

LA CONSTRUCCIÓN DEL DEBER DE CONFIDENCIALIDAD EN LOS CONTRATOS DE
CONFIANZA

[The Construction Of The Duty Of Confidentiality In Trust Contract]

IGNACIO LILLO VERGARA*

RESUMEN

El deber de confidencialidad es un deber aparece de forma dispersa en el ordenamiento jurídico. Este cobra relevancia en los contratos de confianza, donde se encuentra incorporado por la buena fe objetiva. Esta obligación de carácter negativa nace precisamente a partir de la confianza que existe en las partes contratantes y sus manifestaciones se aprecian a lo largo de todo el iter contractual. Su propósito central es la protección de la información sensible que se haya obtenido con ocasión del contrato y su infracción trae acarreada responsabilidad.

PALABRAS CLAVE

Confidencialidad – Secreto – Buena Fe-
Obligación- Responsabilidad.

ABSTRACT

The duty of confidentiality is a duty that appears dispersed in the legal system. This becomes relevant in trust contracts, where it is incorporated by objective good faith. This negative obligation arises precisely from the trust that exists in the contracting parties and its manifestations are appreciated throughout the entire contractual period. Its central purpose is the protection of sensitive information obtained during the contract and its infringement entails liability.

KEYWORDS

Confidentiality – Secrecy – Good Faith –
Obligation – Responsibility.

I. INTRODUCCIÓN

La confidencialidad es un asunto que ha ido cobrando una relevancia cada vez mayor en los últimos años. Ello se debe, en buena medida, a las cláusulas de estilo que los particulares han ido incorporando gradualmente en sus negocios para la protección de sus intereses. Así, es usual encontrar en contratos cláusulas que prohíban la divulgación de los secretos que se entran a conocer de la contraparte que se hayan dado con ocasión de la negociación o ejecución del contrato. En definitiva, gracias a la confidencialidad se ha logrado la protección de los intereses

* Egresado de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

de los particulares en los diferentes niveles de producción en el panorama jurídico-económico actual.

Debido a la multitud de ámbitos en que opera la confidencialidad, es que el tratamiento que le ha dado la doctrina nacional a este tópico ha sido diverso. En efecto, ella ha sido observada desde diferentes aristas como lo puede ser el derecho del trabajo, el derecho económico, la ética profesional, entre otras. Es por ello que no es de extrañar que la doctrina en su tratamiento del tema llegue a conclusiones contradictorias.

Lo que si es de extrañar por su parte, es que la doctrina aún no haya efectuado un análisis de la confidencialidad con un tipo de contratos que la intuición llama a tener considerados para ella: los contratos de confianza. En este sentido, el propósito del presente trabajo es la construcción de un deber de confidencialidad al interior de los contratos de confianza. De manera tal que pueda entenderse el rol valioso que la confidencialidad puede tener al interior de este tipo de contratos.

Así las cosas, la hipótesis que se buscará verificar es la existencia del deber de confidencialidad al interior de los contratos de confianza teniendo a la vista al mandato del Código Civil como modelo paradigmático del mismo. Para tal labor, el método a utilizar será el dogmático, particularmente haciendo énfasis en el tratamiento que ha dado la doctrina nacional a la confidencialidad, con apoyo jurisprudencial que sirva de apoyo para confirmar o contrastar la opinión de los autores sobre la materia.

En aras de concretar el objetivo planteado, el trabajo se dividirá en dos grandes capítulos.

El primer capítulo tendrá por objeto realizar un sondeo a la confidencialidad y sus proyecciones al interior del derecho privado. Para ello primeramente se abordará el tratamiento que la doctrina y el legislador han dado a la materia, dejando de manifiesto la ausencia de una definición de esta. Posteriormente, en aras de delimitar el objeto de estudio se abordará una definición de confidencialidad que permita un análisis acabado de la misma. Seguidamente se determinará la naturaleza jurídica de la confidencialidad, se analizará en definitiva si es un deber o una obligación y de ser esta última, que clase de obligación sería. Se abordarán también los bienes jurídicos que pueden ser tutelados por la confidencialidad, donde se dejará de manifiesto la pluralidad de intereses que puede cautelar. Para cerrar el primer capítulo se analizarán algunas de las consecuencias jurídicas que derivan de la infracción de la confidencialidad al interior del sistema chileno.

El segundo capítulo por su parte versará sobre la confidencialidad en los contratos de confianza. Para alcanzar dicho fin primeramente se abordará la noción de los contratos de confianza y el mandato como contrato de esta categoría. En segundo lugar, se analizará el rol que cumple la confidencialidad en cada etapa del íter contractual al interior del mandato, donde se hará especial mención a las cláusulas de confidencialidad. Finalmente, se analizarán los remedios que tienen lugar con ocasión de la infracción al deber de confidencialidad en el contexto de los contratos de confianza, teniendo presente al mandato como modelo.

Se finalizará el trabajo con un apartado de conclusiones.

II. LA CONFIDENCIALIDAD: PROYECCIONES EN EL DERECHO PRIVADO

1. Delimitación de la noción de confidencialidad

a) *La confidencialidad en la legislación nacional y su ausencia de definición*

El hablar de la confidencialidad constituye un asunto relevante por su rol protector de los intereses de la persona en sus relaciones jurídicas. En efecto, atendiendo los atributos de la personalidad de las personas, en particular aquellos que cobran relevancia en su dimensión individual, la privacidad se traduce en la exclusión que pueda llevar a cabo un sujeto respecto de otros en lo relativo ciertos aspectos de su decisión o su vida¹. Ello se puede hacer teniendo en la mira distintos objetivos, sea para la conservación de su honor y de su honra², para garantizar sus derechos al interior de un proceso³ o para concretar un plan comercial que, de mediar su divulgación, se frustraría, como ocurre en los secretos en los negocios⁴.

El asunto es que la persona humana en su dimensión social (en tanto animal gregario) forzosamente debe interactuar con otras personas de su círculo con miras a concretar sus objetivos. Dichas interacciones, entre las que se cuentan los contratos⁵ suponen la liberación, el levantamiento del velo del secreto que la persona tenga sobre ciertos antecedentes que antes mantenía en privado a la contraparte en aras de lograr el perfeccionamiento de los contratos. De lo contrario, sus interacciones se tornarían inútiles, pues al no entregar información o al hacerlo de forma errática, aun formándose el consentimiento, la persona no verá satisfechas sus necesidades a plenitud.

Sin embargo, por el hecho de entregar ciertos antecedentes no se puede entender que la persona haya renunciado a mantener privada dicha información⁶. Aquí es donde surge el deber de confidencialidad, un deber que viene a garantizar que la información que una persona brinde en sus interacciones contractuales se mantenga reservada, aun cuando hayan sido entregadas a otro sujeto. De ahí que en todo ordenamiento jurídico que quiera resguardar adecuadamente a los contratantes que se desenvuelvan en su interior, debiera tener regulada, al menos en abstracto, la confidencialidad.

En el derecho chileno, no obstante, el deber de confidencialidad carece de una regulación general y sistemática que abarque todas sus peculiaridades. En efecto, solo hay normas repartidas en el sistema las que dan a entender la existencia de este deber y, es más, utiliza diversas

¹ BARROS BOURIE, Enrique, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual* (2ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2020), I, p. 570.

² Sobre el honor y la honra Emilio Pfeffer Urquiaga señala que “En Chile, en general, se reconocen las dos dimensiones tradicionales del honor: 1) el ámbito subjetivo (honor), entendido como la estimación que el sujeto tiene de sí mismo y el ámbito objetivo (honra), es decir la estimación o valoración social que tienen los terceros de las calidades morales de un sujeto determinado”. PFEFFER URQUIAGA, Emilio, *Los Derechos A La Intimidad O Privacidad, A La Honra Y A La Propia Imagen. Su Protección Frente A La Libertad De Opinión E Información* en *Revista Ius et Praxis* 6 (2000) 1, p. 469.

³ ANRÍQUEZ NOVOA, Álvaro y VARGAS WEIL, Ernesto, *Bases Conceptuales para una Doctrina del Secreto Profesional del Abogado En Chile*, en *Revista Chilena de Derecho* 48 (2021) 1, p. 144

⁴ PUGA VIAL, Juan, *La Sociedad Anónima y otras Sociedades por Acciones en el Derecho Chileno y Comparado* (3ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2020), I, p. 416.

⁵ LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge y ELORRIAGA DE BONIS, Fabián. (2010), *Los Contratos, parte general* (6ª edición, Santiago, Editorial Thomson Reuters, 2017), I, pp. 7-12.

⁶ BARROS BOURIE, Enrique, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, cit (n. 1), I, p. 586.

nomenclaturas para referirse a él. En este orden de ideas y a nivel Constitucional se franquea el artículo 19 N°4 de la Constitución Política de la República que establece “*La Constitución asegura a todas las personas: 4°. El respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia*”.

A nivel legal el Código de Procedimiento Civil hace mención en su artículo 360 N°1 que:

“*No serán obligados a declarar: 1° Los eclesiásticos, abogados, procuradores, médicos y matronas, sobre hechos que se les hayan comunicado confidencialmente con ocasión de su estado profesión u oficio*”.

A su turno el Código Procesal Penal en su artículo 303 dispone:

“*Tampoco estarán obligadas a declarar aquellas personas, que, por su estado, profesión o función legal, como el abogado, médico o confesor, tuvieren el deber de guardar secreto que les hubiere confiado, pero únicamente en lo que refiere a dicho secreto*”⁷.

Otro tanto se encuentra en la ley 20.584, que versa sobre los derechos y deberes de los pacientes, que a propósito de la ficha clínica en su artículo 13 menciona que los prestadores de salud “*...serán los responsables de la reserva de su contenido*”.

De ahí que, en abstracto al menos, el legislador reconozca la existencia de este deber, pero la nomenclatura que le da no es uniforme, utilizando las expresiones confidencialidad, secreto y reserva.

b) *Hacia una noción de confidencialidad*

Sin perjuicio de que es un deber que está reconocido, la falta de una regulación general trae aparejado como consecuencia la falta de un concepto de esta al interior del ordenamiento jurídico chileno. Esto es lo que podría justificar a su vez los diversos términos con los que el legislador se refiere a él. De este modo, la primera tarea a completar que tendrá este acápite será llegar a una definición del deber de confidencialidad.

De conformidad a las reglas de interpretación franqueadas por el Código Civil, en particular el artículo 20, se debe atribuir a las expresiones confidencialidad, reserva y secreto su sentido natural y obvio. Por lo que debe entenderse sentido natural y obvio, tradicionalmente se ha aceptado que ha de recurrirse al Diccionario de la Real Academia Española⁸. Así las cosas, de la noción de “confidencialidad” el mentado diccionario en su primera acepción señala que es aquello “Que se dice o se hace en confianza, con seguridad recíproca de dos o más personas”⁹. Del término reserva en su tercer significado expresa que es la “Prevención o cautela para no descubrir algo que se sabe o piensa”¹⁰. Finalmente, de la expresión secreto apunta en su primera acepción que es “Cosa que cuidadosamente se tiene reservada y oculta” y en su tercer significado

⁷ Otras normas que aluden a la existencia de este deber son, a modo ejemplar la ley 19.628, sobre protección de la vida privada. En su artículo 7 señala que las personas que operan con datos personales “*están obligadas a guardar secreto sobre los mismos*”. Existen otras normas que aluden a la existencia de este deber, que serán analizadas más adelante.

⁸ DUCCI CLARO, Carlos, *Derecho Civil. Parte General* (4ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2015), I, p.91 n. 84. También puede consultarse a SQUELLA NARDUCCI, Agustín, *Introducción al Derecho* (7ª edición, Santiago, Editorial Thomson Reuters, 2022), I, p. 587. Así como a FIGUEROA YAÑEZ, Gonzalo, *Curso de Derecho Civil* (5ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2011), I, p. 32.

⁹ Diccionario de la Real Academia Española. Confidencialidad, 1ª acepción.

¹⁰ Diccionario de la Real Academia Española. Reserva 3ª acepción.

que es el “Conocimiento que exclusivamente alguien posee de la virtud o propiedades de una cosa o de un procedimiento útil en medicina o en otra ciencia, arte u oficio”¹¹.

Aplicando esta técnica de interpretación Alfredo Sierra Herrero intenta una definición del deber de confidencialidad al expresar que “...es un deber de custodia de cierta información que sólo es conocida por una persona o por un número limitado de personas, con exclusión de otros”¹².

Sin perjuicio de que la definición del autor antes citado acierta en torno a lo central que engloba el deber de confidencialidad, que es el carácter exclusivo que posee una persona respecto de determinada información, según lo que se desprende de las definiciones de la RAE, podría considerársele demasiado amplia. En efecto, si se aplicara el concepto por él esgrimido estarían al mismo nivel el médico que comete una infidencia respecto de los antecedentes de su paciente al amigo de confianza de una persona que por una indiscreción divulga un secreto perteneciente a ella. Esto ya lo venía advirtiendo Enrique Barros Bourie cuando expresa “la mera indiscreción desleal de quien ha revelado un secreto no es ilícita per se, salvo que quien haya recibido la información esté sujeto a un deber de reserva o de confidencialidad”¹³. De manera tal que el énfasis además debería ser puesto además en la fuente que tiene dicho deber y, además, a que podría facultar a las personas que son destinatarias del deber si es que tales facultades existen.

Para poder completar las interrogantes conviene adentrarse en un trabajo elaborado por Anríques y Vargas. En él, los autores exploran la relación existente entre los conceptos de confidencialidad y secreto profesional. Así las cosas, plantean que la relación entre ambos términos es una relación de genero a especie. Ello por cuanto el deber de confidencialidad sería “...una obligación civil negativa de fuente contractual, reconocida por la ley y la *lex artis* de la profesión, de carácter fiduciario, consistente esencialmente en el deber del abogado de guardar reserva sobre (abstenerse de divulgar) toda la información relativa a su cliente que ha adquirido en el ejercicio de su profesión”¹⁴. Mientras que el secreto profesional a su turno es “...una inmunidad que exime a los abogados de la carga de entregar información obtenida o producida en el desempeño de la abogacía a una autoridad que la requiera”¹⁵.

A partir de lo señalado es que puede decirse que la confidencialidad, según lo esgrimido por los autores antes señalados, admite dos niveles de protección de la información que proteja. Un primer nivel que viene siendo regulado por las normas del derecho privado que faculta a su destinatario de abstenerse a revelar la información protegida a terceros que son particulares desprovistos de potestades de imperio. Un segundo nivel de protección se encuentra manifestado en el secreto profesional, que facultaría al profesional respectivo a abstenerse de revelar ciertas piezas de información a la autoridad cuando se lo requiera. Como este segundo

¹¹ Diccionario de la Real Academia Española. Secreto.

¹² SIERRA HERRERO, Alfredo, *Las Cláusulas de Confidencialidad en el Contrato de Trabajo*, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 51, (2013), p. 152. [visible en internet: https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512013000200005]

¹³ BARROS BOURIE, Enrique, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, cit (n. 1), I, pp. 585-586.

¹⁴ ANRÍQUEZ NOVOA, Álvaro y VARGAS WEIL, Ernesto cit (n. 3), p. 137.

¹⁵ ANRÍQUEZ NOVOA, Álvaro y VARGAS WEIL, Ernesto cit (n. 3), p. 141.

nivel de protección en definitiva priva al estado de acceder a información que podría considerarse valiosa, es que tiene el carácter de excepcional.

De lo anterior se desprende que el deber de confidencialidad es un antecedente necesario para el ejercicio del secreto profesional, ya que, si no hubiese esta relación respecto de la cual se debe mantener reserva, mucho menos se podría hacer efectiva frente a las autoridades dotadas de imperio.

A pesar de que el tratamiento que hacen los autores es respecto de la relación entre el abogado y su cliente, las nociones de confidencialidad y secreto profesional que franquean bien podrían extrapolarse a otros ámbitos donde deba operar el deber de confidencialidad. Ello es así fundamentalmente por tres motivos: el primero de ellos dice relación con que logra explicar de forma adecuada que el deber de confidencialidad surge de un vínculo existente entre las partes, agregando en este trabajo lo enunciado por Barros, en torno a que este vínculo puede tener diversas fuentes, pudiendo ser la estipulación de las partes, la ley o un uso social¹⁶; el segundo motivo se debe a que logran disciplinar, al menos hasta cierto punto, la terminología usada en la materia, respecto de la confidencialidad y secreto; el tercer motivo se encuentra en que lo propuesto por los autores guarda coherencia con la tendencia que el legislador sigue a la hora de tratar la confidencialidad en ciertas materias.

A modo de ejemplificar lo enunciado en el primer y tercer motivo, basta con señalar lo que ocurre en materia de sociedades anónimas. En esta sede, y según lo expresa el artículo 43 de la ley 18.046:

“Los directores están obligados a guardar reserva respecto de los negocios de la sociedad y de la información social a que tengan acceso en razón de su cargo y que no haya sido divulgada oficialmente por la compañía. En el caso de las sociedades anónimas abiertas, se entenderá que se ha producido dicha divulgación cuando la información se haya dado a conocer mediante los sistemas de información al mercado previstos por la Comisión, de acuerdo con el artículo 10 de la ley N.º 18.045, o bajo otra modalidad compatible con lo dispuesto en el artículo 46”.

De este modo, pesaría sobre los directores un deber de confidencialidad¹⁷ en orden a no revelar información de los negocios y de los asuntos de la sociedad a la que accedan en virtud de su cargo. Sin embargo, como las sociedades anónimas abiertas y especiales operan al interior del

¹⁶ BARROS BOURIE, Enrique, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, cit (n. 1), I, p. 586.

¹⁷ La confidencialidad ha sido abordada a propósito de determinados deberes fiduciarios que tienen los directores de una sociedad anónima para con ella. Estos deberes son entendidos por Jequier como “...la obligación que tiene el fiduciario de actuar lealmente (deber de lealtad) y de manera diligente (deber de cuidado o diligencia)”. JEQUIER LEHUEDÉ, Eduardo., *Curso de Derecho Comercial* (2ª edición, Santiago, Editorial Thomson Reuters, 2019), II, p. 263. En ese contexto, Vásquez liga la confidencialidad como una manifestación concreta del deber de lealtad, entendida por ella como “... la obligación de que el administrador se comporte correctamente (*fairly*) con la sociedad, principalmente en lo que dice relación con el conflicto de intereses, anteponiendo siempre el interés de la sociedad al personal”. VÁSQUEZ PALMA, María, *Sociedades. Comerciantes, empresas grupos de empresas, joint venture y otros sujetos del derecho comercial* (3ª edición, Santiago, Editorial Thomson Reuters, 2019, p. 648). Otros autores como Puga si bien están de acuerdo en que el interés que debe primar es el interés social, concuerda más bien, y siguiendo a Alcalde Rodríguez, que aquel se traduce fundamentalmente en la consecución del lucro o utilidad en la sociedad. PUGA VIAL, Juan. (cit. 4), I, pp. 396-397. Para profundizar en una propuesta de un sistema unitario de responsabilidad de los directores, véase VIDAL OLIVARES, Álvaro, *Responsabilidad Civil de los Directores de Sociedades Anónimas. Bases para la Construcción de un Sistema Unitario*, ahora en, VARAS BRAUN, Juan- TURNER SAELZER, Susan, *Estudios de derecho civil I* (Santiago, 2005).

mercado de valores, ámbito donde la información juega un rol central por el valor que juega ella en la determinación del valor de los instrumentos que en su interior se tranzan¹⁸ es que dicho deber cede y, por tanto, deben “...divulgar en forma veraz, suficiente y oportuna toda información esencial¹⁹ respecto de sí mismo, de los valores ofrecidos y de la oferta.” (Art 9 ley 18.045). Cuestión que, si no hacen en forma voluntaria, deberán realizarla en virtud el respectivo acto de autoridad²⁰. En este caso, por no ser excepcional, no tendría aplicación el secreto profesional.

La jurisprudencia de la Corte Suprema, no obstante, ha seguido un derrotero tendiente a hacer sinónimos ambos términos, confidencialidad y secreto profesional. En efecto, en las pocas sentencias en que el máximo tribunal ha definido el deber de confidencialidad lo ha hecho bajo la nomenclatura de secreto profesional. Así, en una sentencia del 28 de noviembre de 2012, la Corte Suprema a propósito de recursos en contra del Consejo para la Transparencia, por negarse a entregar información de determinados antecedentes que estaban en poder del Consejo de Defensa del Estado ha definido el secreto profesional como “...una obligación legal que tiene como sujeto pasivo a un profesional y que importa que el mismo no puede revelar lo que el cliente mantiene oculto y solamente ha permitido conocer al profesional para el mejor desempeño de su profesión”²¹, definición que resulta aplicable al deber de confidencialidad, mas no al secreto profesional²². Así como también ha resuelto problemas de esta última institución, en un caso igual y fallado en idéntica fecha que el anterior, aplicando normas del deber de confidencialidad, pero no las del secreto profesional²³.

La principal consecuencia que se desprende de esta interpretación es el grado de acceso que podría tener el estado a determinadas piezas de información. En efecto, por medio del secreto profesional, el ente estatal cede en su capacidad para intervenir las relaciones entre privados en aras de que las partes del contrato puedan interactuar en forma libre. De ahí viene la naturaleza excepcional que tiene el secreto profesional y por eso se reserva únicamente para ciertas materias en determinadas oportunidades. Si se equiparan ambas nociones se privaría a todo tipo de información que subyace al interior de dichas relaciones bastando únicamente que las partes pacten cláusulas de confidencialidad.

Es por ello que, una adecuada comprensión del deber de confidencialidad en sus diferentes facetas requiere la separación del deber de confidencialidad, por un lado, y del secreto profesional por otro.

¹⁸ GUZMÁN ANRIQUE, Francisco, *Información Privilegiada en el Mercado de Valores* (1ª edición, Santiago Editorial Lexis Nexis, 2007), p. 7.

