



Jorge López Fung(\*)

# Innovaciones contractuales: el Memorando de Entendimiento<sup>(\*\*)(\*\*\*)</sup>

## *Contractual innovations: Memorandum of Understanding*

A NUESTRA CONSIDERACIÓN, EL MDE PUEDE DEFINIRSE COMO UN ACUERDO QUE SE PRODUCE EN LA ETAPA DE GENERACIÓN DEL CONTRATO (PRECONTRACTUAL), QUE PUEDE CONTENER O NO OBLIGACIONES, ATENDIENDO A LA INTENCIÓN DE SUS SUSCRIPTORES, PERO QUE, DE CONTENERLAS, ESTAS SON EXIGIBLES Y GENERAN RESPONSABILIDAD POR SU INCUMPLIMIENTO.

**Resumen:** El presente artículo aborda los aspectos más relevantes del Memorando de Entendimiento o Memorandum of Understanding, una de las figuras contractuales más importantes de nuestros tiempos. A lo largo del artículo, el autor explica esta figura a la luz de pronunciamientos doctrinarios y jurisprudenciales y, asimismo, determina su naturaleza jurídica y el tratamiento que el ordenamiento jurídico peruano debe otorgarle.

**Palabras clave:** Memorando de Entendimiento - Contrato de Opción - Contrato Preparatorio - Responsabilidad Precontractual - Responsabilidad Contractual

**Abstract:** This article addresses the most relevant aspects of Memorandum of Understanding, one of the most important contractual figures of our times. Through the article, the author explains this figure according to doctrinaire and jurisprudential pronouncements and determines its legal nature and the treatment the Peruvian legal system should grant to it.

- 
- (\*) Abogado por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Asociado del Estudio Grau, especializado en Solución de Conflictos (Litigios). Entrenador del equipo de arbitraje de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas que obtuvo el primer lugar en la VIII Competencia Internacional de Arbitraje (MOOT) desarrollada en octubre del año 2015 en Santiago de Chile.
- (\*\*) Este artículo ha sido elaborado de manera conjunta y con la enorme colaboración de Sonia Haydee Queija Alvarado, quien comparte un amplio interés en materias civiles y arbitrales. Sonia es estudiante de la Facultad de Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas y miembro del equipo de arbitraje que obtuvo el primer lugar en la VIII Competencia Internacional de Arbitraje (MOOT) desarrollada en octubre del año 2015 en Santiago de Chile.
- (\*\*\*) Nota del Editor: El artículo fue recibido el 25 de junio de 2016 y aprobada su publicación el 30 de junio del mismo año.

## Innovaciones contractuales: el Memorando de Entendimiento *Contractual innovations: Memorandum of Understanding*

**Keywords:** Memorandum of Understanding - Option Contract - Preliminary Agreement - Pre-contractual Liability - Contractual Liability

### 1. Introducción

El sistema de contratación actual se encuentra con la difícil tarea de brindar herramientas jurídicas que se ajusten a las necesidades de un mercado cada vez más innovador y demandante. Así, las antiguas formas generales de contratación se han adaptado a figuras contractuales nuevas, con características particulares que responden a operaciones comerciales específicas.

En la actualidad, el Derecho ha dejado de tener relevancia como sistema cerrado y autónomo frente a los demás sistemas o campos sociales<sup>(1)</sup>. Definitivamente, el Derecho no es estático, por lo que coincidimos con la posición de Manuel Atienza, quien precisa que se requiere una teoría más abierta y dinámica que la formalista, en la que se reconozca que el Derecho tiene una relación directa con diversos sistemas sociales, tales como la moral, la política, la economía y la cultura<sup>(2)</sup>.

Siendo ello así, la práctica del Derecho en el ordenamiento jurídico tiene la necesidad de buscar una constante adecuación a la teoría a fin de no limitar el alcance normativo a lo meramente cognoscitivo sino también a las necesidades habituales. Al respecto, Manuel Atienza señala expresamente lo siguiente:

“(…) El pragmatismo en relación con el Derecho parece suponer la aceptación de tesis como las siguientes: 1) La necesidad de considerar el Derecho y los problemas jurídicos en relación con el contexto (...) 5) La vinculación del Derecho con ciertas necesidades prácticas de los hombres. 6) El énfasis que se pone en las consecuencias, en el futuro (...)”<sup>(3)</sup>.

Esto es precisamente lo que está pasando en nuestro ordenamiento jurídico, pues se están acoplando figuras

recogidas de otros sistemas, como por ejemplo los contratos derivados (*swaps*, futuros, opciones, *forwards*)<sup>(4)</sup>, cuyo origen es anglosajón. Sin embargo, debido a las conjeturas comerciales, ya cuentan con legislación especial aplicable en el Perú, así como también ya han sido desarrollados ampliamente por la doctrina y la jurisprudencia.

En esa línea, el Memorando de Entendimiento (en adelante, “MDE”) o *Memorandum of Understanding* (en adelante, “MOU”) constituye una de las nuevas figuras contractuales de origen anglosajón más usadas de nuestros tiempos. Se trata de un acuerdo cuyo objeto es regular la etapa de negociación, claro está, de manera previa a la suscripción de un determinado contrato.

Como sabemos, el *iter contractual* tiene tres etapas: la etapa de generación, la etapa de perfeccionamiento y la etapa de cumplimiento<sup>(5)</sup>. El MDE se encuentra dentro de la etapa de generación, pues dentro de ella se desarrolla todo el proceso de negociación entre las partes que podrían suscribir un eventual contrato.

