

Reflexiones sobre la función punitiva de la responsabilidad como consecuencia del incumplimiento a la obligación de confidencialidad en materia de M&A.¹

Dr. Sebastián Arias Martínez.²

1.Introducción

Cuando pensamos en el contrato, lo lógico es pensar en su normal desenvolvimiento, esto es, la ejecución de las prestaciones debidas, la satisfacción del interés del acreedor u acreedores y el cumplimiento de lo programado por las partes.

No obstante, muchas veces debemos entrar en otra área o fase del contrato: su fase patológica, fruto del incumplimiento de la obligación u obligaciones asumidas por el deudor, y la consecuente frustración de los intereses del acreedor. Es allí, en el incumplimiento, sea este temporal, definitivo o inexacto, que se despliega otra gran etapa, la de la responsabilidad.

Responsabilidad que casi connaturalmente nos precipitamos a decir, cumple una función resarcitoria o indemnizatoria en favor del acreedor defraudado, no obstante, la responsabilidad contractual no se agota en esta única función.

Bien lo plantean de Cores, Gamarra y Venturini (2015),

Constituye un lugar común que la indemnización o reparación es el verdadero fundamento de la responsabilidad civil; pero puede cuestionarse que ella constituya su exclusiva razón de ser (...) Una segunda vertiente de la polisemia de este concepto de responsabilidad deriva de que la responsabilidad civil se construyó como la principal tutela jurídica, sobre un fundamento dúplice. En primer lugar, el carácter indemnizatorio. Su función primera era el resarcimiento, la reparación de la víctima. Pero, en segundo término, este resarcimiento se ponía de cargo de un responsable, solamente cuando este había sido el autor de un comportamiento doloso o

¹ El presente trabajo formó parte de una monografía presentada en el marco del Master de Contratos de la Universidad Claeh.

² Abogado senior y docente grado 1 en Derecho Comercial, Facultad de Derecho, Universidad de la República.

culpable, es decir, socialmente reprochable. Por tanto, junto con la función indemnizatoria, que pretendía la reparación sobre una base integral, se daba también la función punitiva y preventiva. pp. 71-72

Esta idea, será eje principal del presente análisis, en donde se analiza la responsabilidad contractual, particularmente frente al incumplimiento de la obligación de confidencialidad, obligación cuyo incumplimiento reviste en la práctica algunos escollos a la hora de determinar el daño y su cuantificación, embarazando así la puesta en marcha de la responsabilidad en su función resarcitoria. Por ello, se analizará la misma, en aras de poner bajo el foco la otra gran función de la responsabilidad contractual: la punitiva, y ver si efectivamente, esta función podría implicar una simplificación para la tarea que debe afrontar el acreedor defraudado, ante un incumplimiento de dicha obligación.

2. Confidencialidad

Cuando las partes ingresan al tráfico jurídico, es connatural que se muevan dentro del campo de la confianza. La confianza, es un valor pilar de nuestra sociedad, pero más aún, es un valor sobre el cual se cimienta toda relación contractual y que en definitiva no es más que la concretización del principio de buena fe contractual, recogido entre otros en el multicitado artículo 1291 del código civil.

Esa confianza lleva a que las partes del contrato se compartan un incalculable volumen de información, ya sea respecto a sus actividades y negocios, así como aquella de índole personal, principalmente en contratos de duración, o incluso en contratos de ejecución relativamente instantánea como puede ser una compraventa.

Por ello, se comparte enteramente con Ramos (2018) cuando expresa que

La información puede ser uno de los activos más valiosos para el cliente. En contratos en los que éste entregará información sensible a la otra parte, es fundamental que el redactor establezca las disposiciones necesarias para proteger y asegurar que dicha información no sea conocida por tercero alguno. Para ello, el redactor tiene dos opciones; (i) incluir una cláusula de

confidencialidad en el contrato; o (ii) redactar un acuerdo de confidencialidad para las partes. p.403

Hoy día, la información es un valor en sí mismo, y consecuentemente se transforma en un elemento clave del contrato y de la relación de que este se desprende, por lo que proteger la información, esto es, asegurar en forma eficaz la confidencialidad de la misma, se transforma en una tarea esencial del operador jurídico o quien redacte el contrato, máxime cuando no están tan claros los límites de dicha confidencialidad.

