

Rafael Gómez Balmaceda
Abogado

Santiago, 05 de Abril de 2012

Señor
Jorge Bofill Genzsch
Abogado
Presente

Ref.: Informa

De mi consideración:

Se ha tenido a bien por Ud. solicitar del suscrito una opinión, acerca del carácter que ha de revestir la información derivada de los documentos relacionados con la denominada: "**INTERNAL APPROVAL**", en cuanto incidiría su averiguación en los antecedentes que resultarían haber sido necesarios para que el Directorio de la sociedad extranjera: **MITSUMI & CO. LTD.** hubiese tenido en vista para aprobar y dar curso a un crédito que le otorgó a la sazón a **CORPORACION NACIONAL DEL COBRE DE CHILE, CODELCO**, a objeto que dispusiese de ingentes recursos que requería para ejercer un derecho de opción, con la finalidad de financiar la adquisición de un porcentaje de acciones de la sociedad: **INVERSIONES ANGLO AMERICAN SUR S.A.** Este antecedente es uno de los hechos que se fijaron, a su vez, en

Rafael Gómez Balmaceda
Abogado

el punto de prueba de la resolución que zanjó una incidencia promovida con motivo de la ampliación de la diligencia de exhibición de documentos, decretada en causa: Rol C -1804-12 por el 12 Juzgado Civil de Santiago y que **MITSUI & CO. LTD.** se ha opuesto a que se revele, por considerar que tales documentos son confidenciales, lo que constituye un motivo fundado para excusarse del cumplimiento de la medida, a cuyo respecto me es grato expresar a Ud. lo siguiente:

I. Estándar legal que garantiza la confidencialidad de los documentos relevantes para la toma de decisiones de una compañía

1. En el Mensaje del **Código de Comercio** se ha dicho que: **"El comercio se ha mostrado siempre justamente celoso de la reserva de sus libros"** y más adelante agrega que el propósito es: **"impedir que la revelación del conjunto de las operaciones que constituyen el giro de cada comerciante frustre aquellas cuyo buen**

Rafael Gómez Balmaceda
Abogado

éxito depende del secreto con que son manejadas."

2. Este principio esencial que sirve de fundamento al Código, ha sido expresión de un dictado que han tenido como antecedente diversas reglas del derecho, con arreglo a las cuales la ley garantiza la reserva.

a. Protección constitucional de la confidencialidad de los documentos contenidos en el "INTERNAL APPROVAL"

3. En efecto, la protección de la información relevante de una sociedad se consagra desde luego en La Constitución Política de la República. El artículo 19 N° 24 de la Carta Fundamental garantiza a todas las personas (incluidas las personas jurídicas) el derecho de propiedad sobre las diversas especies de bienes, incluyendo bienes incorporeales como es la información relevante de una compañía¹. A este respecto, no existe duda que MITSUI &

¹ Sobre la extensión de los bienes protegidos por el Artículo 19 N° 24, ver CEA, José Luis. "Derecho Constitucional chileno". Ediciones Universidad Católica de Chile, 2004. p. 526.

Rafael Gómez Balmaceda
Abogado

CO. LTD. es titular de la información contenida en los documentos que componen la denominada "**INTERNAL APPROVAL**" y por tanto, el dominio que tiene sobre los antecedentes en los cuales se contiene la información relevante, le confiere la facultad de disponer de ella con autoridad exclusiva y excluyente. Esto guarda relación con la práctica internacional, desde que siendo tal información un activo económico, la tendencia en los diversos sistemas jurídicos civilizados ha sido la de otorgar protección a la información de la cual son titulares las personas jurídicas².

4. Adicionalmente, el **artículo 19 N° 5 de la Constitución Política de la República** asegura la inviolabilidad de toda comunicación y documento privado, impidiendo su apertura o registro, salvo en los casos y las formas establecidos en la ley. Luego, en la medida que se ha establecido que los antecedentes relativos a la "**INTERNAL APPROVAL**" son documentos de carácter privado, ellos necesariamente gozan de la protección

² Ruiz-Tagle, Pablo. *Propiedad Intelectual y Contratos*, Ed. Jurídica de Chile, 2001. pp. 275-285.