¹⁹ Por disposición del inciso segundo del artículo 9 de la ley 18.045 se ha de entender información esencial como “...aquella que un hombre juicioso consideraría importante para sus decisiones sobre inversión”.

²⁰ VÁSQUEZ PALMA, María, *Sociedades. Comerciantes, empresas grupos de empresas, joint venture y otros sujetos del derecho comercial*, cit (n. 17), p. 654.

²¹ Sentencia Corte Suprema Causa Rol 2788-2012.

²² ANRÍQUEZ NOVOA, Álvaro y VARGAS WEIL, Ernesto, cit (n. 3) p. 1446.

²³ Sentencia Corte Suprema Causa Rol 2582-2012. Cabe tener presente que la normativa utilizada son las normas del Código de Ética del Colegio de Abogados de Santiago del año 2011. Ello se justifica pues el referido cuerpo normativo resulta aplicable a todos los abogados del territorio nacional, con independencia de que se encuentren afiliados o no. Así lo ha dispuesto la Sentencia de la Corte Suprema Causa Rol de esta misma causa y la causa rol 2788-2012. Para abordar de mejor manera esta problemática, puede consultarse: BENFELD ESCOBAR, Johan, *Una cuestión de fidelidad. Sobre el ethos de la profesión legal* (1ª edición, Valparaíso, Editorial PUCV, 2023).

c) *Naturaleza jurídica de la confidencialidad*

Previo a continuar el análisis de la confidencialidad, resulta forzoso detenerse en cuál es su naturaleza jurídica, si corresponde a un deber o una obligación. Como bien podrá desprenderse de las definiciones o alusiones a la confidencialidad expuestas con anterioridad, la cuestión no se encuentra zanjada por la doctrina. La decisión por una y otra opción no resulta baladí, pues de ella dependerá la exigibilidad de la misma. Así, si se elige la opción de concebir a la confidencialidad como un deber, no se podrá exigir su cumplimiento forzado, sin perjuicio de la responsabilidad que a la luz del ordenamiento jurídico pueda perseguirse²⁴. De otra parte, si se selecciona la opción de la obligación, si se podría exigir el cumplimiento forzado de la misma²⁵.

Ante la duda, consideramos que la opción correcta es considerar a la confidencialidad una obligación y ello se debe al rol que cumple la confidencialidad al interior de las relaciones que se dan en el tráfico jurídico y a la fuente que tienen en el mismo, pudiendo ser la voluntad de las partes, la buena fe o la ley, conforme será visto en el apartado dedicado a la confidencialidad en relación con el iter contractual. No obstante, por asuntos únicamente dados por la forma, se utilizará la expresión deber u obligación de forma uniforme.

En lo que refiere a la calificación de este mismo deber de confidencialidad, se ha señalado que esta obligación importa la abstención de divulgación de cierta información que pueda ser perjudicial para el co-contratante que la ha confiado. De manera tal que puede ser encuadrada dentro del rotulo de las obligaciones de no hacer. Ello debido a que este tipo de obligaciones corresponden a una "...abstención de ejecutar un hecho que no existir la obligación podría hacerse"²⁶.

Cabe señalar también que, en conjunto con la obligación de no hacer que impone el deber de confidencialidad, puede existir una obligación de hacer. En las propias palabras de Villarreal y Reveco, el deber de confidencialidad "...impone al deudor la carga de mantener dicha información en calidad de confidencial, así como respetar el uso específico con que se le autorizó a usarla o acceder a ella"²⁷. Así, el médico que contrata con el paciente debe mantener reserva de los antecedentes que reciba de este, pero también ha de tomar medidas para evitar que dichos datos sean divulgados, pues de nada serviría dejar la ficha clínica a la vista de todos cuando termina su jornada. Muy por el contrario, debe tomar medidas como, por ejemplo, mantener la ficha clínica del paciente bajo cerradura o bajo contraseña, si constare en soportes electrónicos.

No obstante, lo anterior, de igual forma consideramos que el deber de confidencialidad corresponde fundamentalmente a una obligación de no hacer. Ya que si bien existen otras obligaciones que puedan estar conexas a aquel, el deber fundamental sigue siendo no divulgar la

²⁴ ABELIUK MANASEVICH, René, *Las obligaciones* (6ª edición, Santiago, Editorial Thomson Reuters, 2014), I, pp. 36-37.

²⁵ *Ibidem*, pp. 45-47.

²⁶ ABELIUK MANASEVICH, René, cit (n. 24), I, p. 446; Peñailillo las define como "...aquella en la cual el deudor debe mantener cierto comportamiento de abstención o negativo". PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel, *Obligaciones. Teoría general y clasificaciones. La resolución por incumplimiento* (Reimpresión 1ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2011), I, p. 191.

²⁷ CÁRDENAS VILLARREAL, Hugo y REVECO URZÚA, Ricardo, *Remedios Contractuales* (Reimpresión 1ª edición, Santiago, Editorial Thomson Reuters, 2021), I, p. 202-203.

información sensible. Véase la compraventa, por ejemplo, donde tanto la parte compradora como vendedora pueden tomar sobre sí una serie de obligaciones: conseguir permisos de construcción, obtener un préstamo bancario, etc, pero nadie pone en duda que las obligaciones que pesan sobre ellos son fundamentalmente de dar, en este caso pagar el precio por una parte y entregar la cosa, por otra²⁸.

De ahí entonces que consideramos que las obligaciones de hacer que puedan aparecer vinculadas con el deber de confidencialidad no son otra cosa más que una de las manifestaciones de la diligencia promotora del cumplimiento. Pues conforme señala Brantt la diligencia promotora del cumplimiento:

“...produce una extensión de los deberes del deudor, pues le impone una actuación adicional a la sola prestación, pero encaminada precisamente a conseguir su realización”²⁹.

La diligencia promotora así entendida, vendría a ensanchar la prestación del deudor, tendiendo a adoptar medidas más allá de las previstas para poder cumplir con la obligación de no hacer que se encuentra pactada o que ha sido incorporada al contrato por la buena fe o la ley.

2. Bienes jurídicos que tutela la confidencialidad

a) Cuestiones preliminares

Para entender cuáles son los bienes jurídicos que se ven tutelados por la confidencialidad, hay que entender, primero que nada, la función que cumple la misma al interior del contrato. En este sentido, la confidencialidad, junto con otro catálogo de deberes pueden ser incardinados dentro de la categoría de los deberes secundarios o laterales del contrato, estos son conocidos por no constituir la prestación principal del contrato, “...sino que a la esfera de su protección, complementándola o sirviéndola, propendiendo a su resultado útil”³⁰. Es decir, si bien no encierran dentro de sí a la prestación principal del contrato, aquella por la cual se contrató, su observancia es necesaria para efectos de llevar a buen puerto la relación jurídica entre las partes.

Un segundo punto que forzosamente debe entenderse previamente para comprender los bienes jurídicos que podrían verse tutelados es la propia función que tiene el contrato en la repartición de los riesgos que trae aparejado su incumplimiento. En efecto y según dispone Álvaro Vidal “...A través de la convención, con o sin colaboración de la ley dispositiva (artículo 1558 del Código Civil), las partes distribuyen el riesgo de ciertos daños, partes de los cuales deberá asumir el deudor indemnizándolos y otros soportarlos, pese a su ocurrencia, el acreedor”³¹. De aquí fluye, según el autor antes citado, que son dos los tipos de contratos que se

²⁸ Arturo Alessandri señala que otras obligaciones al interior de la compraventa no son más que una consecuencia de la obligación principal de dar la cosa y pagar el precio, como ocurren con la obligación de saneamiento. ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo, *De la compraventa y de la promesa de venta. Tomo I. Volumen I* (1ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003), I pp. 7-8.

²⁹ BRANTT ZUMARÁN, María, *El Caso Fortuito y su Incidencia en el Derecho de la Responsabilidad Civil Contractual* (1ª edición, Santiago, Editorial Legal Publishing, 2010), I, p. 118.

³⁰ ISLER SOTO, Érika, *Acerca de la responsabilidad civil postcontractual en el derecho del consumidor chileno*, en *Revista Ius et Praxis*, (2019) 1, p. 345. [visible en internet: https://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122019000100335&script=sci_abstract]

³¹ VIDAL OLIVARES, Álvaro, *Criterios para la procedencia de la indemnización del daño moral contractual. Una mirada desde el derecho contractual*, ahora, en DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen – GONZÁLEZ CASTILLO, Joel – BARRIENTOS

pueden formular una vez que se distribuyen los riesgos que contemplan a su vez los intereses que las partes buscan satisfacer: los contratos de contenido patrimonial, que protegen intereses patrimoniales y los contratos personales, que tutelan intereses extrapatrimoniales³². Cimentado lo anterior, corresponde explicar los intereses que resguarda el contrato.

b) *Intereses patrimoniales*

Como ya se anticipó, en primer término, los contratos de contenido patrimonial resguardan intereses de carácter patrimonial, vale decir, y por definición negativa aquellos en que “...no puede asignarse al deudor el riesgo de lesión de intereses no patrimoniales, en tanto no resulta razonable ni que el acreedor tuviere la expectativa de protección de su interés de conservación ni que fuere razonablemente previsible para el deudor que su incumplimiento lesionaría intereses no patrimoniales”³³. Los intereses patrimoniales corresponden a aquellos que son “susceptibles de evaluarse en dinero”³⁴. El perjuicio en cuestión da “lugar a un daño emergente, y la imposibilidad en que se incrementa, a un lucro cesante”³⁵.

Un ejemplo que puede darse en contratos donde la confidencialidad tutela intereses patrimoniales, es el que se da entre un gerente y una sociedad. En efecto, a este contrato, que puede ser un contrato de trabajo o un mandato³⁶, se le aplica lo dispuesto en el artículo 49 de la ley 18.046 (que regula sociedades anónimas), es decir, les resultan aplicables las mismas normas que tienen por destinatarios a los directores de una sociedad anónima. En este sentido cobra relevancia el artículo 43 de la misma ley, y que ha citado *infra*. Debe recordarse que en su virtud:

“Los directores están obligados a guardar reserva respecto de los negocios de la sociedad y de la información social a que tengan acceso en razón de su cargo y que no haya sido divulgada oficialmente por la compañía...”

Como puede apreciarse, en este tipo de contrato los únicos intereses que se podrían encontrarse comprometidos por un potencial incumplimiento son los negocios de la sociedad y la información social. En efecto, para poder desempeñar esa función de forma adecuada, se hace necesario el acceso del gerente a ciertos instrumentos sensibles para la sociedad, como sus libros contables o proyectos pendientes. Dado que la divulgación de estos instrumentos puede causar un perjuicio a la sociedad, por dar a conocer ventajas competitivas que tenga la misma, por

ZAMORANO, Marcelo – GOLDENBERG SERRANO, Juan (Coordinadores) *Estudios de derecho civil VIII* (Santiago, 2013), p. 645. Siguiendo una lógica similar, Pizarro Wilson señala que la reparación en sede contractual se encuentra regida por el principio de reparación integral del daño, pero limitado por el artículo 1558 en aras de respetar las previsiones de las partes. PIZARRO WILSON, Carlos, *La responsabilidad contractual en el Derecho Chileno*, ahora, en MANTILLA ESPINOSA, Fabricio (director), *Los Contratos en el derecho privado* (Bogotá. 2007), p. 220.

³² VIDAL OLIVARES, Álvaro, *Ibidem*, pp. 652 y ss.

³³ VIDAL OLIVARES, Álvaro, *Ibidem*, p. 657

³⁴ RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Responsabilidad Contractual* (1ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2018), p. 225.

³⁵ BARROS BOURIE, Enrique, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, cit (n. 1), I, p. 239.

³⁶ Este no es un punto en el que haya total conformidad en la doctrina, de modo que hay autores que admiten que la relación jurídica entre el gerente y una sociedad sea el de un contrato de trabajo, en tanto que otros lo niegan, señalando que deben primar las normas del mandato. Para profundizar más en las opiniones de: SANDOVAL LÓPEZ, Roberto, *Derecho Comercial, Volumen 1* (1ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2015), I, pp. 111-117; PUELMA ACCORSI, *Sociedades* (3ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2001), III, p. 642; PUGA VIAL, Juan, cit (n. 4), I, pp. 522-523. JEQUIER LEHUEDÉ, Eduardo, cit (n.17), II, p. 301. VÁSQUEZ PALMA, María, *Sociedades. Comerciantes, empresas grupos de empresas, joint venture y otros sujetos del derecho comercial*, cit (n. 17), p. 609-610.

ejemplo, es que se hace necesario que se mantenga la confidencialidad de dichos antecedentes. En ningún caso, la esfera de protección del contrato podría alcanzar a la indemnidad física o psíquica de una sociedad, pues debido a su configuración, le sería imposible tenerla.

c) *Intereses extrapatrimoniales*

En segundo término, está el contrato de carácter personal que “impone al deudor el deber de seguridad o protección sobre la persona del acreedor...”³⁷, de manera tal que en esta clase de contratos “El deudor no puede invocar su imprevisibilidad, porque se entiende que es inherente al contrato, al deber de prestación en él contenido, el velar por la seguridad del acreedor”³⁸. Este tipo de convenciones, por consiguiente, tutelan intereses extrapatrimoniales, de cuya lesión se desprenden los daños no patrimoniales, categoría que se encuentra englobada bajo la noción de daño moral³⁹. Pese a que tradicionalmente el daño moral ha sido definido como “el dolor, pesar o molestia que sufre una persona en su sensibilidad física o en sus sentimientos o afectos”⁴⁰, de modo tal que se identifica con el precio del dolor, en la doctrina moderna el concepto ha sido expandido, en efecto tal y como señala Hernán Corral:

“El concepto de daño moral, en la doctrina moderna, es reformulado para dar cabida a otras facetas de perjuicios, que no se identifican con el dolor como fenómeno psicossomático. Daño moral es todo daño no patrimonial, capaz de comprender otros menoscabos que no admiten apreciación pecuniaria directa como, por ejemplo, el daño corporal o biológico, el daño a derechos de la personalidad o la pérdida del gusto vital”⁴¹.

³⁷ VIDAL OLIVARES, Álvaro, *Criterios para la procedencia de la indemnización del daño moral contractual. Una mirada desde el derecho contractual*, cit (n. 31), p. 654.

³⁸ DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen, *El Daño Moral* (1ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000), p. 551; De esta misma opinión es CORRAL TALCIANI, Hernán *Contratos y Daños por Incumplimiento* (1ª edición, Santiago, Editorial Legal Publishing, 2010), p. 198.

³⁹ BARROS BOURIE, Enrique, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, cit (n. 1), I, p. 239.

⁴⁰ ALESSANDRI BESA, Arturo, *La Nulidad y la Rescisión en el Derecho Civil Chileno* (3ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1943), n. 220. En términos similares lo enuncia Ramón Meza Barros cuando señala “El daño moral consiste en el dolor, la aflicción, el pesar que causa a la víctima el hecho ilícito; no la lesiona en su patrimonio, sino en sus sentimientos, sus afectos o creencias”. MEZA BARROS, Ramón *Manual de Derecho Civil. De las Obligaciones* (9ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2009), p. 259. Pablo Rodríguez Grez también parece seguir esta tendencia pues lo define como “... la lesión de un interés extrapatrimonial, personalísimo, que forma parte de la integridad espiritual de una persona, y que se produce por efecto de la infracción o desconocimiento de un derecho cuando el acto infraccional se expande a la esfera interna de la víctima o de las personas ligadas a ella. RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Responsabilidad Extracontractual* (2ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2018), p. 308.

⁴¹ CORRAL TALCIANI, Hernán, *Lecciones de Responsabilidad Extracontractual* (2ª edición, Santiago, Editorial Legal Publishing, 2013), p. 143-144. De esa misma opinión es Carmen Domínguez quien dice estar con aquellos que “conciben el daño moral del modo más amplio posible, incluyendo allí todo daño a la persona en sí misma-física o psíquica-, como todo atentado contra sus intereses patrimoniales”. DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen, *El Daño Moral*, cit (n. 38), p. 83. Barros Bourie también es de esta tendencia al exponer “... pertenecen a la gran categoría del daño moral todas las consecuencias adversas que afectan la constitución física o espiritual de la víctima y que se expresan, por un lado, en dolor, angustia o malestar físico o espiritual y, por otro lado, en una disminución de la alegría de vivir” BARROS BOURIE, Enrique, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, cit (n. 1), I, p. 303. Asimismo, Marcelo Barrientos Zamorano formula una dura crítica a la postura tradicional cuando señala entre sus conclusiones “Reducir la indemnización por daño extrapatrimonial al dolor no es correcto, ya que el dolor es una afección, es la forma como es afectada la persona por la disconformidad o asintonía con la estructura anatomofisiológica de la

Este concepto amplio del daño moral es el que se condice de mejor manera con los contratos personales expresados por Vidal, por cuanto parte de la base del concepto que denomina objetivo y por tratarse en definitiva de contratos donde no se indemniza la mera molestia o dolor causado por el incumplimiento, sino que más bien la lesión a un interés extrapatrimonial⁴².

Ejemplos paradigmáticos de estos tipos de contratos son los servicios que puede prestar un abogado en juicio o bien, un médico para el tratamiento de una enfermedad. En estos casos lo que existe verdaderamente es que el cliente o paciente facultan al respectivo profesional a que intervenga dentro de sus esferas más íntimas en orden a solucionar los problemas que les aquejan. Para poder realizarlo, el cliente o paciente necesariamente ha de entregar la información en la forma más completa que le sea posible en aras de conseguir un diagnóstico certero. Sin embargo, acá la información no se encuentra referida a asuntos comerciales, sino que dan cuenta de los asuntos más profundos que pueda tener la persona y cuya divulgación no consentida puede causar un grave perjuicio (por ejemplo, no sería grato para una persona que en alguna red social se divulgue que fue tratado por tener una enfermedad de transmisión sexual). De este modo, la confidencialidad en estos casos vendría a proteger bienes jurídicos como la privacidad, la honra y la integridad psíquica.

d) *Otros intereses que tutela la confidencialidad*

Con todo, y excediendo la clasificación propuesta por Vidal, lo bien cierto es que la confidencialidad puede tutelar otros bienes jurídicos distintos a los que se persigan proteger por medio del contrato, esta vez por medio de la ley. Es lo que pasa al menos en sede de mercado de valores. En este ámbito se parte de la premisa que un mercado eficiente se puede lograr en la medida de que se cumplan una serie de factores, entre ellos, que los inversores que operan en su interior participen con el mismo nivel de información⁴³, por cuanto ella repercute de manera significativa en los precios de los activos que se tranzan⁴⁴. Es por ello, que se aspira a que toda la información que pueda ser relevante para invertir sea pública para todos aquellos que estén interesados en realizar operaciones bursátiles.

misma. La pérdida de agrados o amenidades es también una manifestación del menoscabo que supone un daño extrapatrimonial". BARRIENTOS ZAMORANO, Marcelo, *Del Daño Moral Al Daño Extrapatrimonial: La Superación Del Pretium Doloris*, en *Revista Chilena de Derecho*, 35 (2008) 1, p. 162. José Luis Díez esgrime una posición diferente a la planteada por los autores, por señala que mantener las opiniones antes citadas implica atribuir consecuencias propias del daño moral a un daño patrimonial y agregar un requisito no planteado por el legislador, desde que se exige la lesión de un derecho para que se configure el daño. Su solución es matizar la expresión y encuadrar el supuesto con las consecuencias que son propias del daño moral. De este modo y siguiendo a Orgaz y Cifuentes plantea que el daño moral es "la lesión a los intereses extrapatrimoniales de la víctima, que son aquellos que afectan "a la persona y lo que tiene la persona pero que es insustituible por un valor en moneda, desde que no se puede medir con ese elemento del cambio". DIEZ SCHWERTE, Luis, *El daño extracontractual* (Reimpresión 1ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2016), pp 87-88).

⁴² VIDAL OLIVARES, Álvaro, *Criterios para la procedencia de la indemnización del daño moral contractual. Una mirada desde el derecho contractual*, cit (n. 31) p. 649.

⁴³ PFEFFER URQUIAGA, Francisco, *Nuevos deberes informativos y precisiones en torno al concepto de información privilegiada en el contexto de la ley que perfecciona el gobierno corporativo en empresas privadas* en *Revista Actualidad Jurídica* (2010) 22, pp. 182-183.

⁴⁴ GUZMÁN ANRIQUE, Francisco, cit (n. 18) p. 7; PFEFFER URQUIAGA, Francisco, cit (n. 43) p. 183.

No obstante, la expectativa de igualdad que se tiene no siempre puede ser cumplida, ya que al interior del mercado habrá sujetos que operen con más información que otros a la hora de invertir⁴⁵. Por tanto, el legislador ha estimado necesario establecer medidas, tipificando como delitos ciertas conductas y estableciendo ciertos imperativos en orden a cumplir con esas expectativas. La medida se vio concretada en la ley 18.045, que regula el mercado de valores, y por medio de ella, la tipificación en el uso de información privilegiada⁴⁶. Como da a entender el término, quien se encuentra en posesión de información que pueda influir en valores y que no se haya divulgado al público, se encuentra en una posición de privilegio respecto de ella, de manera tal que debe abstenerse de utilizarla para invertir. No corresponde a este trabajo profundizar en demasía en los múltiples problemas y asuntos que trae consigo este interesante tópico, basta con saber que el legislador ha utilizado la confidencialidad como un mecanismo para concretar sus fines, así el artículo 165 en la primera parte de su inciso primero de la ley antes anotada dispone:

“Cualquier persona que en razón de su cargo, posición, actividad o relación posea información privilegiada, deberá guardar reserva y no podrá utilizarla en beneficio propio o ajeno, ni adquirir o enajenar, para sí o para terceros, directamente o a través de otras personas, los valores sobre los cuales posea información privilegiada...”

Con esto puede apreciarse que la confidencialidad puede tutelar otros bienes jurídicos por fuera del ámbito de los contratos, en aquellos casos que el legislador que así lo disponga en aras de proteger ciertos bienes jurídicos. En este caso en concreto, el bien jurídico tutelado son los mecanismos de formación de precios, de conformidad a lo planteado por la Corte Suprema⁴⁷ y cierta doctrina⁴⁸.

