



“Memorandum of Understanding”: Aplicación en el ordenamiento peruano y ventajas de su utilización desde una perspectiva económica

“Memoradum of Understanding”: Application in the peruvian system and advantages of its use from an economic perspective

“Entonces, si se consideraba que celebrar un *MOU* complejiza la negociación por añadir una etapa adicional a la celebración del contrato, se debe descartar dicha hipótesis, ya que, finalmente se reducen los costos de transacción, al definir, de manera previa, obligaciones de las partes, lo cual resulta útil en el escenario de una ruptura de tratativas y, asimismo, se mitiga el comportamiento oportunista de los negociantes, logrando una mayor seguridad jurídica”.

Yamile Margot Cárdenas Del Río*

Resumen: En el *Common Law* existe la figura del “*Memorandum of Understanding*” o “*Letter of Intent*”, que es un acuerdo que se realiza previamente a la celebración del contrato y que, en base a la intención de las partes, puede o no tener efectos vinculantes.

En el Perú ¿existe una figura con efectos similares? De ser así, ¿se generaría algún tipo de responsabilidad ante su incumplimiento? En términos económicos ¿resulta eficiente celebrar estos acuerdos?

Abstract: In *Common Law* there is the “*Memorandum of Understanding*” or “*Letter of Intent*”, which is an agreement that is made prior to the conclusion of the contract and according to the intention of the parties, may have effects binding.

In Peru, is there a figure with similar effects? If so, would any kind of liability be generated in the event of non-compliance? In economic terms, is it efficient to conclude these agreements?

* Bachiller por la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Adjunta de docencia del curso “Contratos” en la Facultad de Derecho de la PUCP. Miembro extraordinario de la Asociación Civil IUS ET VERITAS. Correo electrónico: a20104762@pucp.pe.

Palabras clave: *MOU*, tratativas, buena fe, responsabilidad civil, distribución de riesgos, eficiencia económica.

Keywords: *MOU, negotiations, good faith, civil liability, risk distribution, economic efficiency.*

Sumario: Introducción. 1. ¿Qué es el *MOU*? 1.1. ¿Cuándo el *MOU* es vinculante? 2. ¿Cómo se aplica el *MOU* en el Perú? 2.1. El artículo 1362º del Código Civil; 2.2. La fase de tratativas; 2.3. La responsabilidad civil en la fase de tratativas; 2.3.1. La responsabilidad civil derivada del incumplimiento del *MOU*; 2.3.2. ¿Cómo opera esta responsabilidad? 3. Breve referencia al análisis económico del *MOU*. Conclusiones. Bibliografía.

Introducción

Las personas, para satisfacer sus intereses, celebran contratos de distinta índole. Sin embargo, la celebración de ciertos tipos de contratos, debido a su complejidad, hace necesario que las partes, previamente a la concretización del mismo, realicen negociaciones que involucren intercambio de información, declaraciones de intención, establecimiento de reglas de conducta, fijación de cláusulas de exclusividad y confidencialidad, entre otros.

Normalmente, al iniciar negociaciones, las partes no saben si un proyecto será económicamente rentable. Por ello, en estos casos, dentro del fenómeno de la contratación, se encuentra la etapa pre contractual o de tratativas, que involucra a las negociaciones previas a la celebración del contrato definitivo.

Particularmente, en el *Common Law*, existe la figura conocida como “*Memorandum of Understanding*”, que es un acuerdo que tiene lugar con carácter previo a la celebración del contrato y que, en los Estados Unidos, puede ser vinculante, de acuerdo a la intención de las partes.

Sin embargo, en el Perú ¿existe una figura con efectos similares? De ser así, ¿cuál sería su aplicación?

En base a lo mencionado anteriormente, esta investigación busca responder las siguientes preguntas:

- a) ¿Cuál es la calificación objetiva del *MOU* en el Perú?
- b) ¿En nuestro sistema jurídico, los *MOU* son acuerdos vinculantes, parcialmente vinculantes o no vinculantes?
- c) A partir de una lectura del artículo 1362º del Código Civil, ¿cabría responsabilidad derivada del deber de negociar de acuerdo a la buena fe contractual?
- d) En términos económicos, ¿sería conveniente su utilización?

De este modo, los objetivos de este trabajo consisten en analizar la viabilidad de la aplicación de la figura del *MOU*, propia del *Common Law*, en el ordenamiento peruano del *Civil Law*. Para ello, primero se abordará una noción teórica de esta figura, analizando si puede o no ser vinculante. Asimismo, se realizará un análisis general de la etapa de tratativas, teniendo en cuenta la aplicación del artículo 1362º del Código Civil y la naturaleza de la responsabilidad civil que podría generarse. Finalmente, se evaluará si la utilización

“Memorandum of Understanding”: Aplicación en el ordenamiento peruano y ventajas de su utilización desde una perspectiva económica

del *MOU* generaría ventajas económicas para los negociadores.

1. ¿Qué es el *MOU*?

Debido al escaso desarrollo del *MOU* en el sistema jurídico peruano, es necesario hacer referencia a otras fuentes. Así, en el ámbito internacional podemos mencionar a los *Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales*, los cuales, en distintas disposiciones dan a entender que las negociaciones preliminares entre las partes deben tenerse en cuenta al interpretar un contrato.

Así, por ejemplo, se tienen los siguientes artículos:

Artículo 4.3:

Para la aplicación de los Artículos 4.1 y 4.2, deberán tomarse en consideración todas las circunstancias, incluyendo:

(a) las negociaciones previas entre las partes; [...]

Artículo 4.8:

[...] (2) Para determinar cuál es el término más apropiado, se tendrán en cuenta, entre otros factores, los siguientes: [...]

(c) la buena fe y la lealtad negocial; [...]

De este modo, se puede afirmar que “one of the great innovation of the PICC [Principles of International Commercial Contracts] is that it provides standards

for conducting negotiations. Article 2.15 states that a party who negotiates or breaks off negotiations in bad faith is liable for the losses caused to the other party”¹ (Énfasis agregado).

Vemos, pues, cómo los principios UNIDROIT proveen estándares de conducta durante las negociaciones debido a la importancia de las mismas para realizar una adecuada interpretación del contrato que pueda llegar a celebrarse.

En este marco de ideas, si las negociaciones previas a la celebración de un contrato son importantes para interpretar el mismo, se debe tener en cuenta que, en el contexto de dichas negociaciones, y, sobre todo, cuando la celebración del futuro contrato implica un cierto grado de complejidad, los negociantes suelen valerse de instrumentos que facilitan la toma de acuerdos de cara a la firma del contrato definitivo.

Entre estos instrumentos, se encuentra la figura del *Memorandum of Understanding*, (en adelante, *MOU*), o “carta de intención”, que, de acuerdo a ROPPO, “sono testi che le parti, d'accordo, si scambiano o firmano, e che presentano un dato comune: *si riferiscono a una trattativa in corso, e implicano che il contratto al quale la trattativa è finalizzata non sia ancora concluso*. [...]”². Así, ROPPO ubica a la carta de intención dentro de una negociación en marcha, que indica que el contrato al cual hace referencia aún no se ha celebrado.

Por ello, compartimos la opinión de VÁSQUEZ, para quien un *MOU* es un acuerdo destinado a normar la dinámica de los negociadores en la etapa precontractual, razón por la cual este suele contener disposiciones por medio de las cuales los

1 Shoji Kawakami, “Precontractual Liability”: Japan. In: *Reports to the XIIIth Congress International Academy of Comparative Law*. (Deventer, Kluwer, 1990), 333, acceso el 08 de junio de 2017, <https://books.google.com.pe/books?id=Gi8lDwAA-QBAJ&pg=PA316&lpg=PA316&dq=kawakami+shoji+precontractual&source=bl&ots=0dB0fWNH0I&sig=Iz88MWB-cp85mMX26Xzq3ExjRRcM&hl=es&sa=X&ved=0ahUKEwjQ_suqoq_UAhXITZAKHfyqB4EQ6AEIKjAB#v=onepage&q=kawakami%20shoji%20precontractual&f=false>.

2 Vincenzo Roppo, *Il Contratto*. (Milano: Giuffrè Editore, 2001), 140.

negociadores plasman ciertos derechos y deberes³.

No obstante, la nota diferenciadora de dichos documentos es que quienes lo suscriben no quedan obligados a celebrar el acuerdo definitivo, por lo que conservan su autonomía privada para realizar conductas durante las negociaciones, sin que estas sean interpretadas como actuaciones vinculantes⁴.

