. Por tanto, si es que bajo la autonomía privada de las partes no se ha estipulado, en adición al tema principal de la seguridad jurídica, a la futura compra/venta de acciones (como obligación vinculante), no existiría derecho de ninguna de ellas de forzar una compra/venta de la Empresa Objetivo.

Ahora bien, es importante analizar no sólo la esfera contractual de los Acuerdos de Confidencialidad, sino también el comportamiento de las partes, las comunicaciones cursadas entre ellas y otros acuerdos complementarios vinculados con la Transacción. Pues, si de esos documentos y/o actos fluye una intención de compra/venta de la Empresa Objetivo que hace que la otra parte entienda que de todas maneras se realizará el “Cierre” de la Transacción; en ese caso habría más argumentos para decir que realmente sí existe una obligación de comprar/vender acciones de la Empresa Objetivo, y si alguna de las partes no está de acuerdo con ello, un juez o árbitro tendrá que analizar la situación y tomar una posición.

En base a lo brevemente expuesto, ahora resulta necesario desarrollar y demostrar con mayor detalle y fehaciencia las cuestiones legales antes descritas sobre los Acuerdos de Confidencialidad. Para lograr ello, en este presente trabajo de investigación se utilizará un enfoque metodológico basado en “riesgos legales”, desde la perspectiva de la Empresa Objetivo y sus accionistas. De esta forma, se priorizará la aplicación de una metodología de identificación y evaluación de riesgos entorno al uso de la información confidencial por parte de los Inversionistas (sea que existan o no Acuerdos de Confidencialidad firmados).

Adicionalmente, se utilizará un enfoque metodológico basado en el método comparado. La idea es comparar concretamente la situación legal de los Acuerdos de Confidencialidad en otras

jurisdicciones, como por ejemplo en Estados Unidos, España y Colombia, y en esa medida identificar en dichas jurisdicciones el nivel de protección de intereses sobre información confidencial de las Empresas Objetivo.

Antes de abordar con mayor detalle los temas legales sobre los Acuerdos de Confidencialidad, a continuación se pasará a dar una breve explicación. En el Capítulo 1, se abordará el marco general aplicable a los Acuerdos de Confidencialidad entorno a su uso como contrato, y se analizará el objeto de dichos contratos, que es la información confidencial en sí misma y su tratamiento frente al Inversionista.

En el Capítulo 2, se tratará la problemática generada por no contar con Acuerdos de Confidencialidad, así como se identificará los actores más importantes cuando se intercambia información confidencial y los riesgos legales asociados con dicho suministro de información a una persona o entidad distintas al titular de la misma. Para aterrizar dicha problemática se revisarán casos internacionales concretos.

Por último, en el Capítulo 3, se busca desarrollar que la problemática del párrafo anterior es “real” y que, por tal motivo, se requiere difundir el uso de los Acuerdos de Confidencialidad como contrato atípico generador de obligaciones vinculante entre las partes.

## **II. CAPÍTULO 1: MARCO GENERAL APLICABLE A LOS ACUERDOS DE CONFIDENCIALIDAD**

Para tener una mayor claridad sobre los Acuerdos de Confidencialidad y su utilidad práctica en el mundo legal de las Transacciones, resulta necesario comprender ciertas nociones y conceptos generales.

En efecto, es imprescindible conocer de antemano el **concepto y la naturaleza jurídica de los Acuerdos de Confidencialidad** (¿es un contrato que se rige por el Código Civil peruano o no y hasta qué medida? ¿tiene un uso difundido y se le aplica otras reglas como los usos y costumbres? ¿cómo se suele estructurar legalmente un Acuerdo de Confidencialidad y bajo qué tipo de cláusulas?). Teniendo respuestas a las interrogantes antes indicadas, nos pone en una situación de mayor comprensión del instrumento jurídico que se pretende utilizar cuando estamos en el marco de una potencial Transacción.

Luego, es necesario entender las cuestiones que resguardan los Acuerdos de Confidencialidad (específicamente, la **información confidencial**). Así, resulta lógico tratar de aproximarnos a lo que se entiende por información confidencial. Como una primera intención, sin duda, se puede decir que abarca algún tema importante relacionado con la Empresa Objetivo, que varía según la Empresa Objetivo que se esté evaluando (por cuanto pueden existir empresas en rubros económicos distintos, lo cual trae consigo información confidencial con caracteres distintos). Por tanto, se debe conocer primero el rubro a que se dedica la Empresa Objetivo para luego ponernos a calificar específicamente qué engloba dicha información confidencial.

Otro punto importante, que se analizará en este capítulo, es la **forma en cómo se debe usar y destinar la información confidencial** por los Inversionistas (quienes son lo que normalmente reciben la información confidencial de la Empresa Objetivo a efectos de evaluar la Transacción). Un primer acercamiento lógico sería que debe primar lo que se haya pactado en los Acuerdos de Confidencial entorno al uso y tratamiento de la información confidencial. Sin duda lo anterior es correcto, pero también se debe entender el contexto bajo el cual se desarrolla la Transacción, puesto que dependiendo de ello es que se acuerdan los distintos derechos y obligaciones respecto al uso y tratamiento de la información confidencial.

Los temas antes expuestos nos dan primeras luces respecto a los Acuerdos de Confidencialidad y las cuestiones que engloban este tipo de acuerdos. Mayor detalle se expondrá en este capítulo.

### ***1.1) ¿Qué son los Acuerdos de Confidencialidad?***

En primer lugar, no existe una denominación uniforme para hacer referencia al documento legal que trata sobre obligaciones de confidencialidad; en los usos legales se puede encontrar denominaciones como por ejemplo: acuerdos de confidencialidad, convenios de confidencialidad, contratos de confidencialidad, etc. En el ordenamiento jurídico peruano, no está específicamente regulado los contratos relacionados con obligaciones de confidencialidad de información; por tal motivo, se les denomina en el mercado comúnmente como acuerdos o convenios sobre confidencialidad. Para efectos de este trabajo de investigación, se abordará el tema con la denominación jurídica de “Acuerdos de Confidencialidad”.

Bajo la legislación peruana, los Acuerdos de Confidencialidad son contratos atípicos, que deberán respetar las nociones de “parte general” de los contratos regulados en nuestro Código Civil peruano; cabe precisar que desde mi punto de vista el Código Civil habla erróneamente sobre contratos “innominados” en vez de “atípicos”, o en todo caso los confunde. Para un mayor entendimiento, son contratos “innominados” aquellos que carecen de nombre o denominación específica y socialmente aceptada (...) trasciende a una simple ausencia de nombre, por cuanto dicha ausencia es evidencia de que las reglas contractuales carecen de aceptación difundida; así estamos frente a contratos que crean las partes de acuerdo a su libertad contractual (fijación del contenido del contrato). Y son contratos “atípicos” aquellos cuya regulación no ha sido incorporada en la legislación, aunque se trate de contrato de uso difundido y con reglas plenamente aceptadas e identificadas (**Ortega, 2001**).

En esa línea, la doctrina peruana ha enfatizado que los contratos atípicos pueden clasificarse en (i) contratos atípicos sin tipicidad social (o sea que no cuentan con regulación especial específica y no tienen reglas dadas por los usos y costumbres), y (ii) contratos atípicos con tipicidad social (con reglas que no tienen regulación especial específica, y cuya regulación proviene de los usos y costumbres (**Soria y Osterling, 2014**). Así, en la práctica es muy común encontrar en las diversas operaciones contractuales dentro del Perú y en el extranjero acuerdos de confidencialidad de todo

tipo (incluyendo Acuerdos de Confidencialidad en materia de fusiones y adquisiciones de empresas). Por tanto, se puede afirmar que los Acuerdos de Confidencialidad son contratos atípicos con tipicidad social, en tanto que existen y confluyen en el mercado ciertos usos y costumbres en materia de deberes y obligaciones vinculadas con el resguardo de información confidencial. No obstante ello, el desafío está en poder demostrar dichos usos y costumbres, los cuales se podrían acreditar a través de la doctrina y jurisprudencia.

En otras jurisdicciones como en la española, se tiene un entendimiento en el sentido de que los contratos “atípicos” son aquellos en que las partes, en uso de la autonomía de la voluntad, regulan de forma novedosa y desconocida por el ordenamiento jurídico, sus relaciones jurídicas, no ciñéndose, por tanto, a ningún modelo de contrato preestablecido (**Kluwer, 2018**).

Es decir, en el Perú, no existen lineamientos específicos que regulen y traten el contenido de los Acuerdos de Confidencialidad. Por ello, serán las mismas partes (bajo su autonomía privada y libertad contractual) las que establecerán las regulaciones específicas de dichos acuerdos, sin contravenir las normas imperativas, los principios generales del derecho, el orden público y las buenas costumbres. El acuerdo de confidencialidad es un contrato atípico, es decir, no está expresamente regulado, y por ello rige el principio de libertad de forma. Un ejemplo de ello, es cuando las partes acuerdan libremente un acuerdo de confidencialidad, antes de empezar a negociar. (**Ferrer-Bonsoms Hernández, 2019**).

En ese sentido, los Acuerdos de Confidencialidad nacen con el propósito de atender las necesidades de los agentes económicos dentro de un mercado, como es el caso de la Transacciones de adquisiciones de empresas, en donde se requiere tener algún documento legal que permita tener cierta seguridad y certeza sobre la entrega de información confidencial de la Empresa Objetivo hacia los Inversionistas y su tratamiento a largo de la vigencia de los Acuerdos de Confidencialidad. El contrato (atípico)-como los Acuerdos de Confidencialidad- es una pieza fundamental de la actividad económica, por ello encuentra su razón de ser en el mercado (**Gutiérrez, 1999**).



Ante ello, los Acuerdos de Confidencialidad son parte del *iter* contractual que forman parte de la etapa de negociaciones de una potencial Transacción, y cuya suscripción por las partes conlleva a que éstas puedan comprender sus derechos y obligaciones respecto a lo establecido en los Acuerdos de Confidencialidad y la información confidencial que es el objeto principal de los Acuerdos de Confidencialidad. En línea con lo anterior, el Acuerdo de Confidencialidad garantiza que la información intercambiada por las partes no sea revelada a terceros, protegiendo de esta forma el secreto de la información intercambiada, y aportándoles seguridad jurídica. (**Sanz Gonzalez, 2019**).

Para efectos de tener claro el esquema contractual de los Acuerdos de Confidencialidad, las obligaciones que emanan de dichos documentos están compuestas por prestaciones de dar, hacer o no hacer. Por tanto, es totalmente posible que en el marco de los Acuerdos de Confidencialidad se establezcan en sus cláusulas obligaciones a cargo del Inversionista (quien es el que recibe la información de la Empresa Objetivo) destinadas a (a) mantener la información recibida bajo confidencialidad por un plazo determinado, (b) devolver la información cuando sea solicitada por la Empresa Objetivo o sus accionistas vendedores o destruirla a solicitud de éstos últimos, y (c) no utilizar la información recibida para competir en el mercado contra la Empresa Objetivo. Las cuestiones mencionadas en los literales (a), (b) y (c) anteriores son obligaciones válidas, exigibles y comúnmente incluidas en las cláusulas de los Acuerdos de Confidencialidad; no obstante ello, las partes bajo su autonomía privada podrían acordar una serie de obligaciones adicionales a efectos de cautelar sus propios intereses en beneficio de la Transacción; para lo cual deberán respetar siempre las normas imperativas, el orden público y las buenas costumbres.

Ahora bien, resulta importante identificar específicamente cuáles son las cláusulas básicas que son negociadas e incorporadas en los Acuerdos de Confidencialidad, en el marco de una potencial Transacción.

Como primer elemento, tenemos a la cláusula del objeto del Acuerdo de Confidencialidad, el cual se refiere al tipo de información confidencial que será compartida por la Empresa Objetivo en favor de los Inversionistas para que éstos puedan evaluar la Transacción. Asimismo, en línea con lo anterior, generalmente se expresa el motivo determinante por el cual se comparte dicha información confidencial que corresponde a la Empresa Objetivo, a fin de que quede constancia de que la divulgación de la referida información se da en el marco de una evaluación de la Transacción por parte de los Inversionistas. Asimismo, es usual establecer los supuestos en los cuales ya no se está frente a una “información confidencial”, y por ende, puede ser divulgada a terceros. Esto último se puede apreciar cuando la información confidencial se convierte en “pública” por circunstancias externas (sin haber las partes incumplido su deber de confidencialidad), o cuando un requerimiento judicial o una autoridad gubernamental exige su divulgación; ante cualquiera de estos supuestos no habría incumplimiento de obligaciones de confidencialidad.

El segundo elemento se refiere a la cláusula sobre uso y tratamiento de la información confidencial por parte de los Inversionistas. Aquí se establece claramente el tipo de uso que los Inversionistas pueden darle a la información confidencial (vinculada únicamente con el hecho de evaluar la Transacción). Así, se excluye que los Inversionistas puedan utilizar la referida información para otros fines, como por ejemplo, obtener una ventaja económica frente a la Empresa Objetivo, pues ya se conoce los secretos comerciales o empresariales de dicha Empresa Objetivo. Finalmente, una vez que venza el plazo de los Acuerdos de Confidencialidad o se resuelvan los Acuerdos de Confidencialidad (por incumplimiento de obligaciones de alguna de las partes), se regula la posibilidad de que dicha información confidencial sea devuelta a la Empresa Objetivo (de ser físicamente posible) o alternatively, a solicitud de la Empresa Objetivo, tendrá que ser destruida a satisfacción de la Empresa Objetivo. Ello, con la finalidad de proteger la información confidencial de la Empresa Objetivo para que terceros no autorizados hagan un uso indebido de la misma.

Luego, como tercer elemento, se encuentra la cláusula de vigencia de los Acuerdos de Confidencialidad. Este plazo de vigencia tiene dos (2) dimensiones: (i) vigencia del Acuerdo de

Confidencialidad vinculado con la obligación de la Empresa Objetivo en seguir compartiendo su información confidencial; y, (ii) vigencia de las obligaciones de confidencialidad y reserva que deberán cumplir los Inversionistas respecto a la información confidencial que recibieron para evaluar la Transacción.