La información confidencial puede ser un dato, un nombre, una dirección, o puede implicar un volumen considerable en función de las partes y el negocio.

La amplitud del concepto de información confidencial depende de los intereses de nuestro cliente. Información confidencial puede ser toda la información que intercambien las partes (concepto más amplio) o puede ser solo un dato especialmente determinado e identificado (concepto más restringido). (Ramos, 2018, p.404)

Por la importancia que este tema reviste, es bienvenido reflexionar sobre su alcance, y por corolario, sobre las repercusiones o consecuencias – generalmente negativas- que supone la violación de una obligación de confidencialidad, así por ejemplo Ramos (2018) nos da el siguiente ejemplo,

Si una de las partes incumple su obligación de confidencialidad y como consecuencia de dicho incumplimiento el propietario del inmueble toma conocimiento de que el promotor desea adquirir su inmueble para construir un hotel, seguramente el dueño exija un precio mayor al que hubiera exigido a otro comprador. Por tanto, el incumplimiento de la obligación de confidencialidad puede frustrar el negocio. p.421

3. La importancia de la obligación de confidencialidad en materia de M&A

Si bien la obligación de confidencialidad y la protección de la información es un elemento clave en cualquier área y en cualquier contrato, no deja de cobrar un papel protagónico en lo que refiere a operaciones de M&A o reestructuras empresariales.

Un ejemplo claro es el de un inversor que desea adquirir un paquete accionario – sea de control o minoritario- de una empresa, quien, en forma previa a celebrar el contrato de compraventa de acciones, habrá de requerir de un proceso de *Due Diligence*, en donde inminentemente la sociedad *target* deberá poner sobre la mesa un sensible cúmulo de información de la más variada índole, de gestión, de negocios, de su situación legal, laboral, financiera, impositiva, medio ambiental, etc.

Es allí donde la obligación de confidencialidad se transforma en protagonista, piénsese que todo ese proceso deberá ser transitado sin que a la fecha exista obligación del inversor de adquirir finalmente las acciones.

Con mayúscula claridad lo sintetiza Rodríguez Carrau (2021),

En el marco de la adquisición de una empresa, uno de los temores clásicos del vendedor es que la adquirente en realidad no esté interesada en adquirir el control de la compañía *target*, sino que verdaderamente esté interesada en poder extraer información valiosa durante el proceso de *due diligence* y luego retirarse de la negociación. p.187

Los procesos de M&A son tan arduos como apasionantes, pero lo cierto es que pueden llegar a transformarse, por múltiples factores, en procesos extremadamente largos y discutidos, con un gran número de personas interviniendo y largas negociaciones que muchas veces, pueden tensionar los mejores ánimos iniciales, por ello proteger en todo momento la información hace de esta obligación de confidencialidad de una envergadura tal, que es tan o incluso más importante que la obligación principal y típica de transferir acciones a cambio de un precio.

Va de suyo, que lo esperable sería regular esta obligación en una de las tantas cláusulas que tiene un contrato de compraventa de acciones (SPA por sus siglas en inglés), junto con otras cuestiones “accesorias” como las cláusulas de no competencia.

Sin embargo, o, mejor dicho, sin perjuicio de ello, lo cierto es que cuando llegamos al SPA ya se ha atravesado el período de *due diligence*, y por tanto el futuro adquirente ya cuenta, sin todavía haberse obligado, con toda la información de la empresa *target*.

