

Los acuerdos de confidencialidad en la contratación minera



DAVID RUIZ SESSAREGO

Abogado por la Universidad de Lima,
Máster en Asesoría Jurídica de Empresas en el IE Law School,
Árbitro del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la
Pontificia Universidad Católica del Perú.

SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. Contratos mineros.
- III. Convenios de confidencialidad.
 1. ¿Cuál es el objeto o utilidad de los convenios de confidencialidad?
 2. Formas de los Convenios de Confidencialidad y disposiciones más importantes que suelen ser incluidas:
 3. ¿Qué tipo de información confidencial es la que se suele revelar durante la etapa de negociación de contratos mineros?
 4. ¿Qué información no debe ser considerada como "información confidencial"?
 5. Uso de la Información Confidencial
 6. Área de Interés
- IV. Conclusión.



I. INTRODUCCIÓN

Cuando pensamos en los aspectos jurídicos vinculados a la contratación en materia minera es inevitable pensar en el Texto Único Ordenado (T.U.O.) de la Ley General de Minería, aprobado por Decreto Supremo 014-92-EM, en adelante el "TUO", y su reglamento, en el cual se regulan el contrato de cesión minera, el de transferencia, el de opción, el de riesgo compartido y el de hipoteca. Anteriormente se regulaba también en él la prenda minera, sin embargo, la misma ha dejado de existir como figura jurídica independiente y ha sido subsumida dentro de la denominada Garantía Mobiliaria creada por la Ley 28677, vigente desde junio del año 2006.

No obstante ello, en la práctica tenemos que el universo de contratos que se aplican a la industria minera se compone tanto de figuras típicas reguladas en la legislación del sector como de otras propias de otras industrias.

Este es el caso de los denominados Acuerdos de Confidencialidad, también conocidos en el mundo anglosajón como NDA – por sus siglas Non Disclosure Agreement. Dichos acuerdos, en el caso de la minería presentan características especiales.

En la contratación mercantil y particularmente en la minera, resulta muy común que antes de iniciar la fase de negociación de un contrato minero, alguna de las partes – o ambas entre sí – deban revelarse información que por su importancia debe ser mantenida en confidencialidad y usada sólo a los efectos pactados.

La naturaleza y soportes en los que se transmite dicha información pueden ser de diversa índole, por lo que es práctica generalizada suscribir acuerdos de confidencialidad, mediante los cuales se busca que las partes se comprometan a no revelar determinados asuntos que conozcan a lo largo de sus contactos en las rondas de negociación.

En el presente artículo detallaremos las principales características que deben contener este

tipo de acuerdos y expondremos la utilidad e importancia de los mismos para facilitar el tráfico comercial en el sector minero.

A efectos de aproximar al lector a la contratación minera, iniciaremos el presente artículo con una breve descripción de aquellos contratos típicos mineros que se encuentran regulados en el TUO, para luego pasar a describir la utilidad, formas, entre otros de los convenios de confidencialidad.

II. CONTRATOS MINEROS

El TUO regula una serie de contratos mineros, los mismos que a efectos del presente artículo procederemos a clasificar en tres grupos:

- a) **Contratos Principales.**- Entendemos como tales a aquellos que tienen autonomía y no dependen de la existencia de otro negocio jurídico para surtir efectos. Dentro de la presente categoría encontramos:
 - (i) **Contrato de Transferencia** – artículo 164 del TUO) -.- En virtud al cual se transfiere la titularidad de una concesión minera. Puede revestir diversas formas tales como permuta, dación en pago, aporte a una sociedad o a un contrato de riesgo compartido.
 - (ii) **Contrato de Cesión Minera** - artículo 166 y ss del TUO - . En virtud al cual el titular de una concesión minera, de beneficio, labor general o transporte minero cede temporalmente la misma a un tercero percibiendo una compensación. El cesionario se sustituye en virtud al presente contrato en todos los derechos y obligaciones del cedente.
 - (iii) **Contrato de Riesgo Compartido** - artículo 204 y ss del TUO - . En virtud al cual el titular de la actividad minera se asocia con un tercero, a efectos de realizar un negocio común, por un plazo que puede ser determinado o indeterminado. A tal efecto, ambas partes efectúan aportes en bienes, servicios o conocimientos que se complementan, participando en los resultados en la forma que convengan.

b) **Contratos Preparatorios:**

- (i) **Contrato de Opción** - artículo 165º del TUO -. En virtud al cual el titular de una concesión se obliga incondicional e irrevocablemente a celebrar en el futuro un contrato definitivo, siempre que el opcionista ejercite su derecho a ello.

c) **Contratos Accesorios:**

- (i) **Hipoteca** - artículo 172 y ss del TUO - : En virtud al cual el titular de una concesión puede constituir hipotecas sobre concesiones inscritas en el registro público de minería.