### 2. El Memorando de Entendimiento

Es común el uso de esta figura jurídica en el marco de un proceso de “Due Diligence”, debido a la complejidad para tomar una decisión con alto impacto económico. En ese sentido, es necesario que las partes cuenten con toda la información y garantías necesarias a fin de adoptar un acuerdo final satisfactorio para las mismas.

Ahora bien, qué garantías necesarias puede otorgar un acuerdo en el que usualmente se

(1) Gunther Teubner, *Elementos materiales y reflexivos en el derecho moderno*, 95.

(2) Manuel Atienza, *Ideas para una filosofía del derecho*, 218-9

(3) Manuel Atienza, *El derecho como argumentación* (Argentina: Ariel), 57.



## Jorge López Fung

establece expresamente lo siguiente: “El presente documento no es un contrato. Por consiguiente, de ninguna de sus cláusulas surgen obligaciones”. Intentando interpretar esta estipulación, se puede concluir que, en tanto el MDE no contiene obligaciones, las partes podrían incumplir lo pactado y no generaría ningún tipo de responsabilidad civil, ni derecho a penalidades.

Sin embargo, asumir como cierta esta interpretación, generaría una contradicción al principio de buena fe, pues si una de las partes incumple lo pactado, estaría actuando dentro de los alcances del MDE y, en consecuencia, realmente no estaría incumpliendo. Lo que es peor aún, se generaría el incentivo perverso de firmar acuerdos para incumplirlos.

### 2.1. MDE en el Derecho comparado

La doctrina moderna no ha alcanzado un consenso sobre el concepto de MDE o sobre su naturaleza jurídica. Algunos autores han señalado que se trata de simples acuerdos no vinculantes y sin ningún valor jurídico. Otros, en cambio, han señalado que se trata de un contrato atípico. Otros, por su parte, han señalado que se trata de un contrato que regula la etapa precontractual, pero que no contiene cláusulas obligatorias.

Muchos han sido los intentos por encontrar una definición para este tipo de acuerdos. Veamos algunos:

- a. La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional ha establecido lo siguiente:

- (4) Los derivados son instrumentos financieros cuyo valor deriva de la evolución de los precios de otros activos denominados subyacentes. Los subyacentes utilizados pueden ser acciones, deuda, divisas, tipos de interés, materias primas o incluso riesgos de crédito.  
Definimos las transacciones económicas como acuerdos de intercambio entre dos partes, con carácter firme u opcional, mediante los que se compromete la entrega de un activo a cambio del pago de una cantidad o precio el cual debe ser valuado al momento de la ejecución.
- (5) El artículo 1362 del Código Civil establece que las partes deben negociar, celebrar y ejecutar el contrato con arreglo a las reglas de la buena fe.
- (6) Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. A/CN.9/SER.C/DIGEST/CISG/14.
- (7) Peter Schlechtriem, “Transcript of a Workshop on the Sales Convention: Leading CISG scholars discuss Contract Formation, Validity, Excuse for Hardship, Avoidance, Nachfrist, Contract Interpretation, Parol Evidence, Analogical Application, and much more,” *Journal of Law & Commerce* (1999): 191-258.  
“(…) depends on the intention of the parties. They could have meant -and this is quite likely on the facts of my case- that a binding contract would be concluded when the negotiating teams signed their memoranda of understanding, because at that point you have a meeting of the minds and agreement on all points. The rest they might have intended merely as a formality (…)”.

“El Memorando de Entendimiento es una propuesta encaminada a celebrar un contrato, debe indicar la intención del oferente de quedar obligado si el destinatario acepta la propuesta. La intención puede declararse mediante la interpretación de una declaración o acto<sup>(6)</sup>.”

Como podemos observar, para la Comisión de Naciones Unidas los MDE tienen carácter vinculante para las partes que lo suscriben. Asimismo, podemos advertir que únicamente bastaría demostrar la intención, la cual podría exteriorizarse de manera expresa o tácita.

- b. Esta posición también es asumida por el autor Peter Schlechtriem<sup>(7)</sup>, quien, en el taller de venta de la Convención de Términos y Validez de los Contratos, señaló lo siguiente:

“(…) depende de la voluntad de las partes. Podrían haber significado -y esto es muy probable en los hechos de mi caso- que un contrato vinculante concluya cuando los equipos negociadores firmaron los Memorandos de Entendimiento, porque en ese momento ya se tiene una reunión de

## Innovaciones contractuales: el Memorando de Entendimiento *Contractual innovations: Memorandum of Understanding*

las mentes y de un acuerdo sobre todos los puntos. El resto se podría haber destinado solo como una formalidad (...).

Como podemos advertir, el autor incluso es más permisivo en cuanto al carácter vinculante del MDE, pues señala que la suscripción de un contrato es un mero acto formal, que resultaría la materialización de lo que las partes, mentalmente, ya pactaron.

Esta posición guarda relación con el principio de buena fe, pues como la doctrina nacional ha reconocido<sup>(8)</sup>, incluso sin existir contrato final suscrito, la parte afectada puede ser resarcida económicamente en caso se haya generado responsabilidad precontractual.

c. Por otro lado, Lobato de Blas, siguiendo la doctrina italiana como Carrara o Ravazzoni<sup>(9)</sup>, postula dos efectos para los MDE:

- La obligación de continuar con los tratos preliminares. Y, como consecuencia de ello, el *MDE* podría suponer un medio de prueba de carácter injustificado de la ruptura de la negociación.
- La obligación de no volver a discutir o considerar los puntos sobre los que ha habido acuerdo y que se recogen en el *MDE*. En ese sentido, se puede replantear los puntos de acuerdo plasmado siempre que haya una causa justificada para ello.