Respecto al punto (i) anterior, usualmente se pacta un plazo razonable que las partes entienden es el necesario a fin de poder evaluar la Transacción, por lo que durante dicho plazo, la Empresa Objetivo estará obligada a compartir su información confidencial en favor de los Inversionistas. Una vez vencido dicho plazo, ya no existirá obligación de parte de la Empresa Objetivo en seguir compartiendo su información confidencial y en ese momento se gatillará la obligación de los Inversionistas en devolver la información confidencial a la Empresa Objetivo, o alternativamente a destruirla a solicitud de la Empresa Objetivo. La razón de lo anterior, es evitar una futura afectación o daño a la Empresa Objetivo (y sus accionistas) por haber los Inversionistas utilizado indebidamente la información sensible de la Empresa Objetivo. Sobre el punto (ii) anterior, es crucial establecer un plazo de obligación de confidencialidad a cargo de los Inversionistas, de manera que durante dicho plazo los Inversionistas no podrán utilizar indebidamente, bajo ningún modo, la información confidencial que recibió de la Empresa Objetivo, así como también deberá mantener en secreto dicha información. Esta es una de las piedras angulares más importantes de los Acuerdos de Confidencialidad, en la medida que la única persona o entidad que puede generar un daño a la Empresa Objetivo, son precisamente los Inversionistas por un uso indebido de la referida información. Por tal motivo, es indispensable proteger los intereses de la Empresa Objetivo a través de una exigencia a los Inversionistas que debe tener por lo menos un plazo determinado o determinable. Dependiendo del tipo de Transacción y la materialidad de la información compartida, usualmente las obligaciones de confidencialidad de los Inversionistas varían de un (1) año a cinco (5) años, y casos excepcionales hasta diez (10) años. Lo anterior no es tajante, por cuanto es posible que los Inversionistas se obliguen indefinidamente a cumplir con las obligaciones de confidencialidad (otra vez esto dependerá de lo que las partes acuerden).

Respecto a la vigencia de las obligaciones de confidencialidad, en muchos casos, se deja expresa constancia de que, el compartir información confidencial con directores, gerentes,

funcionarios y/o empresas vinculadas de las partes es totalmente permitido, en tanto que no se está compartiendo información confidencial con terceros ajenos a la relación contractual entre la Empresa Objetivo y los inversionistas. En la línea con la vigencia de las obligaciones de confidencialidad, es importante anotar que las mismas se conducen mientras se efectúa el Due Diligence de la Empresa Objetivo, durante las negociaciones y hasta la suscripción del contrato definitivo de compraventa de acciones; claro está que, una vez alcanzada la Fecha de Cierre, el Inversionista toma control de la Empresa Objetivo y por tal motivo depende de los inversionistas divulgar o no la información de ahora su Empresa Objetivo. Así queda claro que, cuando se inicie el proceso de Due Diligence de la Empresa Objetivo, los alcances del Acuerdo de Confidencialidad se mantendrán vigentes hasta que culmine el plazo pactado o hasta que se suscriba los contratos de compraventa definitivos.

En esa perspectiva, adicionalmente a pactar una vigencia a estas obligaciones de confidencialidad, resulta necesario implementar un control de cumplimiento de estas obligaciones. Un vez vencido o terminado el Acuerdo de Confidencialidad, las partes se alejan una de la otra, y en esas circunstancias, no se puede tener un control de los actos de las partes durante la vigencia de las obligaciones de confidencialidad. No existe una fórmula única contractual para asegurar lo anterior y comercialmente tampoco existe una salida única. Así las cosas, no existe una práctica legal y comercial sobre controles de cumplimiento luego de terminado los Acuerdos de Confidencialidad; sólo se está a la espera de que algún incumplimiento suceda. En ese sentido, una vez finalizado el Acuerdo de Confidencialidad, se suele solicitar la devolución y/o destrucción de la información confidencial suministrada, a fin de evitar un incumplimiento y, consecuentemente, algún daño irreparable en contra de la Empresa Objetivo (cuando no se ha consumado la Transacción). Ello en cierta medida podría mitigar una afectación, mas no la elimina. Por ello, tener controles previamente pactados por las partes resulta relevante a efectos de confirmar el cumplimiento de las obligaciones de confidencialidad durante su vigencia.

Una forma de asegurar que los Inversionistas cumplan con dichas obligaciones de confidencialidad, es establecer penalidades monetarias en contra de los Inversionistas, en caso éstos incurran en incumplimiento de sus obligaciones bajo los Acuerdos de Confidencialidad. Es

claro que el establecimiento de penalidades tiene meramente un carácter disuasivo; pues el Inversionista será el que evalúe si le conviene o no pagar dicha penalidad para hacer uso de la información confidencial. Así las cosas, en la práctica se suele pactar penalidades “altas” que permitan disuadir un incumplimiento de los Inversionistas; no obstante ello, cada Transacción es distinta y con complejidades no comunes, por lo que en muchas oportunidades los Inversionistas podrían no estar de acuerdo en pactar penalidades de este tipo. Por ello, los mecanismos que aseguren un cumplimiento de las referidas obligaciones de confidencialidad pueden variar, y dependerá exclusivamente de lo que las partes negocien y acuerden.

Con relación a este tema, muchos juristas o especialistas en fusiones y adquisiciones pueden tener distintos comentarios sobre los Acuerdos de Confidencialidad, pero en la mayoría existe una noción uniforme sobre el contenido de los Acuerdos de Confidencialidad. Así, muchos juristas coinciden que el acuerdo de confidencialidad contiene (i) descripción de la información confidencial; (ii) supuestos en los que la información deja de ser confidencial; (iii) supuestos en los que la información confidencial puede ser divulgada a terceros; y (iv) cláusulas generales, como término de duración, ley aplicable, método de solución de controversias, cláusula penal, entre otros. **(Estrada, Ana, 2019).**

El cuarto elemento se refiere a la cláusula de solución de controversias aplicable a los Acuerdos de Confidencialidad. En caso se determine un incumplimiento de obligaciones exigibles bajo los Acuerdos de Confidencialidad, se podría aplicar los mecanismos que permitan y aseguren el cumplimiento (como por ejemplo, las penalidades); sin embargo, inclusive estos mecanismos podrían no ser eficaces por el hecho que, por ejemplo, los Inversionistas no paguen la penalidad a su cargo. En ese sentido, las partes deberían prever este tipo de situaciones y por ello pactar un mecanismo de solución de controversias que sea claro y ordenado (con reglas, plazos y procedimientos). Generalmente y en interés de las partes, se establece como primer nivel, un trato directo entre las partes por un plazo específico, durante el cual las partes podrían resolver la controversia entre ellas directamente (sin tener que acudir al arbitraje o jueces civiles); y de no suceder ello, como segundo nivel, se pacta un mecanismo de arbitraje para resolver la controversia por ser éste un procedimiento más ágil que el Poder Judicial; no obstante ello, dependerá lo que

las partes dispongan como mecanismo de solución. Cuando estamos frente a Transacciones que implican diversas jurisdicciones a la vez, usualmente en la práctica legal se pacta que las Cortes de Nueva York conocerán de la controversia (en reemplazo del arbitraje). Nuevamente, serán las mismas partes que bajo su autonomía privada y libertad contractual, se representarán qué es lo mejor para ellas, a fin de resolver una controversia.

Como quinto elemento, y con carácter más complementario, las partes suelen pactar cláusulas especiales relacionadas con la “no competencia”, “no contratación” y “no elusión”. Respecto a la cláusula de “no competencia”, ésta es fundamental para resguardar los intereses de la Empresa Objetivo, es decir, se comparte la información confidencial a un tercero (Inversionista), entonces es necesario velar para que dicha información no sea utilizada para sacar una ventaja comercial frente a la Empresa Objetivo, generando una competencia directa. En ese marco, una regulación apropiada para tratar este tema, sería establecer de antemano bajo el Acuerdo de Confidencialidad de que el Inversionista está obligado a no generar una competencia, de cualquier modo, en contra de la Empresa Objetivo, claro está durante el plazo de vigencia de las obligaciones de confidencialidad o hasta que se consuma la Transacción.

En efecto, si la “parte receptora” de la información confidencial no participa en el mismo rubro económico que la reveladora, es usual que esta última solicite cláusulas de no competencia por un plazo determinado. Esta protección es fundamental, ya que la parte reveladora proporciona información crítica del negocio, la cual podría replicarse por la receptora sin la necesidad de adquirir el negocio de la parte reveladora (**De la Piedra, 2018**).

Con relación a la cláusula de “no contratación”, ésta se refiere a que el Inversionista (que tiene acceso a la información confidencial de la Empresa Objetivo, incluyendo la lista de trabajadores) se encuentre prohibido de contratar a los trabajadores de la Empresa Objetivo durante la vigencia de las obligaciones de confidencialidad. Este periodo de prohibición permite a la Empresa Objetivo mantener su negocio (incluyendo su capacidad humana) intacta mientras aún no se consuma la Transacción. Sin duda, es un valor importantísimo del negocio el “personal” que cuenta la Empresa

Objetivo para realizar sus actividades. Sin ese personal las actividades de la Empresa Objetivo no podrían ser desarrolladas de la mejor manera. Un claro ejemplo, es que el Inversionista luego de tener acceso a la información confidencial, cae en cuenta que el Gerente General de la Empresa Objetivo es realmente la persona clave que permite que el negocio de la Empresa Objetivo funcione a cabalidad, y por ello decide contratarlo directamente; si ello ocurriese se afectaría gravemente los negocios de la Empresa Objetivo. Ante ello, la idea de compartir la información confidencial es que los negocios de la Empresa Objetivo no sufran mayores modificaciones, una forma de asegurarlo es pactando este tipo de cláusulas que prohíben durante un tiempo determinado contratar al personal clave de la Empresa Objetivo.

Finalmente, la cláusula de “no elusión” permite asegurar, por lo menos al nivel contractual, que el Inversionista no contactará ni contratará con clientes o socios comerciales de la Empresa Objetivo, durante la vigencia de las obligaciones de confidencialidad. Otro valor importante del negocio, y dependiendo del rubro, son los clientes o socios comerciales de la Empresa Objetivo, pues estos son los que coadyuvan a la realización de ingresos de recursos económicos. De esta manera, si se permitiese a un tercero (Inversionista) que contacte a los clientes de la Empresa Objetivo respecto a la misma actividad, existiría un perjuicio irreparable en contra de la Empresa Objetivo que podría llegar, inclusive, a la quiebra de la Empresa Objetivo.

El tema relevante para este tipo de cláusulas especiales es resguardar el valor económico de los negocios de la Empresa Objetivo (mientras aún no se ejecuta la Transacción), y ese valor se ve representado en su información sensible sobre los alcances de los negocios, sus trabajadores y clientes. Estos tres (3) conceptos son esenciales para los negocios de la Empresa Objetivo, y por tanto, resulta crucial establecer un cuidado y tratamiento de los mismos bajo los Acuerdos de Confidencialidad. De no establecer una regulación de los mismos, existiría un potencial riesgo que podría afectar adversamente a la Empresa Objetivo y su subsistencia. Debe quedar claro que, es diligente de cara a la Empresa Objetivo, que se incorporen al Acuerdo de Confidencialidad las cláusulas de “no competencia”, “no contratación” y “no elusión”; sin embargo, la inclusión de las mismas no asegura al 100% este cuidado de los negocios de la Empresa Objetivo, pues siempre existe la posibilidad de que el Inversionista incumpla con sus obligaciones entorno a dichas

cláusulas. Ante ese caso, podrían implementarse diversos remedios, como por ejemplo, el pago de penalidades en favor de la Empresa objetivo, trato directo entre las partes para resolver el conflicto y una sede de solución de controversias eficiente que permite terminar el conflicto ágilmente, entre otros.

### ***1.2) La noción de información confidencial***

En el marco de los Acuerdos de Confidencialidad, la información confidencial que es su objeto versa sobre aquellas materias que son esenciales para los negocios de la Empresa Objetivo y que, por tal motivo, también deberían ser conocidas por los Inversionistas, a efectos de evaluar la Transacción. Dicha información estaría relacionada con temas financieros, comerciales, técnicos, legales, operativos y demás de la Empresa Objetivo.

En esa línea, qué podría entenderse por información confidencial. Al hacernos esta pregunta debemos remitirnos al objeto social de cada empresa o sociedad, por ejemplo, (i) en una empresa de Catering la información confidencial serán las recetas y la forma de ofrecer el servicio; y (ii) en una sociedad que se dedique a desarrollar productos químicos serán las fórmulas y procedimientos. Puede suceder que una información considerada confidencial no se encuentre patentada o protegida por derechos de autor, lo cual no quiere decir que exista una desprotección legal, por el contrario, el resguardo sería “contractual”, pues allí se establecerán las medidas que permitirán mantener en “confidencialidad” la información suministrada. **(Buelvas, 2018)**.

En efecto, dentro del marco de una potencial Transacción, la información confidencial de la Empresa Objetivo será aquella que se encuentre relacionado con su objeto social y que en la práctica lo ejecute. Dicha información deberá ser la que el Inversionista tenga que revisar y analizar, a fin de decidir seguir adelante o no con la Transacción. Si bien la esencia de la información confidencial se refiere al objeto social de la Empresa Objetivo, para efectos de tener un análisis completo de los negocios de la Empresa Objetivo, el Inversionista no sólo pedirá información del giro del negocio (que es lo que actualmente se dedica), sino también toda aquella



información que le resulte relevante para evaluar la Transacción (que podría ser información no relacionada directamente con el giro del negocio).

Claro está que, dentro de esta noción de información confidencial pueden existir situaciones excepcionales que harían que la información deje de ser confidencial. Tal es el caso de aquella información de carácter confidencial que luego de suscrito el Acuerdo de Confidencialidad se convierte de conocimiento público, o sea, que se convierte en información pública, sin culpa de ninguna de las partes. Ante este supuesto dicha información pierde la calidad de confidencial por pasar al dominio público; no obstante, ello no configura un incumplimiento de obligaciones, puesto que por hechos externos a las partes dicha información devino en pública.

Otra segunda situación excepcional se refiere cuando una autoridad gubernamental requiere a alguna de las partes (por ejemplo, al Inversionista) que le entregue determinada información confidencial que le fuera suministrada previamente por la Empresa Objetivo. Si el Inversionista se niega a cumplir con dicho mandato, podría tener ciertos problemas legales, por ello se entiende que el hecho que el Inversionista entregue la información confidencial a la autoridad gubernamental no resulta en un incumplimiento de sus obligaciones y, por ende, (de ser el caso) no pasible de penalidades. Dependiendo de lo que se pacte en los Acuerdos de Confidencialidad, en muchas ocasiones se establece que cuando una parte reciba un requerimiento de una autoridad gubernamental, dicha parte debe notificar de inmediato a la otra parte, de manera que de forma conjunta se decida entregar sólo aquella porción de información confidencial que sea necesaria para cumplir con el requerimiento; y así se evita entregar toda la información confidencial cuyo valor es importante para la Empresa Objetivo y sus accionistas. El objetivo es resguardar la mayor cantidad de información confidencial que sea posible en manos de las partes contratantes de los Acuerdos de Confidencialidad, pues cualquier divulgación no permitida a terceros conllevaría a una afectación que podría ser considerada irremediable o insubsanable en contra de la Empresa Objetivo y sus accionistas, y sin lugar a dudas, su posición en su mercado relevante también se vería mermada.