Rafael Gómez Balmaceda
Abogado

constitucional que estatuye el **artículo 19 N° 5**. A este respecto, como se señaló con anterioridad, los documentos concernientes al: **"INTERNAL APPROVAL"** han de ser **cautelados bajo la reserva de su privacidad**. El **derecho a la privacidad preserva este propósito, como quiera que el objetivo fue que tales antecedentes solo fueran conocidos por los órganos de administración de MITSUI & CO. LTD.**

5. Es de interés destacar que el requisito de protección de la privacidad se torna más estricto y riguroso, como puede comprenderse, según sea mayor el daño que se pueda irrogar con su divulgación. **Este antecedente es particularmente importante si se considera que estos documentos contienen información de carácter comercial que pueden comprometer los intereses de MITSUI & CO. LTD. frente a otras empresas, especialmente respecto de aquellas que resultan ser competidoras como ha quedado de manifiesto en este conflicto.** De esta forma, ordenarle a **MITSUI & CO,**

Rafael Gómez Balmaceda
Abogado

LTD. la exhibición de esta clase de documentos que por su naturaleza contienen información inherente a sus negocios, podría provocarle un daño en sus intereses comerciales.

6. De esta forma, no hay duda que conforme al derecho chileno, **MITSUI & CO. LTD.** tiene un derecho de propiedad sobre los documentos que contienen información comercial que a ella le es inherente y que se encuentra protegida por la norma constitucional que consagra la inviolabilidad de todo documento privado. Tanto con sujeción a las reglas de la garantía de la propiedad como de la privacidad las normas obligan, por ende, a mantener en reserva todos aquellos documentos propios de **MITSUI & CO. LTD.** y que sirvieron de antecedente a sus órganos de administración para adoptar la decisión de celebrar el contrato con la **CORPORACION NACIONAL DEL COBRE CHILENO, CODELCO.**

Rafael Gómez Balmaceda
Abogado

7. Por último, no está demás agregar que esta información comercial es una creación propia del intelecto, por lo que todo documento que contenga dicha información se encuentra protegido también por el precepto establecido en el **artículo 19 N° 25 de la Constitución Política de la República**, si se considera que las creaciones del intelecto incluyen los proyectos de negocio, que son constitutivos de la información privilegiada respecto de una sociedad mercantil³.

b. Protección legal de la confidencialidad de los documentos contenidos en la "INTERNAL APPROVAL"

8. La legislación mercantil establece la confidencialidad de cierta información sensible para las sociedades con una doble finalidad: proteger al mercado y al comerciante

³ Sobre la protección Constitucional de los bienes incorporales de una persona jurídica, la Corte de Apelaciones de Santiago ha resuelto: (...) La extensión de los términos utilizados en las citadas disposiciones constitucionales, plenamente concordantes con los preceptos de los artículos 565, 582, 583 y 584 del Código Civil, no facultan para restringir solamente a los derechos personales o reales el ámbito propio de aquellos susceptibles de integrar el concepto de cosa corporal que puede ser objeto de dominio o propiedad, sino que dicho concepto debe estimarse comprensivo también de bienes inmateriales diversos, como sucede con simples relaciones de hecho o situaciones de trascendencia económica, entre los que la doctrina civilista incluye, por ejemplo, el crédito de un comerciante, la clientela de un establecimiento mercantil, etc. (Énfasis agregado). Corte de Apelaciones de Santiago, 18 de diciembre de 1989, Gaceta Jurídica N° 114, 1990, p. 41.

individualmente considerado.

- 9. Respecto de la protección del mercado, el comercio propende a salvaguardar la igualdad de condiciones en que han de competir en la plaza los comerciantes para evitar que algunos se aprovechen de lo que consta en los registros mercantiles ajenos⁴. Esto es así ya que la eficiencia del mercado encuentra uno de sus pilares fundamentales en la igualdad de información con que actúan sus agentes⁵.**
- 10. En cuanto al comerciante individual dueño de la información, la protección otorgada por la legislación mercantil a la información que resulta ser sensible para su negocio, se justifica por el interés económico que conlleva el secreto de sus estrategias comerciales e innovaciones en el ámbito de sus negocios⁶.**

⁴ SANDOVAL, Ricardo. *Op. Cit.*, p. 94.