Como podemos observar, para Lobato de Blas, el MDE puede constituir un medio de prueba para una eventual pretensión de responsabilidad civil por ruptura de tratativas; o en todo caso, también podría incluso asimilarse a un Contrato Preparatorio, pues puede contener obligaciones que no necesitan negociarse en el futuro.

d. Por su parte, la Agencia para la Acción Social y Cooperación Internacional de Colombia ha señalado lo siguiente sobre el MDE:

“Normalmente se usa para denotar un acuerdo en forma simplificada en el cual se incluyen compromisos de menor entidad o que desarrollan instrumentos preexistentes. Se utiliza mucho también para los llamados convenios o acuerdos interinstitucionales. Si la denominación empleada es Memorando de Intención, se suele tratar de instrumentos en los cuales no se contemplan obligaciones de comportamiento reales, sino más bien cláusulas programáticas con una redacción que excluye los términos imperativos y que suele contener simples exhortaciones o declaraciones de intención”<sup>(10)</sup>.

De manera contraria a lo señalado por la Comisión de Naciones Unidas, la Agencia para la Acción Social y Cooperación Internacional de Colombia, considera que las obligaciones emanadas de los MDE únicamente son declaraciones de intención, mas no obligaciones de comportamiento real o imperativas.

e. La jurisprudencia no ha sido ajena al afán de definir el MDE. Así, el Tribunal Supremo Español, en su STS de 9 de marzo 1998 (fj. 2372), señaló:

- 
- (8) Manuel De La Puente y Lavalle, *El Contrato en General*, Tom. I (Lima: Palestra 2001), 361. Max Arias Schreiber, *Exégesis del Código Civil Peruano de 1984*, Tom. I (Lima: San Jerónimo), 75 y 112. José Juan Haro, “¿Podría usted “no hacer” negocios conmigo? Sobre la responsabilidad precontractual y la buena fe,” *Advocatus* 7 (2002): 135.
- (9) Lobato de Blas, “*Consideraciones sobre el concepto de tratos preliminares*,” *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* 6 (diciembre 1976): 577-81. Esta postura también es asumida por autores como Carbonnier o Gorla.
- (10) Definición tomada del documento Régimen Jurídico de la Cooperación Internacional, página 38, segunda edición, publicado por la Agencia Para la Acción Social y la Cooperación Internacional de Colombia.



Jorge López Fung

“Indudablemente, en un proceso negociador, se van produciendo acuerdos en aspectos parciales de esa finalidad de alcanzar pactos que persiguen los interesados en la negociación, pero ese concierto en el consentimiento, salvo decisión expresa de los interesados carece de valor si no se logra el acuerdo global que desean los negociadores”.

El Tribunal Supremo Español sostiene una posición más radical, pues sostiene que los acuerdos contenidos en el MDE carecen de valor en tanto no se logre la suscripción final de un contrato.

Este razonamiento será abordado más adelante, porque asumir la postura del Tribunal Supremo Español generaría un incentivo perverso a la parte que incumple los acuerdos del MDE, pues podría fácilmente deslindar responsabilidad por el simple hecho de no llegar a la suscripción final de un contrato.

Es decir, bajo la interpretación del Tribunal Supremo Español en esta Sentencia, cualquiera de las partes, en tanto no celebre un contrato final, puede revelar información confidencial o podría negociar con otra empresa luego de haber suscrito un MDE.

Por otro lado, en una sentencia de 3 de junio 1998 (RJ 3715), el mismo Tribunal Supremo Español determinó lo siguiente:

“El acuerdo de intenciones al que han llegado las partes sería demostrativo de un acuerdo entre ellas sobre determinados extremos que les impediría retractarse, pero han de seguir negociando los restantes hasta la configuración de la sociedad anónima, sin que su libertad contractual se vea mermada, porque se seguiría dentro de la zona de los tratos preliminares que no obligan a la celebración del contrato por su propia naturaleza”.

En este nuevo pronunciamiento, el Tribunal Supremo Español otorga al MDE la condición de acuerdo no vinculante para las partes. Sin embargo, este análisis está centrado en la naturaleza jurídica del futuro contrato, mas no en la naturaleza jurídica del propio MDE y las obligaciones que emanan del mismo.

## 2.2. ¿Qué es el MDE?

En este escenario tan complejo, poco abordado y en el que no existe unanimidad de posiciones, conviene definir al *MDE como un acuerdo que se produce en la etapa de generación del contrato (precontractual), vinculante para las partes que lo suscriben, que puede contener o no obligaciones, atendiendo a la intención de sus suscriptores, pero que, de contenerlas, estas son exigibles y generan responsabilidad por su incumplimiento*. La responsabilidad derivada del incumplimiento de los MDE y las diferencias sustanciales que existen con otras formas jurídicas para hacer negocios serán desarrolladas más adelante.

De la definición esbozada, podemos obtener un alcance de las principales características de los MDE. Algunas de ellas son las siguientes:

- (i) Es un acuerdo privado que regula el proceso negociador.
- (ii) Constituye un contrato distinto del contrato definitivo que se está negociando.
- (iii) Su objeto es la negociación de un futuro contrato, dentro del marco de la buena fe contractual.
- (iv) Hay alusiones al carácter no vinculante del documento.