Una tercera excepción, depende lo pactado entre las partes, en el sentido de que sea posible intercambiar información confidencial (durante la vigencia de las obligaciones de confidencialidad) con empresas afiliadas, accionistas, directores, funcionarios y/o demás asesores de las partes, siempre que ello sea necesario para evaluar la Transacción. La lógica deriva del hecho que no se perjudica a la Empresa Objetivo cuando el inversionista entrega información confidencial con terceros relacionados con los propios inversionistas y que forman parte de su grupo económico. En efecto, dicho suministro de información debería darse siempre en el marco de la Transacción y para su evaluación, por tanto las partes se representan que no existe una vulneración a este deber de confidencialidad.

### ***1.3) El uso y tratamiento de la información confidencial***

En el marco de los Acuerdos de Confidencialidad, el objetivo es que toda la información confidencial recibida por los Inversionistas sea utilizada única y exclusivamente para evaluar la Transacción, y no para fines distintos que podrían conllevar a una afectación a la Empresa Objetivo. De este modo, queda terminantemente prohibido que los Inversionistas transfieran o divulguen dicha información a terceros, salvo aquellos que sean previamente autorizados por la Empresa Objetivo o aquellas personas o entidades que por indicación expresa de los Inversionistas también deban tener acceso a dicha información confidencial, a fin de completar la evaluación de los Inversionistas sobre la Transacción (esto último debería estar regulado en los Acuerdos de Confidencialidad).

Esta información confidencial debe circunscribirse únicamente a las partes que suscriben los Acuerdos de Confidencialidad y/o sus asesores (que se requieren para evaluar la Transacción). En ese sentido, como se puede apreciar, la utilización de la información confidencial de la Empresa Objetivo es sumamente limitada, por cuanto cualquier desvío y/o indebida utilización podría acarrear consecuencias legales en detrimento de ambas partes (una parte por su incumplimiento y la otra por sufrir daños que podrían no ser subsanables).

En esa medida, resulta claro que la Empresa Objetivo no está en la capacidad de poder auditar todas y cada una de las actividades de los Inversionistas y por ello sería difícil determinar algún nivel de indebida utilización de información confidencial. En ese sentido, pesa sobre los Inversionistas además de las obligaciones de confidencialidad, un deber jurídico de protección y resguardo de dicha información, por lo que se le requiere a los Inversionistas tener un nivel de “diligencia razonable” sobre el manejo de la referida información. De esta manera, se le exige a los Inversionistas una valla alta respecto a su deber de diligencia y en esa virtud, cualquier desvío de dicha diligencia haría posible imputar responsabilidad a los Inversionistas. Aquí la parte contratante débil sería la Empresa Objetivo, por cuanto su información más valiosa está en manos de terceros, por lo cual el tratamiento que se le dé a la información confidencial por los Inversionistas debe considerar dicha situación y además ser sumamente cuidadoso, a fin de resguardar una información que nunca ha sido de su titularidad.

Desde una perspectiva legal, el mérito de entregar información confidencial (bajo Acuerdos de Confidencialidad) no implica una transferencia de propiedad, sino más bien una transferencia posesoria limitada y bajo ciertos plazos, pues una vez vencidos dichos plazos, la información debería regresar a la esfera patrimonial de la Empresa Objetivo. He allí una razón más para entender el nivel de diligencia que se le exige a los Inversionistas, en tanto que éstos son conscientes que durante un plazo determinado estarán habilitados a tratar una información confidencial que no les corresponden. Inclusive, el hecho de intentar entregar la información confidencial a una empresa o persona relacionada a los Inversionista podría acarrear un incumplimiento de sus obligaciones bajo los Acuerdos de Confidencialidad, salvo en el caso que dicha situación se encuentre regulada y aceptada por la Empresa Objetivo en dichos Acuerdos de Confidencialidad.

A continuación se expone un balance general de los conceptos señalados en el presente Capítulo 1:

1) Acuerdos de Confidencialidad.- En efecto, los Acuerdos de Confidencialidad resultan de vital importancia al momento de iniciar las negociaciones de una potencial Transacción, por cuanto permite a los Inversionistas conocer y analizar la información más relevante sobre los negocios de la Empresa Objetivo. De ser favorable esa revisión, se procederá a avanzar con la Transacción. Por otro lado, estos Acuerdos de Confidencialidad otorgan una seguridad jurídica a la Empresa Objetivo y sus accionistas, bajo el entendido de que los Inversionistas han asumido obligaciones consistentes en resguardar y mantener en secreto la información confidencial de la Empresa Objetivo.

Como bien se indicó, el contenido de los Acuerdos de Confidencialidad depende de lo pactado por las partes; no obstante, es usual establecer cuestiones tales como (i) objeto de la información confidencial, (ii) el uso y tratamiento de la información confidencial, y (iii) los plazos de vigencia de los Acuerdos de Confidencialidad (incluyendo la vigencia de las obligaciones de confidencialidad asumidas por los Inversionistas). En línea con lo anterior, también es usual incorporar cláusulas especiales referidas a la “no competencia”, “no contratación” y “no elusión”, las cuales permiten- a nivel contractual- resguardar el valor económico de los negocios de la Empresa Objetivo. En efecto, cuidando su información sobre los negocios y manteniendo su estructura de trabajadores y clientes, en cierta manera, se está velando y protegiendo dicho valor económico de los negocios de la Empresa Objetivo.

2) Noción de información confidencial.- Básicamente, la información confidencial que será suministrada bajo los Acuerdos de Confidencialidad será aquella que se relacione directamente con los negocios de la Empresa Objetivo. Esta información es la que puede determinar que los Inversionistas continúen con las negociaciones de la potencial Transacción o no. Por tanto, la regulación de cómo y hasta cuándo se entregará información confidencial juega un papel preponderante en este tipo de Transacciones.

No obstante, pueden existir excepciones que cambien la calificación de información confidencial a “no confidencial”. Estas excepciones escapan a la esfera patrimonial de las partes y se encuentran asociadas con el hecho de que luego de firmados los Acuerdos de Confidencialidad cierta información pase al dominio público, sin que las partes hayan vulnerado su deber de confidencialidad. Otra excepción, es cuando una autoridad gubernamental exige a alguna de las partes que entregue la información confidencial, aquí evidentemente se debe cumplir con dicho mandato. A efectos de cumplir con el referido mandato y a su vez cumplir con este deber de mantener y resguardar la información confidencial, comúnmente se establece un deber de cooperación entre las partes para sólo finalmente entregar a la autoridad gubernamental la porción de la información confidencial que sea necesaria. Y finalmente, una excepción adicional, se da cuando las partes permiten que se pueda intercambiar información confidencial única y exclusivamente con las empresas afiliadas, directores, gerentes, funcionarios y demás de asesores de las partes, siempre en el marco de la evaluación de la Transacción. Esto no se considera una vulneración al deber de confidencialidad, toda vez que la información confidencial no ha pasado a manos de terceros (ajenos a la relación contractual bajo el Acuerdo de Confidencialidad) que puedan sacar un provecho indebido en detrimento de la Empresa Objetivo. Por supuesto, las personas antes mencionadas forman parte de la estructura corporativa de las partes, y por ende, se tiene un mismo propósito, que es evaluar la Transacción. Ello es totalmente lógico, pues para poder evaluar la Transacción, en muchas ocasiones se requiere intercambiar la información confidencial con asesores y/o empresas afiliadas, de manera que se pueda llegar a una mejor conclusión sobre si se avanza o no con la Transacción.

3) El uso y tratamiento de la información confidencial.- Dado que el Inversionista es el que recibe una información confidencial que no le corresponde, es totalmente lógico que se le exija al Inversionista un deber de diligencia al momento de utilizar y tratar la información confidencial de la Empresa Objetivo. De esta manera, dicho uso sólo se debe circunscribir a la actividad de evaluación que se deba realizar, a fin de determinar si se avanza o no con la Transacción; y en ningún caso el Inversionista podría usar indebidamente dicha información para favorecerse en detrimento de la Empresa Objetivo y sus accionistas.

4) Balance integral.- En base a lo antes expuesto, es posible afirmar que los Acuerdos de Confidencialidad son instrumentos jurídicos que permiten generar obligaciones legales por parte de los Inversionistas entorno al uso y tratamiento de la información confidencial de la Empresa Objetivo. Lo cual, sin duda, otorga seguridad a la Empresa Objetivo de que su información no será utilizada indebidamente para favorecer a los Inversionistas y/u otros competidores. En esa línea, la confidencialidad es el valor más importante en los procesos de compraventa de empresa. El acuerdo de confidencialidad o NDA (*Non-Disclosure Agreement*) busca vincular a las partes a la hora de intercambiar y utilizar información, evitando que esta se haga pública por alguna de las partes o incluso que se hable de la propia operación de compraventa (**Empresax, 2017**).

Los Acuerdos de Confidencialidad tienen tanto contenido contractual que en base a lo que se pacte es que se orientan sus actos; así no cabría que alguna de las partes exija a la otra que, luego de firmado el Acuerdo de Confidencialidad, lleve a cabo el cierre de una Transacción, en la medida que dichas partes no se representaron dicha situación en el referido acuerdo; la voluntad contractual de las partes primará sobre cualquier tipo de interés de las partes.

Al ser la información confidencial de la Empresa Objetivo un componente que alberga mucho valor, resulta importante resguardarlo frente a una potencial Transacción, y el instrumento más adecuado son justamente los Acuerdos de Confidencialidad que establecerán los lineamientos sobre su uso y tratamiento durante la vigencia de dichos acuerdos. Ahora bien, al ser sólo “instrumentos” jurídicos, en la realidad pues nada garantiza que la Empresa Objetivo se encontrará totalmente resguardada e inafecta a cualquier tipo de daño relacionado al uso de la información confidencial. Por supuesto, pueden existir lineamientos indicativos sobre el uso de la información confidencial, pero dependerá de lo que finalmente decidan los Inversionistas (incumplir o no las obligaciones de confidencialidad, qué le convendrá a los Inversionistas, pagar penalidades o no por su eventual incumplimiento). Esas son las interrogantes que los Inversionistas se harán, a efectos de tomar una decisión sobre el uso de la información confidencial. De esta forma,

desde mi punto de vista, los Acuerdos de Confidencialidad son cruciales a efectos de entrar en negociaciones con respecto a posibles Transacciones, pero no son perfectos en la medida que no aseguran al 100% que la información confidencial será tratada de la manera más diligente posible; otra vez si las partes se representaron este peligro entonces deben regularlo y establecer las garantías más apropiadas para ese caso.

### III. CAPÍTULO 2:            PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

#### a)    **RELEVANCIA DE LA PROBLEMÁTICA**

##### 2.1) *Problemática central-perspectiva de riesgos*

Conforme fuera señalado en este trabajo, desde una perspectiva de “riesgos”, podría existir un grave problema en el caso que la Empresa Objetivo brinde su información confidencial a terceros, sin tener algún documento que regule dicha situación. Al no tener algún documento o acuerdo que regule la entrega y uso de la información confidencial, los Inversionistas (en teoría) podrían libremente usar la información confidencial para el bienestar de ellos o de terceros sin importar los posibles perjuicios que se generen en la Empresa Objetivo. Un claro ejemplo de ello, y que resulta totalmente lógico, es que los Inversionistas podrían obtener una ventaja comercial importante al tener a su disposición la información confidencial de la Empresa Objetivo (sus clientes, proveedores, fórmulas, estrategias comerciales, procedimientos, etc). Ante ese supuesto, la Empresa Objetivo se encontraría en una posición complicada, puesto que no tendría algún documento legal que respalde su reclamo en contra de los Inversionistas, si éstos usaron indebidamente su información confidencial. Lo único que tal vez podría argumentarse sería una “mala fe” por parte de los Inversionistas; no obstante ello, es un principio general del derecho que, en la práctica, es difícil demostrar.

En efecto, es un riesgo latente el solo hecho de compartir información confidencial a terceros, puesto que los intereses de la Empresa Objetivo podrían verse afectados, sobre todo si no existe un Acuerdo de Confidencialidad firmado. En ese marco, cuando estamos entre “partes sofisticadas” que conocen de Transacciones es usual que el vendedor (accionista de la Empresa

Objetivo) exija la firma de Acuerdos de Confidencialidad; en la mayoría de los casos dicho acuerdo se utiliza para preservar la confidencialidad de las negociaciones preliminares; de esta manera el Acuerdo de Confidencialidad es considerado el primer documento elaborado frente a una potencial Transacción (Italiani y Serra, 2015). En ese sentido, una manera de evitar dicho riesgo es suscribiendo Acuerdos de Confidencialidad, tal como “partes sofisticadas” lo hacen en tanto que ellos conocen los riesgos derivados de compartir información confidencial sin tener algún título legal que respalde tal suministro de información.

Ahora bien, avanzando en las negociaciones sobre la Transacción, cuando estamos en la etapa de “*Due Diligence*”, en donde los Inversionistas en base a la información recibida realizan una auditoría legal sobre la Empresa Objetivo, también aplican los efectos del Acuerdo de Confidencialidad (claro está siempre que las partes lo hayan pactado). Lo cierto es que la Empresa Objetivo tiene el control sobre el tipo de información confidencial que se comparte a los Inversionistas, así como los tiempos y fechas en las cuales se suministra dicha información; ello coadyuva a que la Empresa Objetivo pueda mantener cierta confidencialidad de su información más sensible. En esa línea, en el “*Due Diligence*” cuando se abre el *data room* (donde se cuelga la información de la Empresa Objetivo) la empresa vendedora puede proporcionar información valiosa de una manera controlada y de una manera que ayuda a preservar la confidencialidad (Furió, 2019). Otra vez, lo anterior, es una manera de evitar y mantener cierta confidencialidad de la información de la Empresa Objetivo; sin embargo, no garantiza una potencial indebida utilización de los Inversionistas.

Un grave problema se puede observar (como se comentará en el siguiente numeral 2) cuando nos encontramos con “partes no sofisticadas”, ello porque la idea de tener Acuerdos de Confidencialidad no es frecuente. Lo cierto es que las “partes no sofisticadas” desconocen los riesgos asociados con el hecho de compartir información confidencial, por lo que éstos suelen compartir su información sin ningún tipo de resguardo.

En esencia, el hecho de compartir información confidencial (sea que se suscriba o no Acuerdos de Confidencialidad) genera riesgos económicos para la Empresa Objetivo. La razón de ello es que, al ser dicha información confidencial sumamente valiosa para la Empresa Objetivo y que la



misma esté en manos de terceros, existe un riesgo de que sea indebidamente usada para competir, lo cual podría afectar los negocios e inclusive la supervivencia de la Empresa Objetivo.