- c) **Protegerse contra el uso indebido de la información confidencial y/o de las negociaciones en sí mismas.**

De lo descrito se desprende con claridad que los convenios de confidencialidad tienen por principal utilidad permitir que una de las partes (en adelante la "Parte Reveladora") - o ambas - revele a la otra información confidencial que permita coadyuvar a una correcta e informada evaluación, a efectos de decidir la formalización de una relación comercial y contractual, pero asegurándose que dicha información no será revelada por la parte receptora (en adelante la "Parte Receptora") a ningún tercero, y menos aún será utilizada indebidamente en su provecho y en perjuicio de la Parte Reveladora.

III. CONVENIOS DE CONFIDENCIALIDAD

1. ¿Cuál es el objeto o utilidad de los convenios de confidencialidad?

Conforme a lo señalado en la introducción del presente artículo, la negociación de alguno de los contratos mineros expuestos en el capítulo precedente suele iniciarse con la suscripción de un Convenio de Confidencialidad o Non Disclosure Agreement - NDA - por el que las partes se comprometen a guardar y tratar como confidencial determinada información revelada por la otra parte.

En efecto, las primeras conversaciones que mantienen las partes, aunque sean a un nivel muy informal, puede requerir el que una de ellas o ambas revelen o pongan a disposición de la otra determinada información que se requiere sea mantenida en confidencialidad, o incluso que se mantenga en confidencialidad el mismo hecho de estar negociando.

Dentro de los principales objetivos que se busca alcanzar mediante la suscripción de los convenios de confidencialidad tenemos los siguientes:

- a) Permitir la revisión de información confidencial
- b) Protegerse contra la divulgación no autorizada de la información confidencial y/o de las negociaciones en sí mismas.

2. Formas de los Convenios de Confidencialidad y disposiciones más importantes que suelen ser incluidas.

Son dos las formas más habituales que en la práctica suelen adoptar este tipo de convenios:

- a) **Unilateral.**- Aquella en la que sólo una de las partes se compromete frente a la otra a mantener como confidencial la información recibida.
- b) **Bilateral.**- Aquella en la que ambas partes se comprometen una frente a la otra a mantener como confidencial la información recibida.

Entre las disposiciones más importantes que deben contener los Convenios de Confidencialidad tenemos las siguientes:

1. Definir aquello que debe ser entendido por información confidencial - ver numeral 3.3.
2. Definir aquello que no será considerado como información confidencial - ver numeral 3.4.
3. Definir el uso que se le podrá dar a la información confidencial - ver numeral 3.5.
4. Definir el Área de Interés - ver numeral 3.6.
5. Definir las personas que tendrán acceso a la información confidencial y establecer que éstas quedarán vinculadas a las obligaciones de confidencialidad.

6. Establecer el destino de la documentación confidencial entregada en caso la negociación se rompa.
7. Mantener como confidencial la negociación en sí misma.
8. Definir si la negociación va a ser exclusiva, de modo tal que ninguna de ellas pueda negociar con un tercero el mismo objeto.
9. Plazo de la obligación de confidencialidad.

3. ¿Qué tipo de información confidencial es la que se suele revelar durante la etapa de negociación de contratos mineros?

De acuerdo con lo descrito en el capítulo II del presente artículo, los contratos mineros tienen por lo general como objeto del mismo a la concesión minera, sin que ello excluya la existencia de otras modalidades contractuales en virtud a las cuales serán objeto de las mismas las acciones o participaciones de una persona jurídica que sea titular de una concesión.

Partiendo de lo expuesto, tenemos que la información suele estar en gran medida asociada a aquella que surja y esté directamente vinculada con la concesión minera, tal como:

- a) Información geológica y técnica - mapas, estudios, cálculos, resultados de perforaciones de diamantina o aire reverso, ensayos y muestras, etc. - .
- b) Información comercial, financiera y/u operativa.
- c) Metodologías o tecnologías.

Conforme puede ser apreciado, la información que es susceptible de ser calificada como confidencial es abundante, por lo que al momento de redactar un convenio de confidencialidad conviene que las partes se detengan y pregunten si será calificada como información confidencial:

- a) Únicamente aquella información que sea listada taxativamente como tal; y/o

- b) Toda aquella información que sea revelada durante la vigencia del acuerdo de confidencialidad.

Definitivamente la respuesta dependerá de si nos encontramos del lado de la Parte Reveladora o de la Receptora.

Desde la perspectiva de la Parte Reveladora creemos que resultaría conveniente optar por una combinación de ambas opciones, esto es, indicando que será considerada como "información confidencial" toda aquella información que sea revelada durante la vigencia del acuerdo, así como aquella que se liste de manera enunciativa. De este modo, toda la información provista por la Parte Reveladora se encontraría protegida.