Resulta de imperiosa necesidad delimitar el alcance del MDE, pues de acuerdo a nuestra interpretación, si bien una parte de la doctrina y, en algunos casos, la jurisprudencia internacional consideran que no constituye un acuerdo vinculante para las partes, esta limitación opera en tanto no obliga a las partes a celebrar el contrato que están negociando, pero no impide que pacten obligaciones adicionales.

En efecto, con la finalidad de dotar de mayor certeza y eficacia al MDE, las estipulaciones

## Innovaciones contractuales: el Memorando de Entendimiento *Contractual innovations: Memorandum of Understanding*

“tipo” ya no son tan radicales ni restringidas. Por ello, en la actualidad, es común que en este tipo de acuerdos se pacten cláusulas como las siguientes: “las partes no se encuentran obligadas a celebrar el futuro contrato el contrato que se viene negociando” o “la suscripción del presente acuerdo no representa su aceptación al futuro contrato”.

Esto quiere decir que la no obligatoriedad del MDE está referida a que las partes no están obligadas a celebrar el contrato definitivo, pero ello no obsta a que el MDE contenga cláusulas obligatorias cuya necesidad se ciñe únicamente a la etapa de negociación.

Así, por ejemplo, es muy común encontrar cláusulas de confidencialidad en los MDE. Es decir, disposiciones que prohíben a las partes revelar el contenido del acuerdo y, en general, toda la información que las partes brinden en el transcurso de la negociación. También es común que se pacten cláusulas de exclusividad, en las que las partes se comprometen a no negociar con otras personas durante un plazo determinado.

Las cláusulas de confidencialidad y exclusividad implican obligaciones de no hacer<sup>(11)</sup>, de no revelar información sensible y de no iniciar procesos de negociación con otras personas. Constituyen obligaciones en sí mismas, con los efectos jurídicos que las caracterizan.

Por tanto, el MDE se encuentra en la fase de los tratos preliminares, puesto que los acuerdos parciales están

sometidos a “reserva” o condición y pueden ser objeto de modificación mientras no se celebre el contrato; en consecuencia, no vinculan a las partes. Sin embargo, las obligaciones destinadas íntegramente a regular la etapa de negociación sí vinculan a las partes y pueden ser plenamente exigidas por la parte afectada.

### 2.3. Naturaleza jurídica del MDE y clasificación en el Derecho Civil peruano

De acuerdo a la teoría general de contratos adoptada en el Perú, existe como género el negocio o acto jurídico, cuyo efecto inmediato, de acuerdo al artículo 140 del Código Civil Peruano de 1984 es la constitución, modificación o extinción entre las partes de una relación jurídica determinada. Cabe precisar que existe discusión en la doctrina acerca de las diferencias entre negocio y acto jurídico, que, para efectos del presente artículo, no abordaremos.

Como subgénero, encontramos a los contratos, que constituyen en esencia relaciones obligatorias con carácter patrimonial, que pueden ser onerosos o gratuitos<sup>(12)</sup>. Así, mientras que todo contrato es un acto jurídico, no todo acto jurídico es un contrato. Se trata de una relación especie-género<sup>(13)</sup>.

(11) Consideramos que la inexecución o ejecución parcial, tardía o defectuosa de estas obligaciones de no hacer generan responsabilidad civil, la cual debe ceñirse a los alcances de los artículos 1158 hasta 1160 y demás pertinentes del Código Civil Peruano de 1984.

(12) Existen diferencias entre el acto jurídico y el contrato, teniendo en cuenta:

(i) La cantidad de voluntades que concurren para su formación:

El acto jurídico puede ser unilateral (promesa de recompensa, reconocimiento de hijo, otorgamiento de poder, de testamento). En cambio, el contrato es bilateral o plurilateral por definición. Por ejemplo, en nuestro ordenamiento jurídico, la donación requiere la aceptación del donatario; en consecuencia, es un contrato.

(ii) Tipo de relación jurídica que crean, regulan, modifican o extinguen:

El acto jurídico se refiere a relaciones jurídicas principalmente personales y patrimoniales. El contrato se refiere a relaciones jurídicas patrimoniales. Sin perjuicio de lo señalado anteriormente, el contrato consigo mismo es anulable, en principio; sin embargo, excepcionalmente, pueden ser válidos de acuerdo a lo establecido en el artículo 166 del Código Civil Peruano de 1984.

(13) El negocio jurídico (acto jurídico en nuestro ordenamiento jurídico) y el contrato encuentran su punto de conexión en que ambos comprenden una manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica. El acto jurídico y el contrato se encuentran en una relación de género a especie.



## Jorge López Fung

Aplicando este concepto a nuestro tema de discusión, podemos señalar que el MDE sin lugar a dudas se encuentra dentro del género “acto jurídico”, toda vez que constituye una manifestación de voluntad (conjunta) destinada a crear una relación jurídica, que en este caso sería una relación jurídica de negociantes, de la cual pueden derivar obligaciones.

Ahora bien, en cuanto a si el MDE puede incluirse en la especie “contrato”, consideramos que ello depende del tipo de MDE que las partes celebren. Así, podríamos clasificarlos en dos.

Por un lado, se encuentran los MDE que no contienen obligaciones ni prevén consecuencias por el incumplimiento de algún deber. Es decir, contiene estipulaciones como las siguientes: “las partes se comprometen a cooperar con la negociación”, “las partes se comprometen a realizar esfuerzos para que la negociación se realice en buenos términos”; sin embargo, no le otorgan consecuencia jurídica ante un eventual incumplimiento.