Así las cosas, la confidencialidad se caracteriza por su rol colateral que complementa la prestación principal. Según los intereses que se buscan proteger ante el eventual incumplimiento que pueda tener lugar, es que la confidencialidad puede tutelar tanto intereses patrimoniales

⁴⁵ Eduardo Jequier ya lo advierte cuando señala que “Desde muy antiguo, la utilización de secretos o de informaciones que no han sido conocidas o que no han trascendido aún en el mercado, ha sido una forma de lucro en el mundo de los negocios y, por qué no reconocerlo, eventualmente inherente al mismo. Grandes fortunas se han formado precisamente, por individuos que, en situaciones de poder o cercanos a él, han utilizado la información adquirida desde su posición para emprender las más diversas actividades de negocios, según sea la naturaleza de los conocimientos recibidos” JEQUIER LEHUEDÉ, Eduardo, cit (n. 17), II, pp. 165-166.

⁴⁶ La ley la define en su artículo 164 como “información referida a uno o varios emisores de valores, a sus negocios o a uno o varios valores por ellos emitidos, no divulgada al mercado y cuyo conocimiento, por su naturaleza, sea capaz de influir en la cotización de los valores emitidos, como asimismo, la información reservada a que se refiere el artículo 10 de esta ley”.

⁴⁷ Sentencia Corte Suprema Causa Rol 3771-2015 del 20 de abril de 2016. En este caso se reclamó ante la Corte Suprema por la aplicación de una multa por parte de la Superintendencia de Valores y Seguros (hoy día ese órgano ha sido reemplazado por la Comisión para el Mercado Financiero) por uso de información privilegiada. No obstante, en la Causa Rol 9136-2011, de similares hechos, la Corte enunció que el bien jurídico tutelado era la transparencia del mercado.

⁴⁸ VÁSQUEZ PALMA, María, *Revisión Del ámbito de aplicación subjetivo y objetivo de la noción de uso de información privilegiada en Chile: Un Examen de la normativa a la luz de las tendencias doctrinales y jurisprudenciales* en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, 17 (2010) 2, pp. 242-243. [visible en internet: https://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-97532010000200010&script=sci_abstract]

como extrapatrimoniales. De manera tal que puede decirse que tiene un carácter maleable en orden a la variedad de intereses que puede proteger. Lo anterior no es óbice por supuesto, a que la confidencialidad pueda proteger otros intereses a los que se buscan proteger por medio del contrato cuando así lo disponga, como lo ocurre en materia de mercado de valores y en particular, a propósito de la información privilegiada.

3. *Algunas consecuencias de la infracción del deber de confidencialidad*

Sobre este particular, el legislador ha establecido una serie de sanciones en diferentes disposiciones legales que tienen por propósito prevenir o al menos, no dejar impunes las transgresiones a la confidencialidad que él mandata o las que se pacten por la vía de los contratos.

Así, para efectos explicativos y teniendo en consideración que la regulación se encuentra dispersa, proponemos hacer una distinción que diferencie dos clases de normas: Aquellas con pretensiones de carácter general, que tienen por receptores la generalidad de las relaciones jurídicas, es decir, donde es más común que pueda concurrir el supuesto de hecho de la norma; Y en segundo lugar normas de carácter especial que tienen aplicación en determinadas relaciones jurídicas.

a) *Normas de carácter general*

Ejemplos del primer tipo de normas se pueden encontrar en el artículo 247 inciso segundo que hace aplicable la sanción penal del inciso primero “...los que, ejerciendo alguna de las profesiones que requieren título, revelen los secretos que por razón de ella se les hubieren confiado”. También, en atención a que cada vez son más los servicios que utilizan bases de datos para sobrellevar de mejor manera los antecedentes de sus clientes, es que podría encasillarse bajo este rótulo a la ley 19.628, que regula la protección de la vida privada. Dicha ley en su artículo 23 señala que:

“La persona natural o jurídica privada o el organismo público responsable del banco de datos personales deberá indemnizar el daño patrimonial y moral que causare por el tratamiento indebido de los datos, sin perjuicio de proceder a eliminar, modificar o bloquear los datos de acuerdo a lo requerido por el titular o, en su caso, lo ordenado por el tribunal”.

La norma en este caso específicamente contempla una sanción de carácter civil para aquellos entes que utilicen de forma inadecuada los bancos de datos de los que dispongan.

b) *Normas de carácter especial*

En los ejemplos del segundo tipo de normas podemos encontrar la regulación aplicable a la información privilegiada. En efecto, puede citarse el artículo 60 de la ley 18.045 que expresa:

“El que realizare una operación usando información privilegiada, ya sea adquiriendo o cediendo, por cuenta propia o de otro, directa o indirectamente, los valores a los que esa información se refiere, o bien cancelando o modificando una orden relativa a esos valores, será sancionado:

2. Con pena de presidio menor en sus grados medio a máximo en los demás casos Con las mismas penas será sancionado, respectivamente, el que revelare indebidamente información privilegiada”.

Una segunda norma que puede traerse a colación es el artículo 284 bis del Código Penal que dispone a propósito del secreto comercial que:

“Será castigado con presidio o reclusión menor en su grado medio el que sin el consentimiento de su legítimo poseedor revelare o consintiere que otra persona accediere a un secreto comercial que hubiere conocido:

1. Bajo un deber de confidencialidad con ocasión del ejercicio de un cargo o una función pública o de una profesión cuyo título se encontrare legalmente reconocido y siempre que el deber de confidencialidad profesional estuviere fundado en la ley o en un reglamento, o en las reglas que definen su correcto ejercicio.

2. En razón o a consecuencia de una relación contractual o laboral con la empresa afectada o con otra que le haya prestado servicios”.

Con esto puede decirse que el ordenamiento jurídico no permanece escéptico frente a la violación del deber de confidencialidad y establece normas de carácter general y particular con ánimos de cubrir todas las situaciones jurídicas que resulten aplicables.

III. LA CONFIDENCIALIDAD EN LOS CONTRATOS DE CONFIANZA

1. *Sobre la categoría contratos de confianza y en particular, del mandato*

Hablar de los contratos de confianza es un asunto que trae aparejado consigo una dificultad no menor. Ello por cuanto la doctrina no parece estar conteste en torno a lo que significa estar frente a un contrato de esta categoría. Al respecto, pueden encontrarse dos grandes posturas.

Un sector de la doctrina representado por Stichkin que hace sinónimos la noción de contrato de confianza a contrato *intuitu personae*⁴⁹, vale decir, aquellos en que la consideración de la persona ha sido causa principal para la cual se contrató⁵⁰. Una de las consecuencias de lo anterior la anuncia Peñailillo, quien señala que las obligaciones de hacer que devengan de este tipo de contratos revisten de una cualidad especial, por cuanto las obligaciones que de él surjan serán no fungibles de manera tal que la persona ejecutante integra la prestación⁵¹. Lo anterior por supuesto incidirá en instituciones como el cumplimiento forzado (ya que solo puede tener lugar en las

⁴⁹ “El mandato, en cambio, es típicamente un contrato de confianza y por ende *intuitu personae*”. STITCHKIN BRANOVER, David, *El Mandato Civil* (5ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2008), II, p. 70; FIGUEROA YAÑEZ, Gonzalo, *Curso de Derecho Civil* FIGUEROA YAÑEZ, Gonzalo, cit (n. 8), III p. 187.

⁵⁰ FIGUEROA YAÑEZ, Gonzalo, cit (n. 8), III, p. 187.

⁵¹ PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel, cit. (n. 26), I, p.191

obligaciones de hacer fungibles)⁵² o las causales de extinción del contrato (como en el caso de muerte⁵³ o imposibilidad absoluta en el cumplimiento⁵⁴).

En tanto que otro sector de la doctrina, tiende a diferenciar ambos tipos de contratos y ello obedecería a que las consecuencias de la calificación de uno y otro son distintas. Así, Brantt y Mejías explican que entre ambos tipos de contrato existiría una relación género a especie, donde el género viene dado por los contratos de confianza y la especie por los contratos *intuitu personae*⁵⁵. Según ellas, las consecuencias de acoger esta distinción gravitan en la forma que ha de cumplirse el contrato, específicamente a propósito de la figura de la delegación. De este modo, no sería admisible ella en los contratos *intuitu personae*, puesto que, en ellos, el contrato en atención exclusivamente a la persona, de manera tal que no podría ser cumplido por una persona diferente a la que se contrató⁵⁶.

Otros autores que aparentemente decantan por esta opción son Barcia Lehmann, quien habla más bien de contratos de confianza como una institución que es independiente de los contratos *intuitu personae*⁵⁷. Entretanto que en otros autores como Meza Barros la cuestión no es tan clara, pues al tratar sobre las normas del pago expresa que el mandato, como contrato “*intuitu personae*”, termina por la muerte del mandatario (art. 2163, N° 5°). Sin embargo, cuando habla del término de la revocación del mandato señala “Como contrato de confianza, el mandato es esencialmente revocable”⁵⁸.

Sin perjuicio de que los límites entre una y otra categoría son difusos, lo bien cierto es que la postura de Brantt y Mejías es la que más se ajusta al panorama jurídico actual. En efecto, la flexibilidad en su planteamiento permite ajustarse de mejor manera a contratos que al momento de la dictación del código no se encontraban tan difundidos, como el contrato de prestación de servicios, donde la persona co-contratante no es un factor determinante a la hora de contratar, importando solamente la satisfacción de su interés.

⁵² Así René Abeliuk dispone “La ejecución forzada presenta mayores dificultades tratándose de las obligaciones de hacer, porque si el deudor puede ser fácilmente privado de sus bienes o las especies adeudadas, no hay normalmente forma de compelerlo a la fuerza a hacer algo; amén de que al imponerlo así, se atentaría contra la dignidad y libertad personales. Por ello normalmente procederá únicamente cuando se trate de obligaciones de hacer fungibles, usando el término en el sentido de que el hecho pueda ser realizado por otra persona en lugar del deudor”. ABELIUK MANASEVICH, René, cit (n. 24), II, p. 935.

⁵³ Ibidem, p. 445.

⁵⁴ ABELIUK MANASEVICH, René, cit (n. 24), II, p. 1379. Ello sin perjuicio de las precisiones que puedan ser formuladas con ocasión del caso fortuito.

⁵⁵ BRANTT ZUMARÁN, María y MEJÍAS ALONZO, Claudia, *El Contrato de servicios como categoría general en el derecho chileno. Su contenido y rasgos distintivos*, en *Revista Ius et Praxis* 24 (2018) 3, p. 602. [visible en internet: https://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S071800122018000300583&script=sci_abstract]

⁵⁶ BRANTT ZUMARÁN, María y MEJÍAS ALONZO, Claudia, *El Contrato de servicios como categoría general en el derecho chileno. Su contenido y rasgos distintivos*, cit (n. 55), p. 602.

⁵⁷ Así, cuando habla de los vicios del consentimiento, en particular el error en la persona expresa “El error, en cuanto a la identidad de la persona, vicia el consentimiento en los actos jurídicos gratuitos y excepcionalmente en los onerosos. En éstos es indiferente la contraparte, salvo en los contratos de confianza e intuitu personae”. BARCIA LEHMAN, Rodrigo, *Lecciones de Derecho Civil Chileno. Del Acto Jurídico* (2ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2010), I, p. 24. Misma opinión se repite al hablar de la sociedad y el mandato. BARCIA LEHMAN, Rodrigo, *Lecciones de Derecho Civil Chileno. Del Acto Jurídico* (2ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2010), II, p. 55.

⁵⁸ MEZA BARROS, Ramón, cit (n. 40) p. 173.

Son varios los tipos contractuales que se dicen pertenecen a esta categoría. Al respecto se han señalado contratos como la sociedad⁵⁹, ciertos contratos de trabajo, en los que el personal es de exclusiva confianza del empleador⁶⁰, el depósito⁶¹, entre otros⁶². No obstante, si es que existe un contrato que encaja muy bien esta categoría, sea como contrato de confianza o *intuitu personae*, es el mandato⁶³. Esto ya se viene apreciando en la propia definición del contrato de mandato que esgrime el Código Civil, que en su artículo 2116 lo define como “*un contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera*”. Tal y como puede apreciarse el legislador no utilizó un verbo como encargar o encomendar, sino que hace énfasis en la confianza existente entre las partes al utilizar el verbo confiar⁶⁴.

Esta cualidad en el mandato ha sido realizada por la doctrina. Así, Stitchkin plantea que uno de los elementos que se distinguen de ese contrato es la confianza, ya que “Interviene aquí un factor subjetivo del que comete el encargo y que consiste en la fe que le inspira el mandatario, tanto por su honestidad cuanto por las cualidades que posee para desempeñar con buen éxito el negocio que le encomienda”⁶⁵. La Corte Suprema, a su vez, ha hecho suya la declaración anterior, al pronunciarse en diferentes ocasiones sobre el carácter de confianza del mandato y lo que ello acarrea, particularmente a propósito de fundamentar la obligación de rendir cuentas del mandatario⁶⁶.

Sin embargo, solo una sentencia se ha encargado de profundizar lo anteriormente dicho por Stitchkin. Al efecto, la causa rol 8792-2009 del 25 de mayo de 2009, donde el máximo tribunal, conociendo de una acción de declaración de existencia de mandato y rendición de cuentas sostuvo respecto de la confianza en el mandato que:

⁵⁹ Por todos ellos, puede leerse a BARCIA LEHMAN, Rodrigo, cit (n. 57), II, p. 187; Aunque Jequier indica derechamente que se trata de contratos *intuitu personae*. JEQUIER LEHUEDÉ, Eduardo, (cit n.17), II, p. 32).

⁶⁰ Es lo que justificaría el desahucio en este tipo de contratos. NOVOA FUENZALIDA, Patricio Y THAYER ARTEAGA, William, *Manual de Derecho del Trabajo. Derecho Individual de Trabajo (Continuación) y Derecho Procesal del Trabajo*, (6ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2015) IV, p. 34.

⁶¹ El carácter de confianza del depósito se aprecia también en la propia definición del mismo, ya que el artículo 2211 del Código Civil lo conceptualiza como “Llámase en general depósito el contrato en que se confía una cosa corporal a una persona que se encarga de guardarla y de restituirla en especie”. MEZA BARROS, Ramón, cit (n. 40) p. 43.

⁶² Por ejemplo, a propósito de la derogada ley de quiebras, se mencionan como contratos de confianza el mandato, la franquicia, el corretaje, la cuenta corriente. EYZAGUIRRE SMART, Gonzalo y GÓMEZ BALMACEDA, Rafael, *El Derecho de Quiebras*, (1ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2009) II pp. 300 y ss.

⁶³ STITCHKIN BRANOVER, David, cit (n. 49) p. 40.

⁶⁴ Esto es congruente con los propios orígenes del mandato. Al efecto, Guzmán Brito señala que “Los romanos consideran que aceptan encargos de gestionar negocios ajenos constituye un deber (*officium*) impuesto por la amistad (*amicitia*) o por la fidelidad debida por personas subordinadas (*clientes* en sentido amplio), y que el cobro de un precio contradice a ese deber (cfr. D.17,1,1,4), que ello es además indigno de personas de elevado rango social...”⁶⁵ la fides ocupa un lugar relevante en el *mandatum*, en cuanto envuelve a confiar a otro la gestión de los propios intereses..... También es, por consiguiente, un 'contrato en consideración de una persona' (*intuitu personae*). GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Derecho Privado Romano* (2ª edición, Santiago, Editorial Thomson Reuters, 2013), II, pp. 213-214.

⁶⁵ STITCHKIN BRANOVER, David, cit (n. 49) p. 40.

⁶⁶ Así se ha hecho por ejemplo en las Causas Rol 4670-2010 del 27 de julio de 2010, 2319-2011 del 12 de enero de 2012 y 5898-2012 del 28 de enero de 2013.

“Esta confianza se fundamenta, entonces, en el conocimiento de las virtudes de honorabilidad y de eficiencia que el mandante le reconoce y aprecia en el mandatario que, desde su perspectiva, le asegura el fiel cumplimiento del encargo pertinente”⁶⁷.

Se podría decir entonces que la confianza refiere a cuestiones de carácter subjetivo. Va aparejada con un cierto grado de seguridad que tiene una parte en su fuero interno respecto de la otra, en orden a que se comportará de determinada manera, seguridad que es necesaria para la adecuada ejecución del contrato. En efecto y conforme será analizado más adelante (véase el punto 2 en el apartado II), en los contratos de confianza (en particular el mandato), existe una especial cooperación entre las partes para concretar el objeto para el cual se ha contratado y para ello. La seguridad es la que habilita a la parte que confía a desplegar ciertas conductas que, de no mediar confianza, no haría: entregar ciertos antecedentes, seguir determinadas instrucciones, desplegar determinadas conductas etc.

Así, la confidencialidad se incorpora al contrato en aras de proteger la confianza que ha existido entre las partes contratantes y que se ha manifestado por medio de entrega información que, de mediar divulgación, provocaría un perjuicio. Por medio de ella se garantiza que la confianza que ha depositado una de las partes en la otra no ha sido en vano. La confidencialidad entonces viene a resguardar entonces la información que se haya tratado entre las partes antes y durante la negociación y ejecución del contrato.

En otro orden de ideas, la importancia del mandato radica en las pretensiones que ha tenido el legislador en torno a que su contenido sea el régimen supletorio de una serie de contratos, en particular los que traen envueltos dentro de sí una obligación de hacer. Al efecto, no hay que perder de vista que, dado que el mandato puede ser gratuito u oneroso, las obligaciones que lo caracterizan son las de hacer. Así, Stitckin expresa “Decíamos que la obligación del mandatario consiste en ejecutar el encargo que le hace el mandante. Es decir, la suya es una obligación de hacer sujeta a las disposiciones pertinentes a esa clase obligaciones”⁶⁸.

Así, primero que nada, el artículo 2012, que establece la norma de clausura en los contratos de prestación de servicios, establece:

“Los artículos precedentes se aplican a los servicios que según el artículo 2118 se sujetan a las reglas del mandato, en lo que no tuvieren de contrario a ellas”.

Reforzando la idea anterior, se encuentra el artículo 2118 del mismo cuerpo legal que prescribe que:

“Los servicios de las profesiones y carreras que suponen largos estudios, o a que está unida la facultad de representar y obligar a otra persona respecto de terceros, se sujetan a las reglas del mandato”.

Asimismo, se han reconocido las virtudes que puede tener el contrato de mandato como régimen supletorio de los contratos de prestación de servicios, en tanto consistir estos, predominantemente en obligaciones de hacer⁶⁹. Al efecto, señala Barros “... el mandato contiene una sólida base normativa para regular las obligaciones de servicio que se prestan a riesgo de

⁶⁷ Sentencia Corte Suprema Causa Rol 8792-2009.

⁶⁸ STITCKIN BRANOVER, David, cit (n. 49) p. 260.

⁶⁹ RODRÍGUEZ PINTO, María, *Responsabilidad por Incumplimiento de Contratos de Servicios. La Protección del Consumidor y del Cliente por Prestaciones Defectuosas*, en *Revista Chilena de Derecho*, 41 (2014) 3, p. 796.

quien hace el encargo”⁷⁰. Esta afirmación ha sido seguida por Rodríguez Pinto quien sostiene “El mandato (artículos 2116 a 2173 del Código Civil y artículos 233 a 317 del Código de Comercio) efectivamente aporta un cuerpo normativo profundo y potente para la integración e interpretación de los contratos de prestación de servicios”⁷¹. Hay que tener presente a su turno, que este tipo de contratos han ido cobrando cada vez más relevancia en el tráfico jurídico actual, de manera tal que su presencia es cada vez más habitual.

Sin embargo, la anterior no es una opinión unánime en la doctrina. Hay opiniones críticas en orden a señalar al mandato como un régimen supletorio a los contratos de prestación de servicios. Esta opinión disidente ha sido marcada por Mejías y Brantt, quienes en un primer trabajo que:

“La revisión de las normas del contrato de arrendamiento de servicios inmateriales y de ejecución de obra material, así como las del mandato, no permiten construir un régimen legal supletorio propio para los contratos de servicios, al menos en lo que refiere al contenido de las obligaciones y a los remedios del acreedor frente al incumplimiento”...” Las disposiciones especiales que regulan expresamente el contenido del servicio y los remedios por su incumplimiento reiteran las reglas generales contenidas en el Libro IV del Código Civil nos reconducen a ellas. Los únicos preceptos que contienen normas que se apartan de las reglas generales y que pueden contribuir a enfrentar las particularidades de los contratos de servicios son las referidas al desistimiento o terminación unilateral del contrato –aunque con soluciones diversas– y a la sustitución de la prestación defectuosa”⁷³.

Las autoras en cuestión proponen en un segundo trabajo que el régimen aplicable a esta clase de contratos es la del derecho común, entendiendo por tal:

“...al acervo que la dogmática jurídica ha construido a lo largo de su desarrollo, que obra como dogma en la materia y en la que necesariamente debe apoyarse cualquier solución jurídica para que pueda ser considerada coherente en el ordenamiento jurídico. Derecho común que, por cierto, se sustenta en las reglas legales vigentes, pero también en principios generales, así como otros presentes en cada una de las áreas específicas del derecho”⁷⁴.

⁷⁰ BARROS BOURIE, Enrique, *Los Contratos de Servicios ante la Doctrina General del Contrato: La Virtualidad analógica de las reglas sobre el Mandato*, ahora, en ELORRIAGA DE BONIS, Fabián, (coordinador), *Estudios de derecho civil VII* (Santiago, 2012), p. 333.

⁷¹ RODRÍGUEZ PINTO, María, cit (n. 69), p. 796. No obstante, hay que tener presente que tratándose de contratos de prestación de servicios que contengan dentro de sí obligaciones de resultados, es más conveniente aplicar un estatuto similar al del vendedor en el contrato de compraventa.