## 2.2) Actores relevantes en los Acuerdos de Confidencialidad

En el marco del suministro de información confidencial, el conocimiento sobre riesgos legales es relevante. En efecto, y para tenerlo claro a lo largo del presente trabajo de investigación, los “riesgos legales” es la posibilidad de incurrir en pérdidas o detrimentos por (i) el incumplimiento de la normativa aplicable, o (ii) la **imposibilidad de exigir el cumplimiento de un contrato** (EALDE, 2021). En específico, el hecho de no poder exigir satisfactoriamente el cumplimiento de un contrato (por no existir uno o por haber un contenido contractual insuficiente) es parte de los “riesgos legales contractuales” que asumen los actores; por lo que cada vez que se haga referencia en este trabajo a “riesgos legales” nos estamos refiriendo a dichos “riesgos legales contractuales”. En efecto, estos “riesgos legales” (contractuales) se encuentran vinculados con los riesgos que las partes asumen cuando firman contratos o cuando deciden no firmar uno (lo cual incluye, errores contractuales, imposibilidad de cumplir con lo pactado, entre otros).

Así, tenemos a Empresas Objetivo con calidad de “partes sofisticadas” (*private equity funds, Venture capital, family offices*, banqueros de inversión, etc) quienes por sus especialidades y experiencias previas en Transacciones se representan los posibles riesgos de compartir su información sensible. Al detectar estos riesgos, las “partes sofisticadas” realizarán sus mejores esfuerzos para aminorar dichos riesgos a través de instrumentos legales que resguarden su información valiosa. Como se indicó anteriormente, aquel instrumento (Acuerdo de Confidencialidad) no garantiza una protección al 100%, pero al menos existen lineamientos claros sobre el uso de la información confidencial y sobre las consecuencias legales y económicas (como penalidades) por un incumplimiento al deber de confidencialidad. Asimismo, estas “partes sofisticadas” al conocer y anticipar potenciales riesgos de carácter económico, están en condiciones adecuadas de poder realmente “negociar” los términos bajo los cuales se implementará el suministro de información confidencial, lo cual mejora la posición de la Empresa Objetivo de cara a una potencial Transacción.

Por otro lado, tenemos a Empresas Objetivo con calidad de “partes no sofisticadas” (básicamente micro y pequeñas empresas sin experiencias en Transacciones), quienes por falta de conocimientos legales no se representan los riesgos de compartir su información confidencial. Este tipo de empresas priorizan la conducción y operativa del negocio, tratando de reducir sus gastos a la menor expresión posible (lo cual incluye baja o nula inversión en contratar especialistas legales). Por ello, aquí se presentan una serie de riesgos que no son debidamente tratados y regulados y que, finalmente, podrían ocasionar daños irreparables a la Empresa Objetivo, en tanto que el solo hecho de indebidamente aprovecharse de la información confidencial- en teoría- no sería posible de remediar. Así, resulta claro que este tipo de partes vendrían ser consideradas “partes débiles” dentro de un esquema de negociación con Inversionistas, que se denota por su falta de *expertise* y conocimientos. En ese sentido, es importante dar mucha atención a este tipo de supuestos pues son los que más tratamiento y cuidado necesitan; así que más que nunca aquí los Acuerdos de Confidencialidad tienen un papel preponderante. Entonces cuándo realmente se requiere un Acuerdo de Confidencialidad, pues en aquellas situaciones en las que se va a producir, o puede producirse, un intercambio de información confidencial entre diferentes partes y que puede colocar a una de ellas (parte débil) en una situación de indefensión en caso de que llegue a terceros (Navarro, 2019).

Es claro que existe un gran desbalance entre los Inversionistas y las “partes no sofisticadas”, por lo que el Derecho y la realidad jurídica no le deben dar la espalda. Uniformizar el concepto de que los Acuerdos de Confidencialidad son algo cotidiano en los negocios debería prevalecer.

En adición al tema de las “partes sofisticadas” y “partes no sofisticadas”, podría suceder que realmente la Empresa Objetivo se representó importante suscribir un Acuerdo de Confidencialidad antes de compartir su información confidencial, pero por temas internos de dicha empresa no se llegan a celebrar los Acuerdos de Confidencialidad o inclusive quien firma dicho Acuerdo de Confidencialidad carece de poderes de representación suficientes; todo ello son cuestiones que ocurren en cierta medida, por lo que es labor de los asesores legales prestar mucha atención y dar consejo inmediato frente a este tipo de situaciones, dado que la Empresa Objetivo (al no existir un

Acuerdo de Confidencialidad firmado, válido y eficaz) estaría asumiendo riesgos legales que podrían derivarse en daños irreparables.

### 2.3) Impactos negativos

Los riesgos asumidos por la Empresa Objetivo al momento de compartir su información confidencial podrían derivar en impactos negativos: “Daños”. Al respecto, estos Daños se presentan en dos (2) niveles. El **primer nivel** es cuando no existe un Acuerdo de Confidencialidad firmado, y producto de ello es que los Inversionistas estarían en la posibilidad de usar la información confidencial para su propio bienestar sin considerar los Daños que ello podría ocasionar en la Empresa Objetivo. Así, si los Inversionistas usan la referida información para competir deslealmente con la Empresa Objetivo (piénsese que se utiliza la misma estrategia comercial de venta de sus productos a menor costo) es evidente que habrá un impacto negativo en la Empresa Objetivo, traducido en menos ventas, menor ingreso y por ende llevar a la Empresa Objetivo a un escenario de iliquidez. Todo ello, genera Daños directos en contra de la Empresa Objetivo que difícilmente podrían ser reclamados por dicha empresa, en la medida de que no posea un sustento legal (Acuerdo de Confidencialidad) que denote algún tipo de incumplimiento o falta de los Inversionistas. Sin un sustento legal, se hace difícil poder probar que el origen del Daño proviene de un acto ilegal de los Inversionistas. Del mismo modo, otra complicación deriva del hecho que la Empresa Objetivo compartió información que para el Inversionista no tenía una connotación de “confidencialidad” (es más, ni siquiera dicha información fue marcada por la Empresa Objetivo como confidencial); por tanto, al no existir ninguna referencia de confidencialidad, en teoría, el Inversionista estaría habilitado a revisar y usar la información confidencial sin limitación alguna. Este es un grave problema para la Empresa Objetivo, toda vez que no existe un sustento legal. En ausencia de ello, resulta importante acudir a la legislación y principios que se apliquen a este tipo de situaciones desfavorables. En efecto, otra vía para reclamar estos Daños sería recurrir al Decreto Legislativo N° 1044 que aprueba la Ley de Represión de Competencia Desleal (en adelante, la “LRCD”), la cual en su artículo 13a) sanciona los actos de violación de secretos empresariales consistentes en que un tercero divulgue y explote, sin autorización de su titular, secretos empresariales a **los que haya tenido acceso legítimamente (con deber de reserva)** o de forma ilegítima. Ante este supuesto, la Comisión del Indecopi aplicará

sanciones o multas en contra de los sujetos que lleven a cabo los actos de violación de secretos empresariales, y además la referida autoridad impondrá medidas correctivas o complementarias en contra del tercero para que el acto de violación de secreto empresarial no vuelva a ocurrir. Para aclarar, los “secretos empresariales” tienen una definición legal que proviene de la Decisión Andina 486, Régimen Común sobre Propiedad Industrial (que es acogida bajo la LRCD) y según el artículo 260 de dicha Decisión Andina, se refiere a “cualquier información no divulgada (entiéndase, confidencial) que una persona (natural o jurídica) legítimamente posea, y que pueda usarse en alguna actividad productiva, industrial o comercial, y que sea susceptible de transmitirse a un tercero, siempre que (i) sea secreta (y por ende, confidencial), (ii) tenga un valor comercial por ser secreta; y, (iii) haya sido objeto de medidas razonables tomadas por su legítimo poseedor para mantenerla secreta”.

No obstante lo anterior, y aterrizándolo a nuestra problemática, si es que la Empresa Objetivo no celebra un Acuerdo de Confidencialidad y comparte legítimamente su información confidencial con el tercero (Inversionista), y luego éste último se aprovecha indebidamente de dicha información para sacar una ventaja económica; este hecho no calificaría en estricto como un acto de violación de los secretos empresariales de la Empresa Objetivo, toda vez que el Inversionista estaría en todo su derecho en argumentar que recibió una información (que no tenía calidad de confidencial) y que más bien tiene calidad de “pública” por lo que no hay una restricción para uso. En ese sentido, la Empresa Objetivo no podría reclamar incumplimientos al deber de confidencialidad al no existir un Acuerdo de Confidencialidad firmado, por lo que el camino del reclamo no se justificaría en exigir el cumplimiento de la LRCD, sino más bien el único camino viable sería el “civil” a través de una responsabilidad precontractual basada en la buena fe, terreno que como se desarrollará más adelante es difícil de implementar.

Al respecto, ¿qué podría hacer la Empresa Objetivo cuya información confidencial ha sido divulgada o usada indebidamente? Al no tener un Acuerdo de Confidencialidad firmado, debemos acudir a la normatividad vigente en materia civil que se aplique en este tipo de situaciones. Así, el artículo 1362 Código Civil peruano señala: “Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes”.

En ese sentido, las relaciones comerciales de las partes, en este caso, forman parte de una “etapa de negociación” cuyo fin es el Cierre y firma de un Contrato de Compraventa de Acciones. Entonces, existe una protección legal que se deriva en una “responsabilidad precontractual” por parte del agente que divulgó o uso maliciosamente la información confidencial. Para ello, resulta importante que la Empresa Objetivo pueda demostrar esta vulneración al principio de buena fe. La doctrina frecuentemente nos da luces sobre qué podemos entender por “buena fe”, y en muchos casos gira entorno a la necesidad de actuar leal y diligentemente. En la etapa de las tratativas, se suele identificar a la “buena fe” en los siguientes campos: (i) deber de suministrar información, (ii) deber de actuar con veracidad, (iii) deber de actuar con claridad, y (iv) deber de mantener la **confidencialidad (Escobar, 2004)**.

Al aplicar el principio de buena fe, vemos que el deber de confidencialidad es una característica importante. Así, de demostrar el daño causado, por consecuencia directa de este quebrantamiento del referido principio (es decir, no mantener este deber de confidencialidad), entramos al terreno de una responsabilidad extracontractual (precontractual) del Inversionista, hecho que resulta un desafío, puesto que todo girará en torno al material probatorio con el que cuente la Empresa Objetivo.

El **segundo nivel** se presenta cuando existe un Acuerdo de Confidencialidad firmado y los Inversionistas vulneran su deber de confidencialidad sobre la información recibida y, como consecuencia de ello, se generan Daños irremediables en contra de la Empresa Objetivo. En este punto resulta necesario identificar las consecuencias derivadas de un incumplimiento de los Inversionistas respecto a lo pactado en los Acuerdos de Confidencialidad. Conforme a la legislación peruana, de haber un incumplimiento de las obligaciones de confidencialidad y ello ocasione un desmedro, entonces la Empresa Objetivo tendría derecho a reclamar los Daños y perjuicios sufridos. En efecto, si se causa algún perjuicio la parte que incumpla su obligación deberá indemnizar a la otra parte, incluyendo, de ser regulado en el acuerdo, pagar una penalidad monetaria (cláusula penal) (**Oviedo, 2017**). Al margen de la posibilidad de que la Empresa Objetivo pueda reclamar esos Daños, también tendría la facultad de exigir el pago de penalidades (establecidas en el Acuerdo de Confidencialidad) a fin de resarcir ese Daño. La lógica de las

penalidades es establecer un monto en favor de la Empresa Objetivo que será exigible cuando se verifique un incumplimiento del Acuerdo de Confidencialidad, de esa forma ya no se tendría que discutir la dimensión del Daño causado y además obviamente sirve de efecto disuasivo para los Inversionistas. Es práctica común que el monto negociado de penalidades sea alto, para así resarcir el Daño y disuadir un eventual incumplimiento.

Según se haya pactado, puede que el monto de penalidades no sea suficiente para resarcir el Daño sufrido por la Empresa Objetivo, ante ese supuesto nada obsta para que la Empresa Objetivo pueda reclamar por las vías legales pertinentes una indemnización por daños y perjuicios. Así, asumirá responsabilidad (indemnización) la parte que actúa de mala fe en la etapa de negociación (**Huamaní, 2021**). Es claro que, a pesar de que existan penalidades pactadas, de incumplir los Inversionistas sus obligaciones (lo cual implica mala fe) entonces la Empresa Objetivo está en su derecho requerir una indemnización. Bajo la normativa peruana, las penalidades tienen forma de cláusula penal, la cual cumple también una función sustitutiva o liquidatoria. La jurisprudencia española, señala que la cláusula penal es la liquidación de los daños y perjuicios producidos o derivados del incumplimiento de la obligación principal, sustituyendo a la indemnización, sin necesidad de sustentar y justificar el monto de la penalidad (**Alcántara, 2020**).

Cabe indicar que, además del incumplimiento de los Inversionistas, si los Inversionistas utilizan adrede la información confidencial (de titularidad de la Empresa Objetivo) para un fin ilícito ello podría conllevar consecuencias legales de naturaleza penal y además a la resarcibilidad de daños morales en caso de delito (**Scognamiglio, 2001**).

Otro tema importante a considerar es el “costo” que se genera por reclamar los Daños a los Inversionistas. En efecto, el hecho de iniciar un proceso de reclamo en contra de los Inversionistas implica incurrir en costos de transacción, evidenciados en cartas notariales, honorarios de abogados, cubrir los gastos necesarios para que el Daño no pase a mayores, etc. Así, se genera una carga adicional que la Empresa Objetivo tendrá que asumir directamente mientras que el reclamo de Daños es conducido.