En este caso, consideramos que el MDE no constituye un contrato en sí mismo, pues no contiene obligaciones patrimoniales cuyo incumplimiento pueda devenir en el pago de una indemnización por incumplimiento. En todo caso, solo podrá exigirse responsabilidad precontractual en tanto se vulnera el deber genérico de negociar de buena fe.

Resulta plenamente aplicable al caso, lo manifestado por Freddy Escobar, quien menciona al respecto lo siguiente:

“El principio de buena fe supone, en términos generales, la necesidad de actuar leal y diligentemente. En la etapa de las tratativas, el referido principio se descompone en una serie de deberes específicos, entre los cuales se encuentran los siguientes: (i) el deber de suministrar información, (ii) el deber actuar con veracidad, (iii) el deber de actuar con claridad, (iv) el deber de mantener la confidencialidad; y, (v) el deber de custodiar bienes entregados para pruebas o demostraciones”<sup>(14)</sup>.

Por otro lado, se encuentran los MDE que si bien no obligan a las partes a celebrar el contrato que vienen negociando, sí contienen obligaciones de carácter contractual, como, por ejemplo, negociar en exclusividad o una obligación de respetar la confidencialidad del proceso de negociación, incluso existe la posibilidad de incluir un convenio arbitral dentro del MDE.

En este caso, a nuestro parecer, el MDE tiene naturaleza de contrato, pues, aunque se encuentre en la etapa precontractual, contiene obligaciones contractuales, que, sin duda, tienen carácter patrimonial. Tanto es así que las partes pueden pactar en el MDE una penalidad ante el incumplimiento de alguna de dichas obligaciones.

### 2.4. Obligaciones y derechos

Teniendo en cuenta que el MDE en el que las partes pactan obligaciones tiene, a nuestra consideración, naturaleza contractual, es innegable que tiene la capacidad de generar derechos y obligaciones para las mismas.

Por ejemplo, si en el MDE las partes acuerdan una cláusula de exclusividad y una cláusula de confidencialidad, estas implicarán obligaciones de no hacer para ambas partes (no negociar con otros el objeto del MDE y no revelar la información proporcionada por la otra parte), pero implicará al mismo tiempo un derecho para los suscriptores, pues cada uno tendrá la garantía de que su contraparte en el contrato no negociará con otros ni revelará la información puesta en conocimiento. Son las dos caras de una misma moneda.

(14) Freddy Escobar Rozas, “Apuntes sobre la responsabilidad por ineficacia contractual (El caso del artículo 207 del Código Civil peruano),” *Themis* 49: 147. Citando a:

(i) Vincenzo Roppo, *Il Contratto* (Milano: Dott. A. Giuffrè, 2001), 177 y siguientes.

(ii) Carlos Cuadrado, *Oferta, Aceptación y Conclusión del Contrato* (Bologna: Publicaciones del Real Colegio de España, 2003), 48 y siguientes.

## Innovaciones contractuales: el Memorando de Entendimiento *Contractual innovations: Memorandum of Understanding*

En esta línea, para Díez-Picazo los *acuerdos de intenciones* son “contratos destinados a normar la fase negociadora y a establecer los recíprocos derechos y deberes de las partes dentro de ella”<sup>(15)</sup>.

Al respecto, Jorge Mosset y Miguel Piedecabras señalan lo siguiente:

“Debe considerarse que estas tratativas pueden engendrar obligaciones, de las cuales no cabe apartarse de mala fe y causando daño, por lo cual no se observan obstáculos para aplicar las normas generales de la responsabilidad por el incumplimiento de las obligaciones”<sup>(16)</sup>.

Sin embargo, nuevamente la doctrina no es unánime. Así, de acuerdo con Marín, en el ordenamiento inglés, estos documentos, los MDE, únicamente “se ciñen a evidenciar, junto con otros medios de prueba, la existencia de un contrato o de negociaciones, lo cual convierte al MDE en un documento fundamentalmente probatorio, ya sea del contrato definitivo o del estado de las negociaciones”<sup>(17)</sup>.

Es decir, para este autor, los MDE solo tienen relevancia para acreditar la existencia de una negociación, mas no representa en sí misma una obligación o derecho. Una posición similar es adoptada por Alonso Pérez<sup>8</sup>, para quien un *MDE* es “el documento en el que se expresa el curso y circunstancias de las negociaciones, pues solo vale como prueba de que existieron, y puede servir de orientación para interpretación del contrato. En ningún caso revelan contenido negocial”<sup>(18)</sup>.

Sin embargo, bajo nuestra interpretación, la discusión acerca de la capacidad de los MDE para generar derechos y obligaciones pierde sentido a la luz de la autonomía de voluntad de las partes. Así, sin importar que algunos autores señalen que los MDE no contienen derechos, ni obligaciones o que “solo tienen carácter probatorio”, si las partes optan

por reconocerse recíprocamente derechos o imponerse obligaciones, el efecto es que estas van a ser válidas y constituirán verdaderos derechos y obligaciones para las mismas.

### 2.5. Posibilidad de pactar arbitraje como método de solución de controversias

Como hemos señalado precedentemente, el MDE puede incluir una serie de obligaciones y derechos para las partes. Pues bien, la autonomía de la voluntad no tiene restricción para poder pactar válidamente una renuncia al juez natural<sup>(19)</sup> y acudir de manera directa al arbitraje ante cualquier desavenencia suscitada en la parte de la negociación y que tenga como causal objetiva el quebrantamiento de alguna de las estipulaciones contenidas en el MDE.