⁷² Siguiendo una línea similar y a propósito de las profesiones liberales Carmen Domínguez ha dicho que se encuentran reguladas por los principios que emanan de la aplicación de las reglas del mandato (C.C. art. 2118) y, en lo que no fueren incompatibles con aquellas, por las del arrendamiento de servicios inmateriales (C.C. art. 2012)”. DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen, *Naturaleza y fundamento de la responsabilidad civil del profesional liberal*, en *Anales Derecho UC. Temas de responsabilidad civil* 1(2006), p. 123.

⁷³ BRANTT ZUMARÁN, María y MEJÍAS ALONZO, Claudia, *El derecho supletorio del contrato de servicios en el Código Civil chileno: Insuficiencia de las reglas del mandato y del arrendamiento*, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* 46 (2016), pp. 100-101. [visible en internet: https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S071868512016000100002]

BRANTT ZUMARÁN, María y MEJÍAS ALONZO, Claudia, *El derecho supletorio del contrato de servicios en el Código Civil chileno: Insuficiencia de las reglas del mandato y del arrendamiento*, cit (n. 73) p. 586.

El acervo común, por lo demás es identificado por las autoras en el Libro IV del Código Civil, integrando más normas que las del mandato o el contrato de arrendamiento de servicios⁷⁵.

A pesar de los cuestionamientos que puedan realizarse, lo bien cierto es que las autoras no abogan por la exclusión de las normas del mandato, sino que más bien a una lectura complementada de las mismas a partir del sistema en general. De este modo, el mandato sigue teniendo importancia al interior de la configuración de las obligaciones de hacer, en particular, por servir de guía para la aplicación de ciertas instituciones, como la revocación del mandato por la pérdida de confianza, conforme será analizado *infra*.

Afianzado lo anterior, bien puede decirse que, a la luz del panorama jurídico actual, el contrato de mandato podría ser a las obligaciones de hacer, lo que la compraventa es al modelo sobre el que se construyó el contrato⁷⁶. Ello por servir como modelo paradigmático en torno a su estructuración. De este modo, en lo sucesivo del análisis que reste por realizar en el presente trabajo, se utilizará como modelo de estudio el contrato de mandato.

2. *Proyecciones de la confidencialidad en el iter contractual*

Como ya sido indicado *supra*, la confidencialidad puede verse incluida en la relación contractual, por medio de varias vías, entre las que se cuentan la ley, la estipulación de las partes y los usos sociales. Sin querer desmerecer las fuentes antes planteadas por Barros, es de nuestro interés detenernos en una fuente en particular, cual es la buena fe, particularmente en vertiente objetiva, es decir, la que “impone a los contratantes el deber de comportarse correcta y lealmente en sus relaciones mutuas, desde el inicio de los tratos preliminares y hasta momento incluso posteriores a la terminación de contrato”⁷⁷.

Lo anterior obedece a que sirve como un elemento fundamental en la integración del contrato. Al efecto debe tenerse presente el artículo 1546 del Código Civil que dispone que:

“Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella”.

El precepto antes citado guarda tras de sí una monumental importancia, que consiste en que no necesariamente lo expresado en un contrato sea lo único que obliga a los contratantes, sino que más bien, por la vía de la buena fe, se puede agregar contenido contractual que en un principio no se encuentra pactado. Al efecto, señala Guzmán Brito sobre la expresión del mentado artículo “*cosas que precisamente emanan de la naturaleza*” que es:

⁷⁵ BRANTT ZUMARÁN, María y MEJÍAS ALONZO, Claudia, *El derecho supletorio del contrato de servicios en el Código Civil chileno: Insuficiencia de las reglas del mandato y del arrendamiento*, cit (n. 73) p. 586.

⁷⁶ BARROS BOURIE, Enrique, *Los Contratos de Servicios ante la Doctrina General del Contrato: La Virtualidad analógica de las reglas sobre el Mandato*, cit (n. 70), p. 340.

⁷⁷ LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge y ELORRIAGA DE BONIS, Fabián, cit (n.5), I, p. 435; FIGUEROA YAÑEZ, Gonzalo, cit (n. 8), I, p. 75.

“...un giro empleado para expresar la idea de que, a partir del ser estructura u organización de cada obligación puede derivarse algo no declarado, pero que resulta necesario para la total satisfacción de la prestación obligacional de que se trata”⁷⁸.

Tal es la importancia de la buena fe objetiva que se ha incorporado como uno de los principios que imperan en la teoría general de contrato⁷⁹ y no se ha limitado únicamente a la ejecución del contrato, sino que también ha impregnado a otras fases de la vida jurídica del mismo. De este modo se llega a la idea de iter contractual, que corresponde al conjunto de etapas por las que atraviesa un contrato, desde los tratos preliminares hasta su completa ejecución e incluso hasta una vez terminado el mismo. Lo anterior ha sido manifestado por una sentencia de la Corte Suprema del dos de septiembre del año 2014, que conociendo de un caso en el que se discutió sobre el cumplimiento de un contrato con indemnización de perjuicios que recaía sobre la transferencia que debía realizarse sobre una grúa horquilla, señaló:

*“Que, manifestaciones concretas de la buena fe se advierten en todo el proceso iter contractual. En efecto tanto en la etapa de los tratos preliminares, como en el instante de la celebración, en el cumplimiento y también en las relaciones post contractual”*⁸⁰.

Así las cosas, se hará un análisis sucinto de cada una de las fases y analizaremos como es que la confidencialidad interactúa en cada una de ellas, teniendo a la vista la institución del mandato, pues el mandatario en tanto parte de un contrato de confianza es portador de información que debe ser mantenida en la confidencialidad.

a) *Etapa precontractual*

Los tratos preliminares o etapa precontractual abarcan todas aquellas conductas que han sido desplegadas por las partes en el marco de las negociaciones para un futuro contrato⁸¹. En este contexto, son varios los supuestos que se han planteado en orden a una eventual responsabilidad que puede tener lugar en la referida fase. Así, se han señalado como hipótesis de responsabilidad precontractual la ruptura injustificada de las tratativas o negociaciones preliminares⁸², la celebración de un contrato inválido⁸³, las infracciones al deber de información⁸⁴ y la vulneración del deber de confidencialidad. Sobre este último, profundizaremos en los siguientes párrafos.

⁷⁸ GUZMÁN BRITO, Alejandro, *La buena fe en el Código Civil de Chile*, en, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica* 29 (2002) 1, p. 17.

⁷⁹ LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge y ELORRIAGA DE BONIS, Fabián, cit (n.5), I, pp. 434 y ss.

⁸⁰ Sentencia Corte Suprema causa rol 14.243-2013.

⁸¹ Véase BARROS BOURIE, Enrique, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, cit (n. 1), II, p. 1117

⁸² Véase LÓPEZ DIAZ, Patricia, *La ruptura de las tratativas preliminares como una justificada excepción al principio de libertad contractual y un particular supuesto de indemnización precontractual* ahora, en VIDAL OLIVARES, Álvaro (director); SEVERIN FUSTER, Gonzalo (editor), *Estudios de derecho de contratos en homenaje a Antonio Manuel Morales Moreno* (Santiago, 2018).

⁸³ LÓPEZ DIAZ, Patricia, *La tutela precontractual del acreedor: una aproximación desde el Código Civil chileno y su interacción con la tutela contractual* (1ª edición, Santiago, Editorial Thomson Reuters, 2019), I, pp. 74-91.

⁸⁴ Véase BARROS BOURIE, Enrique, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, cit (n. 1) II, p. 1127 y ss. Un estudio mucho más detallado sobre la materia ha sido efectuado por Iñigo De La Maza, a saber: DE LA MAZA, Iñigo, *Buena fe, El reverso de la moneda. A propósito del dolo por omisión y el deber precontractual de informar*, en *Revista Chilena de Derecho Privado* (2008) 11. [visible en internet: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3266888>] ; DE LA MAZA, Iñigo, *Tipicidad y atipicidad de los deberes precontractuales de información*, en *Revista de Derecho Pontificia Universidad Católica*

El supuesto de este deber es sencillo de entender y consiste en que la parte que haya que conocido datos u antecedentes durante el transcurso de las tratativas preliminares, cuya divulgación pueda causar un perjuicio a la contraparte, debe guardar la confidencialidad de esta, se celebre o no el contrato⁸⁵. Así, por ejemplo, si el candidato a gerente de una sociedad conoce durante las negociaciones de su contrato, de una marca o patente que se mantiene secreta para la empresa, sin que se haya perfeccionado el contrato, la divulgación que pueda hacer aquel respecto de esas piezas de información se englobarían durante esta fase.

Agrega López que para que se configure este deber:

“...se requiere del carácter secreto o reservado de la información resulte expresamente de la declaración de quien así la considere o se desprenda de determinadas circunstancias, debiendo atenderse al tipo de información, la naturaleza y fin del contrato y las características del receptor de la información, toda vez que puede ser un potencial competidor en la producción del bien o servicio sobre el que se está suministrando la información”⁸⁶.

Al interior de la regulación del contrato de mandato, no es posible encontrar una alusión expresa a esta fase. No obstante, se ha buscado desprender el inciso segundo del artículo 2125 del Código Civil, que versa sobre las diligencias que debe tomar el profesional, aun cuando no acepte el encargo que se le ha ofrecido. Al efecto dice la regla:

“Aun cuando se excusen del encargo, deberán tomar las providencias conservativas urgentes que requiera el negocio que se les encomienda”.

Stitchkin por su parte menciona sobre esta norma que:

“La obligación que en tal caso impone la ley no es de carácter contractual, puesto que precisamente se trata de la negativa del destinatario a encargarse del negocio; ni tampoco delictual, puesto que rechazando la oferta ejercita un derecho que la ley le confiere. Se trata, en verdad, de una obligación precontractual o simplemente legal, cuyo fundamento es el principio de solidaridad social y buena fe elevado a la categoría de norma de conducta generalmente obligatoria en toda actividad humana”⁸⁷

Las providencias conservativas que aparecen mencionadas en la norma varían según Stitchkin, son una cuestión de hecho y que tendrán que ser probadas en el respectivo juicio⁸⁸. De este modo, consideramos que le son aplicables a los contratos de confianza en la medida que tenga lugar la transferencia de información sensible de una parte a otra.

de Valparaíso (2010) 34. [visible en internet: https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512010000100002]; DE LA MAZA, Iñigo, “El suministro de información como técnica de protección de los consumidores: los deberes precontractuales de información”, en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte* 17 (2010b) 2. [visible en internet: <https://revistaderecho.ucn.cl/index.php/revista-derecho/articulo/view/2074>]; DE LA MAZA, Iñigo, “La distribución del riesgo y la buena fe. A propósito del error, el dolo y los deberes precontractuales de información”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (2011) 37. [visible en internet: https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512011000200003]

⁸⁵ LÓPEZ DIAZ, Patricia, *La tutela precontractual del acreedor: una aproximación desde el Código Civil chileno y su interacción con la tutela contractual*, cit (n. 83), I, p. 71.

⁸⁶ Ídem, p. 71.

⁸⁷ STITCHKIN BRANOVER, David, cit (n. 49) p. 113.

⁸⁸ Ibidem p. 117.

b) *Celebración del contrato y ejecución del contrato*

Para efectos de la presente memoria se engloban dentro de un solo subapartado la etapa de la celebración del contrato y ejecución de este, pues la celebración del contrato termina abriendo las compuertas a la parte para adentrarse en la información confidencial, que es la que se utilizará en la fase de ejecución del contrato.

En lo tocante a la ejecución del contrato, se entiende que en los contratos en general, se requiere de la cooperación recíproca de las partes en orden a poder cumplir con su objeto. Ello no difiere en los contratos de confianza, como lo es el mandato. Así, por ejemplo, difícilmente un médico o abogado podrán actuar únicamente con lo recabado por ellos en la primera consulta que se les haga. Esta afirmación se ve respaldada por lo establecido en el artículo 2158 N°1 del Código Civil cuya letra dispone: “*El mandante es obligado, 1º. A proveer al mandatario de lo necesario para la ejecución del mandato*”. Stichtkin recalca que la expresión “es amplia y comprende todas las cosas que puedan necesitarse para obtener debidamente el objeto del mandato”⁸⁹.

La amplitud de los términos alcanza necesariamente a la información que debe dar una de las partes a otra para el buen cumplimiento del contrato. Sin ella, numerosas prestaciones que pretenda realizar el mandatario estarán destinadas al fracaso o a la consecución de un daño irremediable. No obstante, como la divulgación de esos antecedentes pueden ocasionar perjuicios, se opta por proteger la información por medio del deber de confidencialidad.

En definitiva, y como podrá advertirse, el mandatario no se obliga primordialmente a guardar silencio, sino que el deber de confidencialidad aparece como algo adjetivo a la prestación principal del contrato. Es quizá en esta sede donde se aprecia de forma más clara el carácter de deber secundario del deber de confidencialidad, ya abordado precedentemente.

Lo anterior no es más que una de la concreción de la llamada diligencia promotora del cumplimiento cuya finalidad es en palabras de Brantt:

“...que la prestación, contemplada inicialmente como proyecto, se convierta en realidad, esto es, que se verifique el cumplimiento. En definitiva, lo que esta diligencia impone al deudor es hacer todo lo necesario para producir la satisfacción del interés del acreedor, aunque no haya estado específicamente definido como para parte de la prestación debida”⁹⁰.

En efecto, la confidencialidad en buena medida contribuye a que la prestación pueda concretarse en forma efectiva y en términos tales que logren satisfacer el interés del acreedor en la ejecución del contrato.

Pasando a su manifestación al interior del mandato, si bien en la normativa del mismo no hay una norma que tipifique expresamente el deber de confidencialidad en esta fase, si se puede extraer de la lectura del artículo 2134 del Código Civil que hablan sobre la administración del mandato. Dice la referida norma:

⁸⁹ Ibidem, p. 418.

⁹⁰ BRANTT ZUMARÁN, María, *El Caso Fortuito y su Incidencia en el Derecho de la Responsabilidad Civil Contractual*, cit (n. 29), I, p. 118.

“La recta ejecución del mandato comprende no sólo la substancia del negocio encomendado, sino los medios por los cuales el mandante ha querido que se lleve a cabo”.

A partir de lo señalado por esta norma, si se entiende la expresión medios en un sentido amplio, puede concluirse que la ejecución del encargo comprende no solamente los medios materiales o intelectuales que permiten concretarlo, sino que también a los debidos resguardos que ha de tomar el mandatario en la ejecución del mandato. Así, por ejemplo, es razonable pensar que el paciente quiere tanto que el doctor cure su enfermedad como que adopte medidas para que sus datos sean divulgados. Misma suerte corre la empresa que quiere a su gerente para la administración de la misma, pero que también desea que sus secretos empresariales se mantengan en secreto.

En contrario a esta interpretación amplia puede esgrimirse el inciso segundo de la mentada norma que autoriza al mandatario a emplear medios equivalentes, si es que ello le permite conseguir la ejecución completa del encargo:

“Se podrán, sin embargo, emplear medios equivalentes, si la necesidad obligare a ello y se obtuviere completamente de ese modo el objeto del mandato”.

No obstante, en contra de este inciso puede señalarse la existencia del artículo 2149 que plantea una expresa prohibición al mandatario, en orden a que se abstenga de realizar el mandato que sea manifiestamente pernicioso para el mandante:

“El mandatario debe abstenerse de cumplir el mandato cuya ejecución sería manifiestamente perniciosa al mandante”.

De ahí que puede afirmarse que el mandatario si bien puede ejecutar el mandato por medios equivalentes, no podría hacerlo en aquellos casos que se derive un perjuicio manifiesto para el mandante. Si ese perjuicio se ve manifestado por medio de la liberación de información que podría ser confidencial, el mandatario deberá abstenerse de realizarla aun cuando, por medio de ella, consiga concretar el objeto del encargo.

Asentado lo anterior, corresponde adentrarse en la forma utilizada por las partes para la protección de la información confidencial: las cláusulas de confidencialidad.

i) *Las cláusulas de confidencialidad*

La forma que paradigmáticamente se ha utilizado para la tutela de información que puede ser sensible es por medio de las cláusulas de confidencialidad. Por medio de estas, como bien dice su nombre, “se pretende que la información proporcionada a la contraparte con ocasión de la negociación, ejecución o término de un contrato principal no sea usada, divulgada y/o revelada, sin autorización previa del otro contratante”⁹¹.

Son tres las ventajas que se han alegado respecto de la conveniencia en el uso de las cláusulas de confidencialidad, a saber: primero, dar certeza respecto de cual información es la que revestirá

⁹¹ CÁRDENAS VILLARREAL, Hugo y REVECO URZÚA, Ricardo, cit (n. 27), p. 202.

el carácter de confidencial; segundo, el período de tiempo que durará la obligación que derive de la cláusula; y tercero, las consecuencias jurídicas que deriven del respectivo incumplimiento de la obligación⁹².

Respecto de la primera de las ventajas antes aludidas, Cárdenas y Reveco⁹³ remarcan, al hablar de los efectos de las cláusulas de confidencialidad, es la posibilidad de poder negar su exhibición ante los tribunales de justicia cuando así lo soliciten los terceros. Todo de conformidad al artículo 349 del Código de Procedimiento Civil. Dice la citada norma:

“Podrá decretarse, a solicitud de parte, la exhibición de instrumentos que existan en poder de la otra parte o de un tercero, con tal que tengan relación directa con la cuestión debatida y que no revistan el carácter de secretos o confidenciales”.

Sin embargo, se debe ser precavido con el tenor de tales afirmaciones, pues su aceptación categórica podría inducir a equívocos. Ello por cuanto no se puede pretender que cualquier hecho pueda revestir el carácter confidencial, y aún más de secreto. No podría intentarse, por ejemplo, otorgarse el carácter confidencial a un hecho que es público o del que la parte no puede mantener reserva (como serían las materias no amparadas por el secreto profesional), pues habría un problema en la configuración de la cláusula, por no ser posible ni material, ni jurídicamente la realización de la prestación que ella contiene⁹⁴.

Una buena forma de poder saber si es que la información de la que se trate es susceptible de ser catalogada como confidencial son las pautas que da el artículo 86 de la ley 19.039, sobre propiedad industrial. El artículo entrega una definición de lo que ha de entenderse secreto comercial⁹⁵ y a continuación, señala los requisitos con los que ha de cumplir. Así, la información debiera cumplir con los siguientes requisitos:

“a) Sea secreta en el sentido de no ser, como conjunto o en la configuración y reunión precisas de sus componentes, generalmente conocida ni fácilmente accesible para personas que se encuentran en los círculos en los que normalmente se utiliza ese tipo de información.

b) Tenga un valor comercial por ser secreta.

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

Además, debe tenerse a la vista lo planteado en el capítulo primero del presente trabajo, es decir, que confidencialidad y secreto profesional no son términos sinónimos, y las consecuencias que de ello se siguen. No obstante, en este aspecto surge otro problema que tiende a enturbiar

⁹² MEJÍAS ALONZO, Claudia, *El Deber de Confidencialidad en la Etapa Postcontractual. Su Contenido y Aspectos Relevantes En Su Configuración*, ahora, en ÁLVAREZ ESCUDERO, Rommy – PRADO LÓPEZ, Pamela – SAAVEDRA ALVARADO, Ricardo (editores) *Estudios de Derecho Privado III: Jornadas Nacionales de Profesoras de Derecho Privado* (Valparaíso, 2023), p. 436.

⁹³ CÁRDENAS VILLARREAL, Hugo y REVECO URZÚA, Ricardo, cit (n. 27), pp. 205 y ss.

⁹⁴ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo; SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel y VODANOVIC HAKLICKA, Antonio, *Tratado de Derecho Civil: Partes Preliminar y General* (8ª edición, Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago, 2015), II, pp. 239-241.

⁹⁵ “Se entenderá por secreto comercial toda información no divulgada que una persona posea bajo su control y que pueda usarse en alguna actividad productiva, industrial o comercial”.

el panorama, y es el hecho de que la dogmática del secreto profesional en Chile parece entender que la confidencialidad de documentos es algo que se encuentra separado del deber de confidencialidad en general y el secreto profesional. Así, Anríquez y Vargas señalan:

“La falta de tratamiento dogmático del "documento secreto o confidencial" contenido en el Art. 349 CPC hace urgente un desarrollo conceptual del mismo desde la perspectiva de los distintos regímenes de secreto vigentes en Chile”⁹⁶

De esta forma, si se entiende que la dualidad del deber de confidencialidad y secreto profesional únicamente operan respecto de las declaraciones que ante tribunales pueda efectuar el profesional respectivo, la distinción no tendría por qué operar en el plano de los instrumentos que se encuentran cubiertos por la confidencialidad, por pertenecer a soportes distintos. De este modo solo bastaría con proteger con una cláusula de confidencialidad el respectivo instrumento para hacerlo inmune frente a peticiones de exhibiciones o declaraciones de este. Lo anterior se ve reforzado por la última parte del artículo 349 que ocupa las expresiones de “secretos o confidenciales”, dando a entender que se sitúan al mismo nivel.

La actitud que ha tomado la legislación especial ante este aspecto es el de aceptar una eficacia parcial a estas cláusulas. Manifestación de ello es el artículo 39 letra a) inciso tercero del decreto ley 211, que versa sobre libre competencia y en lo que a nosotros interesa, algunas atribuciones del fiscal económico. El tenor de la norma es el siguiente:

“Asimismo, el Fiscal Nacional Económico podrá disponer de oficio o a petición del interesado, que ciertas piezas del expediente sean reservadas o confidenciales, siempre que tengan por objeto proteger la identidad de quienes hayan efectuado declaraciones o aportado antecedentes en conformidad al artículo 39 bis, o que contengan fórmulas, estrategias o secretos comerciales o cualquier otro elemento cuya revelación pueda afectar significativamente el desenvolvimiento competitivo de su titular, o resguardar la eficacia de investigaciones de la Fiscalía”.