Frente a dicha realidad es que lo más común sea suscribir algún tipo de contrato preliminar, cuyo alcance es variado y dependerá en muchos casos de las partes, su relación y el negocio.

Así podrá suscribirse una carta de intención o LOI por sus siglas en inglés (*Letter of intention*) o un MOU (*Memorandum of understanding*), en donde, además de plasmar los lineamientos generales del negocio, como la forma de determinación del precio, los plazos y el alcance del *due diligence*, las partes suelen incluir cláusulas específicamente referidas a la información como por ejemplo cláusulas “*Anti-clubbing*” por las cuales se prohíbe que la información recibida sea compartida con posibles socios del inversor, o cláusulas conocidas como “*No financing Lock-ups*” por las que se hace declarar al futuro receptor de la información que no tomará acciones en aras de que terceros diferentes de este no obtengan financiamiento para una potencial adquisición de la misma *target*.

Otra alternativa es directamente firmar un acuerdo de confidencialidad o *Non-Disclosure Agreement* (NDA), pues como bien reseña Rodríguez Carrau (2021) “*Normalmente la parte que se encuentra más expuesta (...) es la que va a entregar información o, en caso que ambas partes vayan a compartir información, la que va a compartir más información o la que compartirá la información más crítica.*” p.187

Ahora bien, estos no son los únicos contratos dentro de este universo donde la cláusula de confidencialidad es un menester.

Puede pasar que, siendo accionista de una sociedad comercial, se pacte un convenio de sindicación de acciones.

Estos convenios de sindicación se caracterizan por contar con un extenso y detallado contenido, que refiere a los más diversos aspectos que hacen a la relación de los accionistas con la sociedad y de estos entre sí. Entre sus cláusulas típicas podemos encontrar aquellas que regulan la venta de acciones, ya sea a otros accionistas u a terceros, políticas de dividendos, ratios de inversión y adquisición de deuda, entre otros.

Ha sucedido, que muchas veces, accionistas se han valido de información confidencialidad, volviendo de público conocimiento información esencial de la sociedad como el margen de ganancias o sus líneas de negocios, en aras de conseguir una mejor oferta económica por sus acciones.

Por tanto, hemos visto como en este tipo de contratos, la información es clave y protegerla se vuelve un deber esencial.

Ahora bien, muchas veces lograr esa tutela de la información es verdaderamente un problema.

4. De la dificultad para accionar por violación a la obligación de confidencialidad

Como venimos de expresar, el problema no es asentar la obligación de confidencialidad y no divulgación, el verdadero problema, es qué hacer, o, mejor dicho, cómo accionar cuando dicha obligación es violada.

No caben dudas que la sola divulgación implica un incumplimiento, en este caso a una obligación de no hacer, mas probar el daño, y su cuantificación, ello si es harina de otro costal.

Como dijimos, estamos ante una obligación de no hacer, es decir, frente a una obligación de resultados, así lo concluye, por ejemplo, Rodríguez Carrau (2021) cuando razona lo siguiente;

En algunos casos las partes, si bien no hablan de obligaciones de medios o de resultado, establecen que quien recibe la información deberá guardarla con el mismo grado de diligencia con el que guarda su propia información. Implícitamente se está reconociendo así que las partes acuerdan que la obligación sea de medios (...) En algunos contratos de confidencialidad la obligación está escrita como una obligación de no hacer con la otra parte, consistiendo dicho no hacer fundamentalmente en no revelar el contenido y existencia de cierta información recibida o a recibirse (non-disclose) mientras que en otros casos la obligación es de hacer (mantener en confidencialidad distinto de no revelar) de manera que se podría sostener en el primer caso estamos ante una obligación de resultado (por ser una obligación de no hacer). En el segundo caso estamos ante una actividad (mantener en confidencialidad) y consecuentemente sería discutible si estamos ante una obligación de medios o de resultados.