En efecto, la existencia de un convenio arbitral implica que se materialicen los efectos positivos y negativos del arbitraje, como ha sido desarrollado de manera bastante clara por Bernardo Cremades<sup>(20)</sup>. Esto quiere decir que el convenio arbitral, además de obligar a las partes a cumplir lo estipulado, permitirá a la demandada oponerse al proceso, denunciando la falta de competencia por pertenecer el asunto a otro orden jurisdiccional.

En la misma línea argumentativa, se ha manifestado la Sala de la Corte de Costa Rica, la cual determinó que “el efecto negativo de una cláusula arbitral es la renuncia a la jurisdicción común, renuncia que no puede ser simplemente implícita, sino expresa, aunque no sea formal”<sup>(21)</sup>.

(15) Luis Díez-Picazo, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Vol. 1, 5ª ed. (Madrid: Civitas, 1996), 280.

(16) Jorge Miguel, Jorge Mosset y Miguel Piedecabras, *Responsabilidad Precontractual* (Buenos Aires: Rubinzul-Culzoni S.A.), 130.

(17) Hector Marín Narros, *Estudio de los Principales Acuerdos Precontractuales con Modelos en Inglés y Español* (J. M. BOSCH, 2012).

(18) Alonso Pérez, “La responsabilidad precontractual,” *Revista de Cataluña de Derecho Inmobiliario* 485 (1971): 11.

(19) Principio constitucional del Juez Natural, cuyo reconocimiento es implícito en nuestra Constitución Política del Perú, como lo ha interpretado en sendas jurisprudencias el Tribunal Constitucional.

(20) Bernardo Cremades M., *Consolidación de la Autonomía de la Voluntad en España: El Convenio Arbitral*, 668-9.

(21) Sentencia 00744, Sala de la Corte de Costa Rica, de 05 de octubre de 2006.





## Jorge López Fung

Claro está que únicamente podrán ser sometidas a la vía arbitral las obligaciones asumidas por las partes y las que se encuentren dentro de los alcances del Convenio Arbitral suscrito por las partes. En otras palabras, si el MDE contiene un acuerdo de arbitraje y una de las partes vulnera la confidencialidad o exclusividad pactada, la parte afectada puede invocar el convenio y acudir a la vía arbitral.

Por su parte, las partes también deben cumplir con los requisitos para que un Convenio arbitral sea válido: relación jurídica determinada<sup>(22)</sup>, manifestación de voluntad de la partes<sup>(23)</sup>, y el Convenio arbitral debe constar por escrito<sup>(24)</sup>. Solo, siempre y cuando, se cumpla con los requisitos, las partes podrían someter sus conflictos suscitados en la ejecución del MDE a la vía arbitral.

### 3. Diferencias con otras figuras contractuales

#### 3.1. Contrato preparatorio

Manuel De la Puente y Lavalle, al conceptualizar el contrato para contratar o precontrato, denominaciones con las que también se conoce al contrato preparatorio, señala que: “La opinión más generalizada es que el precontrato es un contrato por el que las partes se comprometen a celebrar en el futuro otro contrato (llamado contrato “definitivo” o “preparado”), que actualmente no quieren o no pueden concluir (...)”<sup>(25)</sup>.

A mayor abundamiento, señala este mismo autor que “El precontrato solo cumple su objeto y se agota cuando se

celebra el contrato definitivo. Su razón de ser está, pues, en preparar la celebración de este último contrato”.

Para que el precontrato alcance su finalidad debe contener, al menos las condiciones generales del contrato definitivo, pues su objeto no es celebrar un contrato cualquiera, sino un contrato determinado, sea este típico o atípico<sup>(26)</sup>.

De lo citado, se desprende que el contrato preparatorio tiene como característica principal el comprometer a los negociantes a celebrar el posterior contrato. Por ello, se exige que el precontrato incluya al menos las condiciones generales del contrato definitivo.

Así, en línea con lo que hemos señalado precedentemente, encontramos que el MDE se distingue del precontrato o contrato preparatorio con respecto a lo siguiente:

- a. El MDE no vincula a las partes ni las obliga a celebrar el contrato que vienen negociando. En consecuencia, no es un contrato preparatorio.
- b. El MDE no contiene las disposiciones generales del contrato definitivo. Por el

(22) Bernardo Cremades M., “El arbitraje en la doctrina constitucional española, *Lima Arbitration* 1 (2006): 187-8.

“La piedra angular del arbitraje es el convenio arbitral, negocio jurídico por el que las partes expresan su voluntad de someter a arbitraje la solución de todas las cuestiones litigiosas, o de algunas de ellas, que se hayan planteado o que puedan plantearse respecto de una determinada relación jurídica. Configurado como un contrato, el convenio arbitral requiere consentimiento y objeto cierto que sea materia arbitral, tal y como reconoce el artículo 1261 del Código Civil, así como el cumplimiento de determinados requisitos formales que la Ley establece”.

(23) Juan Carlos Fernández Rozas y Elena Artuch Iriberry, “Validez y eficacia del convenio arbitral internacional”, en *Tratado de Derecho Arbitral. El Convenio Arbitral*, Tom. I; 781.

“(…) la voluntad de las partes debe quedar claramente expresada, siendo de estricta aplicación de que sin voluntad no puede haber arbitraje”.