Si bien la ley no lo menciona expresamente, se da a entender que, si en el proceso respectivo llegará a existir información que es susceptible de ser calificada como confidencial, bien puede levantarse la confidencialidad del instrumento a condición de que se decrete la reserva del expediente para proteger adecuadamente a las partes contendientes. De esta forma, la única información que podría no entrar al conocimiento del tribunal es la que se encuentra cubierta por el secreto profesional, pues la ley no ha aludido a él.

De esto podría colegirse que, no obstante existir cláusula de confidencialidad pactada por las partes, ella no sería óbice para que el contenido del contrato sea conocido por el tribunal y la única forma información que podría no ser conocida por este es la que se encuentra cubierta por el secreto profesional.

Lamentablemente, el problema sigue radicándose en que es una solución a nivel de normativa especial, quedando en tinieblas al menos el camino que debe seguirse a nivel general. Se debe hacer la prevención, no obstante, en que no se puede asumir que, por el solo hecho de existir

⁹⁶ ANRÍQUEZ NOVOA, Álvaro y VARGAS WEIL, Ernesto cit (n. 3) p. 141.

una cláusula de confidencialidad, el tribunal respectivo no pueda conocer del contenido que protege, por la serie de abusos a la que conllevaría tal cuestión.

ii) *Presunciones de posesión de información confidencial*

Llegados a este punto, corresponde preguntarse por si cabe la posibilidad, al menos en abstracto, de poder construir una presunción de posesión de información confidencial por parte del mandatario. La duda surge a propósito de la regulación especial que hay en la materia. En efecto el artículo 166 de la ley 18.045 contiene una presunción simplemente legal⁹⁷ de posesión de información privilegiada. Dice la mentada norma:

“Se presume que poseen información privilegiada las siguientes personas:

a) Los directores, gerentes, administradores, ejecutivos principales y liquidadores del emisor o del inversionista institucional, en su caso.

b) Las personas indicadas en la letra a) precedente, que se desempeñen en el controlador del emisor o del inversionista institucional, en su caso.

c) Las personas controladoras o sus representantes, que realicen operaciones o negociaciones tendientes a la enajenación del control...”⁹⁸⁹⁹

De ahí que cabe preguntarse si es que personas que se encuentren en una posición semejante a las enunciadas por la norma, les pueda resultar aplicable una presunción similar. Por ejemplo: la información que el médico o abogado puedan tener de su cliente.

La duda se ve zanjada por el hecho de que las presunciones establecidas en el sistema chileno son excepcionales¹⁰⁰. Ello por cuanto tiene por objeto facilitar la actividad probatoria de las partes al interior de un proceso¹⁰¹. Mas las presunciones no son absolutas. Así, atendiendo al hecho de si admiten prueba en contrario o no, estarán las presunciones simplemente legales, que admiten prueba en contrario y las de derecho, que no admiten prueba en contrario¹⁰².

En materia de confidencialidad en general, no es posible encontrar una norma que regule la materia. Aunado a ello la presencia de presunciones de confidencialidad presentes en normativa especial viene a confirmar la idea de que, a nivel general, no puede plantearse una presunción legal o de derecho de posesión de información confidencial, aun cuando se trate de un contrato de confianza, pues cuando el legislador así lo ha querido, lo ha establecido expresamente. No obstante, no puede ser descartada la posibilidad de la construcción de una presunción judicial,

⁹⁷ PFEFFER URQUIAGA, Francisco, cit (n. 43), p. 193.

⁹⁸ El listado es extenso y para efectos no de extenderse de sobremanera, se ha acotado a las tres primeras personas.

⁹⁹ Cabe destacar que la presunción no alcanza solamente a dichas personas, sino que también alcanza a personas que han guardado relación con otras ya indicadas en el listado: “También se presume que poseen información privilegiada, en la medida que tuvieron acceso directo al hecho objeto de la información, las siguientes personas: f) Los cónyuges, convivientes civiles o convivientes de las personas señaladas en la letra a) del inciso primero, así como cualquier persona que habite en su mismo domicilio”.

¹⁰⁰ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo; SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel y VODANOVIC HAKLICKA, Antonio, cit (n. 94), II, p. 488.

¹⁰¹ FIGUEROA YAÑEZ, Gonzalo, cit (n.8), I, p. 81.

¹⁰² NÚÑEZ OJEDA, Raúl y PÉREZ RAGONE, Álvaro, *Manual de Derecho Procesal Civil: Proceso Ordinario de Mayor Cuantía* (1ª edición, Santiago, Thomson Reuters, 2014), I. p. 214.

habida cuenta de la naturaleza del vínculo jurídico y de los antecedentes que hayan sido otorgados por el mandante.

c) *Etapa postcontractual*

La etapa postcontractual, de incipiente desarrollo dogmático y jurisprudencial a nivel nacional, se ha ido instalando poco a poco en el panorama jurídico actual. No obstante a ello las dificultades que ha ido suscitando su afirmación. Ello porque no es un asunto menor aseverar que aún terminado el contrato, hay ciertos deberes y obligaciones que se mantienen, aun cuando el vínculo contractual se ha extinguido.

Entre una de las dificultades que ha sido abordada por la doctrina nacional es el asunto de la delimitación de la etapa. En este aspecto, son dos las posiciones que han surgido: en un primer momento se hablaba de que la etapa denominada como postcontractual surgiría una vez que se ha extinguido el contrato, entendiéndose por ello la extinción de las obligaciones principales del mismo, subsistiendo ciertos deberes colaterales o secundarios que en definitiva se manifestaban en esta etapa, el denominado criterio temporal¹⁰³; en un segundo momento, otro sector de la doctrina con pretensiones de corrección del primero, afirma que la etapa postcontractual iniciará una vez que se haya cumplido íntegramente el contrato, cuestión que se verá confirmada en la concreción del propósito práctico que han tenido en mira las partes a la hora de contratar, llamado criterio funcional¹⁰⁴.

La adopción de uno y otro reviste importancia para efectos de calificar como postcontractuales o no a ciertos deberes, que de no ser tales, bien podrían ser calificados de ultraactivos. Es decir, de verdaderas cláusulas de naturaleza contractual que cobran vigencia una vez expirado el contrato¹⁰⁵.

Si bien el segundo criterio es más adecuado, por cuanto se adapta de mejor manera a las peculiaridades que hoy en día reviste el moderno derecho de contratos¹⁰⁶, la adopción del criterio no es tan relevante de cara al deber de confidencialidad. Lo anterior es así pues no hay dudas en torno a que el mentado deber es un típico ejemplo de deber postcontractual¹⁰⁷.

¹⁰³ ISLER SOTO, Érika, cit (n. 30) p. 345.

¹⁰⁴ BRANTT ZUMARÁN, María y MEJÍAS ALONZO, Claudia, *La fase postcontractual en el derecho chileno. Su justificación y delimitación*, en *Vniversitas* 72 (2023), pp. 10 y ss. [visible en internet: <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/37519>]; Sobre el mismo tema puede consultarte otro trabajo de las autoras a saber BRANTT ZUMARÁN, María y MEJÍAS ALONZO, Claudia, *La responsabilidad postcontractual: algunas consideraciones en torno a su configuración*, en *Revista de Derecho* (2022) 58 [visible en internet: https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512022000100001]

¹⁰⁵ MEJIAS ALONZO, Claudia, El reconocimiento de la etapa postcontractual y el surgimiento de una eventual responsabilidad. Cuestiones a partir de los supuestos mencionados por la doctrina actual, ahora, en PINOCHET OLAVE, Ruberto (director) *Estudios de derecho civil XVI* (Santiago, 2022), pp. 949-950.

¹⁰⁶ Sin perjuicio de que las nociones propias del moderno derecho de contratos serán profundizadas un poco más adelante, es de destacar un trabajo de Vidal y De La Maza que explican de muy buena forma las nociones relativas al propósito práctico, uno de los ejes centrales en el moderno derecho de contratos. Al respecto, véase DE LA MAZA GAZMURRI, Iñigo y VIDAL OLIVARES, Álvaro, *Propósito práctico, incumplimiento contractual y remedios del acreedor. Con ocasión de tres recientes sentencias de la Corte Suprema*, en *Revista Ius et Praxis*, (2014) 1. [visible en internet: https://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S071800122014000100002&script=sci_abstract]

¹⁰⁷ LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge y ELORRIAGA DE BONIS, Fabián, cit (n. 5), I, pp. 459-460.

El rol fundamental que vendría a cumplir la confidencialidad en esta fase, siendo congruentes con el criterio funcional, es el de “resguardar el objeto del contrato que fue obtenido en la fase contractual”¹⁰⁸. En efecto, se parte de la base que el fin del contrato ya ha sido alcanzado por las partes contratantes, ya no es que se busque mantener la confianza al interior de las tratativas preliminares ni propender al cumplimiento del contrato, sino que más bien se trata de preservar aquella ventaja que se ha alcanzado con la convención.

A pesar de que la existencia del deber en esta fase (al igual que en las demás), se ha extraído de los imperativos que imponen la buena fe, es posible advertir un germen al menos de reconocimiento a nivel de normativa especial. Es lo que ocurre con el artículo 167 de la ley 18.045, que plantea lo siguiente:

“Las personas que en razón de su cargo o posición, posean, hayan tenido o tengan acceso a información privilegiada, obtenida directamente del emisor o inversionista institucional, en su caso, o a través de las personas indicadas en el artículo anterior, estarán obligadas a dar cumplimiento a las normas de este Título aunque hayan cesado en la relación o posición respectiva”.

Claramente la manifestación de la etapa que se encuentra en la norma no puede ser aplicable a todos los destinatarios del título relativo a la información privilegiada de la ley. Así, muy difícilmente puede decirse que entre el cónyuge del director de una sociedad y la misma pueda predicarse una etapa postcontractual, ya que entre los dos nunca medió un contrato. Si podría decirse que se aplica, por otra parte, a las personas que ya se han encontrado ligadas contractualmente con la sociedad, como lo podrían ser gerentes o directores.

De cara a la extensión temporal que puede tener la confidencialidad en la etapa postcontractual, hay que tener presente la máxima que opera en derecho de contratos, cual es que las obligaciones nacen para cumplirse. De ahí el carácter excepcional de las obligaciones¹⁰⁹ y por lo mismo, no resultaría procedente la existencia de una obligación de confidencialidad de carácter perpetuo al interior del sistema. Empero también es cierto que la información sujeta a confidencialidad no deja de tener ese carácter por el mero transcurso del tiempo¹¹⁰. Es lo que pasa tratándose de fórmulas secretas de ciertos productos o bien, antecedentes sobre determinadas enfermedades que aquejaron a algún paciente.

Sobre este aspecto, Brantt y Mejías plantean tres respuestas: la primera, que sería la regla general en esta materia, sería que el plazo máximo por el cual estaría vigente la etapa postcontractual sería el plazo de la prescripción extintiva, es decir, cinco años desde que el contrato se encuentra agotado (desde que se cumple el propósito práctico que las partes han tenido presente al contratar¹¹¹); en segundo término, la opción de que las partes delimiten convencionalmente la etapa, en la medida que lo pactado por ellas no exceda el plazo máximo,

¹⁰⁸ BRANTT ZUMARÁN, María y MEJÍAS ALONZO, Claudia, *La fase postcontractual en el derecho chileno. Su justificación y delimitación*, cit (n. 104) p. 12.

¹⁰⁹ PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel, *Obligaciones. Teoría general y clasificaciones. La resolución por incumplimiento*, cit. (n. 26), I, p. 76; ABELIUK MANASEVICH, René, cit (n. 24), I, p. 46-47.

¹¹⁰ BRANTT ZUMARÁN, María y MEJÍAS ALONZO, Claudia, *La fase postcontractual en el derecho chileno. Su justificación y delimitación*, cit (n. 104) pp. 9-10; MEJÍAS ALONZO, Claudia, cit (n. 92), p. 441.

¹¹¹ BRANTT ZUMARÁN, María y MEJÍAS ALONZO, Claudia, *Ídem*, p. 9.

que será el de la prescripción extintiva antes indicada¹¹²; y en tercer lugar, un especial caso de prescripción al deber de confidencialidad en los contratos de prestación de servicios en que la información tutelada igual pueda provocar un perjuicio. Al efecto indican:

“En estos casos, la buena fe impondría, con base en la confianza —característica de estos contratos—, un deber u obligación de carácter indefinido, que nos conduce a admitir una excepción a la delimitación temporal antes propuesta”¹¹³.

Con todo, y a pesar de estar de acuerdo con el carácter indefinido de la confidencialidad en estos casos, se debe prevenir que la excepción no haya su fundamento en el carácter de confianza del contrato, sino que más bien en la afectación de ciertos derechos fundamentales de las personas, como lo son la intimidad. Ello es así porque tratándose de otras obligaciones de confidencialidad en el ordenamiento jurídico, y que se cimentan sobre la base de la confianza entre las partes, son esencialmente efímeras y cesan, aun cuando la divulgación provoque perjuicios. Es lo que ocurre con la divulgación de información esencial en la ya tantas veces citada ley 18.045. Así, la información que es liberada al mercado forzosamente pierde su carácter de confidencial, aun cuando pueda ocasionar perjuicio a la sociedad.

Mejías, sin profundizar mucho más en la cuestión, parece estar de acuerdo en este sentido al señalar que:

“A nuestro entender el tratamiento diferenciado se justifica por la estrecha relación que existe entre esta obligación y la intimidad de quien se ve afectado por una posible divulgación de la misma, lesionando su privacidad ... En el escenario descrito, nos parece que asumir un plazo convencional o extintivo de prescripción, tratándose de las obligaciones de confidencialidad, va en abierta contradicción con el respecto a los derechos fundamentales de las personas, siendo esta la causa que justifica la excepción planteada”¹¹⁴.

Profundizando un poco más en la regulación convencional que las partes pueden hacer de la confidencialidad en esta fase, toman relevancia nuevamente las cláusulas de confidencialidad. Ellas han sido aceptadas, al menos en sede laboral, por la jurisprudencia¹¹⁵ y la doctrina en la medida que cumplan con los diferentes elementos del test de proporcionalidad. La alusión al test se justificaría en la medida que estas cláusulas en el plano postcontractual pueden afectar

¹¹² Ídem, pp. 9-10.

¹¹³ Ídem, p. 10.

¹¹⁴ MEJÍAS ALONZO, Claudia, cit (n. 92), pp. 441-442.

¹¹⁵ Así, en la Sentencia de casación recaída en la causa rol 3985-2009 de fecha 12 de noviembre de 2009, a propósito de una demanda por despido injustificado por violación de una cláusula de no competencia postcontractual la Corte señaló “por cuanto aun cuando las restricciones a las actividades que pueda desarrollar el trabajador con posterioridad al término de su contrato no están regulada en nuestra legislación, no hay impedimento legal ni constitucional para que las partes puedan convenirlas toda vez que el pacto que las origina no contradice la norma constitucional que regula la libertad de contratación y la libre elección del trabajo, ni el precepto establecido en el artículo 1462 del Código Civil, desde que no se encuentra prohibida por la ley, ni contraría el derecho público chileno”. Posteriormente, en la sentencia del 27 de enero del 2012, que recayó sobre la causa rol 5152-2009, en un caso similar, la Corte Suprema reconoce validez a los pactos, y siguiendo a Jaime Adame dice que “la cláusula de no competencia post-contractual resulta válida cuando más que como restricción a la libertad de trabajo, se plantea como restricción a la competencia, en actividades limitadas y durante un plazo fijo, diciendo ella relación sólo con una parte o campo de una profesión o actividad, que es precisamente, la situación que se ha producido en la especie”. También hace suyos los razonamientos de la Dirección del Trabajo que se exponen más adelante.

determinados derechos fundamentales, en particular la libertad de trabajo y la libertad de expresión. Sobre este problema la jurisprudencia administrativa ha expresado respecto de la libertad de trabajo, que las materias sujetas a confidencialidad podían ser de aquellas que evitaran que el trabajador no pudiera desempeñarse en una función similar a la que prestó para la empresa; por otra parte, la libertad de expresión también se vería afectada, ya que el derecho a emitir opiniones se podía ver restringido por el secreto que debía guardarse en cumplimiento de la cláusula¹¹⁶.

Así, las cláusulas de confidencialidad tendrían que cumplir con los tres requisitos del test de proporcionalidad: la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto.

Sobre la idoneidad, se ha dicho que se cumple siempre que el medio empleado (en este caso la cláusula) sea idóneo para poder cumplir con el objetivo que se tiene a la vista. En efecto, debe existir una relación causal suficiente entre la medida empleada y el fin que se busca alcanzar¹¹⁷. Aplicado a la confidencialidad, Sierra ha señalado que “el objetivo que debe buscar la empresa al establecer este tipo de cláusulas es mantener en secreto una ventaja respecto de sus competidores, y que de ser conocida por éstos le produciría un perjuicio”¹¹⁸.

A su turno, la necesidad dice relación con que la medida adoptada sea necesaria para poder resguardar el fin a alcanzar, sin que exista otro mecanismo menos gravoso para concretarlo. En otras palabras, el fin que se busca alcanzar debe ser indispensable¹¹⁹. Aplicado a la confidencialidad, la Dirección del Trabajo entiende que el fundamento de la necesidad aparece vinculado estrechamente con el hecho de que la empresa de la que se trate debe entregar cierta información a un sujeto en aras de que opere al interior de ella en forma apropiada¹²⁰.

Finalmente, de cara a la proporcionalidad en sentido estricto se aplica cuando se ponderan los intereses que chocan y se hace prevalecer el que será digno de protección el caso cuestión¹²¹. De esta forma, la cláusula de confidencialidad prevalecerá cuando el beneficio alcanzado con la restricción de los derechos es mayor al perjuicio provocado¹²².

Se ha planteado también la cuestión en orden a si es necesaria la existencia de una contraprestación económica a la persona que se encuentra sujeta al deber de confidencialidad postcontractual. En este sentido, parece haber consenso en torno a la idea de que la respuesta es afirmativa. En efecto, Sierra ha señalado que la contraprestación es la única forma en que se pueden equilibrar los intereses de los ex contratantes, en particular, de aquel sujeto al deber de confidencialidad. Ello por cuanto es la única forma de garantizar estabilidad económica de aquel que no puede divulgar la información¹²³. En el terreno de la jurisprudencia administrativa, la

¹¹⁶ Ordinario de la Dirección del Trabajo N° 2496/68 del 7 de junio de 2017. Pronunciamiento de la misma índole se encuentra en el ordinario N°4731/81 del 3 de noviembre de 2010.

¹¹⁷ SIERRA HERRERO, Alfredo, *Las Cláusulas de Confidencialidad en el Contrato de Trabajo*, cit (n. 12), p. 159.

¹¹⁸ Ídem, p. 159.

¹¹⁹ Ibidem, p. 161.

¹²⁰ Ordinario de la Dirección del Trabajo N° 2496/68 del 7 de junio de 2017.

¹²¹ Ordinario de la Dirección del Trabajo N° 2496/68 del 7 de junio de 2017.

¹²² SIERRA HERRERO, Alfredo, *Las Cláusulas de Confidencialidad en el Contrato de Trabajo* cit (n. 12), p. 164.

¹²³ SIERRA HERRERO, Alfredo, *La cláusula de no competencia post-contractual en el contrato de trabajo*, en *Revista Ius et Praxis*, 2 (2014), p. 143. [visible en internet: https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122014000200004]

Dirección del Trabajo tiene a la vista la contraprestación como uno de los elementos que sirven para determinar si una cláusula de confidencialidad es proporcional en sentido estricto¹²⁴. Finalmente, la Corte Suprema, en la causa rol 3985-2009, previamente citada ha señalado que la parte que soporta la obligación de no desarrollar la actividad en competencia, al menos en doctrina, debe ser objeto de una adecuada contraprestación¹²⁵.

Para finalizar, en el estatuto del mandato al interior del Código Civil no es posible encontrar normas que sean susceptibles de satisfacer los criterios necesarios para entender que hay una fase postcontractual. Si se analiza detenidamente el artículo 2163 del Código Civil y la posterior regulación que se hace en el párrafo cuarto que regula las diferentes hipótesis que pueden tener lugar a la terminación del mandato, no hay ninguna regla que satisfaga el criterio funcional a excepción del numeral primero del mentado artículo. En efecto, la norma dice:

“El mandato termina:

1.º Por el desempeño del negocio para que fue constituido”

El resto de los numerales¹²⁶ hacen alusión a situaciones en las que no se ha concretado el interés del mandante a la hora de concurrir el supuesto. De esta forma, malamente podría decirse que el resto de las normas aluden a una fase postcontractual. Se trataría, más bien, de hipótesis de ultraactividad del contrato.

Así las cosas, solo podría extraerse el deber de confidencialidad a partir de los imperativos de la buena fe que integran el contrato.

3. Consecuencias de la infracción del deber de confidencialidad en los contratos de confianza

Para un análisis apropiado de los remedios que son aplicables por la infracción del deber de confidencialidad se analizarán en primer término la noción de incumplimiento y su vinculación con el deber de confidencialidad, la revocación como remedio propio de confianza, la posibilidad de interponer una resolución del contrato y, por último, la indemnización de perjuicios.

a) Una cuestión previa: el incumplimiento

Antes de empezar el análisis de los diferentes remedios que resultan aplicables, es indispensable poder entender cuando ha habido una infracción del deber de confidencialidad. Para ello, se hace necesario indagar sobre las propias nociones del incumplimiento.

De aquí hacia un tiempo atrás, se ha adoptado una visión realista del contrato. Esta visión no ve al contrato como un simple instrumento para crear derechos y obligaciones, sino que aboga

¹²⁴ Ordinario de la Dirección del Trabajo N° 2496/68 del 7 de junio de 2017.

¹²⁵ Sentencia Corte Suprema causa rol 3985-2009.