Corresponde ahora mencionar, brevemente, los aspectos principales que conforman un *MOU*, los cuales, de acuerdo a DÍAZ HUERTAS, son los siguientes:

- a) La intención de iniciar o continuar una negociación⁵ sin que ello implique la obligación de celebrar el contrato final, ya que los declarantes gozan de libertad contractual.
- b) Alcances de la negociación, en la medida de que los esfuerzos de las partes se encaminen hacia un determinado propósito.
- c) Registro documental de los avances de la negociación, de modo que se indique a qué acuerdos se ha llegado, delimitando el contenido que podría tener el contrato definitivo.
- d) La determinación de los elementos que las partes consideran esenciales para que se perfeccione el contrato final.

- e) Las reglas de conducta que las partes deben seguir durante la negociación, de modo que se minimizan los riesgos innatos de esta⁶.

Así, un *MOU* o carta de intención estará conformado por la intención de los negociantes para iniciar una negociación, teniendo en cuenta, en todo momento, su libertad contractual para desvincularse de la misma cuando lo consideren pertinente. Asimismo, dicho documento debe precisar los alcances de los acuerdos llevados a cabo, los cuales deberían ser registrados con la finalidad de conocer el contenido que el contrato podría tener. Adicionalmente, dicho documento debe establecer deberes de conducta para las partes.

En cuanto a este último aspecto, SCHOPF señala los siguientes: *“First, it may create a duty to negotiate toward the proposed contract in good faith. [...] Second, a letter of intent may create a fiduciary duty, especially where it proposes a joint venture or partnership. [...] Third, a letter of intent may give rise to a claim for damages resulting from a broken promise on which the other party reasonably relied – a cause of action known as promissory estoppel”⁷. (Énfasis agregado).*

Teniendo en cuenta que las cartas de intención suelen incluir dichos deberes para los negociadores, es claro que suscribir dicho instrumento previamente a la celebración del contrato resulta sumamente beneficioso, ya que, en definitiva, se logrará una

3 Walter Vasquez, ¿Qué es exactamente un MOU en el Perú? En: *IUS 360°*, portal Jurídico, acceso el 26 de mayo de 2017, <<http://www.ius360.com/walter-vasquez/que-es-exactamente-un-mou-en-el-peru/>>.

4 Andrés Díaz Huertas, “La carta de intención (letter of intent) o el memorando de entendimiento (memorandum of understanding). Su aplicación en el derecho colombiano”, acceso el 26 de mayo de 2017, <<http://diazhuertasabogados.com/index.php/es/sitios-de-interes/casos-empresariales>>. (Año 2016), 205.

5 Como ejemplo de modelo de cláusula que expresa la intención de iniciar o continuar una negociación, Díaz Huertas ilustra la siguiente: “Mientras se celebra el contrato definitivo, manifestamos nuestra firme intención de continuar nuestras conversaciones, las cuales hasta el momento presentan los siguientes acuerdos y para lo cual efectuamos las siguientes declaraciones (...)”. En: Andrés Díaz Huertas, “La carta de intención”, acceso el 26 de mayo de 2017, <<http://diazhuertasabogados.com/index.php/es/sitios-de-interes/casos-empresariales>>. (Año 2016), 201.

6 Andrés Díaz Huertas, “La carta de intención”, 201-205.

7 William G. Schopf y otros. “When a letter of intent goes wrong: explore if you’ll win if it’s in the hands of a jury”. *Business Law Today*, Vol. 5, N° 3 (January/February). (American Bar Association, 1996), 33.

mejor asignación de riesgos.

1.1 ¿Cuándo un MOU es vinculante?

Habiendo desarrollado qué es un *MOU*, es necesario precisar cuándo este es vinculante para los negociadores.

VÁSQUEZ propone que el *MOU* puede ser clasificado en dos grandes categorías genéricas, de acuerdo a la posibilidad de formación del contrato final. Así, tenemos el *MOU no ejecutable*⁸, que no obliga a sus partícipes a formalizar la transacción final; y, el *MOU ejecutable*, que genera la obligación de celebrar el contrato definitivo⁹.

En este último supuesto, “para que [la] ejecución de un *MOU* sea posible debe contar con una estructura y contenido lo suficientemente desarrollados como para permitir la configuración del contrato definitivo sin necesidad de un acto de regulación posterior de las partes”¹⁰.

Cabe advertir que, en el Perú, muchos acuerdos preliminares ya están regulados bajo la figura de los contratos preliminares típicos. Por ejemplo, se tiene el artículo 1414⁹ del Código Civil, que regula la figura del Compromiso de Contratar. En ese sentido, lo que en el *Common Law* serían los *MOU* ejecutables, en nuestro país formarían parte de estas figuras

contractuales¹¹ ya reguladas. En la misma línea, lo que en el Perú serían los *MOU*'s, en los sistemas angloamericanos se denominarían como *MOU*'s no ejecutables.

De este modo, “el *MOU* con valor negocial, es un genuino contrato (acto de autonomía privada), pues supone un reglamento de intereses dotado de juridicidad que será desplegado en la etapa de tratativas de cara a una transacción definitiva”¹². A criterio de VÁSQUEZ, el *MOU* vinculante es un contrato preparatorio atípico.

En general, un *MOU* será un acuerdo propio de la etapa de tratativas que no otorga a las partes derechos de cara a la formación del contrato definitivo, es decir, no garantiza que se concluya la formación del contrato final y, sin embargo, puede o no tener valor negocial. Ello será apreciado de acuerdo a la común intención de las partes y a indicios de juridicidad.

En esta línea, SCHOPF indica: “*the jury may conclude that the letter of intent containing general terms is a legally binding contract on those terms. Alternatively, the jury may find that the letter is a contract to negotiate in good faith, to treat the other party as a partner or to warn the other party not to rely on the document*”¹³.

En ese entender, y como se desarrollará más adelante, si bien el juez puede concluir que el *MOU* tiene

8 Cabe recalcar que VÁSQUEZ señala que no necesariamente un *MOU* no ejecutable se encuentra desprovisto de protección legal, ya que en los sistemas angloamericanos el contenido de este documento es diverso, dado que puede contener acuerdos sin relevancia jurídica, como términos bastante relevantes para el Derecho.

9 Walter Vásquez, ¿Qué es exactamente un *MOU* en el Perú?

10 Walter Vásquez, ¿Qué es exactamente un *MOU* en el Perú?

11 Walter Vásquez, ¿Qué es exactamente un *MOU* en el Perú? Cabe recalcar que, de acuerdo a Vásquez, no se trata de otorgar una equiparación conceptual entre el compromiso de contratar y el *MOU* con valor negocial, en tanto que la segunda categoría contiene una transacción en “estado embrionario”; es decir, que no cuenta con los componentes que permitan ejecutar, de manera forzosa, la transacción final.

12 *Ibidem*.

13 William G. Schopf y otros. “When a letter of intent goes wrong”.

términos vinculantes¹⁴, también puede encontrarse que dicho documento solo contiene disposiciones generales para los negociantes.

El profesor portugués, MOURA, en cuanto a la eficacia jurídica de la *letter of intent*, señala lo siguiente:

Se trata de actos preparatorios, en los cuales una o ambas partes asumen ciertos compromisos con vistas a la celebración futura del contrato. A su respecto se plantea la cuestión de saber cuál es el sentido con que tales actos deben valer jurídicamente. Para dilucidarla hay que determinar si las partes quisieron vincularse inmediatamente a lo que en ellos quedó consignado (aunque tal vez sin observancia de la forma requerida) o una vez verificada cierta condición a la que subordinaron sus efectos (*v. g.* su aprobación por cierto órgano social de una de ellas, por un ente administrativo que la tutele o por una institución financiera que se proponga facultar los capitales necesarios a la ejecución del negocio); si, por el contrario, los tomaron como simples acuerdos parcelares o proyectos negociales y sujetaron la conclusión del contrato a la obtención de consenso sobre ciertos puntos en ellos no incluidos,

que una o ambas consideraron esenciales, o a ulteriores estudios y negociaciones; o, por último, si solamente previeron la creación de específicos deberes precontractuales de conducta (*v. g.* el de sigilo en cuanto a ciertas informaciones transmitidas durante los preliminares del negocio o el de no conducirlo a negociaciones paralelas con terceros) o la concreción y el refuerzo de aquellos que ya derivaban de la ley aplicable (como, por ejemplo, el de no interrumpir las negociaciones sin justificación).

El problema de la eficacia jurídica de dichos instrumentos de negociación se convierte así, fundamentalmente, en una cuestión de interpretación de la voluntad de las partes. (Énfasis agregado)¹⁵.

Por ello, para determinar si el contenido de la *letter of intent* está dotado de juridicidad, se debe analizar, principalmente, cuál fue la intención de las partes, así como el tipo de acuerdo establecido y si estos están sujetos a la celebración de algún acto adicional.