⁵ La doctrina nacional ha sostenido que debe protegerse "la igualdad de acceso a la información y la eficiencia informativa que deriva en mercados transparentes, competitivos y eficientes." PREPPER, Francisco. *Op. Cit.*, p. 12.

⁶ Por lo anterior es que la doctrina ha sostenido que "[c]l secreto de los negocios es un principio muy relevante a nivel de empresas." PUGA, Juan Esteban. *La sociedad anónima y otras sociedades por acciones en el derecho chileno y comparado*, Ed. Jurídica de Chile, 2011, p. 416.

11. En efecto, la doctrina nacional ha señalado que: **"El secreto es un factor del éxito comercial y las empresas en principio tienen derecho a él"**. Esto justifica que las empresas deban cautelar la privacidad de sus negocios, para no entorpecer el **desenvolvimiento de sus actividades**, ni deteriorar las ventajas comparativas que tengan con sus competidores. Naturalmente, que si esta información es revelada, se genera un menoscabo patrimonial.

12. Asimismo, ciertos registros mercantiles -en particular la contabilidad comercial- contienen información especialmente sensible para el prestigio de una compañía en el mercado. El comerciante podría verse comprometido con la exhibición de su contabilidad: "Lo que podría ser muy perjudicial para él por el hecho que ésta [la información contenida en los libros de contabilidad] fuese conocida en un determinado momento; podría dejar de manifiesto una situación precaria, lo que

¹ *Ibid.*

Rafael Gómez Balmaceda
Abogado

afectaría indudablemente su crédito⁸.

13. El Código de Comercio, al establecer como principio el secreto de los registros mercantiles en los **artículos 41 a 43 del Código de Comercio**, dicta reglas especiales con relación a la exhibición de los libros de contabilidad de los comerciantes, llegando a impedir que los tribunales ordenen el reconocimiento general de estos libros, salvo en los casos especialmente calificados⁹. De ahí que si **MITSUI & CO. LTD.** es titular de la información que tuvo a la vista para adoptar la decisión de ejecutar la operación crediticia que concluyó con CODELCO, ha de guardarla como información propia de sus registros y bajo reserva. Por tanto, es a MITSUI & CO. LTD. a quien le conciernen los respectivos antecedentes, datos e informes, por recaer sobre materias que le son inherentes a su actividad y que emanan de ella misma. Por lo mismo, constituyen

⁸ SANDÓVAL, Ricardo. *Op. Cit.* p.94.

⁹ El artículo 42 del Código de Comercio dispone: *Los tribunales no pueden ordenar de oficio, ni a instancia de partes, la manifestación y reconocimiento general de los libros, salvo en los casos de sucesión universal, comunidad de bienes, liquidación de las sociedades legales o convencionales y quiebras.*

Rafael Gómez Balmaceda
Abogado

una información que privativamente condice con los registros y asientos de los negocios de MITSUI & CO. LTD. y por tanto, esta información mercantil se encuentra protegida con el secreto en la vida del comercio¹⁰.

14. Como se advierte, la legislación mercantil resguarda con la reserva los documentos que son inherentes a las operaciones comerciales de una sociedad, en la medida en que su divulgación podría exponerla a un posible daño patrimonial en sus negocios, así como para no entorpecer el eficiente funcionamiento del mercado.

15. En armonía con los principios generales, la **Ley N° 18.046** resguarda la reserva de los negocios sociales y **prohíbe a sus directores la divulgación de la información social a la que tengan acceso en razón de su cargo¹¹.** Así también **presume culpable el comportamiento de los directores que se beneficien indebidamente de un**

¹⁰ Así resulta del mensaje del Código de Comercio como lo señalamos anteriormente.

¹¹ Artículo 43 de la Ley 18.046 sobre Sociedades Anónimas.

Rafael Gómez Balmaceda
Abogado

negocio que perjudique a la sociedad¹², haciéndolos responsables por el uso de información a la que pueden acceder exclusivamente por ser directores.