Por su parte, desde la perspectiva de la Parte Receptora de la información resultaría más conveniente que la definición de "información confidencial" incluya únicamente a aquella que sea listada taxativamente en el acuerdo, y en todo caso, a aquella información que al ser proporcionada sea rotulada expresamente como confidencial por la Parte Reveladora.

Dicho esto, creemos que resulta igual de importante determinar los alcances de la definición de "información confidencial" considerando el soporte o medio a través del cual es transmitida. En efecto, la "información confidencial" puede ser aquella que sea transmitida:

- a) Oralmente - p. ej.: en reuniones, conferencias telefónicas, etc. -;
- b) Por escrito - p. ej.: resúmenes, reportes, etc.
- c) Por medios digitales - p. ej.: correos electrónicos, data rooms, discos compactos, etc. -

Atendiendo a lo expuesto, sugerimos que al redactarse el acuerdo de confidencialidad se prevea expresamente los soportes o medios que se encontrarán comprendidos dentro de la definición de "información confidencial".

4. ¿Qué información no debe ser considerada como "información confidencial"?

En el numeral precedente hemos indicado qué tipo de información suele ser revelada durante la etapa de negociación de un contrato minero, y partiendo de ello vimos que resulta necesario definir si la información confidencial será:

- a) Únicamente aquella que sea listada taxativamente como tal; y/o
- b) Toda aquella que sea revelada durante la vigencia del acuerdo de confidencialidad.

Asimismo vimos que resultaba conveniente incluir dentro de la definición aquellos soportes a través de los cuales puede ser transmitida la "información confidencial".

No obstante ello, resulta en nuestra opinión igual de importante definir dentro del convenio de confidencialidad a aquella información que no será considerada como confidencial. Dentro de dichas exclusiones podríamos encontrar las siguientes:

- a) Información que se encuentre en el dominio público al momento de su revelación a la Parte Receptora.- Esto quiere decir, que si la información que es proporcionada se encuentra en dicho momento en el dominio público - p.ej. prensa, expedientes administrativos y/o judiciales, etc. -, no puede ser calificada como confidencial, y por ende su divulgación por la Parte Receptora no es susceptible de generar un daño a la Parte Reveladora.
- b) Información que se encuentre en posesión de la Parte Receptora con anterioridad a su revelación a ésta sin violar ninguna obligación de confidencialidad
- c) Información que sea legalmente proporcionada a la Parte Receptora por un tercero, sin que éste haya violado alguna obligación de confidencialidad con la Parte Reveladora.
- d) Información que ingrese al dominio público luego de su revelación a la Parte Receptora.
- e) Información que sea exigida a la Parte Receptora por alguna autoridad administrativa y/o judicial.

5. Uso de la Información Confidencial.

Resulta muy importante para la Parte Reveladora que todo acuerdo de confidencialidad no sólo establezca la prohibición de la Parte Receptora de divulgar la "información confidencial", sino también que dicha información pueda ser usada únicamente para aquellos fines expresamente autorizados.

A tal efecto los acuerdos de confidencialidad suelen establecer que la información confidencial:

- a) Podrá ser únicamente usada por la Parte Receptora, a efectos de evaluar la concreción de una posible transacción con la Parte Reveladora.
- b) No podrá ser usada en detrimento de la Parte Reveladora.

Como podrá ser advertido, resulta muy importante para la Parte Reveladora, sobre todo en la contratación minera, que no sólo incluya en los acuerdos de confidencialidad obligaciones respecto a la no divulgación de la información confidencial, sino que a su vez es conveniente que indique cual deberá ser el uso que se le dé a dicha "información confidencial".

Con el objeto de graficar la importancia y conveniencias de incluir restricciones de este tipo al uso de la información confidencial en la contratación minera, proponemos el siguiente ejemplo:

"La empresa A es titular de una concesión minera, respecto de la cual la empresa B ha mostrado interés en adquirirla. A tal efecto, ambas partes suscriben un acuerdo de confidencialidad, en virtud al cual la empresa B recibe información respecto a los resultados de las perforaciones y análisis efectuados en la concesión y no se pacta cuál es el uso autorizado que se deberá dar a la información confidencial recibida.

Durante la vigencia del acuerdo de confidencialidad la empresa B estudia la información recibida de la empresa A y determina en virtud a ella que la zona donde se ubica la

concesión objeto de la negociación tiene un potencial geológico muy importante, el mismo que podría prolongarse a concesiones vecinas de titularidad de terceros o de zonas de libre denunciabilidad para la formulación de petitorios.