Me inclino a pensar que estamos ante una obligación de resultados ya que existe una obligación de seguridad. p. 208

En línea similar Berdaguer (2018) ha expresado que,

Así, cuando el acreedor tiene un papel meramente pasivo (como ocurre en el depósito o en el transporte, en los cuales la cosa depositada o transportada queda por entero bajo la custodia o guarda del deudor, sin que el acreedor tenga la posibilidad de controlar la conducta del deudor) la obligación tiende a ser de resultado. p.109

Ahora bien, sentado ese entendimiento, que se comparte, lo cierto es que resta preguntarse ¿Con qué solución normativa cuenta el acreedor – propietario de la información divulgada- para accionar y defender sus intereses frente al incumplimiento del deudor?

Una solución muy clara aparece a texto expreso en el artículo 1338 del Código civil.

“Toda obligación de hacer o de no hacer, se resuelve en resarcimiento de daños y perjuicios, en caso de falta de cumplimiento de parte del deudor.

Sin embargo, el acreedor tiene derecho a exigir que se destruya lo que se hubiese hecho en contravención de la obligación y puede obtener autorización judicial para destruirlo a costa del deudor, sin perjuicio del resarcimiento de daños, si hubiere lugar.”

El inciso segundo parecería darnos una solución ideal, mas el principal problema es que no hay forma de destruir nada. Es decir, más allá de la obligación de devolver o destruir documentación recibida – obligación de dar- la violación a la confidencialidad, la divulgación en sí misma, no puede ser destruida, por lo que no podemos hacer más que ir por el inciso primero y pretender el resarcimiento de daños y perjuicios.

De hecho, el artículo 1340 insiste sobre este punto *“Si la obligación es de no hacer, el contraventor debe los daños y perjuicios por el solo hecho de la contravención.”*

El legislador parece haber sido categórico: vaya por la indemnización de daños y perjuicios. Pero esta solución podría llegar a satisfacer un interés mediato del acreedor, no así el inmediato: hacer cesar al obligado de su divulgación. Es allí en donde el derecho procesal parece dar una solución, pues como plantea Rodríguez Carrau (2021)

En caso que una parte viole un NDA o que existan motivos para pensar que la otra parte puede violar el NDA, la parte afectada puede iniciar un proceso cautelar tendiente a impedir la divulgación de la información confidencial o de más información confidencial a la ya divulgada, según el caso. p. 232

En efecto, podría solicitarse una medida cautelar como diligencia preliminar, sin embargo, existe en esta solución un problema, que está previsto a texto expreso, pues el artículo 311.2 del Código General del Proceso reza *“Se adoptarán en cualquier estado de la causa e incluso como diligencia preliminar de la misma. En este caso, las medidas cautelares caducarán de pleno derecho si no se presentare la demanda dentro de los treinta días de cumplidas, condenándose al peticionante al pago de todos los gastos del proceso y de los daños y perjuicios causados.”* (El destacado nos pertenece).

Nos explicamos, para no ser sancionado y que no caduque la medida, el peticionante debe presentar la demanda principal, esto es, siguiendo las normas ya reseñadas del código civil, una demanda de daños y perjuicios, y es allí, justamente donde está el problema: la dificultad de probar y cuantificar el daño.

Piénsese que la sola divulgación es en sí un incumplimiento, pero la prueba del daño, es decir, la consecuencia dañosa concreta, que habilitaría el reclamo, no es prueba sencilla.

Puede suceder que, el daño, aunque no se concrete en el momento de la divulgación, si se mantenga latente desde que la misma es puesta en conocimiento de terceros, mas hasta que no se verifique pérdida patrimonial concreta, aun cuando pueda tener lugar, no habrá que probar a efectos de lograr el resarcimiento, verificándose así un incumplimiento sin daño, o al menos sin daño en ese momento.