Por último, reconoce la facultad de los directores de conferir el carácter de reservado a ciertos documentos vinculados a negociaciones que pudieran perjudicar el interés social al conocerse¹³. **De ahí que el ordenamiento jurídico protege con celo la información privilegiada que existiese en la esfera interna de la sociedad, para evitar que se pueda difundir en perjuicio de los intereses sociales.**

16. La misma tendencia se evidencia en la regulación chilena de la propiedad industrial. La **Ley N° 19.039** protege los secretos empresariales y establece sanciones a quienes accedan a esta información por vías ilegítimas o a quienes la divulguen o exploten sin autorización de su titular¹⁴. Se protege, en consecuencia, la reserva de esta clase de

¹² Artículo 45 inciso final de la Ley 18.046 sobre Sociedades Anónimas, en relación con el artículo 42, N° 6.

¹³ Artículo 34 inciso final de la Ley 18.046 sobre Sociedades Anónimas.

¹⁴ Artículo 87 y 88 de la Ley 19.039 sobre Propiedad Industrial.

información que pueda significar una ventaja competitiva para otro.

17. Asimismo, el **artículo 10 de la Ley N° 18.045** sobre Mercado de Valores regula la información reservada, que siempre tiene el carácter de privilegiada, y que se eleva a tal estándar específico de protección por el acuerdo del directorio o los administradores¹⁵. Este alcance es relevante en materia de confidencialidad porque expresamente protege aquella información sensible para una sociedad, bastando una manifestación de voluntad de esta última en tal sentido para gozar de esta protección legal.

18. En materia de libre competencia en los mercados, el **Decreto Ley N° 211 de 1973** cuyo texto refundido fue fijado por el **DFL N° 1 de 2005** garantiza la importancia de la información comercial de una empresa y le otorga un especial ámbito de protección. Por un lado, durante la

¹⁵ PFERER, Francisco. *Concepto de información privilegiada y deberes de conducta de quienes están en posesión de ella, a la luz de la jurisprudencia emanada de la Excm. Corte Suprema*, pp. 11 y ss.

Rafael Gómez Balmaceda
Abogado

etapa de investigación que conduce la Fiscalía Nacional Económica, ésta le puede otorgar el carácter de reservada a las investigaciones, con conocimiento del Presidente del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, en conformidad al **artículo 39 letra a) del cuerpo legal citado**. Asimismo, según lo dispuesto en el **artículo 39 letra h) del citado cuerpo legal**, las entidades sujetas a una investigación de la Fiscalía pueden solicitar al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia que deje sin efecto los requerimientos de informaciones o antecedentes realizados por la primera. Finalmente, los funcionarios de la Fiscalía Nacional Económica tienen una obligación legal de reserva respecto de toda la información que recaben en sus investigaciones, de acuerdo a lo establecido en el **artículo 42**.

19. Por otro lado, en la fase judicial seguida ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, el **artículo 22 del Decreto Ley 211** protege la confidencialidad de:
"Aquellos instrumentos que contengan fórmulas,

Rafael Gómez Balmuceda
Abogado

estrategias o secretos comerciales o cualquier otro elemento cuya revelación pueda afectar significativamente el desenvolvimiento competitivo de su titular^{16r}. Esto sería justamente lo que ocurriría en este caso, en el evento de concederse la exhibición de antecedentes consabidos, cuyo es lo que precisamente se trata de evitar.

20. En correspondencia y armonía con las disposiciones que en síntesis se han referido que **protegen la propiedad sobre la información confidencial y cautelan la privacidad sobre los documentos que la contienen,** existen otras normas legales que resguardan la información cuando de algún modo sale de la esfera de control de la sociedad. Así, por ejemplo, en materia laboral, la **Dirección General del Trabajo ha admitido que las empresas puedan pactar cláusulas de confidencialidad con sus trabajadores, incluso**

¹⁶ El mismo criterio ha sido sostenido por el el Auto Acordado N° 15/2012 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, que califica esta clase de información como una excepción al principio de publicidad en juicio (párrafo segundo).

Rafael Gómez Balmaceda
Abogado

después de concluida la relación laboral, para proteger una información de la que se: "Suponga, a lo menos, que la confidencialidad recaiga en el conocimiento sobre materias cuya reserva proporcione una ventaja al empleador respecto de las empresas de la competencia¹⁷".

c. Mayor protección legal de la información relativa a operaciones crediticias

21. Ha de dejarse constancia que la relación comercial que ha ligado a MITSUI & CO. LTD. con CODELCO ha tenido precisamente la particularidad de ser un negocio típicamente de carácter financiero y es esto lo que le infunde a la figura el significado de ser una operación crediticia. Esto se desprende del mero examen general de las alegaciones y antecedentes allegados a los autos.