Como consecuencia ello, la empresa B, valiéndose de la información confidencial recibida de la empresa A, rompe las negociaciones con ésta y en lugar de cerrar un acuerdo con ésta, adquiere ya sea: (i) concesiones vecinas a la concesión objeto de la negociación; (ii) terrenos superficiales; (iii) acciones o participaciones sobre empresas que tienen la titularidad de alguna concesión o terreno superficial en la zona; o (iv) formula petitorios frente al estado peruano sobre áreas de libre denunciabilidad en la zona."

Del ejemplo propuesto podemos advertir que en caso no se hubiese pactado que la información confidencial podría ser únicamente usada por la empresa B, a efectos de evaluar la posible concreción de un negocio con la empresa A, la empresa B, valiéndose de la información recibida, estaría facultada para usarla en contra de los intereses de la empresa A, rompiendo las negociaciones con ésta y adquiriendo bienes en la zona del proyecto.

Es por ello que resulta de suma importancia definir y delimitar el uso que se le podrá dar a la información confidencial recibida.

6. Área de Interés.

Otra modalidad usada en la contratación minera, a efectos de evitar abusos por parte de la Parte Receptora en el uso de la información confidencial recibida es la de incluir la disposición denominada: Área de Interés.

Podríamos decir que el objeto de la definición de un Área de Interés en la contratación minera es el de regular los derechos y obligaciones de las partes con relación a la adquisición de intereses sobre una concesión minera - ya sea directa o indirectamente a través de la adquisición de acciones y/o participaciones una sociedad

titular de la concesión minera - y/o terreno superficial ubicado dentro de un área geográfica definida por éstas.

Ahora bien, en lo que respecta a los Convenios de Confidencialidad, el Área de Interés suele ser incluida, a efectos de limitar la competencia dentro de un área geográfica.

En tal sentido, el Área de Interés es entendida en los Convenios de Confidencialidad como un área de exclusión dentro de la cual la Parte Receptora de la información confidencial se encuentra prohibida de adquirir intereses, así como la titularidad de concesiones mineras y/o terrenos superficiales, por un periodo de tiempo acordado. De incumplir la Parte Receptora con esta disposición, podría ésta quedar obligada a transferir lo adquirido a favor de la Parte Reveladora, así como al pago de penalidades. Ello dependerá por supuesto de lo acordado por las partes.

Con relación a cómo se delimita el Área de Interés, debemos señalar que la misma puede ser definida de modo tal que ésta resulte estática o dinámica. Por ello a continuación pasaremos a exponer el alcance de cada una de ellas:

- a) **Área de Interés Estática.**- El Área de Interés Estática es aquella definida en el contrato y que no será modificada a consecuencia de futuras adquisiciones de concesiones mineras y/o a la pérdida de las mismas por la Parte Reveladora de la información confidencial. Es usual que este tipo de áreas sean definidas, a través de la inclusión de un mapa delimitando el área dentro del cual se aplicará la restricción acordada, acompañado de un texto similar al siguiente:

"Área de Interés" significará el área ubicada dentro del radio de un (1) kilómetro desde los límites exteriores de la concesión minera Money Talks, incluyendo el área de la concesión minera Money Talks, según se delimita en el Anexo A del presente documento."

- b) **Área de Interés Dinámica.**- El Área de Interés Dinámica, permite que los límites de

la misma sean redefinidos en la medida que la Parte Reveladora de la información confidencial adquiera o pierda concesiones mineras. A efectos, de clarificar la definición propuesta, a continuación incluimos un modelo de cláusula de área de interés dinámica:

“Área de interés” significará el área ubicada dentro del radio de un - 1 kilómetro desde los límites exteriores de la concesión minera Money Talks y Thunderstruck (en adelante las “Derechos Mineros”), incluyendo el área de los Derechos Mineros, según se delimita en el Anexo A del presente documento.

No obstante ello, en el caso que el titular de los Derechos Mineros adquiera una concesión dentro del Área de Interés, dicha Área de Interés será modificada alcanzando un radio de un - 1 - kilómetro desde los límites exteriores de la nueva concesión adquirida.

De igual forma en el caso que el titular de los Derechos Mineros renuncie o pierda parte de los Derechos Mineros, el Área de Interés será modificada alcanzando un radio de un - 1 - kilómetro desde los límites exteriores de los Derechos Mineros retenidos.”

IV. CONCLUSIÓN

Confiamos en haber cumplido con nuestro propósito al elaborar este artículo y que con lo expuesto en él y los ejemplos que les proporcionamos les haya quedado claro que son los convenios de confidencialidad y su importancia, qué información debe ser considerada como confidencial y cuál no, cuál es el contenido que debe tener un acuerdo de confidencialidad, qué uso debe dársele a la información confidencial, cuáles son las áreas de interés además de la importancia de mantener también como confidencial al hecho de estar negociando, es decir, la negociación en sí misma.