Así lo han manifestado quienes han abordado esta temática, Rodríguez Carrau (2021) expresa,

La demostración del incumplimiento de las obligaciones de confidencialidad no es tarea simple. Puede que una información se haya filtrado pero la evidencia de que dicha filtración es consecuencia de actos u omisiones de la otra parte es una cuestión

bien distinta. Ese nexo causal es de dificultosa prueba, salvo en casos muy groseros de violaciones a un NDA. Más difícil aún resulta determinar y, luego, demostrar, el importe del daño causado. Muchas veces no hay un daño patrimonial directo que pueda valuarse en forma indubitable. Será así tarea harta compleja obtener una condena en daños y perjuicio. p.232

Por su parte, Ramos (2018) expresó,

El redactor debe prever cuáles son las consecuencias de que el receptor incumpla su obligación de confidencialidad. Dichas consecuencias son más relevantes para el caso de un acuerdo de confidencialidad, ya que estos contratos no contienen una transferencia de prestaciones pecuniarias o que puedan ser determinadas en término monetarios, por lo que el cálculo del daño no será tarea sencilla. p.426

Es este el *quid* de la cuestión, qué hacer cuando estamos frente a un incumplimiento sin daño – presente- pero que en definitiva puede concretizarse en cualquier momento, y, aun así, como cuantificarlo. No creemos justo que una persona obligada a mantener confidencialidad, a no divulgar información, pueda simplemente incumplir – incumplimiento que siempre será definitivo- y simplemente no tener que responder, solo por la dificultad probatoria del daño.

De lo contrario, el acreedor de esta obligación vería completamente frustrado su interés sin posibilidad de acción ni satisfacción., lo que a todas luces es inadmisibles, pues como atinadamente señala Berdaguer (2018),

La obligación confiere al acreedor “el derecho a la satisfacción de su interés” (...) En el plano del derecho positivo, el referido derecho del acreedor a la satisfacción de su interés se fundamenta en que, en caso de incumplimiento, el ordenamiento faculta al acreedor para promover los llamados procedimientos de ejecución forzada (arts. 1342,1338-1340, 2372, etc.) a efectos de obtener así la satisfacción

forzada de su interés, ya sea en forma específica (cuando ello es posible) o por equivalente. p.88

En la misma línea el profesor uruguayo expresa lo siguiente,

La razón por la cual surge la responsabilidad está en el hecho (ilícito) de que el deudor ha incumplido su obligación. Aun si en algún caso especial no hubiera surgido aun (porque a pesar del incumplimiento todavía no se hubieran causado daños susceptibles de ser probados en juicio) aun en dicho caso. A partir del incumplimiento, ya se podrían disparar ciertas consecuencias coactivas que, de acuerdo con lo previamente expuesto, se hallan comprendidas en el concepto amplio de la responsabilidad contractual: ejecución forzada, cláusulas penales, etc. (Berdaguer, 2018, p.89)

5. La aplicación de la función punitiva de la responsabilidad como alternativa.

Como respuesta a lo expresado, entendemos debemos ahondar en soluciones que no dejen atado de pies y manos al acreedor frustrado en caso de no poder acreditar el daño concreto, cuando es valor entendido que la sola divulgación sin más debería ser sancionada.

Es por ello que quizá sea la función punitiva la alternativa indicada.

Expresa Bedaguer (2018),

En nuestra opinión (...) corresponde construir el concepto de la llamada “responsabilidad contractual” de un modo tal que ella abarque no solo a las dos posibles consecuencias típicas del incumplimiento (...) ejecución forzada específica y/o la indemnización del daño, sino también las otras posibles consecuencias coactivas que, en un sentido amplio, surgen (o pueden surgir) a consecuencia del incumplimiento (hecho ilícito). Ello supone incluir – dentro de la “responsabilidad contractual” – a las distintas alternativas por medio de las cuales el ordenamiento tutela al acreedor, en caso de incumplimiento (hecho ilícito) del deudor y cuyo ejercicio dependerá, en parte de las opciones que realice el

acreedor, y también del tipo de incumplimiento (temporal, definitivo, inexacto) en que haya incurrido el deudor, de sus circunstancias y de las cláusulas contractuales que en cada caso se hayan estipulado. p. 17

Esto supone salirse de la respuesta clásica, es decir, que el deudor responde solo por el daño efectivamente causado, cuantificado y probado, para decir también, el deudor responde por el solo hecho de incumplir, sin necesidad de ulteriores análisis o ejercicios probatorios por la víctima.