(24) Santiago Talero Rueda, “Extensión del pacto arbitral a no signatarios: Perspectivas en la nueva Ley Peruana de Arbitraje,” *Lima Arbitration* 4 (2010/2011): 71-100.

“Así, el requisito formal del pacto arbitral por escrito se erige entonces en una prueba o garantía mínima de certeza, transparencia y equidad para las partes, avalada por legislaciones nacionales e instrumentos internacionales, con énfasis especial en la Convención de Nueva York sobre reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros”.

(25) Manuel De La Puente y Lavalle, *Estudios sobre el contrato privado*, Tom. I (Lima: Cultural Cuzco S.A., 1983), 395.

(26) Manuel De La Puente y Lavalle, *Estudios sobre el contrato* 399-400.

## Innovaciones contractuales: el Memorando de Entendimiento *Contractual innovations: Memorandum of Understanding*

contrario, el MDE es un acuerdo que únicamente regula la etapa de negociaciones y si bien puede contener condiciones y obligaciones, estas están referidas exclusivamente a la negociación, mas no al contrato posterior.

### 3.2. Contrato de opción

El contrato de opción es un acuerdo que se forma cuando la parte beneficiaria de la opción acepta la oferta remitida por la otra parte, dentro del plazo establecido.

Así, una de las partes remite una oferta completamente vinculante y obligatoria a la otra parte, quien puede rechazar la oferta y, en consecuencia, no se configura el contrato, o puede manifestar su aceptación, formándose el contrato. Siempre dentro del plazo establecido.

A este respecto, Díez Picazo señala lo siguiente: "Por virtud del llamado contrato de opción, una de las partes, concede la opción, atribuye a la otra, beneficiaria de la opción, un derecho que permite a esta última decidir, dentro de un determinado período de tiempo y unilateralmente, la celebración de un determinado contrato (...)".

El contrato de opción tiene como finalidad asegurar al beneficiario una mayor amplitud en la deliberación y decisión acerca de la conveniencia de la conclusión del contrato proyectado sin el apremio que puede producir el peligro de ver frustrada su expectativa por el hecho de que la otra parte contrate con un tercero<sup>(27)</sup>.

De la definición esbozada, se advierte sin mucho esfuerzo que el MDE y el contrato de opción son figuras que tienen diferencias esenciales bien marcadas.

El contrato de opción se sitúa en el *iter contractual* en la etapa de celebración del contrato y es siempre un contrato en sí mismo. No existe discusión acerca de su naturaleza.

En cambio, el MDE se sitúa en la etapa precontractual del *iter* y dependiendo de si contiene o no obligaciones, tendrá naturaleza contractual o precontractual. En consecuencia, el MDE no es un contrato de opción.

Así, mientras que en el contrato de opción una de las partes se subordina a la exclusiva aceptación de la otra en el plazo establecido; en el MDE, ninguna de las partes remite a la otra su oferta del contrato definitivo subordinándose a la aceptación de la otra parte. Todo lo contrario, son las propias partes quienes convienen los términos en los que se desarrollará la negociación, que finalmente podría llevar a la celebración del contrato.

En el contrato de opción, el oferente establece un plazo de vigencia de su oferta, durante el cual este no podrá desvincularse de ella. En contraste, en el MDE las partes sólo pactan un plazo para negociar.

## 4. El incumplimiento del MDE genera responsabilidad civil

Otro de los focos de discusión a nivel doctrinario versa sobre la naturaleza de la responsabilidad derivada del incumplimiento de los MDE. Algunos autores han señalado que se trataría de una responsabilidad precontractual, atendiendo a que los MDE se celebran durante las negociaciones, es decir, antes de la celebración del contrato definitivo.

Sin embargo, no pocos autores han optado por desarrollar que la responsabilidad por el incumplimiento de estos acuerdos tiene naturaleza extracontractual, pues, desde su posición, el MDE no constituye un verdadero contrato.

Otros, en cambio, han optado por señalar que se trataría de una responsabilidad contractual, pues independientemente de que se encuentre en la etapa de tratativas, es innegable que el MDE contiene obligaciones de carácter contractual.

(27) Luis Díez-Picazo, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, Vol. 1, 6ª ed. (Navarra: Aranzadi S.A., 2007), 409-10.



## Jorge López Fung

A continuación, sentaremos una posición acerca del tipo de responsabilidad que corresponde aplicar ante el incumplimiento de un MDE.

### 4.1. Tipo de responsabilidad ¿contractual o precontractual?

Al respecto, Marcel Fontaine y Filip De Ly, al intentar definir la naturaleza de la responsabilidad derivada del incumplimiento en la etapa precontractual, señalan lo siguiente:

“Los países del Common Law son mucho más reacios a admitir la responsabilidad precontractual. La percepción dominante es que en una negociación cada parte persigue sus propios intereses. En principio, los negociadores mantienen discreción completa, incluyendo la autoridad para romper las negociaciones en cualquier momento y a su voluntad. Existen algunas limitaciones, sin embargo, y el “derecho de daños” puede tener un papel que desempeñar. El desarrollo legal está llevando a atribuir más responsabilidad a los negociadores (...) los países de derecho civil conservan el principio de una posible responsabilidad precontractual, a pesar de sus diferencias en cuanto a la base de dicha responsabilidad. Sin embargo, estas teorías clásicas se han desarrollado sin tener en cuenta los numerosos documentos variados examinados actualmente”<sup>(28)</sup>.