En este orden de ideas, queda claro que, para conocer los efectos del *MOU*, no debe realizarse una interpretación sistemática del documento en su conjunto, sino más bien, se debe tener en cuenta cada una de las declaraciones efectuadas, con la

14 De acuerdo a Roppo, la carta de intención puede crear para las partes diversos vínculos de naturaleza contractual, tales como "l'obbligo di rispettare tempi, luoghi e modi concordati per lo svolgimento dalla trattativa. Oppure, se in ese previsto, l'obbligo di esclusiva, cioè di non svolgere trattative parallele con altri; l'obbligo di non modificare certe situazioni (standstill agreement); o l'obbligo di rivelare all'altra parte certi dati, relativi alla propria organizzazione (disclosure agreement) e il contro-obbligo, per chi li apprende, di tenerli riservati (secrecy o confidentiality agreement). Vincenzo Roppo, *Il Contratto*, 141.

15 Dário Moura. "La formación de los contratos internacionales". *Revista Española de Derecho Internacional*. N° LVII-1, (enero 2005): 244-245, acceso el 24 de mayo de 2017, <http://app.vlex.com.ezproxybib.pucp.edu.pe:2048/#WWW/search/content_type:4/moura+vicente/WW/vid/390077/graphical_version>.

“Memorandum of Understanding”: Aplicación en el ordenamiento peruano y ventajas de su utilización desde una perspectiva económica

finalidad de encontrar el sentido de cada una de ellas.

En esta línea, concordamos con LIODRÀ cuando indica que “[...] lo que permite que un acuerdo se sitúe entre una negociación y un precontrato es, la intención de las partes de quedar obligadas con dicho acuerdo, por imperfecto que sea”¹⁶.

En ese sentido, se puede afirmar que los efectos jurídicos de una carta de intención dependerán del significado de cada declaración que conforme la misma, de modo que esta puede estar conformada por compromisos vinculantes o no vinculantes para las partes.

Por ello, autores como ÁLVAREZ ARJONA Y CARRASCO PERERA sostienen que “la Carta de Intención es plenamente *divisible* en sus efectos jurídicos. De hecho, no existe un efecto jurídico propio de las Cartas de Intenciones”¹⁷.

2. ¿Cómo se aplica el MOU en el Perú?

Teniendo presente que, en el *Common Law*, existe la figura del “*Memorandum of Understanding*” o “*Letter of Intent*”, que, como ya se mencionó, consiste en un acuerdo preliminar que, en los Estados Unidos, puede o no ser vinculante, de acuerdo a la intención de las partes¹⁸, nos preguntamos ¿en el Perú, es aplicable esta figura? De ser así, ¿cuáles serían sus efectos?

La importancia de analizar si en nuestro país dicha figura puede aplicarse y las implicancias que ello tendría radica en que, en la actualidad, la celebración de contratos suele involucrar una serie

de negociaciones previas debido a la complejidad que los mismos presentan, teniendo en cuenta su magnitud económica y/o social.

Por ello, es importante que las partes conozcan previamente los efectos que implica estar inmerso en este tipo de negociaciones, pudiendo prevenir ciertos riesgos y evitar causar perjuicios que, posteriormente, puedan derivar en casos de responsabilidad civil.

A continuación, desarrollaremos tres aspectos fundamentales que nos ayudarán a responder las preguntas planteadas anteriormente:

En primer lugar, se analizará el artículo 1362^º del Código Civil y su aplicación en la etapa previa a la celebración del contrato. En segundo lugar, se desarrollará en qué consiste la etapa conocida como “tratativas” y si el *MOU* se ubica en dicha etapa. Finalmente, y de manera concreta, se expondrá la aplicación del régimen de responsabilidad civil derivado del incumplimiento del *MOU*.

2.1 El artículo 1362^º del Código Civil

La buena fe es un principio ampliamente usado en el Derecho¹⁹. Sin embargo, es tan común encontrar este precepto en los distintos campos jurídicos que la razón por la que está tan inmerso en el mundo del Derecho suele dejarse de lado.

Consideramos que la pregunta fundamental para entender el porqué de dicho principio sea quizá cuál es el objetivo de introducirlo como eje rector del Derecho, en especial del Derecho Civil.

16 Francesca Llodrà, “Reflexiones en torno a los PECL y la fase preliminar del contrato. Letters of intent: pactos de intenciones, precontrato”. (Comunicació a les XII Jornades de dret Català a Tossa. Primera Ponència. L’Aproximació entre els Drets Civils Europeus. Universitat de Girona, 2003).

17 Álvarez y Carrasco. En: Dário Moura. “La formación de los contratos internacionales”, 215.

18 Eduardo Buendía, “El rompecabezas de la confianza. La letter of intent y el memorándum of understanding en el Derecho contractual peruano y la responsabilidad precontractual”. *Gaceta Civil & Procesal Civil*, N° 42 (diciembre 2016): 189.

19 Para mayor información revisar: De la Puente y Lavalle, *El Contrato en general. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil*. Tomo I. (Lima: Palestra Editores, 2007).

En ese sentido, compartimos la opinión de DE LA PUENTE Y LAVALLE, quien acertadamente indica: “la buena fe no es una creación del legislador, que ha preestablecido su contenido, sino la adaptación de un principio inherente a la conducta de los hombres en la esfera más amplia de todas sus relaciones, pero que ha sido preciso regular para que sea susceptible de tener efectos jurídicos, convirtiéndola así en una buena fe civil”²⁰ (Énfasis agregado).

Como se puede desprender de lo señalado por el jurista, este principio rector del Derecho Civil no es una mera creación, sino que, por el contrario, se trata de una figura que ha acompañado siempre el actuar del ser humano y que, no obstante ello, no contaba con una regulación jurídica necesaria para generar consecuencias a las conductas opuestas al mismo.

En nuestro sistema, uno de los artículos que consagra el principio de buena fe es el artículo 1362º del Código Civil, el cual señala lo siguiente:

Artículo 1362º:

Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes.

Este artículo, al referirse también a la negociación del contrato, deja bastante claro que la buena fe no solo tiene lugar en la etapa contractual y postcontractual, sino que, adicionalmente, debe estar presente en la fase precontractual, de modo que las partes involucradas en las negociaciones se deben lealtad y corrección de manera recíproca, pues ambas deben confiar en que su contraparte se desenvuelve con

seriedad y diligencia²¹.

Teniendo en cuenta ello, el principio de buena fe también debe estar presente en la negociación de un contrato y consiste en el deber que tienen las partes de comportarse sin vulnerar la confianza generada hacia su contraparte. Se trata, pues, de tener una conducta leal y de respeto, evitando actuar de modo perjudicial.

Trayendo a colación la distinción entre buena fe objetiva y subjetiva, nos encontramos, claramente, ante la buena fe objetiva o buena fe lealtad, ya que se trata de una regla de conducta que guía la actuación de las partes durante las negociaciones en las que participan.

Así, podemos decir que la buena fe es un deber de conducta cargado de un componente ético que busca no perjudicar intereses ajenos. Para evaluar dicha conducta se usa un criterio objetivo basado en un estándar de conducta de un ciudadano medio, de acuerdo al contexto social del mismo.

Dicho deber de conducta, de acuerdo al artículo 1362º del Código Civil, también está presente en la etapa previa a la celebración del contrato, por lo que los negociadores deben orientar su conducta en base al principio de la buena fe.

Asimismo, la obligación de negociar de acuerdo a la buena fe implica otras obligaciones. En palabras de MORRESI, “*l’obbligo generale di negoziare secondo buona fede nascente dalla specifica “assunzione dell’obbligo contrattuale di negoziare” comporta, ad uno stesso tempo, diversi obblighi: ad esempio quello di informare correttamente la*

20 Manuel De la Puente y Lavallo. *El Contrato en general. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil*. Tomo I. (Lima: Palestra Editores, 2007), 331. Asimismo, el autor añade una importante idea, sostenida por Ripert, quien en su afán de encontrar en la regla moral el fundamento de la conducta humana, dice que “la buena fe es uno de los medios utilizados por el legislador y los tribunales para hacer penetrar la regla moral en el derecho positivo”.

21 Jorge Avendaño. “La antesala contractual: ruptura injustificada de las tratativas y responsabilidad precontractual”. En *Homenaje a Fernando de Trazegnies Granda*. Tomo 2. (Lima: Fondo Editorial PUCP, 2002): 418.

“Memorandum of Understanding”: Aplicación en el ordenamiento peruano y ventajas de su utilización desde una perspectiva económica

*controparte circa gli elementi di valutazione pertinenti e quello di astenersi da ogni proposta manifestamente inaccettabile che potrebbe provocare il fallimento delle trattative*²².

En ese sentido, este principio impide que los contratantes puedan romper, de manera irrazonable e injustificada²³, las tratativas en las que estaban participando. Cabe aclarar que ello no quiere decir que las partes no puedan retirarse de las tratativas cuando lo consideren pertinente, en base a su libertad contractual, sino que dicho apartamiento no debe vulnerar la buena fe; es decir, la conducta del sujeto que causa la ruptura de la negociación no debe ser reprochable conforme a este principio.