## **b) TRATAMIENTO DE LA PROBLEMÁTICA**

En el Perú, cuando estamos en casos en los que existe un uso indebido de la información confidencial (sin haber suscrito un Acuerdo de Confidencialidad), sería difícil que la Empresa Objetivo pueda satisfactoriamente interponer un reclamo válido por los Daños sufridos. Ello porque al no haber un concordato legal que contenga obligaciones, no existe incumplimiento o falta por parte de los Inversionistas; no obstante el único camino disponible sería argumentar el quebrantamiento de la “buena fe”, pues de acuerdo al artículo 1362 del Código Civil todo contrato debe negociarse de buena fe, lo cual implica no abruptamente romper negociaciones a fin de usar indebidamente la Información Confidencial. En estos casos, una solución poco clara sería que la Empresa Objetivo trate de probar que, al momento de establecer y ejecutar la relación jurídica con los Inversionistas (intercambio de información), éstos han devenido en “mala fe” por usar maliciosamente la información de la Empresa Objetivo. Nuevamente, habría una gran dificultad de probar dicha mala fe ante las cortes o tribunal arbitral, según sea el caso, puesto que primero habría que argumentar y dotar de contenido al principio de buena fe, de manera de que se encaje dentro de dicho principio al “deber de confidencialidad”; luego habría que demostrar (en el fuero judicial) con documentos, información fidedigna y demás material probatorio que el uso de la información por parte del Inversionista ha generado un impacto negativo finalizado en Daños en contra de la Empresa Objetivo; y finalmente, y es la parte más complicada, sería cuantificar y justificar el Daño causado en la Empresa Objetivo (que en muchos casos podría ser irremediable). Reitero, una tarea complicada, es el poder argumentar una falta al deber de confidencialidad y reclamar los Daños correspondientes, sin tener un Acuerdo de Confidencialidad. En consecuencia, el propósito de los Acuerdos de Confidencialidad es evitar este tipo de “riesgos”, por cuanto los remedios necesarios para resarcir o por lo menos intentar resarcir el Daño se encontrarían ya establecidos en los Acuerdos de Confidencialidad; en efecto, el camino es más claro a efectos de resarcir daños, (i) puede existir un procedimiento de reclamo de daños, (ii) penalidades pactadas, y (iii) lo más importante, se pacta un fuero que pueda resolver la controversia de forma más eficiente, como sería el arbitraje desde mi punto de vista.

En línea con lo anterior, el gran desafío es poder cuantificar los Daños causados en la Empresa Objetivo (en caso no existan Acuerdos de Confidencialidad ni penalidades o la misma no sea suficiente para cubrir el Daño). Una forma de cómo afrontar esta situación sería primero situarnos

en la generación del Daño, de allí, Empresa Objetivo (i) debería identificar qué tipo de información específica se usó por el Inversionista y generó el Daño, (ii) debería determinar qué nivel de confidencialidad y secreto debió tener la información utilizada por el Inversionista, (iii) debería determinar el “valor” monetario presente y futuro que tiene la información utilizada por el Inversionista, y (iv) agrupar y ordenar todo el material probatorio que permita sustentar el pago del valor de los Daños (previamente determinado según lo indicado en el numeral (iii) anterior). Esta forma de proceder permitirá afrontar reclamos de Daños, cuando no se cuenta con un Acuerdo de Confidencialidad firmado.

El desarrollo teórico sobre la generación del Daño en contra de la Empresa Objetivo, según lo expuesto líneas arriba, es lógico y válido desde el punto de vista legal cuando no existe un Acuerdo de Confidencialidad firmado. Ahora bien, es fundamental para este trabajo de investigación aterrizar esta problemática en un caso verídico y real que nos pueda ayudar a entender la situación desfavorable que pudiera sufrir la Empresa Objetivo, entendida como la empresa que entrega su información confidencial a un tercero. En el ámbito peruano, y luego de realizar una revisión exhaustiva, no he encontrado un caso legal concreto que permita identificar la problemática antes mencionada; una razón de ello es que muchas discrepancias legales entorno al uso de la información confidencial no suelen llegar hasta el Poder Judicial por la simple razón de que las partes de forma privada ponen fin a dicha discrepancia; y aquellos casos que no encuentran una solución se derivan al fuero del arbitraje; y como dicho ámbito es privado y confidencial no es posible tener acceso a la información correspondiente, salvo autorización expresa de las partes en conflicto sometidas al arbitraje.

Por lo anterior, ha sido necesario recurrir a la jurisprudencia extranjera, a efectos de poder demostrar las problemáticas relacionadas con entregar información confidencial sin tener un Acuerdo de Confidencialidad firmado. Así, tenemos la Sentencia N° 125/2017 emitida por la Audiencia Provincial de Barcelona, España (como órgano del Juzgado Civil) de fecha 23 de febrero de 2017 bajo el Código/ID N° 08019370172017100134 (la “Sentencia de Segunda Instancia”), por medio de la cual (i) se desestima la apelación interpuesta por la empresa ADELTE, PORTS & MARITIME, S.L.U. (en adelante, “Maritime S.L.U.”), y (ii) confirma la sentencia de primera instancia de fecha 17 de marzo de 2015 que resuelve que no existió incumplimiento de



obligaciones de parte de las empresas a VENEZIA TERMINAL PASSEGGERI y S.P.A. y V.T.P. ENGINEERING, S.R.L. (en adelante, las “Empresas Demandadas”) en el marco de un supuesto contrato de confidencialidad, siendo éstas empresas las receptoras de la información suministrada por Maritime S.L.U. (en adelante, en conjunto, el “Caso Legal 1”).

Dicha Sentencia de Segunda Instancia analiza que en los hechos no se celebró un contrato de confidencialidad entre Maritime S.L.U y las Empresas Demandadas, toda vez que (i) no se acreditó que haya existido una negociación del referido contrato de confidencialidad entre Maritime S.L.U y las Empresas Demandadas, (ii) el Sr. Ruperto (persona que suscribió únicamente la hoja de firmas del contrato de confidencialidad en representación de las Empresas Demandadas) carecía de poderes de representación, y (iii) bajo leyes españolas, el Sr. Ruperto no es considerado un “factor notorio”, es decir, que por su condición y cargo dentro de la organización de las Empresas Demandadas no se generaba la apariencia de que sea un representante con plenas facultades de representación, claramente él sólo era un técnico profesional de las Empresas Demandadas. Bajo ese contexto, al no ser el Sr. Ruperto un representante con poderes suficientes en las Empresas Demandadas, su firma en dicho contrato de confidencialidad no obliga a las Empresa Demandadas a cumplir con las obligaciones de reserva y confidencialidad establecidas en dicho documento; y adicionalmente a ello, no existen pruebas de que los términos y condiciones del referido contrato de confidencialidad hayan sido negociados entre Maritime S.L.U y las Empresas Demandadas, por lo que en la práctica ha sucedido que el Sr. Ruperto (sin poderes de representación) firmó un contrato de confidencialidad unilateralmente preparado por Maritime S.L.U (según los hechos y declaraciones del Caso Legal 1, el Sr. Ruperto señaló que no tenía conocimiento de que estaba firmando un contrato que obligaba a las Empresas Demandadas en tanto que sólo se le proporcionó la hoja de firmas del mismo, sin el texto completo, y que además él como técnico nunca firmó contratos, sólo documentos técnicos y, por ello, pensó que dicha hoja de firmas estaba relacionada con un documento técnico).

Con relación al Caso Legal 1 antes señalado, queda claro que Maritime S.L.U se representó a sí misma que verdaderamente había celebrado un contrato de confidencialidad con las Empresas Demandadas, y en esa creencia, procedió a compartir su información confidencial a las Empresas Demandadas. Sin embargo, Maritime S.L.U no fue diligente y no se cercioró de que en esencia se

haya suscrito un contrato de confidencialidad válido y vinculante, por tanto, ha sucedido que Maritime S.L.U entregó su información confidencial a las Empresas Demandadas sin que exista un Acuerdo de Confidencialidad negociado y firmado, y en esa medida, tampoco existen obligaciones de confidencialidad que sean exigibles a las Empresas Demandadas. En ese sentido, aquí la problemática se acentúa, en tanto que Maritime S.L.U al parecer sufrió un daño por haber las Empresas Demandadas aprovechado su información confidencial para otros fines, y ante dicho supuesto Maritime S.L.U no tiene un sustento legal materializado en un contrato que permita reclamar incumplimientos contractuales, penalidades ni daños específicos en contra de las Empresas Demandadas. Entonces, el único camino viable sería tratar de argumentar una responsabilidad precontractual, que como indicamos es difícil de probar. Luego de analizar este Caso Legal 1, se llega a la conclusión de que el mismo tiene características que son realmente aplicables al caso peruano; y por tanto, la problemática identificada en el Caso Legal 1 pueda llegar a trasladarse al caso peruano; en efecto, el hecho de no contar con factores de negociación contractual y la falta de poderes suficientes del representante hacen que no se celebre válidamente un Acuerdo de Confidencialidad; lo cual genera que la información compartida por la “Empresa Objetivo” entendida como el que comparte su información confidencial, se encuentre altamente desprotegida sin poder la Empresa Objetivo exigir remedios contractuales. Teniendo este caso como ejemplo, resulta válido afirmar sobre la importancia de suscribir un Acuerdo de Confidencialidad válido y vinculante, caso contrario, los eventuales Daños que pudiera sufrir la Empresa Objetivo podrían ser difícilmente resarcidos, tal como se desprende del Caso Legal 1.

Por otro lado, y ya en la práctica legal y comercial, en otras jurisdicciones como en Estados Unidos y Reino Unido, las relaciones comerciales vinculadas con el intercambio de información confidencial son mucho más dinámicos que el de Perú. En ese sentido, existe una clara interiorización por el “resguardo” y “cuidado” de la información confidencial, por lo que es bastante común la firma de Acuerdos de Confidencialidad. Evitar riesgos es la clave en dichas jurisdicciones. Por ello, se negocia con mucha intensidad los términos de Acuerdos de Confidencialidad, a fin de tener una orientación sobre el uso y tratamiento de la información

confidencial y sobre las consecuencias legales por un eventual incumplimiento de los Inversionistas.

En efecto, de acuerdo a la página web de Global Negotiator (que es de difusión genérica en todo el mundo), se establece que los contratos más usados y negociados en Estados Unidos son los siguientes (bajo el siguiente orden de preferencia):

- 1) Contratos de Distribución Exclusiva;
- 2) Contratos de Distribución No Exclusiva;
- 3) Contratos de Distribuidor Autorizado;
- 4) Contrato de Representante de Ventas;
- 5) Contratos de Servicios de Consultoría;
- 6) Contratos de Servicios de Mantenimiento;
- 7) Contratos de Fabricación;
- 8) Contratos de Licencia de Marca; y,
- 9) **Contratos de Confidencialidad.**

Así, los contratos de confidencialidad (Acuerdos de Confidencialidad bajo este trabajo de investigación) se utilizan por empresas que hacen negocios en Estados Unidos para proteger la información confidencial (comercial, financiera, tecnológica) que deben suministrar durante las negociaciones que están llevando a cabo en el país (**GlobalNegotiator, 2010**). Lo anterior, demuestra el nivel de diligencia que tienen las partes (en Estados Unidos) cuando se está en la etapa de negociaciones, por lo que el resguardo de información confidencial resulta sumamente importante.

En el Perú no se ha realizado una reflexión cuantitativa y cualitativa entorno al uso de contratos en la práctica legal. No obstante, desde mi opinión de abogado corporativo, en el Perú el uso de Acuerdos de Confidencialidad no es una práctica generalizada, y si hubiese un ranking, es altamente probable que los Acuerdos de Confidencialidad no aparezcan en las primeras listas. He allí que se observa una gran diferencia entre nuestra jurisdicción local y la anglosajona, en donde de antemano se concibe a la información confidencial como un componente de “valor” que debe

ser protegido a toda costa; siendo estrictamente necesario redactar un documento legal que establezca y derechos y obligaciones entorno a la información confidencial a ser compartida. En Estados Unidos prevalece la idea de contratos escritos que pongan en evidencia el negocio a implementar, de manera que quede claro para todas las partes. En esa línea, los Acuerdos de Confidencialidad siempre serán por escrito, a fin de evitar cualquier tipo de incertidumbre asociada al uso y tratamiento de la información confidencial.

En ese marco, en Estados Unidos (al igual que en nuestra jurisdicción) se establece el carácter implícito que los contratos se negocien con “buena fe”. Requisito indispensable. Por ello, ante cualquier ruptura de negociaciones (en la medida de haber suscrito un Acuerdo de Confidencialidad), siempre permanecerá esa obligación de mantener en reserva la información confidencial. Bajo el *Common Law* (en Estados Unidos), la “buena fe” juega un papel preponderante, en esa medida es mucho más fácil requerir el cumplimiento al deber de confidencialidad y por tanto, el receptor de la información confidencial debe estar más atento a fin de dar cumplimiento a ese deber, caso contrario, las imputaciones de responsabilidad se harán efectivas en su contra; y claro está que en la jurisdicción anglosajona la determinación de Daños y/o penalidades son mucho más graves y cuantiosas que en Perú.

En suma, en la jurisdicción anglosajona, existe un interés elevado en que se cuide la información confidencial de las partes contratantes. Por ello, se prefiere contratos escritos y cuyo objeto sea el uso y tratamiento de la información confidencial. Bajo esa perspectiva, es que la negociación y suscripción de Acuerdos de Confidencialidad es algo habitual en dicha jurisdicción, tanto así que los Acuerdos de Confidencialidad están entre los contratos más usados y difundidos. Aquí en Perú, aún no se llega a ese nivel de madurez, puesto que aún no se generaliza la idea de proteger la información confidencial, sobre todo si estamos entre partes no sofisticadas (conforme a lo expresado en el numeral 2 anterior).

Por otro lado, en la legislación española, es posible encontrar una regulación exhaustiva entorno a las obligaciones de confidencialidad. Así, de forma general, son aplicables las normas del Código civil y, particularmente, las relativas a la autonomía de la voluntad (artículo 1255) y a la validez de los contratos (artículos 1261 a 1277). Además, la obligación de confidencialidad y

sus consecuencias, bajo regulación española, se encuentran reguladas, entre otras, en las siguientes normas (**Wonder.Legal, 2010**):

- Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (artículo 13).
- Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (artículos 5, 20.2, 54.2 y 65, así como la jurisprudencia aplicable).
- Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (artículo 232).
- Código penal (artículos 197 a 200 y 278, de acuerdo con los cuales el incumplimiento del deber de secreto puede constituir un delito en algunos casos).

De esta manera se puede observar, que además de regulado en los Acuerdos de Confidencialidad, en la práctica española se tiene una serie de normativas que dan más contenido al deber de confidencialidad y que permiten exigir esa diligencia entorno al uso de la información confidencial. En esa medida, en España, se tiene un mejor resguardo de la información confidencial, puesto que se tiene un cuerpo normativo que hace posible exigir el cumplimiento al deber de confidencialidad (en adición, por supuesto, a lo establecido en los Acuerdos de Confidencialidad firmados). Esta situación no la vemos en nuestra jurisdicción nacional, en tanto que no se ha diseñado lineamientos legales específicos que traten sobre el uso y contenido de la información confidencial suministrada. En ese sentido, el avance legislativo es pobre en nuestro país, en comparación a lo ya emitido en España sobre la reserva y secreto de la información confidencial. Por tanto, en adición a los acuerdos escritos, no se tiene un sustento legal que permita mañana más tarde poder invocar alguna referencia normativa que apoye una posición jurídica sobre un potencial reclamo respecto al incumplimiento al deber de confidencialidad (el único caso viable sería la LRCD en su artículo 13a). En el Perú, sólo se está a lo pactado entre las partes y la LRCD en su artículo 13a; lo cual sin duda llama la atención y tal vez podría pensarse en la necesidad de comenzar a establecer nuevas normativas relacionadas con la obligación de confidencialidad y de secreto durante el acceso a informaciones confidenciales, tal como sucede en España.