Por su parte, Kling señala que:

“cuando las partes han negociado y ejecutado una carta de intención, (...) es común que una de las partes demande a la otra por incumplimiento del contrato formado por la carta de intención o, quizá, por el rompimiento del deber de buena fe”<sup>(29)</sup>.

Pues bien, como adelantamos en el acápite 2.2., el MDE puede ser considerado un simple acuerdo no vinculante para las partes, en tanto carece de obligaciones, o un acuerdo

que contiene obligaciones contractuales patrimoniales y que, por lo tanto, constituye un contrato. Así, en línea con lo señalado por Kling, del incumplimiento del MDE puede derivar tanto una responsabilidad precontractual; así como también, una responsabilidad contractual.

La responsabilidad precontractual derivaría de aquel MDE que no contiene obligaciones contractuales, pues en ese caso no podría alegarse el incumplimiento de alguna obligación, sino simplemente una contravención al deber genérico de negociar de buena fe, que constituye precisamente el supuesto de responsabilidad precontractual.

Cabe mencionar que en un supuesto de responsabilidad precontractual, la indemnización es más limitada que en el caso de la responsabilidad contractual, pues en el primer caso, únicamente se indemniza el interés negativo, resultante de la “confianza razonable” que la parte en incumplimiento generó en su contraparte.

En cambio, la responsabilidad contractual derivaría del MDE que contiene obligaciones contractuales, pues como se dijo no hay impedimento para considerarlo un contrato, de modo que el incumplimiento de alguna de las obligaciones en él pactadas generaría un supuesto de responsabilidad contractual.

Precisamente en ese sentido, Van Thienen señala lo siguiente:

- (28) Marcel Fontaine y Filip De LY, *Drafting international contracts*, (Saw Mill River: Transnational Publishers. Inc., (2006), 36-7. “Common Law countries are much more reluctant to admit pre-contractual liability. The dominant perception is that in a negotiation each party pursues its own interests. In principle, negotiators keep full discretion including the authority to break off negotiations at any time and at will. Some limits do exist, however, and the law of torts may have a role to play. Developments are under way towards assigning more responsibility to negotiators (...) Civil law countries all retain the principle of a possible pre-contractual liability, in spite of their differences concerning the basis for such liability. However, such classical theories have developed without taking into consideration the many varied documents currently examined”.
- (29) Lor R. Kling, *Negotiated acquisitions of Companies, Subsidiaries and divisions*, Vol. 1 (New York: Library of Congress Cataloging-in Publication Data), 6-11.

## Innovaciones contractuales: el Memorando de Entendimiento

### *Contractual innovations: Memorandum of Understanding*

“(…) En la etapa de negociaciones o de meras tratativas, la carta de intención es un negocio complejo (y hasta peligroso) pues sella un pacto contractual respecto de una obligación concreta: negociar de buena fe. Sin embargo, esta no suele ser la única obligación, sino que la carta puede ir acompañada de otras obligaciones (contractuales). Me estoy refiriendo a compromisos de no hacer tales como (i) confidencialidad, (ii) exclusividad, y (iii) no competencia, entre muchas otras obligaciones asumidas por las partes en esta etapa preliminar del negocio.

(…)  
Estos compromisos devengan responsabilidad contractual aun cuando estemos en una etapa preliminar en la formación del negocio. Esto quiere decir que, en la etapa de tratativas para la formación del negocio, las partes pueden asumir obligaciones de tipo contractual respecto de determinadas prestaciones (positivas o negativas) (…)”<sup>(30)</sup>.

Como se puede observar, en ningún caso correspondería aplicar las reglas de responsabilidad extracontractual, pues en ambos casos la responsabilidad deriva de un

acuerdo entre las partes, sea vinculante o no, no del deber genérico de *neminem laedere*<sup>(31)</sup>.

## 5. Conclusiones

El MDE es una figura contractual relativamente nueva y muy usada actualmente. Se trata de un acuerdo, dentro del proceso de negociación, cuyo objeto es regular el comportamiento de las partes durante esta etapa.

A nuestra consideración, el MDE puede definirse como un acuerdo que se produce en la etapa de generación del contrato (precontractual), que puede contener o no obligaciones, atendiendo a la intención de sus suscriptores, pero que, de contenerlas, estas son exigibles y generan responsabilidad por su incumplimiento.

En cuanto a la naturaleza del MDE, este puede tener naturaleza contractual o pre-contractual, dependiendo de si contiene obligaciones contractuales que vinculan a las partes, o si no contiene obligaciones y únicamente se impone una obligación genérica de negociar de buena fe. En consecuencia, la responsabilidad derivada del primer caso será contractual, mientras que en el segundo caso será un supuesto de responsabilidad precontractual.

En ambos supuestos, las partes pueden elegir el arbitraje como método alternativo de solución de controversias, siempre y cuando las partes hayan cumplido con los requisitos necesarios para que el convenio arbitral sea válido.<sup>(32)</sup>

(30) Pablo Augusto Van Thienen, “Carta de intención y responsabilidad precontractual no aquiliana: análisis del caso Puerto Rosario SA (International Container Terminal Services SA),” (CEDEF Law & Finance), 8.

(31) El jurisconsulto Ulpiano extrajo de la Ley Natural tres principios que recogería el Digesto: (i) honeste vivere: vivir honestamente; (ii) neminem laedere: no dañar a nadie; y (iii) Suuum cuique tribuere: dar a cada uno lo suyo.