¹²⁶ A saber la norma menciona como otros supuestos: la expiración del término o por el evento de la condición prefijados para la terminación del mandato; la revocación del mandante; la renuncia del mandatario; la muerte del mandante o del mandatario; la calidad de deudor en un procedimiento concursal de liquidación, el mandante o el mandatario; la interdicción del uno o del otro; y la cesación de las funciones del mandante, si el mandato ha sido dado en ejercicio de ellas.

por el contrato como un medio para poder concretar los intereses de los particulares (manifestado en el propósito práctico¹²⁷). Dicho enfoque pone el énfasis de la vinculación contractual en una perspectiva unitaria, de manera tal que el deudor no incumpliría únicamente su obligación de confidencialidad en este caso, sino que vulneraría el contrato en su totalidad¹²⁸. A partir de esta visión, se llega a una perspectiva amplia, objetiva y unitaria del incumplimiento, que en definitiva velan por la correcta satisfacción del interés del acreedor. Que sea amplio quiere decir:

“...que para establecerlo basta la simple constatación de la falta de coincidencia entre el objeto ideal –lo idealmente prometido por el deudor– y el objeto real –lo efectivamente ejecutado por el deudor–; cualquiera desviación respecto del objeto ideal implica el incumplimiento del deudor. De forma que el deudor no incumple una, o más, obligaciones aisladas, sino el contrato todo, siendo indiferente, en principio, la clase o tipo de obligación incumplida”¹²⁹.

El objeto ideal, cuando no ha sido concretado por el objeto real, se determina por su parte interpretando e integrando el contrato legalmente celebrado¹³⁰ y determinando en definitiva a lo que se han obligado las partes. De ahí y considerando que el deber de confidencialidad es una obligación de no hacer, hay que determinar en qué términos puede haberse configurado el deber. Puede ser, por ejemplo, que el paciente de un médico haya autorizado la utilización de ciertos datos de su ficha clínica para la concreción de determinados fines o que una empresa permita a su gerente la utilización de la experiencia con ella ganada para continuar con su vida laboral. Así, la divulgación en estos términos no sería constitutiva de incumplimiento al deber de confidencialidad. Será a su turno, un incumplimiento del mismo, si se aparta de los términos de la regla contractual construida.

De otro lado, que sea objetivo significa que:

“prescinde de su causa, de la valoración de la conducta del deudor, no interesa si se debió o no a un caso fortuito, únicamente que el deudor no ejecutó lo prometido y aquello provocó la insatisfacción del acreedor. Ese incumplimiento que tuvo por causa un caso fortuito permite, igualmente, al acreedor disponer de alguno de los remedios”¹³¹.

¹²⁷ VIDAL OLIVARES, Álvaro, *La Noción de Incumplimiento Esencial en el Código Civil*, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 32, (2009), pp. 253 y ss. [visible en internet: https://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-68512009000100006&script=sci_abstract]

¹²⁸ DE LA MAZA GAZMURRI, Iñigo y VIDAL OLIVARES, Álvaro, *Cuestiones de Derecho de Contratos* (1ª edición, Santiago, Editorial Legal Publishing Chile, 2018), I, p. 260.

¹²⁹ VIDAL OLIVARES, Álvaro, *La Noción de Incumplimiento Esencial en el Código Civil*, cit (n. 137), p. 233; Misma opinión se advierte en DE LA MAZA GAZMURRI, Iñigo y VIDAL OLIVARES, Álvaro, *Cuestiones de Derecho de Contratos*, cit (n. 128), I, p. 260.

¹³⁰ VIDAL OLIVARES, Álvaro, *La Noción de Incumplimiento Esencial en el Código Civil*, cit (n. 127), p. 229.

¹³¹ VIDAL OLIVARES, Álvaro, *La Noción de Incumplimiento Esencial en el Código Civil*, cit (n. 127) p. 233 DE LA MAZA GAZMURRI, Iñigo y VIDAL OLIVARES, Álvaro, *Cuestiones de Derecho de Contratos*, cit (n. 128), I, p. 261; De esta misma opinión es MEJIAS ALONZO, Claudia, *El Incumplimiento Resolutorio en el Código Civil* (1ª edición, Santiago, Editorial Legal Publishing Chile, 2011), I, p. 118.

Teniendo a la vista lo anterior, es posible afirmar que pueden darse en la práctica supuestos de infracción al deber de confidencialidad que pueden ocurrir sin culpa del deudor. Es lo que sucede en aquellos casos en los que el deudor se encuentra compelido a declarar ante la autoridad competente por materias que se encuentran amparadas por el deber de confidencialidad, mas no por el secreto profesional.

Así las cosas, si se centran los esfuerzos en la protección del interés del acreedor, este podría ejercer los remedios que estime convenientes para tutelar su interés. No se debería distinguir pues, entre regímenes generales o especiales, sino que en un solo mecanismo para su tutela.

b) *La revocación como remedio propio de los contratos de confianza*

Los contratos de confianza, por ser tales, revisten de ciertas peculiaridades que los distinguen de otros contratos. Eso es lo que ocurren tratándose de ciertos remedios, donde bien se podría hablar de una excepción al principio de fuerza obligatoria de los contratos. Como bien se sabe este principio consiste, en pocas palabras, en que el contrato es una ley para los contratantes, de manera tal que su efecto no puede ser eludido por las partes una vez que se ha perfeccionado¹³². De este modo, los contratantes no pueden dejar sin efecto el contrato por un mero capricho suyo o excusarse de cumplirlo.

La excepción al efecto obligatorio de los contratos en los contratos de confianza se traduciría en la facultad que tiene la parte a dejar sin efecto el contrato por medio de una declaración unilateral de voluntad¹³³. Ella ha sido tradicionalmente definida como:

“...un derecho potestativo de configuración jurídica (en concreto, de carácter cancelatorio), nacido de la ley o del contrato, que permite a quien lo ostenta, mediante una declaración de voluntad recepticia, producir la ineficacia de un contrato válido”¹³⁴.

La institución aplicada al contrato de mandato recibe el nombre de revocación¹³⁵ y no es otra cosa que “...una facultad discrecional del mandante, quien puede cesar en su cargo al mandatario

¹³² ABELIUK MANASEVICH, René, cit (n. 24), I, p. 149-150; LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge y ELORRIAGA DE BONIS, Fabián, cit (n.5), I, pp. 287 y ss.

¹³³ Abeliuk dice que una excepción al efecto obligatorio de los contratos está en la disolución unilateral del contrato, pero no lo acota solo a los contratos de confianza. ABELIUK MANASEVICH, René, cit (n. 24), I, p, 151.

¹³⁴ GÁLVEZ, Antonio, *El derecho de desistimiento en los contratos indefinidos y en los contratos con consumidores en la propuesta de Modernización del Código Civil*, ahora en, ALBIEZ, Klaus, *Derecho privado europeo y modernización del derecho contractual en España* (Barcelona, 2011), p. 510

¹³⁵ En este sentido Severin apunta: “Como sabemos, la voz “revocación” admite al menos dos acepciones. En una primera acepción, revocación refiere al acto por el cual, el autor de un acto jurídico unilateral lo deja sin efecto. En una segunda acepción, la voz “revocación” se utiliza para referirse a la posibilidad de una parte del contrato para ponerle término en forma unilateral. Esta es, precisamente, la acepción utilizada en el art. 2163 y ss. CC, en relación con el derecho del mandante para terminar el contrato”. SEVERIN FUSTER, Gonzalo, “*El derecho al desistimiento unilateral del cliente en la regulación de los contratos de servicio del Código Civil chileno, con especial referencia al artículo 1999*”, en *Revista Ius et Praxis*, 24 N°2 (2018), p. 314, nota 31 [visible en internet: https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122018000200303]. Para Alessandri y Somarriva hay una diferencia entre los conceptos de revocación y desistimiento unilateral. El primero se trataría de un acto sucesivo que tiene por objeto retirar el acto jurídico originario, desapareciendo mediatamente o por vía consecucional los efectos de este y tendría efecto retroactivo. En el desistimiento unilateral, también se trataría de un acto sucesivo pero que disuelve de forma inmediata la relación que era objeto del contrato, solo tendría efectos

a su mero arbitrio”¹³⁶. Su asidero normativo se encuentra en el artículo 2163 numeral 3 del Código Civil, donde la norma expresa que:

“*El mandato termina:*

3.º *Por la revocación del mandante”*

Se ha destacado en doctrina que al ser la confianza un elemento relevante a la hora de contratar al interior del mandato, si desaparece, lo hará también el contrato que ha surgido de ella. Al respecto dice Stitckin:

“El mandato es un acto de confianza del mandante y un servicio de amistad del mandatario. Se otorga y se acepta en consideración a la persona del otro contratante. Cesando las circunstancias que motivaren la confianza o el servicio de amistad, deben quedar libres las partes para exonerarse de las obligaciones que se impusieron y de los derechos que correlativamente se otorgaron”¹³⁷.

Llevándolo a la sede del deber de confidencialidad, bien puede decirse entonces que, ante su infracción, la primera de las opciones que tiene el acreedor es dejar sin efecto el contrato por la pérdida de confianza en el mandatario. Aquí la revocación, por ser una facultad discrecional del mandante, puede ser ejercida por él sin necesidad de justificación, requiriéndose únicamente que el mandatario tome conocimiento de tal cuestión¹³⁸. La falta de justificación a su turno obedece a que la revocación tiene el carácter de ser arbitraria, lo que no obsta claro está, a que se pague la correspondiente indemnización de perjuicios, si procediera¹³⁹.

c) *La resolución del contrato*

La posibilidad de preguntarse por la resolución del contrato obedece a que se ha dicho que el mandato es un contrato bilateral. En efecto, tal como reza el artículo 1489 del Código Civil:

“*En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado.*

Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio o la resolución o el cumplimiento del contrato, con indemnización de perjuicios”.

Sin embargo, la doctrina no parece estar de acuerdo en torno al fundamento de dicha bilateralidad. Así, autores de la doctrina mayoritaria como Alessandri Rodríguez, que parecen supeditar tal carácter en torno a si el mandato es remunerado. De manera tal que será bilateral si

hacia el futuro. ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo; SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel y VODANOVIC HAKLICKA, Antonio, cit (n.94), II, pp. 351-352.

¹³⁶ DOMÍNGUEZ AGUILA, Ramón y MUNITA MARAMBIO, Renzo, *De los contratos consensuales. CONTRATO DE MANDATO*, ahora en, DOMÍNGUEZ AGUILA, Ramón (director)-BANCALARI CHÁVEZ (Coordinadora), *Contratos. Parte Especial* (Santiago, 2023), s/p.

¹³⁷ STITCKIN BRANOVER, David, cit (n. 49) p. 459; BARCIA LEHMAN, Rodrigo, cit (n. 57), III, p. 157; MEZA BARROS, Ramón, cit (n. 40) p. 173.

¹³⁸ VODANOVIC HAKLICKA, Antonio, *Tratado de Derecho Civil. Fuentes de las Obligaciones. Parte Especial. De los Contratos Principales en Particular* (2ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2021), II, p. 578.

¹³⁹ VODANOVIC HAKLICKA, Antonio, cit (n. 128), p. 579.

es remunerado y unilateral si es gratuito¹⁴⁰. De este modo, se confunden ambas clasificaciones. Las afirmaciones en comento tendrían su respaldo normativo en los artículos 2117 y 2158 N°3 del Código Civil, el primero que se refiere al carácter remunerado o gratuito del mandato y, el segundo, a la obligación del mandante de pagar “la remuneración estipulada o usual” al mandatario¹⁴¹. En tanto que otro sector, representado por Stitckin, señala (y con razón, a nuestro parecer) que el mandato es naturalmente bilateral, con independencia del carácter remunerado que tenga. Así, señala que:

“Es interesante observar que la mayoría de los comentaristas de nuestro derecho estiman que el mandato es un contrato generalmente bilateral, porque se presume remunerado. O sea, atienden solamente a la remuneración para darle el carácter de bilateral. Tal cosa no es cierta porque también se generan otras obligaciones para el mandante antes de ejecutarse el encargo como es, precisamente, la de proveer al mandatario de lo que necesite para el desempeño de su cometido...Por tanto, sea gratuito o remunerado, el mandato es por su naturaleza bilateral, pues impone obligaciones recíprocas a ambos contratantes”¹⁴².

No obstante, es el propio autor que rechaza esta posibilidad tratándose del mandato¹⁴³. A pesar de que reconoce que el desistimiento del encargo del mandatario consagrado en el artículo 2159 del Código Civil podría ser un principio de aplicación del artículo 1489 del mismo cuerpo legal¹⁴⁴, dice también que es una institución que no puede tener cabida en el mandato, fundamentalmente por los efectos futuros que suponen las hipótesis de terminación del mandato y que los medios de tutela que franquea frente al incumplimiento culposo son el desistimiento, la rendición de cuentas y la indemnización de perjuicios¹⁴⁵. En adición a ello, se suma lo señalado por Domínguez Águila y Munita, quienes también rechazan la acción resolutoria en este contrato, dado que:

“a. El CC en ninguna disposición habla de la resolución del mandato. b. El art. 2163 del CC señala los casos en que el mandato termina, y en ellos no se contempla la resolución. c. El CC ha regulado los efectos que produce el incumplimiento del contrato en forma distinta a los efectos de la resolución de un contrato bilateral en los arts. 2159, 2161 y 2167, que son reglas distintas al 1487 al 1491. d. Los terceros que contratan con el mandatario, no se ven afectados

¹⁴⁰ ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo, *De los contratos* (Reimpresión 1ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2020), I. p.19; En este mismo sentido puede verse la opinión de VODANOVIC HAKLICKA, Antonio, cit (n. 128), p. 564; Hernán Corral a su turno señala que “... Cuando todas las partes del contrato se obligan recíprocamente, una en beneficio de las otras, el contrato será bilateral” para seguidamente aplicar ese criterio al decir que “Los contratos de compraventa, permuta, arrendamiento, sociedad, mandato, transacción, son bilaterales, porque suponen obligaciones para todas las partes unas en beneficio de otras”. CORRAL TALCIANI, Hernán, *Curso de Derecho Civil. Parte General* (2ª edición, Santiago, Editorial Thomson Reuters, 2022), I p. 532. Hay otros autores Domínguez Águila y Munita que comentan que todas las obligaciones del mandante tienen el carácter de naturales, de manera tal que el no incluirlas no afectará la esencia del mandato, de manera tal que perfectamente podría ser unilateral. DOMÍNGUEZ AGUILA, Ramón y MUNITA MARAMBIO, Renzo, cit (n. 136), s/p.

¹⁴¹ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, cit (n. 128).

¹⁴² STITCKIN BRANOVER, David, cit (n. 49) p. 149.

¹⁴³ Ídem p. 149.

¹⁴⁴ Ibidem, p. 150 y ss.

¹⁴⁵ Ibidem, p. 156-157.

por los efectos anormales de las obligaciones entre mandante y mandatario, de aquí que dichas condiciones jurídicas les sean inoponibles y no se les aplica el art. 1490 y 1491”¹⁴⁶.

Sin perjuicio de que la idea basal de Stithkin, Domínguez y Munita es acertada, cual es que en el contrato de mandato no procede la acción resolutoria, no compartimos los argumentos empleados para la afirmación. Ello obedece a que hacen alusión a una noción de incumplimiento y resolución del contrato y sus efectos que no se encuentran conformes con la actual interpretación que se ha hecho del Código Civil en las materias referidas. En efecto, a partir de una visión amplia, objetiva y unitaria del incumplimiento, que vela por el cumplimiento del interés del acreedor en una relación contractual, es que se le permite aglutinar los remedios que son considerados excepcionales con aquellas categorías más generales del incumplimiento, prescindiendo también si ha mediado culpa en el incumplimiento. Esto repercute necesariamente en la noción que se tiene de la resolución del contrato, pues no se requeriría de la imputación para poder ejercerla¹⁴⁷. Además de todo lo anterior, puede afirmarse también que los efectos de la resolución del contrato no son retroactivos al igual que la nulidad, pues no es una condición resolutoria tácita¹⁴⁸. De este modo, solo produce efectos hacia el futuro y las prestaciones mutuas que son propias de ella obedecen más a consideraciones tendientes a evitar el enriquecimiento sin causa¹⁴⁹.

Consideramos que la resolución del contrato no resulta procedente por desvirtuar el carácter de confianza que revisten los contratos como el mandato. En efecto, es cierto que el criterio actual en materia de resolución del contrato, a la luz de la nueva noción de incumplimiento, es más flexible que la antes esgrimida por la doctrina. No obstante, no se condice de forma adecuada con la confianza que permite a una de las partes a dejar sin efecto el contrato a su arbitrio, cuestión característica de este tipo de contratos, conforme a lo anteriormente señalado. Prueba de ello, es la necesidad de un incumplimiento esencial en materia de resolución, que debe reunir ciertos requisitos dependiendo del criterio escogido para que pueda prosperar la resolución del contrato¹⁵⁰. Esto, respecto de la revocación no sería necesario, pues solo bastaría la pérdida de la confianza del mandante en el mandatario para que proceda. De esta forma, el supuesto para la revocación del mandato sería aún más amplio que el del incumplimiento requerido para la resolución del contrato¹⁵¹.

¹⁴⁶ DOMÍNGUEZ AGUILA, Ramón y MUNITA MARAMBIO, Renzo, cit (n. 136), s/p.

¹⁴⁷ MEJIAS ALONZO, Claudia, *El Incumplimiento Resolutorio en el Código Civil*, cit (n. 131), I, p. 22-29; CORRAL TALCIANI, Hernán, *Curso de Derecho Civil. Obligaciones*, (1ª edición, Santiago, Editorial Legal Publishing Chile, 2023), I, p 570.

¹⁴⁸ MEJIAS ALONZO, Claudia, *Resolución por incumplimiento: su procedencia y efectos* (1ª edición, Santiago, DER Ediciones Limitada, 2018), I, p. 3-5; CORRAL TALCIANI, Hernán, *Curso de Derecho Civil. Obligaciones*, cit (n. 147), I, pp, 570-571.

¹⁴⁹ MEJIAS ALONZO, Claudia, *Resolución por incumplimiento: su procedencia y efectos*, cit (n. 148), I, p, 94-107.

¹⁵⁰ Se consideran entre los criterios la voluntad de las partes, las consecuencias que produce el incumplimiento y la pérdida de confianza del acreedor. MEJIAS ALONZO, Claudia, *Resolución por incumplimiento: su procedencia y efectos*, cit (n. 148), I, pp. 206 y ss.

¹⁵¹ MEJIAS ALONZO, Claudia, *Desistimiento y Resolución. ¿Opción del Acreedor en un Contrato Bilateral?: Una Respuesta desde el Derecho Común*, ahora, en BAHAMONDES OYARZÚN, Claudia- ETCHEBERRY COURT, Leonor- PIZARRO WILSON, Carlos (editores) *Estudios de derecho civil XIII* (Santiago, 2018), p. 613.

d) *La indemnización de perjuicios*

Por último, queda analizar el remedio de la indemnización de perjuicios en relación con la obligación de confidencialidad. Sobre el particular, hay que anotar una serie de peculiaridades del que puede revestir la indemnización de perjuicios con relación a este deber atendida su naturaleza como obligación de no hacer.

Calificar al deber de confidencialidad como una obligación de no hacer tiene importantes consecuencias a nivel regulatorio. Ello es así, pues el legislador en el Título XII del Libro IV del Código Civil ofrece un trato diferenciado dependiendo de la obligación que haya sido objeto del contrato. Así, sobre las obligaciones de no hacer expresa en el artículo 1555 del mismo cuerpo legal:

“Toda obligación de no hacer una cosa se resuelve en la de indemnizar los perjuicios, si el deudor contraviene y no puede deshacerse lo hecho.

Pudiendo destruirse la cosa hecha, y siendo su destrucción necesaria para el objeto que se tuvo en mira al tiempo de celebrar el contrato, será el deudor obligado a ella, o autorizado el acreedor para que la lleve a efecto a expensas del deudor.

Si dicho objeto puede obtenerse cumplidamente por otros medios, en este caso será oído el deudor que se allane a prestarlo.

El acreedor quedará de todos modos indemne”.

Así pues, como se advierte y más allá de los remedios que son propios de los contratos de confianza, como la revocación en el mandato, el principal remedio que existe para la infracción del deber de confidencialidad, en tanto obligación de no hacer es la indemnización de perjuicios, en tanto la divulgación no pueda ser revertida, pues en ese caso la obligación será de hacer y correspondería el cumplimiento forzado (con todo, en la mayoría de los casos no será así).

Para poder hacer efectiva la indemnización, se deberán cumplir con los requisitos que son generales a toda indemnización de perjuicios en sede contractual. Entre ellas: el incumplimiento, la imputabilidad, la constitución en mora, el daño y la relación de causalidad¹⁵². Como últimos puntos a tratar en este trabajo, centraremos los esfuerzos restantes en torno a los requisitos que debe reunir la indemnización de perjuicios tratándose del deber de confidencialidad realzando aquellos aspectos que puedan hacerlo destacar, en tanto obligación de no hacer. Cabe recalcar que se excluye de este análisis al incumplimiento, pues este ya ha sido tratado en los inicios del apartado relativo a los remedios.

Pasando por la imputabilidad, hay consenso en que para que resulte procedente la indemnización de perjuicios, el incumplimiento debe haber sido efectuado con culpa o con dolo¹⁵³. De esta forma, el requisito para la indemnización de perjuicios se cumple cuando el mandatario ha divulgado la información sujeta a confidencialidad, sea por un descuido suyo que obedezca a negligencia, o bien cuando incumple deliberadamente con la obligación.

¹⁵² CORRAL TALCIANI, Hernán, *Curso de Derecho Civil. Obligaciones*, cit (n. 147), I, pp. 478 y ss. MEZA BARROS, Ramón, cit (n. 40) pp. 121 y ss; ABELIUK MANASEVICH, René, cit (n. 24), I, p. 950.

¹⁵³ Así se puede apreciar en CORRAL TALCIANI, Hernán, *Curso de Derecho Civil. Obligaciones*, cit (n. 147), I, p. 481.