En conexión con lo anterior, es importante también mencionar un caso legal adicional, en donde sí se acreditó la existencia legal de un contrato de confidencialidad firmado; no obstante ello, por regulaciones legales específicas no se produjo un acto de competencia desleal, y por ende, dicho camino quedó cerrado. Por tanto, allí se evidencia la necesidad de tener un contrato o Acuerdo de Confidencialidad firmado, dado que si la vía del acto de competencia desleal es desestimado, por lo menos se tiene un resguardo contractual. En efecto, en virtud a la Sentencia N° 003-2011 emitida por la Superintendencia de Industria y Comercio de la República de Colombia de fecha 10 de febrero de 2011 bajo el Expediente 06070677 (en conjunto, el “Caso Legal 2”), se estableció que (i) sí existió un contrato de confidencialidad entre Distribuidora Comercial Patria Ltda (como demandante) y Medina Inox S.C.S. (como demandado y receptor de la información confidencial consistente en temas comerciales de clientes), (ii) Medina Inox S.C.S. en efecto cometió un acto de competencia desleal para capturar los clientes de Distribuidora Comercial Patria Ltda y ese hecho tomó lugar el 1 de enero de 2002, (iii) el acto de competencia desleal tiene un plazo de prescripción de tres (3) años desde que se produce el acto de competencia desleal, y (iv) Distribuidora Comercial Patria Ltda presentó su demanda el 18 de julio de 2006, por lo cual el acto de competencia desleal de Medina Inox S.C.S. (realizado el 1 de enero de 2002) habría prescrito, y por tanto, la demanda interpuesta por Distribuidora Comercial Patria Ltda quedó desestimada.

Conforme al presente Caso Legal 2, por regulación específica el acto de competencia desleal de Medina Inox S.C.S., consistente en usar la información confidencial de Distribuidora Comercial Patria Ltda, habría prescrito por lo cual ésta última no podría activar un derecho de reclamo bajo la legislación de competencia desleal. En consecuencia, el único camino disponible para reclamar los daños sufridos sería a través de su contrato de confidencialidad firmado. El Caso Legal 2 no se pronuncia sobre la alternativa de reclamar los daños bajo los términos del contrato de confidencialidad entre Distribuidora Comercial Patria Ltda y Medina Inox S.C.S., no obstante, queda claro que es una posibilidad. Por tanto, como tema de reflexión, es importante mencionar qué hubiera ocurrido si es que no hubiera existido un contrato de confidencialidad o en todo caso si es que el contrato de confidencialidad no hubiera tenido términos que permitan efectivizar un reclamo de Daños o pago de penalidades, la respuesta corta sería “indefensión”. Así, para evitar dicha indefensión, lo recomendable sería tener un Acuerdo de Confidencialidad claro que permita

identificar claramente el ejercicio de derechos cuando el receptor de la información incumple sus obligaciones de confidencialidad.

En el caso peruano, no vemos una práctica generalizada entorno al uso de Acuerdos de Confidencialidad, tal vez con mayor incidencia cuando se trata de partes no sofisticadas que no prevén riesgos legales. En este aspecto, estamos lejos a lo que viene siendo usual en Estados Unidos, en donde los Acuerdos de Confidencialidad forman parte de la vida cotidiana si es que se va a intercambiar información confidencial.

Asimismo, en el Perú, prima lo pactado entre las partes respecto a los Acuerdos de Confidencialidad y las disposiciones sobre la LRCO. Ante ello, podría ser insuficiente lo que las partes se representaron como importante, y en esa medida debería existir una serie de normativas que puedan aclarar y dar sustento a una posición jurídica (cuando estamos hablando del deber de confidencialidad). Un claro ejemplo de ello, se encuentra en España, en donde además de la autonomía de la voluntad de las partes, existen regulaciones imperativas que tratan sobre el deber de confidencialidad, y que en caso de vacío contractual, estas regulaciones aplican. Sin duda, un efecto de esa naturaleza sería beneficioso para las partes.

#### **IV. CAPÍTULO 3:    “DISCUSIÓN”**

##### ***3.1) Importancia de los Acuerdos de Confidencialidad***

En base a lo expuesto en el Caso Legal 1 anterior, la empresa Maritime S.L.U se encuentra en un estado de indefensión legal (por su falta de diligencia), por cuanto en la realidad jurídica no existe un Acuerdo de Confidencialidad válido y vinculante que genere obligaciones de confidencialidad exigibles a las Empresas Demandadas. Tal es así que, los jueces de Barcelona (España) a través de la Sentencia de Segunda Instancia proceden a denegar cualquier tipo derecho contractual de Maritime S.L.U, así como la posibilidad de que ésta última reclame daños bajo un Acuerdo de Confidencialidad. Así, se denotan las consecuencias “nefastas” de compartir

información confidencial y secretos empresariales a un tercero, sin antes estar seguros de tener algún contrato válido y vinculante sobre el suministro de información. En este escenario, al no existir un deber de reserva causalizado en un contrato, el Inversionista estaría en la posibilidad de divulgar y/o explotar la información confidencial, en tanto que esta al no estar sujeta al deber de confidencialidad ni marcada como secreto empresarial es de índole “pública”, o sea, de libre uso. Bajo esa perspectiva, como bien se mencionó anteriormente, aquí no existirá un acto de violación de secretos empresariales amparado bajo la LRCD, por cuanto el Inversionista podría válidamente argumentar que recibió información no marcada como secreto empresarial. En consecuencia, en el caso de particular de Maritime S.L.U (como Empresa Objetivo bajo nuestro trabajo de investigación) ésta sufre Daños por el uso de su información confidencial por parte de su contraparte, y carece de instrumentos legales que le permitan reclamar los posibles incumplimientos y/o Daños, por lo que sólo queda como alternativa explorar y desarrollar una responsabilidad precontractual de parte del Inversionista como receptor de la información; lo cual sin duda involucra muchos esfuerzos, costos y tiempo ante los jueces que sean competentes.

En ese sentido, es clara la importancia y necesidad de los Acuerdos de Confidencialidad, de cara a la Empresa Objetivo, toda vez que permiten reducir “riesgos legales” por la entrega y uso de su información confidencial, y en consecuencia, se trata de minimizar lo más posible el impacto o generación de “Daños” y “Costos” de transacción (gastos por contratar abogados, costos notariales y costos por procesos judiciales) por iniciar el camino del reclamo de Daños por parte de la Empresa Objetivo. En efecto, contar con Acuerdos de Confidencialidad hace que las partes sepan de antemano qué consecuencias les aplicarían por un uso indebido de la información confidencial (sanciones económicas variables o fijas, ejecución de garantías- de haberse pactado-, reclamos en sede de arbitraje, comúnmente pactada). Bajo ese marco, existe mayor claridad para la Empresa Objetivo, en el sentido que, de existir un incumplimiento de obligaciones de confidencialidad de los Inversionistas, la Empresa Objetivo ya tendría conocimiento sobre qué figuras legales aplicar y su sede de resolución de conflictos, haciendo que sus riesgos legales sean menores.



Por otro lado, el hecho de no contar con Acuerdos de Confidencialidad (conforme a lo expuesto en el Caso Legal 1) implicaría que (i) no existe seguridad jurídica entorno al uso y tratamiento de la información confidencial de la Empresa Objetivo (es decir, ninguna de las partes tendría claro sus derechos y obligaciones entorno a la información confidencial), (ii) de detectarse un uso indebido de la información confidencial por parte de los Inversionistas, la Empresa Objetivo no tendría remedios contractuales que le permita exigir determinados conceptos a su favor (como por ejemplo, no habría penalidades, consecuencias por incumplimiento, sede de arbitraje en caso de conflicto, etc), y (iii) la Empresa Objetivo tendría que probar el Daño causado en su contra a través de la figura de la responsabilidad precontractual, así como demostrar que se vulneró un deber de confidencialidad y el monto del perjuicio causado, todo ello dentro de la sede judicial (lo cual implicaría iniciar un proceso judicial que, a todas luces, en el Perú no es rápido por la carga procesal que es conocimiento público, y además, los costos y gastos por iniciar dicho proceso se amplifican). Por ello, el camino que la Empresa Objetivo tiene que seguir a efectos de hacer valer su “derecho” se torna complicado por las cuestiones legales antes señaladas, así como por el hecho de transitar por una sede judicial que, de público conocimiento, no es muy eficiente.

Así las cosas, se evidencian las ventajas y desventajas que se suscitan por contar o no contar con Acuerdos de Confidencialidad. Desde el punto de vista conceptual y práctico, la Empresa Objetivo reduce enormemente sus “riesgos” cuando existe realmente un Acuerdo de Confidencialidad, mientras que si no existiera este acuerdo firmado el riesgo se expone con más fuerza y la idea de “Daños” se aproxima en contra de los intereses de la Empresa Objetivo. En consecuencia, como se dice en el argot financiero-legal en Estados Unidos es un “*no-brainer*” es decir, resulta totalmente razonable sugerir que las Empresas Objetivo suscriban Acuerdos de Confidencialidad, por cuanto les beneficia y los ponen en una mejor posición legal en caso exista un incumplimiento de obligaciones al deber de confidencialidad por parte de los Inversionistas.

### **3.2) *La naturaleza jurídica de los Acuerdos de Confidencialidad***

Claramente los Acuerdos de Confidencialidad no tienen una regulación legal específica en nuestro Código Civil peruano, lo cual hace que sean considerados como un contrato “atípico”. Esta atipicidad no quiere decir que no exista ningún parámetro legal aplicable a los Acuerdos de Confidencialidad; al contrario, sí existen y se aplican bajo un orden de prioridad.

Es indudable, y se ha demostrado a lo largo del presente trabajo de investigación, que los Acuerdos de Confidencialidad son instrumentos jurídicos que se utilizan con mucha frecuencia; para evaluar las Transacciones de venta de empresas (que atañe al presente trabajo), así como para otros objetivos vinculados con otras operaciones comerciales, por ejemplo, celebrar futuros contratos asociativos, contratos de financiamiento, entre otros.

Como bien se indicó en este trabajo, en un ranking prestigioso de los Estados Unidos los Acuerdos de Confidencialidad ocupan el puesto N° 9 de los contratos más utilizados. Queda claro pues que los Acuerdos de Confidencialidad poseen un uso difundido en los mercados internacionales. No obstante, también es importante anotar que el contenido legal del mismo podría variar según las jurisdicciones en las que se celebren. Las pautas que se utilicen dependen del lugar donde las partes lo negocien; esto quiere decir, que no sólo estamos frente a acuerdos bastante utilizados, sino que estamos frente a acuerdos cuyo contenido legal podría tener ciertas particularidades según la jurisdicción en la que nos encontremos (y ello se da por los usos y costumbres de cada jurisdicción).

Bajo ese entendimiento, sería correcto afirmar que los usos y costumbres de cada localidad podrían formar parte de los Acuerdos de Confidencialidad. He aquí lo “típico” de su uso en un entorno “social”; así las cosas se denominan comúnmente a los Acuerdos de Confidencialidad como contratos “atípicos” pero con tipicidad social. En efecto, queda claro que la autonomía privada rige el contenido contractual de los Acuerdos de Confidencialidad (las partes pactan libremente el contenido, pero siempre respetando las normas imperativas, las buenas costumbres y el orden público). Pero también es cierto que la voluntad de las partes puede que no se ponga en todos los supuestos posibles, ante ese vacío contractual, es que viene aplicar los “usos y costumbres”, que se incorporan al contrato para dar solución legal a dicho vacío. Como bien se mencionó, estos “usos y costumbres” varían según la jurisdicción en la que nos encontremos; la

cuestión es cómo aterrizarlo a la realidad del contrato. Ante dicha incertidumbre, es que se suele recurrir a las fuentes del derecho, como son la jurisprudencia y la doctrina (bajo una primera óptica se busca la aplicable al territorio nacional en donde se celebró el Acuerdo de Confidencialidad, de no tener algún tipo de respuesta, se recurrirá a la jurisprudencia y doctrina internacionales).

La realidad es que en muchas ocasiones es complejo identificar dichos “usos y costumbres”, y en ese marco, es socialmente aceptable que se acuda a la regulación legal aplicable a los “contratos en general”, a efectos de poder solucionar el vacío contractual de los Acuerdos de Confidencialidad; y si el problema persiste, como última *ratio* se podrá revisar y aplicar las reglas legales sobre obligaciones de “dar”, “hacer” o “no hacer” derivadas del Código Civil peruano (en nuestro caso).

### **3.3) *Los Acuerdos de Confidencialidad como generador de obligaciones***

La autonomía privada-contractual es el elemento principal de los Acuerdos de Confidencialidad, de modo tal que son las mismas partes quienes establecen si se crearán obligaciones o no. Así, las mismas partes pueden acordar celebrar un Acuerdos de Confidencialidad (con contenido obligacional o no), y dependiendo de ello, es que se generarán todas las implicancias legales vinculadas con los riesgos que se han desarrollado en este trabajo de investigación.

Por supuesto, si las partes acuerdan que se generen obligaciones, por ejemplo obligaciones de mantener confidencialidad y reserva de la información de la Empresa Objetivo, el incumplimiento de las mismas por los Inversionistas desplegará una serie de consecuencias establecidas en dicho contrato (penalidades, ejecución de garantías, y demás consecuencias pactadas), incluyendo la aplicación de un mecanismo de solución de controversias previamente pactado, como comúnmente es el arbitraje.

Por el contrario, si las partes deciden que sólo el Acuerdo de Confidencialidad contenga deberes de conducta, “pacto entre caballeros” y/o realización de mejores esfuerzos (es decir, no

obligaciones), entonces cualquier uso indebido de la información confidencial por parte de los Inversionistas no permitiría a la Empresa Objetivo activar una serie de remedios contractuales y legales que evitarían o por lo menos mitigarían el Daño o el potencial Daño sufrido o a ser sufrido por la Empresa Objetivo por dicho mal uso. Esto no quiere decir que las normas legales desprotejan a la Empresa Objetivo, el tema central aquí es que las normas aplicables disponibles no serían tan eficientes, como tener remedios contractuales que de antemano establezcan los lineamientos y consecuencias de un incumplimiento contractual. En efecto, es mejor discutir la aplicabilidad de una penalidad ya pactada por las partes (bajo un Acuerdo de Confidencialidad con contenido obligatorio), que discutir (bajo un Acuerdo de Confidencialidad sin contenido obligatorio) la generación de un Daño producto de una falta de deber de cuidado y el monto dinerario vinculado con el Daño; este último supuesto, sin duda alguna, es un camino más largo que hace más difícil proteger los intereses de la Empresa Objetivo.