De este modo y como se desarrollará más adelante, la persona que emprendió negociaciones de mala fe deberá ser sancionada, teniendo que asumir la indemnización por los daños generados a su contraparte. Como señala DE LA PUENTE Y LAVALLE, “hay que dar, pues, al artículo 1362º del Código civil el sentido de una solución de compromiso, que sin admitir abiertamente que la ruptura de las negociaciones sin motivación legítima obliga a satisfacer los gastos e indemnizar los daños y perjuicios que resulten, permita indirectamente, y con mayor flexibilidad, sancionar a quien negocia de mala fe”²⁴.

2.2 La fase de tratativas

Ya se hizo referencia al artículo 1362º del Código Civil, el cual señala que los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes.

De acuerdo a AVENDAÑO, “el término «negociarse» alude a la etapa de tratativas, que pueden calificarse como los diálogos preliminares conducentes a la celebración del contrato y que por consiguiente se ubican en la etapa que precede a su perfeccionamiento” (Énfasis agregado)²⁵.

En palabras de ROPPO, “*la formazione progressiva si realiza attraverso il continuum di un dialogo delle parti fatto di discussioni e ipotesi, richieste ed offerte, concessioni e rifiuti sui diversi punti del contratto in itinere: una serie piu o meno lunga di passaggi che le parti percorrono insieme prima di arrivare alla conclusione del contratto. La parola che designa questo processo è: trattativa*”²⁶.

Y es que, como es lógico, en una operación contractual no siempre se tiene el simple escenario de contar con una oferta y una posterior aceptación. Dependiendo del tipo del contrato y de la complejidad del mismo, suele intervenir una etapa preparatoria (tratativas)²⁷, que consiste en intercambiar

22 Renzo Morresi. “Le Lettere d’intenti”. Sommario dal conversazione in occasione della presentazione dell’opera “La redazione dei contratti internazionali – A partire dall’analisi delle clausole”. (Milano, 26 gennaio :2009), 11.

23 De acuerdo a Avendaño, una interrupción de las negociaciones puede considerarse justificada cuando aún existen aspectos relevantes sobre los que no se ha logrado un acuerdo o cuando se presentan situaciones objetivas que hacen que las partes cambien de opinión. Para mayor información, revisar: Jorge Avendaño. “La antesala contractual: ruptura injustificada de las tratativas y responsabilidad precontractual”. En *Homenaje a Fernando de Trazegnies Granda*. Tomo 2. (Lima: Fondo Editorial PUCP, 2002): 420.

24 Manuel De la Puente y Lavalle, *El Contrato en general*, 329.

25 Jorge Avendaño, “La antesala contractual”, 415.

26 Vincenzo Roppo, *Il Contratto*, 137.

27 Cabe recalcar que las tratativas no deben confundirse con los contratos preparatorios, ya que estos últimos son negocios jurídicos plenos que dotan de derechos y obligaciones a las partes. Así, Bianca señala que “La responsabilità precontrattuale non presuppone un obbligo di contrarre. Ben al contrario la presenza di un tale obbligo esclude la responsabilità precontrattuale perchè in tal caso l’obligato sarà responsabile per inadempimento. Così, ad es., chi è tenuto in base ad un contratto preliminare a stipulare un contratto definitivo risponde per inadempimento se non esegue la sua obbligazione”. Massimo Bianca. *Diritto Civile*. (Milano: Giuffrè Editore, 1987), 171.

información o establecer lineamientos en miras a la celebración de un contrato.

En esta línea señala FERRI: “[...] la formación del contrato es normalmente precedida por una fase de tratativas, especialmente cuando el contrato tiene notable importancia económica o un contenido particularmente complejo. Las tratativas están dirigidas, esencialmente, a reconocer los puntos de divergencia, a buscar soluciones idóneas, a moderar las pretensiones contrapuestas, a resolver el conflicto de los intereses opuestos”²⁸.

Vemos pues que, normalmente, al perfeccionamiento del contrato le antecede una etapa en la cual los tratantes podrán identificar y distribuir eventuales riesgos de la manera más conveniente para ambas partes, además de establecer ciertas reglas y compartir información esencial para la concretización de un acuerdo definitivo.

180

De este modo, cuando se trata de una negociación que involucra temas de mayor complejidad (como cuando se necesitan especialistas en determinada materia), es usual que, a la fase previa a la celebración del contrato le anteceda una etapa de diálogo sobre distintos aspectos del que sería el contrato, de modo que los negociantes, con absoluta libertad, puedan decidir avanzar con la negociación e ir fijando acuerdos o desistir de los mismos.

Es por ello que, en cuanto a la obligatoriedad de las tratativas, estas no pueden vincular a las partes, porque aún no hay un acuerdo propiamente dicho, las tratativas “no pueden ser obligatorias pues su esencia es la absoluta libertad de los llamados <tratantes> para intercambiar ideas, posiciones y proyectos, de manera que no son vinculantes para las eventuales partes”²⁹.

Y es que, asumir lo contrario, inclusive, desincentivaría a que las personas que busquen celebrar un contrato relativamente complejo puedan iniciar conversaciones previamente, ya que tendrían temor a verse forzados a tener que perfeccionar un contrato que, probablemente, después del intercambio de información llevado a cabo y la evaluación de riesgos respectiva, no sea del todo conveniente.

En este sentido, habrá razones justificadas para que las partes puedan apartarse de las tratativas. Así TRIMARCHI señala: “*Il recesso è certamente giustificato quando dipenda dal mancato accordo sulle questioni ancora aperte, o dal comportamento della controparte, la quale ponga condizioni nuove e più onerose, o dal sopraggiungere di nuove circostanze, indipendenti dalla parte che recede, tali da modificare il giudizio di convenienza del contratto. [...]*”³⁰.

En este marco de ideas, las tratativas serán las comunicaciones recíprocas preliminares en las que los tratantes, sin haber tomado aún la decisión de celebrar un contrato, tienen la intención de hacerlo si es que las negociaciones son favorables a sus intereses. Por ello, es acertado decir que, dado que aún no existe una decisión de contratar, los tratantes pueden decidir con absoluta libertad si continuar con las negociaciones.

No se debe dejar de lado que “en la negociación, las partes todavía no se encuentran vinculadas por un contrato, por lo que su límite de actuación es mucho más amplio y flexible, nos encontramos ante una etapa en que las partes simplemente “intentan conocerse”, y cada una mantiene una conducta estratégica a fin de obtener la máxima utilidad de la negociación. [...]”³¹.

28 Luigi Ferri, *Lecciones sobre El Contrato*. Curso de Derecho Civil. (Lima: Editora Jurídica Grijley, 2004), 29.

29 Jorge Avendaño, “La antesala contractual”, 416.

30 Pietro Trimarchi, *Istituzioni di Diritto Privato*. Dodicesima Edizione. (Milano: Giuffrè Editore, 1998), 298.

31 Alfredo Chan, “Solo estamos saliendo: sobre la buena fe en la etapa de las tratativas”, *Ius Et Veritas*, N° 43, (2011): 51.

“Memorandum of Understanding”: Aplicación en el ordenamiento peruano y ventajas de su utilización desde una perspectiva económica

De este modo, a medida que las partes se vayan poniendo de acuerdo sobre los distintos aspectos que regulará el contrato, estos pueden fijar por escrito dichos avances y ello no implica que estos sean vinculantes para las partes, sino que servirían simplemente como medio de prueba³².

Sin embargo, si se ha dejado establecido que las tratativas no tienen carácter obligatorio entre los tratantes, en específico nos preguntamos, ¿cómo se manifiesta la buena fe en la etapa de tratativas?

A pesar de que entre los tratantes no existe una verdadera relación jurídica, el hecho de que haya un “contacto social” entre las mismas establece algunos deberes, entre los que se encuentran: El deber de negociar de buena fe, el deber de suministrar determinadas informaciones, el deber de protección y el deber de confidencialidad³³.

En ese sentido, es necesario que las tratativas cuenten con la inclusión de dichos deberes, ya que, a pesar de la plena libertad que tienen las partes para desenvolverse en miras a celebrar un contrato, una de ellas puede tener, desde un inicio, una intención perjudicial para los intereses de la otra parte, o puede producirse una ruptura de los tratos en un estado bastante avanzado de la negociación, de modo que haya un quebrantamiento de la confianza depositada.

Es claro que en estos supuestos, la responsabilidad civil entra a tallar. No obstante, “al respecto, se debe observar que para el surgimiento de la responsabilidad no basta la mala fe de quien efectúa el desistimiento, sino que es necesario que las tratativas no se hayan limitado a meros acercamientos o sondeos, y que

hayan alcanzado un estadio avanzado, que haga razonablemente prever, con toda probabilidad, que el contrato se habría celebrado de no haberse producido el desistimiento”³⁴.