Sobre el particular cabe preguntarse a cuál de las partes contratantes le corresponde la carga de la prueba de la culpa o dolo en el incumplimiento. La duda se plantea a partir de lo establecido en el artículo 1547 del Código Civil, que contiene la que es conocida como presunción de culpa¹⁵⁴ en el incumplimiento del contrato. Como es sabido, dicha presunción opera en la prueba del incumplimiento y consiste en que “si al acreedor le corresponde acreditar la existencia de la obligación, no le toca, en cambio, probar el incumplimiento”¹⁵⁵. Así, si un determinado profesional ha cometido una infidencia respecto de la información de su cliente, cabe preguntarse si es presumible que la liberación de esa información es una infracción culpable al deber de confidencialidad.

Si se tiene a la vista que el deber de confidencialidad es una obligación de no hacer, la respuesta deberá ser necesariamente negativa. Y ello obedece a la propia lógica que opera al interior de la presunción de culpa, pues es el deudor quien debe probar su diligencia para poder exonerarse de la responsabilidad¹⁵⁶ demostrando que cumplió el contrato. Sin embargo, como esta obligación es de no hacer, importaría probar que no ha divulgado la información respectiva, lo que equivale a un hecho negativo y como también es ampliamente conocido, los hechos negativos no son susceptibles de prueba¹⁵⁷. Además, tratándose de las obligaciones de no hacer, el incumplimiento se manifestará por medio de un hecho positivo, que si es susceptible de probarse. De esta forma, tratándose de las obligaciones de no hacer, al acreedor no solo debe probar la fuente de la obligación, que será el contrato donde conste el deber de confidencialidad, sino que también el incumplimiento, que se manifestará necesariamente en un hecho.

Hernán Corral también niega lugar a que la carga de la prueba en estos casos pueda recaer en el deudor y a que, según él:

“en estos casos la obligación nace como cumplida y será el acreedor quien tenga la carga de la prueba del hecho del deudor que la contraviene”¹⁵⁸.

De modo que una vez probado la fuente y el incumplimiento, el deudor debe centrar sus esfuerzos probatorios en que no le es imputable, amparado en alguna de las eximentes de responsabilidad que le amparen.

¹⁵⁴ Para Corral se trataría más de una regla de distribución de la carga de la prueba, más que de una presunción. CORRAL TALCIANI, Hernán, *Curso de Derecho Civil. Obligaciones*, Hernán, cit (n. 147), I, p. 487.

¹⁵⁵ ABELIUK MANASEVICH, René, cit (n. 24), II, p. 926; Mismo razonamiento lo esboza Claro Solar cuando señala que “...el acreedor que demanda daños y perjuicios por la inexecución del contrato no tiene que probar que la inexecución ha sido culpa de parte del deudor: es éste al que le corresponde establecer que no ha tenido culpa en ello, o sea que ha empleado de su parte el cuidado y diligencia a que según el contrato estaba obligado”. CLARO SOLAR, Luis, *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado. Tomo Undécimo. De las Obligaciones*, (Reimpresión 1ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2019), XI, p. 525; Hernán Corral a su turno plantea la cuestión a propósito de las obligaciones de medio y resultado en relación con la función integradora y promotora, en las primeras la carga de la prueba recae sobre el acreedor (cumplimiento imperfecto) y en las segundas, sobre el deudor. CORRAL TALCIANI, Hernán, *Curso de Derecho Civil. Obligaciones*, Hernán, cit (n. 147), I, pp. 444-445.

¹⁵⁶ CLARO SOLAR, Luis, cit (n. 155), XI, p. 525; A su turno Meza Barros señala que “El acreedor deberá solamente acreditar la existencia de la obligación; toca al deudor demostrar que no la violó por su culpa, porque ha empleado la diligencia o cuidado que correspondía”. MEZA BARROS, Ramón, cit (n. 40), p. 125.

¹⁵⁷ NÚÑEZ OJEDA, Raúl y PÉREZ RAGONE, Álvaro, cit (n. 102), I, p. 144. Con todo, indican los autores, no hay una norma que así lo señale.

¹⁵⁸ CORRAL TALCIANI, Hernán, *Curso de Derecho Civil. Obligaciones*, cit (n. 147), I, p. 480.

Sobre las eximentes de responsabilidad, vale la pena detenerse sobre el caso fortuito que constituye la conminación a declarar en un proceso judicial por parte del mandatario sobre materias que se encuentran sujetas a confidencialidad. Como bien se sabe, el Código Civil en el artículo 45 define al caso fortuito como:

“el imprevisto a que no es posible resistir como un naufragio, un terremoto, los actos de autoridad ejercidos por funcionarios públicos, etc”.

Consideraciones procesales aparte, está fuera de dudas que la citación a declarar en un proceso jurisdiccional constituye un acto de autoridad. Habrá que preguntarse si es que ella cumple con los requisitos del caso fortuito.

Pasando por el primero, la exterioridad del hecho, se cumple por cuanto la intervención de una autoridad es algo que es ajeno a los riesgos que son propios del contrato¹⁵⁹, pues se entiende que en la medida que se cumpla con la normativa que se encuentre vigente, no debería encontrarse controvertida por la autoridad judicial. Solo podría no cumplirse con el requisito de exterioridad si es que la intervención de la autoridad judicial es un riesgo que podría quedar comprendido en el contrato, como lo es el caso del secreto profesional.

Siguiendo con el segundo requisito, vale decir la imprevisibilidad, se cumple en la medida que se verifique el conocimiento que el mandatario podría haber tenido de la posibilidad de ocurrir la declaración, así como también si el hecho aun empleándose la debida diligencia no debía ser conocida por el deudor¹⁶⁰. El requisito no se cumple, nuevamente tratándose de las materias sujetas a secreto profesional, pues es dable que el mandatario sepa mínimamente que podría ser llamado a declarar por esos antecedentes.

Finalmente, en lo que respecta al requisito de la imprevisibilidad, se cumple únicamente si es que el mandatario aun haciendo lo necesario para cumplir con su prestación, el hecho es tal que excede la diligencia que se le está exigiendo o bien, si es que la prestación no puede ser cumplida con posterioridad, aún por medios equivalentes¹⁶¹. Este requisito nuevamente, no se cumple tratándose de materias sujetas a secreto profesional, porque justamente en este supuesto, el deudor está llamado a resistir y no divulgar la información que le ha sido solicitada por el tribunal.

Así pues, podemos decir que la eximente de caso fortuito se configura solo en aquellos casos en que el mandatario no se encuentre obligado por el secreto profesional a no declarar, quedando en los demás casos amparado por la eximente de responsabilidad.

En lo que guarda relación con la constitución en mora del deudor, el deber de confidencialidad, en tanto obligación de no hacer no requiere de la interpelación exigida en el

¹⁵⁹ BRANTT ZUMARÁN, María, *El Caso Fortuito y su Incidencia en el Derecho de la Responsabilidad Civil Contractual*, cit (n. 29), I, p. 65 y ss; Otra doctrina consideraría que la exterioridad se cumple en la medida que la intervención judicial es ajena a la voluntad de las partes. ABELIUK MANASEVICH, René cit (n. 24), II, p. 970.

¹⁶⁰ BRANTT ZUMARÁN, María, *El Caso Fortuito y su Incidencia en el Derecho de la Responsabilidad Civil Contractual*, cit (n. 29), I, pp. 126 y ss; el requisito también se cumpliría a la luz de la doctrina tradicional, si se considera que la imprevisibilidad es que las partes no han podido prever al celebrar el contrato el hecho constitutivo de caso fortuito. ABELIUK MANASEVICH, René cit (n. 24), II, p. 971.

¹⁶¹ BRANTT ZUMARÁN, María, *El Caso Fortuito y su Incidencia en el Derecho de la Responsabilidad Civil Contractual*, cit (n. 29), I, p. 148; La doctrina tradicional entendía más bien que el requisito se cumple en la medida que el hecho no pueda ser evitado. ABELIUK MANASEVICH, René cit (n. 24), II, p. 972.

artículo 1551 del Código Civil, pues el deudor se constituirá en mora desde la contravención a la obligación de no hacer¹⁶² (en este caso divulgación de la información), según reza el artículo 15557 del mismo Código. Señala la norma:

“Se debe la indemnización de perjuicios desde que el deudor se ha constituido en mora, o si la obligación es de no hacer, desde el momento de la contravención”.

En relación con el daño, definido como “...una pérdida, disminución, detrimento o menoscabo en su persona o bienes o en las ventajas o beneficios patrimoniales o extrapatrimoniales de que gozaba”¹⁶³, es un requisito que es esencial para la configuración de la indemnización de perjuicios. Ello por cuanto da la medida en que el deudor que se ha visto perjudicado por el incumplimiento deberá ser indemnizado. De ahí que se diga que el daño “es condición indispensable bajo cualquier régimen de responsabilidad civil”¹⁶⁴. Así las cosas, en relación con la obligación de confidencialidad, se indemnizan en definitiva los daños que han tenido lugar con ocasión de su infracción.

Sobre la naturaleza de los perjuicios que pueden resultar de la infracción al deber de confidencialidad, nos remitimos a lo ya dicho con ocasión de los intereses que protege el mismo deber. Así, pueden resultar tutelados tanto intereses patrimoniales como extrapatrimoniales, dependiendo del contrato al que acceda la confidencialidad y los perjuicios que resulten de su vulneración serán asimismo patrimoniales o extrapatrimoniales. Sin embargo, para efectos del análisis consideramos que son tres las partidas de daño, que particularmente podrían resultar especialmente indemnizables por el incumplimiento de la obligación de confidencialidad: el lucro cesante; la pérdida de una chance y el daño moral.

Sobre el primero, en relación con el lucro cesante se ha dicho que “...es la ganancia esperada que no se obtuvo debido al incumplimiento del contrato o al hecho dañino”¹⁶⁵. Con facilidad se puede advertir la dificultad que subyace en la prueba del mismo, pues en contraposición al daño emergente, se trataría de un daño hipotético, es decir, que podría no haber ocurrido¹⁶⁶. Así, es una partida de daño que entra en conflicto con el requisito de la certeza que debe reunir el daño para que sea indemnizable¹⁶⁷. La doctrina, para intentar dar respuesta a este problema, ha

¹⁶² Para Corral, la mora en las obligaciones de no hacer no sería un requisito para la indemnización de perjuicios. CORRAL TALCIANI, Hernán, *Curso de Derecho Civil. Obligaciones*, cit (n. 147), I, p. 539.

¹⁶³ BARROS BOURIE, Enrique, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, cit (n. 1), I, p. 228; En términos similares se encuentra planteado por Pablo Rodríguez. RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Responsabilidad Contractual*, cit (n. 34) p. 260.

¹⁶⁴ BARROS BOURIE, Enrique, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, cit (n. 1), I, p. 223; De ahí que Enrique Alcalde considere que incluso si es que hay un incumplimiento imputable del deudor, pero sin daño para el acreedor, no resulta procedente la indemnización de perjuicios. ALCALDE RODRIGUEZ, Enrique, *La Responsabilidad Contractual. Causas y efectos de los contratos y sus obligaciones* (1ª edición, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2018), I, p. 490.

¹⁶⁵ PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel, Sobre el Lucro Cesante, en *Revista de Derecho* 243 (2018), p. 10. [visible en internet: https://www.scielo.cl/scielo.php?pid=s0718-591x2018000100007&script=sci_abstract]; ABELIUK MANASEVICH, René cit (n. 24), II, p. 1032; ALCALDE RODRIGUEZ, Enrique, cit (n. 164), pp. 494-496; RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Responsabilidad Contractual*, cit (n. 34), pp. 226-229.

¹⁶⁶ CORRAL TALCIANI, Hernán, *Curso de Derecho Civil. Obligaciones*, cit (n. 147), I, p. 547.

¹⁶⁷ BARROS BOURIE, Enrique, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, cit (n. 1), I, p. 244; ABELIUK MANASEVICH, René cit (n. 24), I, p. 288-289; CORRAL TALCIANI, Hernán, *Curso de Derecho Civil. Obligaciones*, cit (n.

recurrido al criterio del “curso normal de los acontecimientos”, es decir, se parte de la premisa de que persistirán en el tiempo aquellas características de la persona, cosa o unidad que ha resultado dañada, así como también el entorno en que se ha celebrado el contrato¹⁶⁸. De manera que se hace una proyección al futuro y se indemniza todo lo que en el futuro se habría percibido, de haber seguido las circunstancias su curso normal.

Aplicado a la confidencialidad, estimamos que podría concurrir, por ejemplo, en aquellos casos que debido a una infidencia de un gerente de un secreto industrial de la sociedad para la que trabaja, se terminen una serie de contratos que habrían significado una ganancia futura y cierta para la empresa.

Este criterio por supuesto que no está exento de dificultades, particularmente en aquellos casos en que la proyección que se hace es muy larga y va perdiendo la preciada certeza que se persigue¹⁶⁹. De ahí que la jurisprudencia, con apoyo de la doctrina hayan introducido al panorama jurídico actual una nueva partida de daño¹⁷⁰: la pérdida de una chance.

La pérdida de una chance ha sido conceptualizada como “la frustración de una expectativa de obtener una ganancia o de evitar una pérdida”¹⁷¹. Aquí lo que se indemniza no es la propia ganancia o pérdida, sino que más bien se resarce la chance haber podido optar por esa ganancia o evitar la pérdida¹⁷², de modo que, la cuantía de la indemnización no será la misma¹⁷³. Por su parte, se ha dicho que requiere para ser resarcida de dos elementos: debe ser real, es decir, que debe existir como tal y debe ser seria, que dice relación con las probabilidades de la víctima para

147), I, p. 549; RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Responsabilidad Contractual*, cit (n. 34), p. 219-220; CÁRDENAS VILLARREAL, Hugo y REVECO URZÚA, Ricardo, cit (n. 27), p. 420.

¹⁶⁸ PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel, *Sobre el Lucro Cesante*, cit (n. 165), p. 16; BARROS BOURIE, Enrique, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, cit (n. 1), I, p. 278.

¹⁶⁹ Luego de expresar el problema, Peñailillo señala que una manera de subsanarlo es acudiendo a los expertos en calculo actuarial o probabilístico. PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel, *Sobre el Lucro Cesante*, cit (n. 168) p. 16.

¹⁷⁰ Para Mejías se trataría de una categoría de daño autónoma, con sus propias peculiaridades, cuestión que le facilitarían una mejor aplicación. MEJÍAS ALONZO, Claudia, *La pérdida de una chance. Una revisión a partir de los requisitos del daño indemnizable*, ahora en, GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz- HERNANDEZ PAULSEN, Gabriel- LATHROP GÓMEZ, Fabiola- TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio (editores) *Estudios de Derecho civil XIV*. Santiago (2012), p. 1080.

¹⁷¹ TAPIA RODRIGUEZ, Mauricio, *Responsabilidad civil médica: Riesgo terapéutico, perjuicio de nacer y otros problemas actuales*, en *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*, 15 (2003), p. 104. [visible en internet: https://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-09502003000200004&script=sci_abstract]

¹⁷² Tapia estima que es un bien aleatorio dado que, aún de no haber mediado negligencia por parte del agente que incurre en el daño, la víctima perfectamente podría no haber obtenido el beneficio o evitado el perjuicio. TAPIA RODRIGUEZ, Mauricio, *Pérdida de una Oportunidad de Negocio como Daño Indemnizable en el Derecho Chileno*, ahora en, GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz- HERNANDEZ PAULSEN, Gabriel- LATHROP GÓMEZ, Fabiola- TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio (editores) *Estudios de Derecho civil XIV*. Santiago (2012), pp. 1168-1169; Barros trata el tema desde la óptica de la causalidad. BARROS BOURIE, Enrique, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, cit (n. 1), I, pp. 399 y ss.

¹⁷³ Ríos y Silva franquean que el monto de la indemnización puede ser determinado de dos formas: por medio de un criterio matemático-estadístico de las probabilidades que había en torno a concretar la chance, de modo que se indemniza solo la probabilidad cierta; o el criterio judicial, que recurre a la estimación prudencial de la oportunidad. RÍOS ERAZO, Javier y SILVA GONI, Rodrigo, *Responsabilidad civil por pérdida de la oportunidad* (1ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2014), I, pp. 267 y ss; También puede consultarse a TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio, *"Pérdida de una chance: ¿Un perjuicio indemnizable en Chile?"*, ahora en, ELORRIAGA de BONIS Fabián (coord.). *Estudios de Derecho civil VII*. Santiago (2012).

ver concretada la chance¹⁷⁴. Su acogida se ha dado en fallos de la Corte Suprema, donde primeramente se le acogía encubierta en otras partidas de daños¹⁷⁵ y posteriormente se le ha enunciado como una partida de daño independiente que debe ser demandada en lugar de otras, como ha ocurrido con el lucro cesante¹⁷⁶.

En relación con la confidencialidad, esta partida podría ser indemnizada en casos en que una empresa pierde una licitación o un producto de ella se ve divulgado al mercado, ambos por una infidencia del exgerente. En estos supuestos no se puede hablar de que la empresa haya tenido un daño cierto, pues no se sabe si es que en definitiva habría logrado ganar la licitación o si su producto

En lo que guarda relación con el daño moral, y conforme a lo que ha sido expuesto a propósito de la tutela de los intereses extrapatrimoniales, es que consideramos que debe ser considerado en un sentido amplio.

Finalmente, en lo que dice relación con la relación de causalidad, entre el incumplimiento del deudor y el daño provocado en el acreedor debe existir una relación de causalidad. En general, se entiende que el requisito es el mismo que opera en sede extracontractual, con la salvedad de que la causa del daño en este caso es el incumplimiento¹⁷⁷. Respecto del deber de confidencialidad, solo haremos énfasis en que si bien la divulgación puede provocar perjuicios a la parte co-contratante, este hecho no la habilita para publicar esos mismos antecedentes y alegar los perjuicios que vengan de ese hecho. Suponemos que en caso de ocurrir ello, la regla a aplicar sería la del artículo 2329 del Código Civil y, en definitiva, el *quantum* de la indemnización se deberá

¹⁷⁴ TAPIA RODRIGUEZ, Mauricio, *Responsabilidad civil médica: Riesgo terapéutico, perjuicio de nacer y otros problemas actuales*, cit (n.171), p. 105.

¹⁷⁵ Así ocurría en casos de responsabilidad médica donde se confunde con el daño moral. Como la sentencia del 6 enero de 2016 recaída sobre la causa rol 19720-2015 en la que la Corte Suprema conociendo de un caso donde no se puso en conocimiento de una persona los resultados de un test de VIH, conociéndolos recién 3 años después, cuestión que fue decisiva en su tratamiento y le causó la muerte, señaló que el perjuicio fue "está constituido por la aflicción, el padecimiento y deterioro síquico que en forma natural y lógica se provoca en toda persona afectada por el hecho antijurídico de un tercero. En la especie, significó para el afectado que no se efectuaran los tratamientos necesarios e indispensables para aminorar sus graves efectos, como en el hecho sufrió". Corte Suprema Causa Rol 19720-2015.

¹⁷⁶ Así ocurrió en la sentencia del 11 de abril de 2022 recaída sobre causa rol 124397-2020, en la que la Corte Suprema conoció de un caso en que el SERVIU cobró unas boletas de fiel garantía para el cumplimiento de un contrato de una empresa asesora para la adquisición de viviendas, fallo respecto de la pérdida de una chance que: "...Lo que supera (lo pedido en la demanda) la sola consideración del lucro cesante y se adentraría ya en una pérdida de chance, que es un capítulo de perjuicios distinto, no desarrollado en el líbello, en que lo que puede estimarse cierto no es la utilidad misma que se esperaba, sino sólo la oportunidad de aspirar a ella, lo que implica que su valor sea menor al de la ganancia en sí. La proyección de pérdida de oportunidad, además, debe estar sustentada no solo en los datos de años anteriores, sino en otros que se refieran concretamente a la efectiva actividad de proyectos desarrollados por Serviu en aquellos años siguientes, como para poder establecer las reales posibilidades de la demandante de participar en esos proyectos, y los montos que esa participación pudieron haberle significado, como parámetro inicial para calcular el valor de la chance...". Para profundizar en la pérdida de una chance en materia médica véase CARDENAS VILLARREAL, Hugo, *La pérdida de la chance en la reciente jurisprudencia médica*, ahora en, GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz- HERNANDEZ PAULSEN, Gabriel- LATHROP GÓMEZ, Fabiola- TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio (editores) *Estudios de Derecho civil XIV*. Santiago (2012).

¹⁷⁷ CORRAL TALCIANI, Hernán, *Curso de Derecho Civil. Obligaciones*, cit (n. 147), I, p. 504.

reducir por su exposición imprudente al daño por infracción del deber de mitigar las pérdidas¹⁷⁸. Así también ha fallado la Corte Suprema¹⁷⁹.

CONCLUSIONES

1. La confidencialidad carece de un tratamiento general y acabado en la legislación chilena, cuestión que repercute en la ausencia de un concepto unitario de la misma.

2. La mejor forma de abordar el asunto es realizando la distinción entre el deber de confidencialidad y secreto profesional, ambos compartiendo el núcleo común de abstención de divulgación de información. El primero obliga a su destinatario en orden a excluir a terceros particulares sin poder estatal, en tanto que el segundo le habilita a excluir a órganos estatales del conocimiento de la información protegida.

3. Sobre la nomenclatura utilizada, si bien se ha usado la noción de obligación o deber para referirse a la confidencialidad, se trata más de una obligación por el rol que cumple al interior del contrato. Se trataría de una obligación que es primordialmente de no hacer, aun cuando tenga un componente de obligación de hacer.

4. La confidencialidad, en tanto deber secundario del contrato, protegerá los intereses que tutele el contrato al que acompaña. De este modo puede tutelar tanto intereses patrimoniales como extrapatrimoniales.

5. El ordenamiento jurídico tiene diversas respuestas frente a la infracción del deber de confidencialidad. Dentro de ellas cabe advertir aquellas que tienen un alcance general y unas de carácter especial, atendiendo la cantidad de relaciones jurídicas que pueden ser alcanzadas por su regulación.