Así las cosas, vale aclarar que cuando estamos hablando de un Acuerdo de Confidencialidad sin contenido obligatorio, nuestro Código Civil peruano entorno a la figura de “contratos” **no** podría ser aplicable a este tipo de acuerdos, por el principio máximo de que el objeto de los contratos en el Perú consiste en crear, modificar o extinguir “obligaciones” (conforme al artículo 1402 del Código Civil peruano). Entonces, aquí vemos una gran desventaja, pues cuando las partes deciden no dar un contenido obligatorio a estos acuerdos, toda la arquitectura legal concebida (en el Código Civil) para los “contratos” y “obligaciones” **NO** podría ser aplicable en caso de vacío o en caso de una falta a algún deber. En pocas palabras, un Acuerdo de Confidencialidad sin obligaciones pactadas, no es considerado un “contrato” para efectos de las leyes peruanas, y por ende, las reglas y provisiones legales peruanas no serían aplicables a estos acuerdos sin contenido obligatorio.

En consecuencia, el hecho de pactar un Acuerdo de Confidencialidad sin contenido obligatorio, sin duda eleva el riesgo legal de Daños en contra de la Empresa Objetivo (por no haber un resguardo en la ley). Por tanto, para proteger los intereses de la Empresa Objetivo es conveniente pactar un Acuerdo de Confidencialidad con obligaciones como contenido.

Conforme a lo explicado anteriormente, ya es posible interiorizar las diferencias/ventajas/desventajas/ de la figura del Acuerdo de Confidencialidad con obligaciones y

sin obligaciones. Hecha la aclaración, y en base a la prioridad de reglas aplicables a los Acuerdos de Confidencialidad (descrita en la sección (ii) anterior), es posible señalar que únicamente a los Acuerdos de Confidencialidad (con contenido obligatorio) le es aplicable la escala de reglas conformadas por lo siguiente a falta de acuerdo de partes:

- (1) Reglas sociales (usos y costumbres);
- (2) Reglas de contratos en general; y,
- (3) Reglas sobre obligaciones de “dar”, “hacer” y “no hacer”.

La razón de ello es que estas reglas provienen de la regulación, en su mayoría, del Código Civil peruano relacionado con los “contratos”, y como ya se indicó, únicamente el Acuerdo de Confidencialidad (con contenido obligatorio) sería considerado un “contrato” bajo la normativa civil peruana.

#### ***3.4) Los Acuerdos de Confidencialidad y la entrega de información confidencial no obliga la adquisición de acciones de la Empresa Objetivo.***

En el marco de una potencial Transacción, resulta indudable el papel preponderante de los Acuerdos de Confidencialidad, pues son el mecanismo legal que permite la entrega de información confidencial de la Empresa Objetivo en favor de los Inversionistas, bajo ciertas condiciones y límites establecidos en el mismo acuerdo.

Así, el hecho de tener estos Acuerdos de Confidencialidad (con contenido obligatorio) permiten reducir los riesgos legales entorno a un uso indebido de la información confidencial. Esa es la funcionalidad principal como se ha indicado a lo largo de este trabajo. No obstante, de otro lado, y yendo un paso más allá, los Acuerdos de Confidencialidad en realidad están ligados a otros documentos legales que forman parte integrante de una sola Transacción, que se finiquita a través de la suscripción de los contratos de compraventa de acciones.

Bajo ese entendido, podría decirse entonces que los Acuerdos de Confidencialidad forman parte de un iter contractual de negociación y pre contractual y que concluye con la firma de los contratos de compraventa de acciones. En esa línea, se podría argumentar que el hecho de suministrar la información confidencial bajo los Acuerdos de Confidencialidad obligaría entonces a “Cerrar” la Transacción hasta llegar al final de la etapa que son los referidos contratos de compraventa. Mi posición respecto a lo anterior sería “No”, salvo que producto de la voluntad contractual de las partes, éstas se hayan representado que negociar y suscribir un Acuerdo de Confidencialidad necesariamente implica “Cerrar” la Transacción.

En efecto, según lo expuesto en este trabajo, la autonomía privada y la libertad contractual de las partes rigen los Acuerdos de Confidencialidad. Y si de la voluntad contractual de las partes se identifica una clara intención de Cerrar la Transacción, pues ello debería aplicar. Pero, si estamos frente un Acuerdo de Confidencialidad regular cuyo objeto principal es la entrega de información confidencial (para evaluar la Transacción) entonces no podría interpretarse que el fin ulterior es Cerrar la Transacción. Por tanto, siempre prima la voluntad declarada de las partes en el Acuerdo de Confidencialidad, siendo la regla general que el objeto es suministrar la información confidencial y evaluarla y luego mantenerla en reserva por un plazo determinado, nada más; y la regla especial es que las partes, en adición al tema de envío de información confidencial y obligaciones de reserva, expresamente hayan acordado bajo el Acuerdo de Confidencialidad que es intención de las partes Cerrar la Transacción y, por ende, ante ese escenario especial sería posible exigir la compra de las acciones de la Empresa Objetivo.

### 3.5) *Propuesta*

En base a lo expuesto en el presente trabajo de investigación, es altamente recomendable suscribir Acuerdos de Confidencialidad antes de suministrar información confidencial de la Empresa Objetivo, todo ello a efectos de que los derechos de la Empresa Objetivo puedan estar salvaguardados y se reduzcan los riesgos legales de compartir dicho tipo de información a terceros. No obstante ello, no sólo basta con recomendar suscribir Acuerdos de Confidencialidad, sino que resulta necesario marcar ciertas particularidades que estos Acuerdos deben tener a efectos de que su uso pueda proteger los intereses de la Empresa Objetivo. Así, se denotan “riesgos legales” por tener un Acuerdo de Confidencialidad insuficiente; es decir, con una carencia de cláusulas,

obligaciones y derechos específicos que realmente permitan resguardar los derechos de la Empresa Objetivo. A continuación, algunas notas características que deben contener los Acuerdos de Confidencialidad para maximizar la protección legal de las Empresas Objetivo, y así reducir dichos “riesgos legales”:

(i) Pactar Acuerdos de Confidencialidad (con contenido obligacional)

Para tener un acuerdo o contrato con efecto vinculante basta que las partes lo dispongan así, pero además de ello resulta conveniente establecer que este acuerdo genera y generará “obligaciones”. De esta forma, a los Acuerdos de Confidencialidad (como contrato atípico) les será aplicable también las reglas de “contratos” y “obligaciones” de nuestro Código Civil peruano. Caso contrario, es decir de no pactar obligaciones, estaríamos frente a un acuerdo que no tendría un respaldo legal bajo el referido Código Civil (en tanto que no sería considerado como un contrato bajo nuestra normativa), y ello sin duda alguna no es conveniente, pues traería más incertidumbre sobre el contenido del acuerdo y el despliegue de sus efectos entre las partes, y por sobre todo, haría más difícil poder ejercer los derechos y reclamar los Daños sufridos por la Empresa Objetivo.

En ese sentido, a efectos de tener claros los derechos y obligaciones de las partes bajo los Acuerdos de Confidencialidad (además de lo que se pacta expresamente) es altamente recomendable acordar un Acuerdo de Confidencialidad con “contenido obligacional” para realmente estar frente a la figura de un acuerdo (atípico) que tiene un resguardo y respaldo en nuestro Código Civil peruano, pues lo categoriza como un contrato en general. En concreto, indispensable establecer obligaciones de confidencialidad y reserva de la información confidencial por parte de los Inversionistas, ello es clave para la Empresa Objetivo a efectos de reducir sus riesgos legales ya antes explicados.

(ii) Establecer en los Acuerdos de Confidencialidad que “todo” es confidencial

Las partes bajo su autonomía privada y libertad contractual pueden establecer que toda la información compartida durante la vigencia de los Acuerdos de Confidencialidad es “confidencial” y por ende sujeta a las obligaciones de confidencialidad de los Inversionistas.

Por otro lado, también es usual establecer que la Empresa Objetivo indicará y marcará que cierta información tendrá calidad de “confidencial” y “no confidencial” antes de compartirla con los Inversionistas.

Ambos supuestos son muy usuales. No obstante, si el objetivo es reducir los riesgos legales, sería conveniente también reducir a la mínima expresión posible cualquier tipo de incertidumbre con relación al envío y uso de la información de la Empresa Objetivo y ello se daría cuando establecemos de antemano (desde ya) que cualquier información que sea compartida con los Inversionistas tiene calidad de “confidencial” y además es considerada como un “secreto empresarial” conforme a la LRCD. Así, no podría existir ningún tipo de discusión sobre si cierta información no es confidencial y por tanto de libre uso y disposición de los Inversionistas.

Tiene todo el sentido del mundo. Si optamos por la otra alternativa de que la Empresa Objetivo, cada vez que sea necesario, marque la información confidencial, podría ocurrir que un alto funcionario de la Empresa Objetivo cometa un error y considere que cierta información no es confidencial y por tanto no la marque como confidencial y la comparta así con los Inversionistas. Ello generaría un grave problema, pues para los accionistas de la Empresa Objetivo tal vez aquella información compartida sí es confidencial, sin embargo, los Inversionistas legítimamente tienen una información que no fue marcada como confidencial y por tanto sería de libre uso para ellos. Para evitar lo anterior, lo más sano y eficiente es establecer en el Acuerdo de Confidencialidad que absolutamente toda la información que sea remitida por la Empresa Objetivo a los Inversionistas es “confidencial” y considerada como “secreto empresarial” para los fines de la LRCD; y por tanto sujeta a las obligaciones de confidencialidad de los Inversionistas.

(iii) Establecer plazos de vigencia en los Acuerdos de Confidencialidad



Como en todo contrato (sea típico o atípico) es natural establecer un plazo de vigencia del mismo. En este caso, tenemos una particularidad porque tenemos la vigencia del Acuerdo de Confidencialidad y la vigencia de las obligaciones de confidencialidad de los Inversionistas (es decir, existe una dualidad de vigencias que – como sugerencia – sería importante tratar y regular en los Acuerdos de Confidencialidad).

En efecto, en un primer término, tenemos a la vigencia de los Acuerdos de Confidencialidad (es decir, hasta qué momento o fecha es que se encontrará vivo el Acuerdo de Confidencialidad). Mientras esté vigente el Acuerdo de Confidencialidad, todo el contenido del mismo también está vivo, lo cual quiere decir que el Inversionista puede seguir solicitando información para evaluar la Transacción y la Empresa Objetivo debe seguir compartiendo aquella información confidencial; y mientras tanto los Inversionistas deben cuidar esa información, pues cuando esa vigencia termine, la información confidencial recibida tiene que ser devuelta o ser destruida (a solicitud de la Empresa Objetivo).

En un segundo término, se encuentra la vigencia de las obligaciones de confidencialidad y reserva de los Inversionistas. Ese punto es clave, pues mientras estas obligaciones de confidencialidad estén vigentes, los Inversionistas deben mantener la confidencialidad de la información recibida, y así los derechos de la Empresa Objetivo se encontrarán resguardados. Como es lógico, estas obligaciones de confidencialidad deberían estar vigentes mientras el Acuerdo de Confidencialidad también se encuentre vigente; el detalle aquí y que es una práctica generalizada, se suele pactar que estas obligaciones de confidencialidad permanecerán vigentes incluso luego de la terminación o el vencimiento del plazo de los Acuerdos de Confidencialidad. Ello quiere decir que, una vez terminado o vencido el plazo del Acuerdo de Confidencialidad (este ya deja de tener existencia), sobreviven las obligaciones de confidencialidad de los Inversionistas por un plazo adicional, dependiendo de la Transacción, se suele pactar entre un año (como mínimo) y hasta diez años (como máximo). Claro está que la excepción al plazo de las obligaciones de confidencialidad es que la Empresa Objetivo sea vendida a dichos Inversionistas, con lo cual ya no resultaría lógico mantener vigente las obligaciones de confidencialidad, dado que esa información ahora le pertenece a los Inversionistas por haber adquirido la Empresa Objetivo.

Bajo el marco de lo anterior, es sumamente recomendable que el Acuerdo de Confidencialidad a ser firmado tenga (i) un plazo específico de vigencia del Acuerdo de Confidencialidad como texto contractual, y (ii) un plazo determinado para las obligaciones de confidencialidad de los Inversionistas, las cuales estarán vigentes durante el plazo del Acuerdo de Confidencialidad y se prolongarán en el tiempo inclusive después de la terminación o vencimiento del Acuerdo de Confidencialidad.

(iv) Mecanismos que permitan salvaguardar la información confidencial

Durante la vigencia de los Acuerdos de Confidencialidad y/o de las obligaciones de confidencialidad de los Inversionistas, podría suceder que una autoridad gubernamental solicite a los Inversionistas que le comparta dicha información confidencial recibida. Las razones de dicha solicitud pueden ser varias, como por ejemplo que una autoridad esté realizando una fiscalización a la Empresa Objetivo y dado que el Inversionista posee la información se la piden a éstos últimos.

El tema aquí es que, si los Inversionistas entregan la información confidencial a la autoridad, en teoría se generaría un incumplimiento de las obligaciones de confidencialidad por parte de los Inversionistas; sin embargo, es una regla social generalizada que cuando una autoridad gubernamental pide información, la entrega de la misma no califica como un incumplimiento de las obligaciones de confidencialidad, puesto que si se rehúsa a cumplir con la solicitud de la autoridad, ello también tiene sus implicancias legales nocivas (uno siempre tiene que respetar los requerimientos de las autoridades gubernamentales). Siendo ello así, la solicitud de la autoridad, viene a ser una excepción a las reglas que aplican a las obligaciones de confidencialidad, de manera que la entrega de dicha información a la autoridad no implica un incumplimiento de obligaciones.

Bajo el contexto anterior, nada quita que las partes hagan sus mejores esfuerzos a efectos de mantener la confidencialidad de la información. En esa línea, las partes podrían incorporar mecanismos (es más sería recomendable incorporarlos) que permitan a la Empresa Objetivo mantener la confidencialidad de la información compartida a los Inversionistas. Un mecanismo importante sería establecer que si los Inversionistas reciben un mandato legal de una autoridad gubernamental (ojo un mandato materializado a través de una resolución judicial o administrativa

firme, no cualquier simple solicitud, allí se denota el peso legal), recién allí los Inversionistas tendrían que cumplir con dicho mandato.

No obstante, previo a cumplir con dicho mandato, los Inversionistas deberían comunicar el mandato a la Empresa Objetivo (es decir, poner a conocimiento de la Empresa Objetivo el mandato de pedido de información de la autoridad gubernamental), con el propósito de que la Empresa Objetivo pueda realizar las acciones legales que sean necesarias a efectos de cuidar y mantener la confidencialidad de la información solicitada por la autoridad. En concreto, la Empresa Objetivo podría interponer recursos legales frente a la autoridad que permitan resguardar esa información, de manera que legalmente se pueda denegar dicha entrega a la autoridad gubernamental. El objetivo es claro, los Inversionistas tienen que dar la oportunidad a la Empresa Objetivo a que pueda resguardar su información.