En síntesis, los tratantes se deben respeto mutuo a sus intereses, por lo que, bajo el principio de la buena fe que se extiende a la etapa de las tratativas, deben evitar cualquier conducta dañina para su contraparte. Por ello, se trata de actuar bajo un deber de lealtad, que implica obrar con diligencia y prudencia, pero no con la intención de velar por los intereses de la contraparte, ya que aún no hay contrato, sino teniendo en cuenta que hay una expectativa de concretar la celebración del mismo.

“Las tratativas pueden ayudar a lograr un contrato mucho más eficiente que uno celebrado sin mediar acuerdos previos. Y es que el rol del principio de la buena fe influye en la mitigación de posibles comportamientos estratégicos”.

Sin embargo, cuando ello no sucede, el tratante que actuó de manera perjudicial con su contraparte debe responder.

2.3 La responsabilidad civil en la fase de tratativas

Como ya se desarrolló, a pesar de que las tratativas

no obligan a los tratantes, teniendo plena libertad para desvincularse de las mismas, ello no significa que dicha desvinculación deba darse de manera reprobable y generando un perjuicio en el tratante que confió en su contraparte, ya que si ello sucede tendría lugar la responsabilidad por la ruptura injustificada de tratativas.

En ese sentido, concordamos con CHAN, quien afirma lo siguiente:

Si bien es cierto que las partes tienen libertad de contratar, no debería permitirse que una de

32 Jorge Avendaño, “La antesala contractual”, 416.

33 Luis Díez-Picazo, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Sexta Edición. (Navarra: Thomson Civitas, 2007), 311.

34 Luigi Ferri, *Lecciones sobre El Contrato*, 36.

las partes defraude la confianza generada en la otra parte y en base a la cual esta última ha incurrido en gastos y otros recursos que no habrían sido incurridos de no haber existido dicha confianza. En este supuesto, el objetivo no es restringir la libertad de contratar, sino sancionar la mala fe con la que actúa la parte al generar una legítima expectativa y luego defraudarla en perjuicio de su contraparte³⁵.

Se trata pues de incentivar que las partes puedan contratar sin el temor a tener que responder por desligarse de dicha negociación. No obstante, cuando la etapa de la negociación ya está bastante avanzada o cuando se ha creado en la contraparte una confianza legítima en que el contrato se va a celebrar, el Derecho si debe otorgar una protección a la expectativa de la parte que vio defraudada dicha confianza.

En ese sentido, una ruptura deberá ser considerada “injustificada” cuando uno de los tratantes, sin justo motivo, se aparte de las negociaciones iniciadas, las cuales habrían generado en el otro tratante una confianza razonable en que la celebración del contrato se llegaría a concretar.

De esta manera, “el deber de no interrumpir injustificadamente las relaciones supone una coherencia entre la intención y la conducta

desplegada en las negociaciones. Esta coherencia genera ciertas expectativas en la contraparte con respecto al futuro de las negociaciones, razón por la cual disociar la intención del acto en el iter negocial supone mala fe y una obligación de indemnizar a la parte perjudicada”³⁶.

Ahora, teniendo en cuenta que sí surge responsabilidad por la interrupción injustificada de tratativas, nos preguntamos, ¿qué tipo de responsabilidad es? Al respecto, hay autores que indican que esta responsabilidad es contractual, sosteniendo que existe un pacto implícito para iniciar negociaciones.

Sin embargo, otros autores sostienen que dicha responsabilidad es extracontractual o aquiliana, “pues se trata de una manifestación concreta del deber general de no causar daño a otro (*alterum non laedere*”, independientemente de la existencia de una obligación específica con el acreedor”³⁷.

Así por ejemplo, CABANILLAS SÁNCHEZ señala que “atribuir carácter contractual a esa relación parece excesivo [...] ciertamente, que tal obligación existe, pero no porque así se haya convenido por las partes, cuya voluntad, en realidad, no ha querido todavía producir vínculo alguno, sino tan solo por una norma de carácter general que en todo caso excluye la mala fe y el fraude en las relaciones humanas”³⁸.

Sin embargo, ¿por qué es importante distinguir si estamos ante un supuesto de responsabilidad contractual o extracontractual? De acuerdo a

35 Alfredo Chan, “Solo estamos saliendo”, 53.

36 Nicolás Parra, “La autorregulación de los tratos preliminares. Análisis de las cartas de intención, memorandos de entendimiento y buena fe precontractual”, *Revista de Derecho Privado*, N° 50 (2013): 23, acceso el 08 de junio de 2017, <<http://eds.b.ebscohost.com.ezproxybib.pucp.edu.pe:2048/eds/pdfviewer/pdfviewer?sid=fcf35f44-f6c3-4173-bdcc-db744513a832%40sessionmgr101&vid=3&hid=103>>.

37 Cabanillas Sánchez. En Jorge Avendaño, “La antesala contractual”, 422. Asimismo, es necesario precisar que “en Colombia se utiliza la tesis según la cual toda violación a los deberes derivados de la buena fe y de otras condiciones en las tratativas preliminares que sean indicativas de un distanciamiento del postulado de buena fe son cobijadas por la responsabilidad extracontractual”. (Nicolás Parra, “La autorregulación de los tratos preliminares”, 24).

38 Jorge Avendaño, “La antesala contractual”, 422.

“Memorandum of Understanding”: Aplicación en el ordenamiento peruano y ventajas de su utilización desde una perspectiva económica

FERRI, el problema tiene incidencia en aspectos referentes a la carga de la prueba y a la extensión del resarcimiento³⁹. Asimismo, el plazo es un factor importante a tener en cuenta.

El debate se profundiza si, al asumir que la responsabilidad precontractual se incluye dentro del ámbito de la responsabilidad extracontractual, nos preguntamos: ¿se estaría dejando de aplicar el art. 1362, referido a la buena fe en el iter contractual en sí, y aplicando solamente un deber genérico del actuar humano?

Para responder dicha pregunta es necesario conocer la naturaleza jurídica de la responsabilidad derivada de la inobservancia de la buena fe en la etapa de tratativas.

De acuerdo a DE LA PUENTE Y LAVALLE:

[...] el deber de proceder según las reglas de la buena fe se impone a los tratantes, o sea a quienes han decidido establecer cierto vínculo entre sí para explorar juntos las posibilidades de celebrar un contrato. No cabe, pues, ubicar la responsabilidad por el incumplimiento de ese deber en el campo de la responsabilidad por acto ilícito, desde que no se trata de la violación de un deber genérico de no dañar, que es el fundamento de esta responsabilidad, sino de la violación de un deber específico del uno frente al otro asumido voluntariamente por los tratantes al dar inicio a las tratativas (Énfasis agregado)⁴⁰.

Vemos, pues, que la postura del autor es que, dado que hay una relación entre los tratantes, quienes buscan mayor información con la posibilidad de llevar a cabo la celebración de un contrato, el deber de buena fe rige dicha etapa, de modo que se está ante un vínculo iniciado por ambas partes cuyo quebrantamiento no cabe ser ubicado dentro de un deber genérico de no causar daño a otros, sino dentro de un deber particular que rige la fase preliminar a la concretización del contrato.

Sin embargo, del mismo modo se podría afirmar, ligeramente, que el hecho de que se busque que la etapa previa a la celebración de un contrato este dotada de un *standard* de lealtad que deben seguir los tratantes, no significa, automáticamente, que la inobservancia del mismo acarree una responsabilidad contractual, ya que aún no se ha concluido ningún contrato. En consecuencia, aparentemente, la responsabilidad generada sería extracontractual.

No obstante, se debe tener en cuenta que el carácter contractual de la responsabilidad no está dado por la naturaleza de la obligación que se deja de ejecutar, sino por ser la consecuencia del incumplimiento de un acuerdo de voluntades generador de consecuencias jurídicas⁴¹. En otras palabras, puede que, como es el caso, la responsabilidad contractual no derive directamente de la inexecución de alguna de las fuentes de obligaciones señaladas en el Código Civil, y, no obstante, las partes hayan asumido voluntariamente ciertos deberes (derivados de la buena fe), en miras a la concretización de un contrato, por lo que su violación tiene consecuencias asimilables a la responsabilidad contractual.

De este modo, la responsabilidad se genera por violar un vínculo establecido entre dos partes con carácter voluntario, de modo que se trata de responsabilidad

39 Para mayor información revisar Luigi Ferri. *Lecciones sobre El Contrato*. Curso de Derecho Civil. (Lima: Editora Jurídica Grijley, 2004), 33-35.