¹⁷ Ord. N° 4731/081 de la Dirección del Trabajo. En el mismo sentido, en materia tributaria existe el principio general de protección de la información comercial sensible de la compañía en el procedimiento de reclamación tributaria. De acuerdo al artículo 130 del Código Tributario, existen determinadas piezas del expediente que tienen el carácter de confidenciales. Tanto es así que dicha norma dispone que "[e]stos antecedentes confidenciales no formarán parte del proceso y, en consecuencia, no podrá fundarse en ellos la sentencia que se dicte".

Rafael Gómez Batmaceda
Abogado

22. Pues bien, si la índole de la operación ha revestido la naturaleza de ser crediticia, quiere decir que entre las características fundamentales que singularizan estos negocios es la relación de confianza recíproca que es dable destacar en ellos y que han de inspirarse entre sí los contratantes, para llevar a término su negociación. Es esta la razón por la cual en el concierto de la legislación comparada y desde luego en nuestro país, se cautela rigurosamente el elemento distintivo del crédito que determina la celebración del contrato y que impone la exigencia de guardar estricta reserva de los documentos que sirven de antecedente para la ejecución de estas operaciones, que se fundan en la fe que se merecen los contratantes, como quiera que la expresión crédito viene de "credere", que significa creer, inspirar confianza, tener fe, en buenas cuentas ser digno de crédito.

Rafael Gómez Balmaceda
Abogado

23. Bien puede agregarse que la privacidad de estos antecedentes son expresión de la reserva que se consagra en la ley mercantil para amparar celosamente las operaciones que se ejecutan en la vida de los negocios, principio que hunde sus raíces en una paciente tradición que proviene, como se sabe, de los primeros vestigios de que se tiene noticia, según los usos y prácticas comerciales que se remontan desde antiguo, como quiera que la información que se pretende divulgar incide en antecedentes que le resultan fundamental resguardar, por ser pertinente a una información confidencial.

24. Por lo mismo, este elemento básico de la confianza que particulariza la figura que tienen estos negocios crediticios es, naturalmente, lo que le da especial significado a la operación y cobra más fuerza y rigor todavía su respetabilidad, por la reserva con que han de ampararse las tratativas y antecedentes

Rafael Gómez Balmaceda
Abogado

preliminares que interna y privadamente precedieron entre las partes para llegar a pactar las condiciones de su celebración.

II. Confidencialidad de los documentos que forman parte del proceso relativo a la toma de decisiones de una sociedad

25. En el procedimiento interno relativo a la adopción de una decisión propia de una sociedad, ha de entenderse que han de examinarse los antecedentes que resultan indispensables para que sus órganos de administración puedan resolver informadamente.
26. **Estos antecedentes, en la medida que contengan información reservada, tendrán el carácter de ser confidenciales, y su conocimiento quedará impedido de ser divulgado por todos aquellos que en razón de sus funciones tengan acceso a ella.**

- 27. Nuestra legislación faculta a las sociedades para calificar de reservada cierta información inherente a sus negocios.** Esta clase de información guarda relación especialmente con la correspondiente a la que determina la toma de decisiones en una sociedad, lo que se regula en la **Ley N° 18.046** de Sociedades Anónimas y lo controla la Superintendencia de Valores y Seguros (SVS).
- 28. En este sentido, el artículo 54 inciso tercero de la Ley de Sociedades Anónimas faculta al directorio para que con la aprobación de sus tres cuartas partes de los directores en ejercicio, podrá dar el carácter de reservado a ciertos documentos que se refieran a negociaciones pendientes que al conocerse pudieran perjudicar el interés social.**
- 29. Dado que la información dispuesta para proyectar la ejecución de un negocio es un activo que a la empresa le interesa proteger¹⁸, la SVS ha sancionado su resguardo en**

¹⁸ MANCILLA, Gastón. La información de negocios y la oportunidad corporativa en Revista de Derecho de la Empresa, Editorial Legis, Universidad Adolfo Ibáñez, 2008.

Rafael Gómez Balmaceda
Abogado

esta fase, como información confidencial o reservada de interés para las sociedades.