Ahora bien, en caso los recursos legales sean infructuosos, los Inversionistas recién en ese momento tendrían que cumplir con el mandato de la autoridad gubernamental y entregar la información confidencial. Un detalle importante, la Empresa Objetivo está en todo su derecho de solicitar a los Inversionistas que únicamente entreguen a la autoridad la información confidencial específica solicitada por la autoridad, y que no extiendan dicha entrega a partes adicionales de toda la información confidencial enviada por la Empresa Objetivo. Así, si las medidas legales de la Empresa Objetivo no funcionan, por lo menos que los Inversionistas cumplan estrictamente con el mandato y no entreguen información confidencial adicional (esta es una manera de proteger los derechos de la Empresa Objetivo).

(v) Difusión del uso de los Acuerdos de Confidencialidad

Por los motivos antes expuestos, queda claro que es sumamente positivo celebrar Acuerdos de Confidencialidad, sobre todo porque ello beneficia a los intereses y derechos de la Empresa Objetivo. Asimismo, es indudable que los Acuerdos de Confidencialidad forman parte de las actividades comerciales nacionales e internacionales y su uso es socialmente aceptado (tal es así que los Acuerdos de Confidencialidad tienen diversas denominaciones en el mundo, como por ejemplo, convenios de confidencialidad, NDA, entre otros). Si las partes desean dar seguridad

jurídica a su operación, entonces conviene celebrar Acuerdos de Confidencialidad. Al respecto, es correcto que las partes contratantes son los únicos encargados de dar nacimiento a su acuerdo, pero también es cierto que si no se suscribe un Acuerdo de Confidencialidad el más perjudicado es la Empresa Objetivo. Así, el tema es que las partes deciden si celebran o no un Acuerdo de Confidencialidad (depende de ellos), pero no se puede ignorar el hecho que de no existir un Acuerdo de Confidencialidad entonces existirán riesgos legales que eventualmente activarían el aparato estatal (Poder Judicial) para atender los futuros reclamos de la Empresas Objetivo por haber los Inversionistas usado indebidamente la información y generado un Daño a la Empresa Objetivo.

Vale decir, de no existir un Acuerdo de Confidencialidad, tarde o temprano los riesgos legales podrían materializarse en Daños en contra de la Empresa Objetivo; y ello es una cuestión que no puede ser ignorada. Así, a través de los usos y costumbres, así como por la doctrina y jurisprudencia se difunde la importancia de los Acuerdos de Confidencialidad, y en base a dicha difusión las partes verán si desean reducir los riesgos legales o asumir la totalidad de los riesgos legales, cuando compartan su información confidencial a terceros. Por tanto, aquí se debe priorizar la propia autorregulación de las partes, y **no** se requiere la intervención del Estado a través de nuevas normativas o disposiciones legales sobre Acuerdos de Confidencialidad. Así, la propuesta gira entorno a que se trate esta problemática de los riesgos legales y se difunda una correcta utilización de los Acuerdos de Confidencialidad a través de los usos y costumbres, así como por la doctrina; ello con el fin de concientizar al mercado sobre los riesgos legales frente al envío de información confidencial a terceros. El presente trabajo de investigación procura formar parte de dichas herramientas de difusión al mercado.

## **V. CAPÍTULO 4: CONCLUSIONES**

1) Los Acuerdos de Confidencialidad regulan el intercambio de información confidencial de la Empresa Objetivo y establece obligaciones de confidencialidad para el Inversionista como receptor de dicha información. Desde una perspectiva legal, son contratos atípicos conforme al Código Civil peruano y en el mundo tienen un reconocimiento social, por lo cual se le considera

un contrato atípico con tipicidad social, lo cual quiere decir que en caso de vacío contractual aplicarán los usos y costumbres de cada territorio a dicho Acuerdo de Confidencialidad.

2) La información confidencial que es el objeto de los Acuerdos de Confidencialidad engloba a todos aquellos temas vinculados con el negocio de la Empresa Objetivo que requieren ser revisados por el Inversionista para evaluar la Transacción. Sin embargo, existen excepciones a la información confidencial, cuando (i) la misma se convierte en dominio público sin intervención de las partes, y (ii) una autoridad gubernamental solicita que le compartan dicha información confidencial.

3) El uso y tratamiento de la información confidencial por parte del Inversionista debería circunscribirse únicamente para evaluar la Transacción y dicha información debería mantenerse en estricta reserva y confidencialidad por todo el plazo pactado. Por ello, los Inversionistas no estarían autorizados a usar dicha información para beneficio propio o de terceros; así se evita cualquier tipo de afectación a la Empresa Objetivo.

4) Los Acuerdos de Confidencialidad – como instrumento jurídico – permiten regular el intercambio de información confidencial y mantener la reserva de la misma; lo cual genera un “valor” importante para la Empresa Objetivo, pues mientras dicha información se resguarde y no llegue a manos de terceros (no autorizados) el valor de la misma se preserva y así se protege los intereses de la Empresa Objetivo.

5) El hecho de no suscribir Acuerdos de Confidencialidad y suministrar información de carácter confidencial a terceros, podría generar “riesgos legales” en contra de la Empresa Objetivo. Al ser dicha información sumamente valiosa para la Empresa Objetivo y que la misma esté en manos de terceros, existe un riesgo de que sea indebidamente usada para competir, lo cual podría afectar los negocios e inclusive la supervivencia de la Empresa Objetivo.

6) Se pueden identificar dos (2) tipos de actores en los Acuerdos de Confidencialidad. Las “partes sofisticadas” que son conscientes de los “riesgos legales” (por sus conocimientos especializados y experiencia) y por ello procuran suscribir Acuerdos de Confidencialidad; y las

“partes no sofisticadas” que priorizan temas no legales y dejan de lado la firma de los Acuerdos de Confidencialidad, son generalmente micro y pequeñas empresas; por ello la tarea es difundir su uso en este sector de la economía.

7) Los “riesgos legales” de proporcionar información confidencial (sin contar con un Acuerdo de Confidencialidad) pueden derivarse en Daños en contra de la Empresa Objetivo y la forma de remediarlos resulta difícil, haciendo necesario recurrir a la responsabilidad precontractual del Inversionista. Asimismo, existen “riesgos legales” inclusive si se suscriben Acuerdos de Confidencialidad (por tener un contenido insuficiente), y para reducirlos resulta necesario incluir derechos vinculados con penalidades y/o demás garantías a favor de la Empresa Objetivo.

8) La revisión del Caso Legal 1 permite confirmar que resulta complejo activar cualquier tipo de reclamo respecto a la vulneración al deber de confidencialidad, si es que no existe un contrato o acuerdo que regule el intercambio de información y su preservación como confidencial. Por ello, en base a un marco teórico y casos legales existentes, es posible afirmar que la utilización de Acuerdos de Confidencialidad permite proteger en mayor medida la información y los intereses de la Empresa Objetivo.

9) Para estructurar un Acuerdo de Confidencialidad completo y ejecutable que proteja los intereses de la Empresa Objetivo se debería pactar un Acuerdo de Confidencialidad con contenido obligacional; así en caso de vacío contractual aplicarán las demás reglas concedidas en el Código Civil peruano para “contratos” y “obligaciones”.

10) En el marco del intercambio de información confidencial se debería acordar, desde ya, en el Acuerdo de Confidencialidad que toda información a ser compartida es “confidencial”. Por tanto, de esta forma se evitaría entrar en discusiones sobre si cierta información es confidencial o no. El objetivo es agilizar el intercambio de información, sin desproteger los intereses de la Empresa Objetivo.

11) Los Acuerdos de Confidencialidad tienen una doble función en términos de plazos; el primero es el plazo determinado durante el cual la Empresa Objetivo debe compartir su

información confidencial; y el segundo es el plazo por el cual permanecerán vigentes las obligaciones de confidencialidad de los Inversionistas, inclusive luego del vencimiento o resolución del Acuerdo de Confidencialidad.

12) Los Acuerdos de Confidencialidad son usados cotidianamente en el mundo, con ciertas particularidades según el sector económico-social en el que las partes se encuentren; por ello se les califica como contratos atípicos con tipicidad social. Así, las partes son los que mejor conocen sus intereses y en base a ello acordarán o no la suscripción de Acuerdos de Confidencialidad. De esta forma, y como se viene desarrollando, el mercado aquí se autorregula por sí solo, por lo que el mismo mercado en cada sector verá si es necesario o no contar con Acuerdos de Confidencialidad (a fin de “reducir riesgos legales” o “asumir riesgos legales”), y en ese sentido, **no** se requiere que el Estado intervenga a través de nuevas normativas o disposiciones legales sobre el contenido de Acuerdos de Confidencialidad. Los usos y costumbres, así como la doctrina y jurisprudencia en general fungen como difusores del nivel de importancia que tienen los Acuerdos de Confidencialidad, y en base a dicha difusión los agentes económicos determinarán bajo sus propios intereses si desean reducir los riesgos legales o asumirlos en su totalidad, cuando se trate de compartir su información confidencial a terceros.

*(siguiente página se encuentran las fuentes bibliográficas)*

## Fuentes Bibliográficas:

- Elías Laroza, E. (1999). Derecho Societario Peruano (1.a ed., Vol. 3). Trujillo, Perú: Editora Normas Legales S.A.
- Ortega Piana, Marco Antonio (2001). Contratos nominados e innominados, típicos y atípicos, y su relación con las normas legales. IUS ET PRAXIS (97-110). Recuperado de <https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2001.n032.3636>
- Soria Aguilar, Alfredo F. / Osterling Letts, Madeleine (2014). Contratos Modernos Elementos esenciales y reglas aplicables para acuerdos comerciales. Editorial UPC (15-49).
- Kluwer, Wolters (2018). Contratos atípicos e innominados, recuperado de [https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAA AAEAMtMSbF1jTAAAUMjQ2NDtbLUouLM\\_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAF-Sn-jUAAAA=WKE](https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAA AAEAMtMSbF1jTAAAUMjQ2NDtbLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAF-Sn-jUAAAA=WKE)
- Ferrer-Bonsoms Hernández, Ignacio (2019, 13 junio). Los acuerdos de confidencialidad, recuperado de <https://www.legaltoday.com/opinion/articulos-de-opinion/los-acuerdos-de-confidencialidad-2019-06-13/>
- Gutiérrez Camacho, Walter. (1999). Los contratos atípicos. Ius Et Praxis, (030), 115-134, recuperado de [https://revistas.ulima.edu.pe/index.php/Ius\\_et\\_Praxis/article/view/3610/3546](https://revistas.ulima.edu.pe/index.php/Ius_et_Praxis/article/view/3610/3546)
- Sanz Gonzalez, María (2019, 8 septiembre). Proceso de Venta de una Empresa, recuperado de <https://www.ilpabogados.com/proceso-de-venta-de-una-empresa/>



- Estrada, Ana (2019, 9 diciembre). Acuerdos de Confidencialidad, recuperado de <https://www.asuntoslegales.com.co/consultorio/acuerdos-de-confidencialidad-2941910>
- De La Piedra, Ricardo (22 de noviembre de 2018). El acuerdo de confidencialidad como paso previo al inicio de negociaciones comerciales, recuperado de <https://estudiomuniz.pe/el-acuerdo-de-confidencialidad-como-paso-previo-al-inicio-de-negociaciones-comerciales/>
- Buelvas Fattoni, María Alejandra (revisado por Figueroa Arias, Sebastián). ABCes Jurídico-Acuerdos de Confidencialidad, recuperado de <https://repository.ces.edu.co/bitstream/10946/3594/1/36-ACUERDO%20DE%20CONFIDENCIALIDAD.pdf>
- Italiani, Fulvio/ Serra Freire, Paula (2015). “Fusione & Adquisiciones”-Capítulo VIII- Comentarios Sobre los Procesos de Adquisición de Empresas No Cotizadas: Instituto Pacífico.
- Furió Párraga, Ascensión (2019, 7 de agosto). “Las 10 claves del M&A para vender una Compañía”. Recuperado de <https://www.ilpabogados.com/las-10-claves-del-ma-para-vender-una-compania/>
- EALDE, Business School (2021, 23 de marzo). “Qué es el riesgo legal y cómo afecta a las empresas”. Recuperado de <https://www.ealde.es/riesgo-legal-gestion-empresarial/>
- Navarro Lacambra, Javier (2019, 14 diciembre). La importancia de firmar un acuerdo de confidencialidad antes de comenzar a negociar, recuperado de <https://navarrollimaabogados.com/noticias/la-importancia-de-firmar-un-acuerdo-de-confidencialidad-antes-de-comenzar-a-negociar/>

- Escobar Rozas, Freddy (2004). Apuntes sobre la responsabilidad por ineficacia contractual (El caso del artículo 207 del código civil peruano). THEMIS Revista De Derecho, (49), 153-160. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/8572>
- Oviedo Albán, Jorge. Tratos Preliminares y Responsabilidad Pre-Contractual. Trabajo correspondiente a la conferencia presentada el día 22 de abril de 2008 en las Jornadas colombo argentinas de derecho privado “Tendencias de la responsabilidad civil en el siglo XXI. Recuperado a partir de [http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub\\_rev/documents/03Tratospreliminares.pdf](http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_rev/documents/03Tratospreliminares.pdf)
- Equipo de redacción Empresax (2017, 12 julio). El acuerdo de confidencialidad en las compraventas de empresa, recuperado de <https://empresax.com/blog/acuerdo-confidencialidad-nda/>
- Huamani, Alfredo (2021, 13 mayo). La etapa Pre-contractual y la ulterior responsabilidad. Recuperado de <https://www.enfoquederecho.com/2021/05/13/la-etapa-pre-contractual-y-la-ulterior-responsabilidad/>
- Scognamiglio, Renato (2001). Responsabilidad Contractual y Extracontractual. IUS ET VERITAS, 11(22), 54-70- Recuperado de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15988/16412>
- Alcántara Francia, O. A. (2020). Exigibilidad de la cláusula penal en época de crisis sanitaria. IUS ET VERITAS, (61), 16-29. Recuperado de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/23069/22063>
- GlobalNegotiator (2010). Guía de negociación de contratos en Estados Unidos. Recuperado de <http://globalnegotiator.com/files/contrato-de-confidencialidad-estados-unidos-usa.pdf>

- Wonder.Legal (2010). Acuerdo de confidencialidad (NDA). Recuperado de <https://www.wonder.legal/es/modele/acuerdo-de-confidencialidad-nda>