40 Manuel De la Puente y Lavalle, “El Contrato en general”, 369.

41 Manuel De la Puente y Lavalle, “El Contrato en General”, 370.

contractual. En este sentido, dado que el *MOU* se ubica en la fase de tratativas, coincidimos, con DÍEZ-PICAZO, quien indica que “en los casos en que existan tales “acuerdos de intenciones” o contratos rectores de negociación, el fundamento de la responsabilidad precontractual tiene claramente un carácter contractual [...]”⁴².

2.3.1 La responsabilidad civil derivada del incumplimiento del *MOU*

De acuerdo a LIODRÀ, la problemática que puede surgir por el hecho de que las *letters of intent* no tengan un contenido preciso, se da cuando los tratantes no alcanzan a concluir el contrato definitivo, por lo que se plantea si el “incumplimiento” de una *letter of intent* debe analizarse en términos contractuales o no⁴³.

Si ubicamos al *MOU* en la fase de tratativas, podemos encontrar tesis que señalan que la culpa es el fundamento general de la responsabilidad derivada del período precontractual⁴⁴, como también posturas que indican que la culpa no es *conditio sine qua non* para que se origine la responsabilidad precontractual en el caso de una ruptura injustificada de tratativas⁴⁵.

No obstante, es necesario preguntarnos, ¿la ruptura de tratativas necesariamente genera responsabilidad? Teniendo en cuenta que el *MOU* es una figura propia del *Common Law*, ¿cómo funciona esto en dicho sistema?

En principio, considero necesario indicar lo señalado por GOODE al respecto:

Jamás hemos adoptado el principio jheringniano de la culpa in contrahendo. No reconocemos, pues, que la iniciación de negociaciones para un contrato pueda crear, por sí misma, ninguna especie de deber. Nosotros creemos que las partes asumen un riesgo mientras el contrato no se ha formado realmente. No vemos nada de malo, por lo tanto, en que una parte que desarrolla negociaciones se aparte arbitrariamente de ellas, aunque sólo faltara la firma de la otra para finiquitarlas. Tampoco vemos nada de malo en que una parte realice negociaciones en paralelo, con varios tratantes, sin decir a nadie que está negociando con otros⁴⁶. (Énfasis agregado).

En un interesante artículo⁴⁷, LEÓN señala que en el *Common Law* la regla general es la ausencia de disposiciones específicas en materia de responsabilidad por la ruptura de los tratos preliminares. De este modo, la buena fe en la etapa precontractual no es considerada como un deber general en las negociaciones previas a la celebración de un contrato.

42 Luis Díez-Picazo, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, 326. Debe tenerse en cuenta, sin embargo, como señala De la Puente y Lavalle, que la responsabilidad que no es extracontractual, o mejor dicho que no proviene de acto ilícito, bien entra en el campo de la originada por la inejecución de las obligaciones o bien queda en una situación incierta, respecto a su exigibilidad, que es necesario analizar en cada caso de acuerdo con las reglas de la crítica y la interpretación. Es decir, no necesariamente todo lo que no tiene carácter contractual significa que es extracontractual.

43 Francesca Llodra, “Reflexiones en torno a los PECL”.

44 Por ejemplo, Messineo y De la Puente.

45 Por ejemplo, Spota y Mosset Iturraspe.

46 Roy Goode, “The Concept of Good Faith in English Law”. En: Leysser León. *La buena fe en la negociación de los contratos: apuntes comparatísticos sobre el artículo 1362º del Código Civil peruano y su presunto papel como fundamento de la Responsabilidad Precontractual*, Themis, N° 49 (2004): 131.

47 Leysser León, *La buena fe en la negociación de los contratos*.

“Memorandum of Understanding”: Aplicación en el ordenamiento peruano y ventajas de su utilización desde una perspectiva económica

Sin embargo, a pesar del no reconocimiento de este principio, en algunos casos la jurisprudencia demuestra que se ha otorgado protección al tratante que depósito su confianza en la otra durante las tratativas. El resarcimiento estaría basado en los gastos invertidos con la expectativa de que se iba a celebrar un contrato (interés negativo).

Entonces, si la buena fe no es, en específico, el sustento para de la responsabilidad en las negociaciones previas al contrato, ¿cómo se justifica dicha responsabilidad en sistemas como el del *Common Law*? Al parecer, no es necesaria una cláusula de este tipo si el sistema puede reaccionar de otras formas ante las fallas comerciales.

Compartimos la opinión de FARNSWORTH, quien señala:

[...] Aun cuando es del interés de la sociedad proveer un régimen bajo el cual las partes son libres de negociar contratos ordinarios, el resultado de cualquier negociación particular es materia de indiferencia. No hay razón para creer que la imposición de la obligación general de *fair dealing* mejorará el régimen bajo el cual tales negociaciones ocurren. La dificultad de determinar un punto en la negociación en el cual la obligación de *fair dealing* se presenta crearía incertidumbre. Una obligación de *fair dealing* puede tener un indeseable efecto de enfriamiento, desalentando a las partes a entrar en negociaciones si las posibilidades de éxito son pequeñas. La obligación puede tener un efecto de aceleración

indeseable, aumentando la presión de las partes para traer, finalmente, la negociación a una conclusión precipitada [...]”⁴⁸.

Así pues, las partes son libres de iniciar negociaciones y optar por el resultado más conveniente. De lo contrario, se desalentaría a las partes a entablar negociaciones o, incluso, iniciadas las mismas, estas se verían constreñidas a tomar una decisión poco meditada.

Ante esta diversidad de posturas, consideramos que, a pesar que la figura en cuestión tiene un origen en un sistema donde el principio de buena fe no necesariamente sirve como sustento para afirmar que existe responsabilidad derivada del apartamiento irrazonable de las tratativas, la base de esta consideración no debe encontrarse en un deber general de no causar daño, sino que, dado que hay una relación establecida voluntariamente por los tratantes con la finalidad de obtener mayor información con la intención de evaluar la posibilidad de celebración de un contrato, el deber de buena fe rige ante dicho vínculo iniciado por ambas partes.

En ese sentido, en nuestro sistema jurídico, dado que el Art. 1362 del Código Civil indica que la buena fe está presente también en la etapa precontractual, dicho principio debe ser considerado como un deber particular que rige la fase previa a la concretización del contrato.

En esta línea, LIODRÀ hace referencia a la “contractualización del régimen jurídico de la fase de negociaciones”⁴⁹, que implica que la responsabilidad generada por el incumplimiento de los acuerdos pertenecientes a esta “relación jurídica sui generis” deba situarse en sede contractual, ya que el deber de comportarse de acuerdo al principio de buena fe

48 E. Allan Farnsworth, “Responsabilidad precontractual y acuerdos preliminares: *fair dealing* y fracaso en las negociaciones”, *Themis*, N° 49 (2004): 97.

49 Francesca Llodrà “Reflexiones en torno a los PECL”.

constituye un deber inter partes y no uno absoluto frente a la sociedad.

No obstante, como ya se mencionó en el primer capítulo, dado que un *MOU* puede contener estipulaciones de carácter vinculante y que, por ello, deben tratarse como verdaderos contratos, su incumplimiento generará una responsabilidad contractual⁵⁰. Asimismo, respecto a las declaraciones no vinculantes que forman parte del documento, lo que procederá será una responsabilidad precontractual, derivada del apartamiento del principio de buena fe en la fase de tratativas⁵¹ que, finalmente, a nuestro parecer, deberá analizarse en términos contractuales.

2.3.2 ¿Cómo opera esta responsabilidad?

De acuerdo a FARNSWORTH, si la imputación de responsabilidad se basa en la *misrepresentation*, promesa específica u obligación general, la medida de restitución adecuada se debe basar en el interés de la confianza que la parte afectada puso en las acciones de la otra parte, quien deberá ser responsable por el daño causado. Esta medida propuesta ha de poner a la parte afectada en la posición en la que se encontraba⁵².

Como señala dicho autor, la imputación de responsabilidad para un adecuado resarcimiento ante el quebrantamiento de la confianza depositada en la contraparte debería llegar a revertir el estado de la parte afectada a la situación en la que se encontraba antes de iniciar las tratativas correspondientes.

En ese sentido, y teniendo en cuenta la valoración del monto del daño causado y lo que este debe llegar

a cubrir, FARNSWORTH señala:

Sin importar bajo qué supuesto esté basado, el monto de la recuperación depende, fundamentalmente, en lo que se considere como confianza. Es claro que uno debe contar los gastos realizados por uno mismo así como el empeoramiento de la situación de la parte afectada. Por otro lado, no es tan claro que las otras oportunidades que estuvieron disponibles para la parte afectada, y que ahora se han perdido, deban ser contadas en resguardo de la confianza.