Creemos que esta visión tiene asidero en nuestro derecho, en cierta forma, así lo han dicho de Cores, Gamarra y Venturini (2015) *“Nuestro derecho actual de la responsabilidad presenta también áreas de confusión entre estas dos funciones, punitiva e indemnizatoria. El ejemplo más claro es la propia cláusula penal o multa convencional.”* P. 73

Por lo anterior, sostenemos que una solución efectiva, y aceptada por nuestro derecho, es regular en el contrato, que a los efectos del incumplimiento de la obligación de confidencialidad se establece una cláusula penal, la que según el artículo 1363 del código civil, es exigible por el solo hecho de verificarse el incumplimiento, en el caso, frente a la divulgación de información.

Para Gamarra (2006)

La cláusula penal uruguaya, además de su función punitiva, incluye a mi juicio una garantía por riesgos; esto es, agrega una nueva función que nada tiene que ver con la pena. El acreedor se asegura todavía más eficazmente, ya que la prestación a título de cláusula penal se debe no sólo por incumplimiento, sino también en situaciones que propiamente no pueden calificarse de tales (casos de extinción de la obligación por imposibilidad superviniente). p. 161

En la misma sintonía, se comparte lo expuesto por Berdaguer (2018),

De acuerdo con ello, la cláusula penal tiene por función castigar la conducta de aquel deudor que incumpla su obligación (...) a diferencia de lo que acontece en la responsabilidad contractual

general (art.1342), la pena se adeuda por el solo hecho del incumplimiento: se sanciona la conducta de “incumplir” en sí misma, independientemente del daño que dicho incumplimiento eventualmente haya causado. En segundo término, el artículo 1363 hace referencia a la función de garantía que es típica de la cláusula penal, al establecer que la pena se estipula “para asegurar la ejecución de la convención” pp. 675-676

En este punto es importante destacar la diferencia entre la cláusula penal, y la liquidación anticipada de los daños y perjuicios, cuya regulación se encuentra recogida en el artículo 1347 del código civil.

Este último instituto, sigue la línea de la función indemnizatoria, de manera que, a diferencia de la cláusula penal, no exonera al acreedor de la carga probatoria del daño.

La ventaja, de la cláusula penal, es que como bien plantea Gamarra (2006)

De acuerdo con el artículo 1369, la pena se debe, aunque el incumplimiento provenga de “justas causas”, que hayan imposibilitado la prestación (...) Por tanto. El deudor no puede eximirse alegando la ausencia de culpa, ni tampoco por caso fortuito o fuerza mayor; diferencia esencial con la liquidación de los daños y perjuicios, puesto que éstos se deben únicamente si el incumplimiento es imputable. p. 174.

De manera que, de lo expuesto, vemos como la cláusula penal – función punitiva de la responsabilidad contractual- es una herramienta que puede corregir o solucionar el escollo probatorio en casos de violaciones o incumplimiento de la obligación de confidencialidad, que además, tiene ventaja en cuanto, de efectivamente existir un daño cierto, probable y cuantificable, la sola presencia de la cláusula no anula el reclamo de daños y perjuicios, pues al tener esta acción naturaleza indemnizatoria, ambos montos (el de los daños y el de la cláusula penal o multa) son perfectamente acumulables.

El problema que restaría resolver es, ¿Qué hacer cuando nada se regula?

6. Los “Daños punitivos” como último recurso.

En el marco de las operaciones bajo análisis, puede suceder que las partes – inversor y *target*– tengan buena relación, incluso se conozcan, o incluso estemos dentro del esquema de empresas familiares.