6. No hay consenso en la doctrina en torno a la noción de los contratos de confianza. Con todo, no hay discusiones en torno a que el mandato es un contrato de confianza. Asimismo, la regulación del mandato tiene el potencial de ser el estatuto supletorio a muchos contratos que contemplen obligaciones de hacer como su prestación principal, como acontece en los contratos de servicios.

¹⁷⁸ "...el fundamento del deber de mitigar las pérdidas a cargo del acreedor se encuentra en la causalidad y, más precisamente, en el artículo 1558 del Código Civil, que limita el ámbito de daos indemnizables. Para determinar qué daños no deberán indemnizarse en razón de infracción del deber de minimización, hay que aplicar la regla de protección del contrato, lo que implica un esfuerzo de interpretación atendidas las circunstancias de celebración del contrato. De esta manera, no hay obstáculos para acoger hoy en la jurisprudencia local este deber del acreedor (...) Es usual citar tres reglas que gobiernan la operativa del deber de minimizar el daño a cargo del acreedor. En primer lugar, se exige al acreedor que actúe de manera oportuna y rápida; en segundo lugar, se requiere proceder a sustituir la prestación comprometida por una que le sea equivalente y, quizá, la más cuestionable, el acreedor se encontrara compelido a aceptar una prestación distinta a aquella emanada del acuerdo primigenio, a condición de que sea razonable operar de esa manera". ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, cit (n. 164) p. 519.

¹⁷⁹ Las palabras expresadas por Alcalde en la nota anterior han sido tomadas por la Corte Suprema, justamente tratando el deber de mitigar las pérdidas en sede contractual en la sentencia dictada el 21 de agosto de 2019 recaída sobre la causa rol 444485-2017.

7. La confidencialidad en los contratos de confianza se construye precisamente a partir de la confianza que hay entre las partes. Misma confianza que exige una colaboración especial a las partes en orden a traspasarse información que le permita cumplir adecuadamente el objeto del contrato. Para tutelar dicha información se recurre a la figura de la confidencialidad, para evitar la divulgación de antecedentes que puedan causar un perjuicio a la contraparte.

8. La confidencialidad al interior del iter contractual tiene diversas manifestaciones, todas compartiendo como nexo común la protección de información que se haya tenido con ocasión de la negociación y ejecución del contrato.

9. Sobre la duración de confidencialidad en el tiempo, se debe estar al plazo de prescripción general contemplado para la prescripción de las obligaciones, y si hay una estipulación de las partes en ese sentido, se debe atender a ella. La excepción se encuentra en la confidencialidad de carácter indefinido que tiene lugar en casos excepcionales donde la divulgación de la información puede causar grave perjuicio a la parte que contrató, aun cuando se haya cumplido el plazo de prescripción.

10. El principal instrumento que se utiliza para la protección de la información confidencial es la cláusula de confidencialidad. Para determinar si es que la información que buscan proteger es susceptible de ser catalogada como confidencial es útil acudir a los requisitos que se plantean a propósito del secreto comercial. Sin embargo, no queda del todo claro si el documento amparado por una cláusula de confidencialidad es susceptible de ser tratado a la luz de la distinción entre deber de confidencialidad y secreto profesional, habiendo únicamente una solución a nivel especial, pero no a nivel general.

11. No es posible construir una presunción legal de posesión de información confidencial, de manera tal las presunciones que existen en nuestro derecho son las que fija el legislador, como ocurre en el caso de la presunción de posesión de información privilegiada.

12. La carga de la prueba del incumplimiento del deber de confidencialidad recae sobre el mandante o la persona que haya confiado la información, por tratarse de una obligación de no hacer. En este caso, no operaría pues, la presunción de culpa en el incumplimiento.

13. Son dos los remedios que pueden tener lugar a raíz de la infracción al deber de confidencialidad en el contrato de mandato: la revocación del mandato y la indemnización de perjuicios.

14. La indemnización de perjuicios que tiene lugar con ocasión de la infracción a la confidencialidad comprende especialmente el daño moral (considerado en sentido amplio), el lucro cesante y la pérdida de una chance.

BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINA

ABELIUK MANASEVICH, René, *Las obligaciones*, 6ª edición, Santiago, Editorial Thomson Reuters, 2014, I.

- ABELIUK MANASEVICH, René, *Las obligaciones*, 6ª edición, Santiago, Editorial Thomson Reuters, 2014, II.
- ALCALDE RODRIGUEZ, Enrique, *La Responsabilidad Contractual. Causas y efectos de los contratos y sus obligaciones* (1ª edición, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2018), I.
- ALESSANDRI BESA, Arturo, *La Nulidad y la Rescisión en el Derecho Civil Chileno* (3ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1943).
- ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo, *De la compraventa y de la promesa de venta. Tomo I. Volumen I* (1ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003).
- ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo, *De los contratos* (Reimpresión 1ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2020), I.
- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo; SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel y VODANOVIC HAKLICKA, Antonio, *Tratado de Derecho Civil: Partes Preliminar y General* (8ª edición, Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago, 2015), II.
- ANRÍQUEZ NOVOA, Álvaro y VARGAS WEIL, Ernesto, *Bases Conceptuales para una Doctrina del Secreto Profesional del Abogado En Chile*, en *Revista Chilena de Derecho*, 48 (2021) 1. [visible en internet: https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372021000100133]
- BARCIA LEHMAN, Rodrigo, *Lecciones de Derecho Civil Chileno. Del Acto Jurídico* (2ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2010), I.
- BARCIA LEHMAN, Rodrigo, *Lecciones de Derecho Civil Chileno. Del Acto Jurídico* (2ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2010), II.
- BARCIA LEHMAN, Rodrigo, *Lecciones de Derecho Civil Chileno. Del Acto Jurídico* (2ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2010), III.
- BARRIENTOS ZAMORANO, Marcelo, *Del Daño Moral Al Daño Extrapatrimonial: La Superación Del Pretium Doloris*, en *Revista Chilena de Derecho*, 35 (2008) 1. [visible en internet: https://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-34372008000100004&script=sci_abstract]
- BARROS BOURIE, Enrique, *Los Contratos de Servicios ante la Doctrina General del Contrato: La Virtualidad análogica de las reglas sobre el Mandato*, ahora, en ELORRIAGA DE BONIS, Fabián, *Estudios de derecho civil VII* (Santiago, 2011).
- BARROS BOURIE, Enrique, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual* (2ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2020), I.
- BARROS BOURIE, Enrique, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual* (2ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2020), II.
- BENFELD ESCOBAR, Johan, *Una cuestión de fidelidad. Sobre el ethos de la profesión legal* (1ª edición, Valparaíso, Editorial PUCV, 2023), I.
- BRANTT ZUMARÁN, María y MEJÍAS ALONZO, Claudia, *El Contrato de servicios como categoría general en el derecho chileno. Su contenido y rasgos distintivos*, en *Revista Ius et Praxis*, 24 (2018) 3. [visible en

internet:

https://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S071800122018000300583&script=sci_abstract

BRANTT ZUMARÁN, María y MEJÍAS ALONZO, Claudia, *El derecho supletorio del contrato de servicios en el Código Civil chileno: Insuficiencia de las reglas del mandato y del arrendamiento*, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 46 (2016). [visible en internet: https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S071868512016000100002]

BRANTT ZUMARÁN, María y MEJÍAS ALONZO, Claudia, *La fase postcontractual en el derecho chileno. Su justificación y delimitación*, en *Vniversitas* 72 (2023). [visible en internet: <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/37519>]

BRANTT ZUMARÁN, María y MEJÍAS ALONZO, Claudia, *La responsabilidad postcontractual: algunas consideraciones en torno a su configuración*, en *Revista de Derecho* (2022) 58 [visible en internet: https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512022000100001]

BRANTT ZUMARÁN, María, *El Caso Fortuito y su Incidencia en el Derecho de la Responsabilidad Civil Contractual* (1ª edición, Santiago, Editorial Legal Publishing, 2010).

CARDENAS VILLARREAL, Hugo, “*La pérdida de la chance en la reciente jurisprudencia médica*”, ahora en, GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz- HERNANDEZ PAULSEN, Gabriel- LATHROP GÓMEZ, Fabiola- TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio (editores) *Estudios de Derecho civil XIV*. Santiago (2012).

CLARO SOLAR, Luis, *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado. Tomo Undécimo. De las Obligaciones*, (Reimpresión 1ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2019), XI.

CORRAL TALCIANI, Hernán *Contratos y Daños por Incumplimiento* (1ª edición, Santiago, Editorial Legal Publishing, 2010).

CORRAL TALCIANI, Hernán, *Curso de Derecho Civil. Obligaciones*, (1ª edición, Santiago, Editorial Legal Publishing Chile, 2023).

CORRAL TALCIANI, Hernán, *Curso de Derecho Civil. Parte General* (2ª edición, Santiago, Editorial Thomson Reuters, 2022), I.

CORRAL TALCIANI, Hernán, *Lecciones de Responsabilidad Extracontractual* (2ª edición, Santiago, Editorial Legal Publishing, 2013).

DE LA MAZA GAZMURRI, Iñigo y VIDAL OLIVARES, Álvaro, *Propósito práctico, incumplimiento contractual y remedios del acreedor. Con ocasión de tres recientes sentencias de la Corte Suprema*, en *Revista Ius et Praxis*, N°1 (2014). [visible en internet: https://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122014000100002&script=sci_abstract]

DE LA MAZA, Iñigo, “*El suministro de información como técnica de protección de los consumidores: los deberes precontractuales de información*”, en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte* 17 (2010b) 2. [visible en internet: <https://revistaderecho.ucn.cl/index.php/revista-derecho/article/view/2074>]

DE LA MAZA, Iñigo, “*La distribución del riesgo y la buena fe. A propósito del error, el dolo y los deberes precontractuales de información*”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*

- (2011) 37. [visible en internet: https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512011000200003]
- DE LA MAZA, Iñigo, *Buena fe, el reverso de la moneda. A propósito del dolo por omisión y el deber precontractual de informar*, en *Revista Chilena de Derecho Privado* (2008) 11. [visible en internet: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3266888>]
- DE LA MAZA, Iñigo, *Tipicidad y atipicidad de los deberes precontractuales de información*”, en *Revista de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (2010) 34. [visible en internet: https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512010000100002]
- DIEZ SCHWERTE, Luis, *El daño extracontractual*, Reimpresión 1ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2016.
- DOMÍNGUEZ AGUILA, Ramón y MUNITA MARAMBIO, Renzo, *De los contratos consensuales. CONTRATO DE MANDATO*, ahora en, DOMÍNGUEZ AGUILA, Ramón (director), BANCALARI CHÁVEZ (Coordinadora), *Contratos. Parte Especial* (Santiago, 2023).
- DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen, *El Daño Moral* (1ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000).
- DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen, *Naturaleza y fundamento de la responsabilidad civil del profesional liberal*, en *Anales Derecho UC. Temas de responsabilidad civil*,1 (2006).
- DUCCI, Carlos, *Derecho Civil. Parte General* (4ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2015), I.
- EYZAGUIRRE SMART, Gonzalo y GÓMEZ BALMACEDA, Rafael, *El Derecho de Quiebras*, 1ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2009, II.
- FIGUEROA YAÑEZ, Gonzalo, *Curso de Derecho Civil* (5ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2011), I.
- FIGUEROA YAÑEZ, Gonzalo, *Curso de Derecho Civil* (5ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2011), III.
- GÁLVEZ, Antonio, *El derecho de desistimiento en los contratos indefinidos y en los contratos con consumidores en la propuesta de Modernización del Código Civil*, ahora en, ALBIEZ, Klaus, *Derecho privado europeo y modernización del derecho contractual en España* (Barcelona, 2011)
- GUZMÁN ANRIQUE, Francisco, *Información Privilegiada en el Mercado de Valores* (1ª edición, Santiago Editorial Lexis Nexis, 2007)
- GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Derecho Privado Romano* (2ª edición, Santiago, Editorial Legal Publishing,2013), II.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro, *La buena fe en el Código Civil de Chile*, en, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica* 29 (2002)
- ISLER SOTO, Érika, *Acerca de la responsabilidad civil postcontractual en el derecho del consumidor chileno*, en *Revista Ius et Praxis*, N°1 (2019). [visible en internet: https://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122019000100335&script=sci_abstract]

- JEQUIER LEHUEDÉ, Eduardo. (2020), *Curso de Derecho Comercial*, (2ª edición, Santiago, Editorial Thomson Reuters, 2019) II.
- LÓPEZ DIAZ, Patricia, *La ruptura de las tratativas preliminares como una justificada excepción al principio de libertad contractual y un particular supuesto de indemnización precontractual* ahora, en VIDAL OLIVARES, Álvaro (director)- SEVERIN FUSTER, Gonzalo (editor), *Estudios de derecho de contratos en homenaje a Antonio Manuel Morales Moreno* (Santiago, 2018).
- LÓPEZ DIAZ, Patricia, *La tutela precontractual del acreedor: una aproximación desde el Código Civil chileno y su interacción con la tutela contractual* (1ª edición, Santiago, Editorial Thomson Reuters, 2019), I.
- LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge y ELORRIAGA DE BONIS, Fabián. (2010), *Los Contratos, parte general*, (6ª edición, Santiago, Editorial Thomson Reuters, 2017), I.
- MEJÍAS ALONZO, Claudia, *Desistimiento y Resolución. ¿Opción del Acreedor en un Contrato Bilateral?: Una Respuesta desde el Derecho Común*, ahora, en BAHAMONDES OYARZÚN, Claudia-ETCHEBERRY COURT, Leonor- PIZARRO WILSON, Carlos, (editores) *Estudios de derecho civil XIII* (Santiago, 2018).
- MEJÍAS ALONZO, Claudia, *El Deber de Confidencialidad en la Etapa Postcontractual. Su Contenido y Aspectos Relevantes En Su Configuración*, ahora, en ÁLVAREZ ESCUDERO, Rommy – PRADO LÓPEZ, Pamela – SAAVEDRA ALVARADO, Ricardo (editores) *Estudios de Derecho Privado III: Jornadas Nacionales de Profesoras de Derecho Privado* (Valparaíso, 2023), p. 436.
- MEJÍAS ALONZO, Claudia, *El Incumplimiento Resolutorio en el Código Civil* (1ª edición, Santiago, Editorial Legal Publishing Chile, 2011).
- MEJÍAS ALONZO, Claudia, *El reconocimiento de la etapa postcontractual y el surgimiento de una eventual responsabilidad. Cuestiones a partir de los supuestos mencionados por la doctrina actual*, ahora, en PINOCHET OLAVE, Ruberto (director) *Estudios de derecho civil XVI* (Santiago, 2023).
- MEJÍAS ALONZO, Claudia, *La pérdida de una chance. Una revisión a partir de los requisitos del daño indemnizable*, ahora en, GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz- HERNANDEZ PAULSEN, Gabriel- LATHROP GÓMEZ, Fabiola- TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio (editores) *Estudios de Derecho civil XVI*. Santiago (2012).
- MEJÍAS ALONZO, Claudia, *Resolución por incumplimiento: su procedencia y efectos* (1ª edición, Santiago, DER Ediciones Limitada, 2018), I.
- MEZA BARROS, Ramón *Manual de Derecho Civil. De las Obligaciones* (9ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2009).
- NOVOA FUENZALIDA, Patricio y THAYER ARTEAGA, William, *Manual de Derecho del Trabajo. Derecho Individual de Trabajo (Continuación) y Derecho Procesal del Trabajo*, 6ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2015, IV.
- NÚÑEZ OJEDA, Raúl y PÉREZ RAGONE, Álvaro, *Manual de Derecho Procesal Civil: Proceso Ordinario de Mayor Cuantía* (1ª edición, Santiago, Thomson Reuters, 2014).

- PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel, *Obligaciones. Teoría general y clasificaciones. La resolución por incumplimiento* (Reimpresión 1ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2011).
- PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel, *Sobre el Lucro Cesante*, en *Revista de Derecho*, 243 (2018). [visible en internet: https://www.scielo.cl/scielo.php?pid=s0718-591x2018000100007&script=sci_abstract]
- PFEFFER URQUIAGA, Emilio, *Los Derechos A La Intimidación O Privacidad, A La Honra Y A La Propia Imagen. Su Protección Frente A La Libertad De Opinión E Información* en *Revista Ius et Praxis*, 6 (2000) 1.
- PFEFFER URQUIAGA, Francisco, *Nuevos deberes informativos y precisiones en torno al concepto de información privilegiada en el contexto de la ley que perfecciona el gobierno corporativo en empresas privadas* en *Revista Actualidad Jurídica* (2010) 22.
- PIZARRO WILSON, Carlos, *La responsabilidad contractual en el Derecho Chileno*, ahora, en MANTILLA ESPINOSA, Fabricio (director), *Los Contratos en el derecho privado* (Bogotá. 2007).
- PUELMA ACCORSI, *Sociedades* (3ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2001), III.
- PUGA VIAL, Juan, *La Sociedad Anónima y otras Sociedades por Acciones en el Derecho Chileno y Comparado* (3ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2020), I.
- RÍOS ERAZO, Javier y SILVA GOÑI, Rodrigo, *Responsabilidad civil por pérdida de la oportunidad* (1ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2014), I.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Responsabilidad Contractual* (1ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2018).
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Responsabilidad Extcontractual* (2ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2018).
- RODRÍGUEZ PINTO, María, *Responsabilidad por Incumplimiento de Contratos de Servicios. La Protección del Consumidor y del Cliente por Prestaciones Defectuosas*, en *Revista Chilena de Derecho*, 41 (2014) 3, p. 796.
- SANDOVAL LÓPEZ, Roberto, *Derecho Comercial, Volumen 1* (1ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2015), I.
- SEVERIN FUSTER, Gonzalo, “*El derecho al desistimiento unilateral del cliente en la regulación de los contratos de servicio del Código Civil chileno, con especial referencia al artículo 1999*”, en *Revista Ius et Praxis*, 24 (2018) 2. [visible en internet: https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122018000200303]
- SIERRA HERRERO, Alfredo, *La cláusula de no competencia post-contractual en el contrato de trabajo*, en *Revista Ius et Praxis* (2014) 2. [visible en internet: https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122014000200004]
- SIERRA HERRERO, Alfredo, *Las Cláusulas de Confidencialidad en el Contrato de Trabajo*, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* 51 (2013). [visible en internet: https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512013000200005]

SQUELLA NARDUCCI, Agustín, *Introducción al Derecho* (7ª edición, Santiago, Editorial Thomson Reuters, 2022), I.

TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio, *"Pérdida de una chance: ¿Un perjuicio indemnizable en Chile?*, ahora en, ELORRIAGA De BONIS, Fabián (coord.). *Estudios de Derecho civil VII*. Santiago (2012).

TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio, *Pérdida de una Oportunidad de Negocio como Daño Indemnizable en el Derecho Chileno*, ahora en, GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz- HERNANDEZ PAULSEN, Gabriel- LATHROP GÓMEZ, Fabiola- TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio (editores) *Estudios de Derecho civil XVI*. Santiago (2012).

TAPIA RODRIGUEZ, Mauricio, *Responsabilidad civil médica: Riesgo terapéutico, perjuicio de nacer y otros problemas actuales*, en *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile* (2003) 15. [visible en internet: https://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-09502003000200004&script=sci_abstract]

VÁSQUEZ PALMA, María, *Revisión Del ámbito de aplicación subjetivo y objetivo de la noción de uso de información privilegiada en Chile: Un Examen de la normativa a la luz de las tendencias doctrinales y jurisprudenciales* en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, 17 (2010) 2. [visible en internet: https://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-97532010000200010&script=sci_abstract]

VÁSQUEZ PALMA, María, *Sociedades. Comerciantes, empresas grupos de empresas, joint venture y otros sujetos del derecho comercial* (3ª edición, Santiago, Editorial Thomson Reuters, 2019).

VIDAL OIVARES, Álvaro, *Criterios para la procedencia de la indemnización del daño moral contractual. Una mirada desde el derecho contractual*, ahora en DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen – GONZÁLEZ CASTILLO, Joel – BARRIENTOS ZAMORANO, Marcelo – GOLDENBERG SERRANO, Juan (Coordinadores) *Estudios de derecho civil VIII* (Santiago, 2013).

VIDAL OLIVARES, Álvaro, *La Noción de Incumplimiento Esencial en el Código Civil*, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 32, (2009). [visible en internet: https://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-68512009000100006&script=sci_abstract]

VIDAL OLIVARES, Álvaro, *Responsabilidad Civil de los Directores de Sociedades Anónimas. Bases para la Construcción de un Sistema Unitario*, ahora en, VARAS BRAUN, Juan- TURNER SAELZER, Susan, *Estudios de derecho civil I* (Santiago, 2005).

VODANOVIC HAKLICKA, Antonio, *Tratado de Derecho Civil. Fuentes de las Obligaciones. Parte Especial. De los Contratos Principales en Particular* (2ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2021), II.

JURISPRUDENCIA JUDICIAL

Sentencia Corte Suprema Causa Rol 3771-2015

Sentencia Corte Suprema Causa Rol 9136-2011

Sentencia de la Corte Suprema Causa Rol 2582-2012

Sentencia Corte Suprema Causa Rol 2788-2012.

Sentencia Corte Suprema Causa Rol 8792-2009

Sentencia Corte Suprema Causa Rol 4670-2010,

Sentencia Corte Suprema Causa Rol 2319-2011

Sentencia Corte Suprema Causa Rol 5898-2012

Sentencia Corte Suprema causa rol 14.243-2013

Sentencia Corte Suprema causa rol 3985-2009

Sentencia Corte Suprema causa rol 5152-2009

Sentencia Corte Suprema Causa Rol 19720-2015

Sentencia Corte Suprema Causa rol 444485-2017

Sentencia Corte Suprema Causa Rol 124397-2020

JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA

Ordinario de la Dirección del Trabajo N°2496/68 del 7 de junio de 2017

Ordinario de la Dirección del Trabajo N°4731/81 del 3 de noviembre de 2010

OTRAS FUENTES

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: *Diccionario de la lengua española*, 23.^a ed., [versión 23.7 en línea].

<https://dle.rae.es>.