Si los daños a la confianza pretenden, como se señala, colocar a la parte afectada en la posición en la que se hubiera encontrado si la *misrepresentation*, la promesa o el compromiso no hubieran sido consumados, entonces las oportunidades perdidas deben ser contabilizadas⁵³. (Énfasis agregado)

Teniendo en cuenta ello, si la corte otorga daños a la confianza cuando las negociaciones fracasan, se debe tener en cuenta las oportunidades perdidas siempre y cuando la parte afectada pruebe la existencia de los elementos que acreditan este tipo de daño.⁵⁴ Por ello el costo de oportunidad debe ser tomado en cuenta siempre que exista certeza, y aunque es cierto que existe dificultad probatoria esto

50 En la misma línea, Díaz Huertas, señala: “la suscripción de una carta de intención viene a delimitar para ciertos asuntos lo que se considera obligatorio y por ende sujeto a responsabilidad contractual”, de modo que quedan fuera de esta clase de responsabilidad los aspectos que no correspondan a cláusulas vinculantes. Andrés Díaz Huertas, “La carta de intención”, 210.

51 Andrés Díaz Huertas, “La carta de intención”, 216.

52 E. Allan Farnsworth, *Responsabilidad precontractual y acuerdos preliminares*, 86.

53 E. Allan Farnsworth, *Responsabilidad precontractual y acuerdos preliminares*, 86.

54 E. Allan Farnsworth. *Responsabilidad precontractual y acuerdos preliminares*, 88.

“Memorandum of Understanding”: Aplicación en el ordenamiento peruano y ventajas de su utilización desde una perspectiva económica

no debe ser un impedimento para que en los casos de responsabilidad precontractual se prohíba la recuperación de las oportunidades que se perdieron.

Además de lo indicado anteriormente, respecto a cómo cuantificar el resarcimiento del daño, es preciso destacar lo señalado por MORRESI: “*La lettera d’intenti potrebbe provvedere una risposta a questa domanda mediante una clausola espressa che determini importo ed oggetto del risarcimento [...] o che escluda ogni genere di risarcimento o indennizzo [...]*”⁵⁵.

Ello quiere decir que sería adecuado que los instrumentos preliminares, en este caso, la carta de intención, contenga una cláusula que determine el monto del resarcimiento o que, en todo caso, excluya el mismo. De esta manera, los tratantes se anticiparían a los efectos del daño si este se presenta.

3. Breve referencia al análisis económico del MOU

Luego de haber estudiado la figura del *Memorandum of Understanding*, nos preguntamos: en términos económicos, ¿resulta eficiente⁵⁶ que los negociantes realicen estos acuerdos previos a la celebración de un contrato definitivo? ¿No sería conveniente, por el contrario, que las personas “simplifiquen” el proceso de negociación en el que podrían involucrarse expidiendo, de manera directa, una oferta a la que le siga una aceptación, o, en el peor de los casos, una contraoferta?

Pongamos un ejemplo: Uno de los contenidos típicos de un *MOU* tiene que ver con el acceso a

información. Así, en una compraventa, es lógico que el vendedor cuente con más información que el posible comprador. En este sentido, puede que el vendedor busque no revelar toda la información que posee para tener un mayor control en las negociaciones que inicie. De este modo la asimetría de información estará a su favor.

Como consecuencia, “esta situación de “conocimiento oculto” genera que ciertos agentes económicos (por ejemplo, los oferentes) actúen en un contexto de menor incertidumbre que otros (por ejemplo, los demandantes) y que dicha interacción determine divergencias entre los valores de lo que se está comerciando para uno y otro grupo”⁵⁷.

¿Cuál puede ser la solución frente al plausible comportamiento oportunista de los negociantes? El Análisis Económico del Derecho nos puede dar una solución.

Así, bajo un análisis costo-beneficio, CHAN indica:

Consideramos que en una negociación las partes actúan en una relación de rivalidad, más que en una relación de colaboración, y ello se debe a que en el contexto de las negociaciones la ventaja de una parte puede significar, en la mayoría de los casos, la desventaja de la otra. Las partes en una negociación actúan en una relación inversa proporcional en la cual a medida que se incrementa el beneficio de una de las partes,

55 Renzo Morresi, “Le Lettere d’intenti”, 13.

56 “En economía, se dice que una situación es eficiente si no resulta posible mejorar el bienestar de ninguna persona sin empeorar el de alguna otra. Este concepto se inspira en las ideas del economista italiano Vilfredo Pareto (1909), por lo cual a esta definición de eficiencia se la conoce comúnmente como “eficiencia en el sentido de Pareto” u “óptimo de Pareto”. Para mayor información revisar: Germán Coloma, *Apuntes para el análisis económico del Derecho privado argentino*, Universidad del Centro de Estudios Macroeconómicos de Argentina, 2009, 10.

57 Germán Coloma, *Apuntes para el análisis económico del Derecho privado argentino*. (Universidad del Centro de Estudios Macroeconómicos de Argentina, 2009), 23.

disminuye proporcionalmente el de la otra [...]»⁵⁸.

Es claro, pues, que durante una negociación la situación de rivalidad en la que se encuentran los negociantes generará que estos busquen sus propios beneficios, sin necesariamente tener en cuenta los de su contraparte.

No obstante, debemos considerar que, aun teniendo en cuenta dicha situación, las tratativas pueden ayudar a lograr un contrato mucho más eficiente que uno celebrado sin mediar acuerdos previos. Y es que el rol del principio de la buena fe influye en la mitigación de posibles comportamientos estratégicos.

De acuerdo a PARRA, “sin las tratativas preliminares [...] y el principio de buena fe, el comportamiento oportunista de las partes haría casi imposible llevar a cabo la transacción, pues una de ellas saldría menos favorecida con el acuerdo [...]. Las tratativas preliminares, junto con el principio de la buena fe, mitigarán este comportamiento estratégico de las partes. Esto llevará a situaciones eficientes, donde tanto comprador como vendedor enfrentarían costos al incurrir en comportamientos oportunistas”⁵⁹.

Si bien, la aplicación de la buena fe en esta etapa puede reducir conductas estratégicas, también resultaría conveniente que las partes establezcan sanciones para el tratante que se aparte de las obligaciones o actúe en contra del principio de buena fe. De este modo, los acuerdos preliminares servirán para imponer costos al negociante oportunista, lo que tendrá como consecuencia una negociación más eficiente.

Vemos pues que, de esta manera, actuar de mala

fe resultará oneroso y el resultado inmediato será la desincentivación de esta clase de conductas.

En ese sentido, volviendo al ejemplo anterior (vendedor-comprador), el costo de asumir un comportamiento estratégico (no revelar información) será mayor al de comportarse lealmente y revelar información, por lo que el vendedor preferirá revelar la información al comprador teniendo en cuenta la posible sanción que pueda recibir por ocultar la misma. De esta manera, la sanción que se impondría reduciría el comportamiento estratégico que podría tener una de las partes.

En general, económicamente, será preferible que las partes actúen de manera leal, ya que ello les costará menos que la responsabilidad que acarree el apartarse injustificadamente de las tratativas.

Por ello, en definitiva “las tratativas preliminares y postulados como la buena fe aseguran que el equilibrio de negociación sea eficiente y el resultado socialmente óptimo”⁶⁰. Así pues, el análisis económico ayuda a entender que las tratativas son eficientes, sobre todo si estas son vinculantes, ya que su exigibilidad es mayor.

Por otro lado, la reducción de costos de transacción que genera la celebración de letras de intención durante las negociaciones también se puede apreciar en la distribución de riesgos y pérdidas. Al respecto, tenemos que “los riesgos ex ante se refieren al riesgo de las pérdidas futuras que enfrentan las partes cuando negocian un contrato. Las pérdidas *ex post* se refieren a las pérdidas que efectivamente se generan luego de hacer un contrato. En general, las partes contratantes deben escoger entre la asignación de los riesgos ex ante y la asignación de las pérdidas ex post” (Énfasis agregado)⁶¹.

58 Alfredo Chan, “Solo estamos saliendo”, 46.

59 Nicolás Parra, “La autorregulación de los tratos preliminares”, 28.

60 Nicolás Parra, “La autorregulación de los tratos preliminares”, 30.

61 Robert Cooter y Thomas Ulen. *Derecho y Economía*. (México, D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1998), 257.

“Memorandum of Understanding”: Aplicación en el ordenamiento peruano y ventajas de su utilización desde una perspectiva económica

Si bien, en principio, dicha afirmación está pensada para un escenario contractual, específicamente cuando las partes han dejado ciertas lagunas en el contrato, motivo por el cual se requiere que las mismas tengan que acordar, nuevamente, ciertos términos, considero que esto es perfectamente aplicable en un escenario de negociación.

No explicamos: El hecho de distribuir adecuadamente los riesgos en un escenario de tratativas, si bien genera costos de transacción, resulta mucho más conveniente que el escenario en el que las partes tengan que asignar pérdidas *ex post*.