En esos casos, posiblemente la estructuración del negocio y de sus etapas, hasta llegar al SPA sea mucho más sencilla, y por consiguiente las partes, voluntariamente, o no, no cuenten con una cláusula de confidencialidad tan fuerte, o directamente no la hayan regulado, mucho menos un NDA.

En estos casos, ¿Qué sucede? ¿Hay obligación de confidencialidad?

Entiendo que sí, no solo que hay, sino que su origen sin dudas es de naturaleza contractual y tal obligación, entiendo sería exigible conforme el principio de buena fe.

A propósito, nos dice Berdaguer (2018),

En esta área, la buena fe cumple la función de contribuir a determinar la forma como deben ejecutarse las obligaciones contractuales, y a la vez, la forma como deben ejercerse los correlativos derechos. Enfocando en este aspecto, Mosset Iturraspe menciona la existencia de “obligaciones implícitas o virtuales” que la buena fe impone a ambas partes a efectos de no obstaculizar la ejecución correcta del contrato. Un ejemplo de ello es la existencia de las denominadas obligaciones de comunicación o aviso, las cuales generalmente surgen directamente del principio de buena fe (...) Además de constituir fuente, según se presenten las circunstancias, de obligaciones secundarias de avisar, comunicar, etc. (obligaciones implícitas o virtuales), parte de la doctrina sostiene que el principio de buena fe constituye también fuente de ciertas obligaciones que suelen tener cierta independencia de la prestación principal (...) otra hipótesis típica la constituye la obligación de fidelidad que tienen los socios en el contrato de sociedad, que los obliga a prestar su colaboración activa a efectos de la promoción del fin común. pp 276-

Esta idea, no solo surge de analizar el artículo 1291 del código civil, sino que además la encontramos en el artículo 209 del código de comercio. Autores como Guzmán Rodríguez Carrau, referente de M&A en nuestro medio, también afilia a esta idea, sin perjuicio de mencionar algunas otras fuentes normativas que harían exigible la obligación de confidencialidad aún sin perjuicio de una NDA o una cláusula expresa en el SPA,

A los efectos de determinar si la información transferida en forma previa a la suscripción de un contrato de compraventa de acciones u otra forma de transferencia de la propiedad de una empresa se encuentra protegida por una obligación legal de confidencialidad, aun en ausencia de un NDA, se puede acudir a los conceptos de secreto profesional y secreto comercial (art.302 C. Penal) o a la competencia desleal o al secreto comercial (“*trade secret*”). También se puede, ya sea alternativa o acumulativamente, recurrirse a la buena fe. (Rodríguez Carrau, 2021, p.193)

Por consiguiente, comulgo con la idea de que no es obstáculo contar con un NDA o una cláusula escrita para sostener que existe en todo contrato de este tipo una obligación de confidencialidad y no divulgación, cuyo incumplimiento requiere ser atacado. Ahora bien, esto nos resuelve una parte del problema, pero, ¿Al no contar con una cláusula penal, debemos volver al problema del inicio?

Esta pregunta es sumamente válida, pues si no se reguló la obligación, va de suyo que no se previó la pena, o bien ocurrió si lo primero mas no lo segundo.

Ante estos casos, y aunque no contemos con regulación legal, creo que una solución de *legge ferenda* sería poder promover la aplicación de los llamados daños punitivos.

Según Gamarra (2006) al igual que sucede con la cláusula penal, “*El rasgo más saliente de estas sanciones es que no se calculan sobre el perjuicio, porque no tienen el propósito de reparar el daño. Pueden reclamarse, aunque el daño no exista, e incluso acumularse a la acción indemnizatoria cuando el perjuicio tuvo lugar.*” p.210

No obstante, la diferencia radica en que, mientras que la primera tiene origen en la convención, los daños punitivos, al menos en sistemas de derecho angloamericano en los que

están admitidos, suponen que sea el juez, quien, en el caso concreto, determine si corresponde su aplicación, y en consecuencia su monto.