30. La SVS ha entendido que forma parte de la información confidencial la comprendida en el proceso relativo a la toma de decisiones de una sociedad en los siguientes términos:

Información reservada o confidencial: Es aquella que se refiere a negociaciones pendientes que al conocerse puedan perjudicar el interés social. Ella se asocia comúnmente a aquella contenida en las operaciones del giro normal de la sociedad, más precisamente a la firma de aquellas futuras transacciones, en virtud de las cuales se analiza la posición estratégica de la compañía en el mercado, a través del examen de la competencia, los insumos y el comportamiento del resto de los actores en el mercado, todo lo cual se traduce en la obtención de aquella información del todo valiosa para la consecución de los acuerdos comerciales.

Rafael Gómez Balmaceda
Abogado

31. Esto es justamente lo que ocurre en el caso que se somete a nuestra consideración, dado que la información cuya exhibición se solicita, de acuerdo a los antecedentes tenidos a la vista, consiste en aquella documentación que se le proporcionó al directorio de MITSUI & CO. LTD. y a otros órganos de deliberación, con la finalidad que dicha información fuese aprovechada precisamente en la esfera interna, relativa a la etapa de adoptar la decisión correspondiente. Dada la naturaleza y cuantía de la operación, mayor influencia y reserva tenía todavía la información que respaldaba el pronunciamiento¹⁹.

32. Ha de tenerse presente que las sociedades suelen establecer como criterios para mantener el carácter

¹⁹ La Norma de Carácter General N° 211 de 15 de enero de 2008, emitida por la SVS, contempla la existencia de mecanismos de resguardo de información confidencial dentro de las sociedades al establecer normas para la publicidad de políticas y procedimientos relativos al manejo y divulgación de información al mercado. Es facultad de cada sociedad crear los mecanismos de resguardo de la información¹⁹. Así ha sido establecido por la Norma de Carácter General N° 211 de 15 de enero de 2008 y posteriormente por la Norma de Carácter General N° 270 de 31 de diciembre de 2009, ambas dictadas por la SVS.

Rafael Gómez Balmaceda
Abogado

reservado y confidencial de la información los siguientes²⁰:

- i. Mantener dicha información en absoluta confidencialidad y reserva, no pudiendo divulgarla sin el consentimiento previo y por escrito de la sociedad, acordada debidamente por su directorio.
- ii. Abstenerse de utilizarla en beneficio propio o ajeno, con una estricta prohibición de uso de la información en cualquier sentido.

33. Evidentemente que tienen el carácter de ser reservados aquellos documentos que se emplean en los procesos internos relativos a la toma de decisiones, más todavía si ellos inciden como ha quedado señalado en una operación crediticia, cuya ha sido la índole de la que ejecutó MITSUI & CO. LTD.

²⁰ Esta información procede de los Manuales de Manejo de Información de Interés para el Mercado correspondientes a las principales empresas del país.

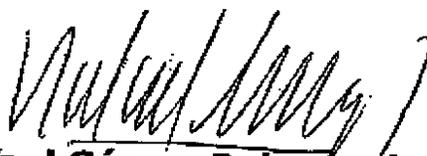
Rafael Gómez Balmaceda
Abogado

De consiguiente:

Habida consideración al mérito de los antecedentes analizados y que ha tenido Ud. a bien proporcionarle al suscrito y los fundamentos de hecho y de derecho que se han expuesto, sírvase Ud. tener presente que en nuestra opinión resulta improcedente que una medida prejudicial preparatoria que ordena exhibir ciertos documentos, pueda extenderse a los antecedentes relativos a la: "**INTERNAL APPROVAL**", según lo previsto en el **artículo 273, N° 3 del Código de Procedimiento Civil**, porque no puede vulnerar la reserva con que la ley los ampara, conforme a lo dispuesto en el **artículo 349 inciso 1° del mismo cuerpo legal** y que garantiza la Carta Fundamental.

Rafael Gómez Balmaceda
Abogado

Es cuanto me es grato informar a Ud., a cuyo respecto
aprovecha de saludarlo su colega que lo distingue.



Rafael Gómez Balmaceda
Ex profesor de Derecho Civil
Profesor Titular de Derecho Comercial
Universidad de Chile