Es decir, luego de la celebración del contrato, si las partes no logran ponerse de acuerdo sobre el significado de ciertas cláusulas contractuales (problemas de interpretación), o cuando se presenten vacíos en el contrato, resolver dichos problemas resultará mucho más perjudicial en términos de tiempo y dinero.

Además, se debe tener en cuenta que “por lo general, las partes llegan a un acuerdo sobre la asignación de un riesgo con mayor facilidad que sobre la asignación de una pérdida”⁶². Ello también resulta ventajoso en términos de tiempo, ya que ir a juicio con el objetivo de que sea el juez quien subsane la laguna del contrato, añadiendo al mismo lo que los tratantes hubieran negociado y, sin embargo, no lo hicieron, genera no solo un perjuicio económico, sino también una ineficiente inversión del tiempo.

Entonces, si se consideraba que celebrar un *MOU* complejiza la negociación por añadir una etapa adicional a la celebración del contrato, se debe descartar dicha hipótesis, ya que, finalmente se reducen los costos de transacción, al definir, de manera previa, obligaciones de las partes, lo cual resulta útil en el escenario de una ruptura de tratativas y, asimismo, se mitiga el comportamiento oportunista

de los negociantes, logrando una mayor seguridad jurídica.

De este modo, la suscripción de cartas de intención durante las negociaciones no solo disminuye el comportamiento oportunista de los tratantes, sino que promueve una mejor distribución de riesgos *ex ante*, lo que reduce los costos de transacción.

Conclusiones

Teniendo en cuenta la complejidad de operaciones que involucran ciertas figuras contractuales, consideramos necesario que las partes, previamente, realicen negociaciones que incluyan una serie de aspectos relevantes de cara a la celebración de la transacción final.

Dentro de dichas negociaciones, entra a tallar la figura del *MOU* o *Letter of Intent*, que, como ya se explicó, son instrumentos destinados a normar las tratativas, cuya característica principal es que quienes lo suscriben no están obligados a celebrar el contrato final.

Esta figura, a pesar de provenir ordenamientos del *Common Law*, consideramos que puede aplicarse en nuestro sistema teniendo en cuenta la intención de las partes para dotarlos o no de vinculatoriedad.

En ese sentido, en base al artículo 1362^o del Código Civil, los tratantes deberán negociar de acuerdo a las reglas de la buena fe. De este modo, a pesar de la libertad contractual con la que cuentan los negociantes, estos deberán orientar su conducta en base a parámetros de diligencia y lealtad, con la finalidad de respetar los intereses involucrados.

De lo contrario, situaciones como una ruptura injustificada de tratativas, ocasionaría un supuesto de responsabilidad precontractual y, en específico,

62 Robert Cooter y Thomas Ulen. *Derecho y Economía*. (México, D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1998), 257.

en el caso del incumplimiento de estos documentos en cuestión, la responsabilidad generada debería situarse en sede contractual, ya que el deber de comportarse de acuerdo al principio de buena fe constituye un deber inter partes y no un deber general de no causar daño.

Asimismo, un aspecto novedoso que se planteó en esta investigación demuestra como el uso del *MOU*, en términos económicos, resulta eficiente, ya que ayuda a mitigar comportamientos estratégicos de los negociantes e incentiva una distribución de riesgos contractuales mucho más adecuada, lo que finalmente termina disminuyendo los costos de transacción.

Bibliografía

Avendaño, Jorge. "La antesala contractual: ruptura injustificada de las tratativas y responsabilidad precontractual", *Homenaje a Fernando de Trazegnies Granda*, tomo 2. Lima: Fondo Editorial PUCP, 2002

Bianca, Massimo. *Diritto Civile*. Milano: Giuffrè Editore, 1987.

Buendía, Eduardo. "El rompecabezas de la confianza. La letter of intent y el memorándum of understanding en el Derecho contractual peruano y la responsabilidad precontractual". *Gaceta Civil & Procesal Civil*, N° 42 (diciembre 2016): 187-196.

Chan, Alfredo. "Solo estamos saliendo: sobre la buena fe en la etapa de las tratativas". *Ius Et Veritas*, N° 43 (diciembre 2011): 44-57.

Coloma, Germán. *Apuntes para el análisis económico del Derecho privado argentino*. Buenos Aires: Universidad del Centro de Estudios Macroeconómicos de Argentina, 2009.

Cooter, Robert y Thomas Ulen. *Derecho y Economía*. México, D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1998.

De la Puente y Lavalle, Manuel. *El Contrato en general*. Tomo I. Lima: Palestra Editores, 2007.

Díaz Huertas, Andrés. "La carta de intención (*letter of intent*) o el memorando de entendimiento (*memorandum of understanding*). Su aplicación en el derecho colombiano", Díaz Huertas Abogados S.A.S., acceso el 26 de mayo de 2017, <<http://diazhuertasabogados.com/index.php/es/sitios-de-interes/casos-empresariales>>.

Díez-Picazo, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Sexta Edición. Navarra: Thomson Civitas, 2007.

Farnsworth, E. Allan. "Responsabilidad precontractual y acuerdos preliminares: fair dealing y fracaso en las negociaciones". *Themis*, N° 49 (diciembre 2004): 81-126.

Ferri, Luigi. *Lecciones sobre El Contrato*. Curso de Derecho Civil. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2004.

Kawakami, Shoji. "Precontractual Liability": Japan. In: *Reports to the XIIIth Congress International Academy of Comparative Law*. Montreal, Canada: Deventer, Kluwer (august 1990). 205-221.

León, Leysser. "La buena fe en la negociación de los contratos: apuntes comparatísticos sobre el artículo 1362º del Código Civil peruano y su presunto papel como fundamento de la Responsabilidad Precontractual". *Themis*, N° 49 (diciembre 2004): 127-152.

Llodrà, Francesca. "Reflexiones en torno a los PECL y la fase preliminar del contrato. Letters of intent: pactos de intenciones, precontrato". En: *Comunicació a les*

“Memorandum of Understanding”: Aplicación en el ordenamiento peruano y ventajas de su utilización desde una perspectiva económica

XII Jornades de dret Català a Tossa. Primera Ponència. *L’Aproximació entre els Drets Civils Europeus*. Girona: Universitat de Girona, 2003.

Monateri, Giuseppe. “Reformulando la noción de Contrato: Hacia una visión antagónica de Contrato”. *Themis*, N° 49 (diciembre 2004): 37-46.

Morresi, Renzo. “Le Lettere d’intenti”. *Sommario dal conversazione in occasione della presentazione dell’opera “La redazione dei contratti internazionali – A partire dall’analisi delle clausole”*. Milano, 26 gennaio, 2009.

Moura, Dário. “La formación de los contratos internacionales”. *Revista Española de Derecho Internacional*. N° LVII-1 (enero 2005), acceso el 27 de mayo de 2017, <http://app.vlex.com.ezproxybib.pucp.edu.pe:2048/#WW/search/content_type:4/moura+vicente/WW/vid/390077>.

Parra, Nicolás. “La autorregulación de los tratos preliminares. Análisis de las cartas de intención, memorandos de entendimiento y buena fe precontractual”, *Revista de Derecho Privado*, N° 50 (diciembre 2013), acceso el 08 de junio de 2017, <<http://eds.b.ebscohost.com.ezproxybib.pucp.edu.pe:2048/eds/pdfviewer/pdfviewer?sid=fcf35f44-f6c3-4173-bdcc-db744513a832%40sessionmgr101&vid=3&hid=103>>.

Roppo, Vincenzo. *Il Contratto*. Milano: Giuffrè Editore, 2001.

Sangiovanni, Valerio. “Due diligence, trattative e fattispecie di responsabilità civile”. *Danno e responsabilità*. Opinione Società (september 2011), <https://works.bepress.com/valerio_sangiovanni/137/>.

Schopf, William G. y otros. “When a letter of intent goes wrong: explore if you’ll win if it’s in the hands of a jury”. *Business Law Today*, Vol. 5, N° 3 (January/February 1996). Published by: American Bar Association: 30-34.

Trimarchi, Pietro. *Istituzioni di Diritto Privato*. Dodicesima Edizione. Milano: Giuffrè Editore, 1998.

Vásquez, Walter. “¿Qué es exactamente un MOU en el Perú?” IUS 360º, acceso el 26 de mayo de 2017, <<http://www.ius360.com/walter-vasquez/que-es-exactamente-un-mou-en-el-peru/>>.

Vásquez, Walter. “Nuevamente sobre el MOU. Réplica constructiva a una reciente opinión crítica”. IUS 360º, acceso el 26 de mayo de 2017, <<http://ius360.com/columnas/nuevamente-sobre-el-mou-replica-constructiva-a-una-reciente-opinion-critica/>>.