La ventaja de este instituto queda explicada perfectamente en Berdaguer (2018),

Llama la atención el que – en el caso de los llamados “derechos punitivos” en el sistema angloamericano del que provienen- la prueba concreta, por la víctima, de que ha sufrido “un daño efectivo” no constituye necesariamente un requisito esencial del tipo. Aunque dichas conductas intolerables suelen ir acompañadas (casi siempre) de un daño efectivo, la prueba concreta de la existencia de éste no parece constituir un requisito esencial del tipo, ni impide generalmente la aplicación de la consecuencia sancionatoria al infractor. p. 765

Digo ventaja, porque perfectamente se libera el principal problema del hoy acreedor perjudicado frente al incumplimiento de la obligación de no divulgación, que cuando incumplida la misma, no puede hacer valer su derecho resarcitorio por la ausencia o dificultad de prueba del daño.

7. Conclusiones

Por lo expuesto y someramente analizado, creo que la cláusula penal, como estandarte de la función punitiva de la responsabilidad civil es sin dudas un instituto que nos aporta una solución muy clara en el caso planteado, máxime cuando, combinada con otras herramientas como una medida cautelar para hacer cesar la divulgación, podrían, en efecto, contribuir a la satisfacción del acreedor incumplido.

Y aun cuando nada se regulase, creo que hay principios como el de buena fe, entre otros, que hacen exigible la obligación en análisis y que, de lograrse instaurar la procedencia de los daños punitivos, podrían lograr un sistema mucho más eficaz.

Aun cuando autores como el propio profesor Berdaguer se muestran en contra de los daños punitivos, por entender que sería “peligroso” debido al principio que sin ley no puede existir pena, no puedo no comulgar con de Cores, Gamarra y Venturini (2015) cuando expresan que;

No vemos por qué los jueces civiles —y la jurisprudencia, que es el conjunto de pautas que la doctrina puede sistematizar y dar a conocer públicamente— no han de poder actuar como constructores de estándares de comportamiento y custodios de esos estándares. Con todas las limitaciones propias de la condición de nuestro país, debe reconocerse que los jueces son profesionales universitarios, gozan de independencia en el ejercicio de sus funciones, independencia de la que están orgullosos y a la que cuidan esmeradamente y han seguido una carrera judicial que constituye una escuela de formación inapreciable. Son pocos los órdenes que, en nuestro país, tienen la autoridad moral del Poder Judicial. Buen servicio haría a la justicia una legislación que diera más poderes a los jueces y, en el caso, les permitiera imponer daños punitivos, involucrándolos en la policía de los comportamientos sociales. pp.78-79

Es hora se replantearnos ciertos aspectos de nuestra regulación actual y tender a allanar el camino a quienes son lesionados en sus derechos, intereses y legítimas expectativas de actuación de su contraparte contractual, en lugar de ponerlo en un lugar de inacción o de prueba imposible, máxime en asuntos tan sensibles con la información que se suele compartir en materia de M&A.

REFERENCIAS

- Berdaguer. J, “Fundamentos del Derecho Civil” Tomo V, 1ra Ed. 2018. Montevideo: FCU
- De Cores, C., Gamarra, R y Venturini, B., Tratado Jurisprudencial y Doctrinario Incumplimiento de contrato. Tomo 1, 2da Ed., 2015, Montevideo: LA LEY
- Gamarra, J. Tratado de Derecho Civil Uruguay Tomo XVIII, 4ta Ed., 2006, Montevideo: FCU
- Ramos. S, Contratos su redacción y modelos, 4ta Ed., 2018, Montevideo: LA LEY.
- Rodríguez Carrau, G. Compraventa de Acciones, Vol. 1, 2021, Montevideo: FCU

