

NATURALEZA, VALIDEZ Y EFECTOS DE LAS CARTAS DE INTENCIÓN: DEL *COMMON LAW* AL *CIVIL LAW*

NATURE, VALIDITY AND EFFECTS OF LETTERS OF INTENT: FROM COMMON LAW TO CIVIL LAW

Juan Jesus Pablo Abanto*
Universidad Nacional Mayor de San Marcos

Since letters of intent do not have a specific regime and a 'standard' nature, they constitute a problem for the legal operator, as their effects could be of the most diverse. In view of this, the author proposes the determination of their nature, validity and effects based on the particular analysis of the terms of each letter of intent and, by virtue of such analysis, to verify whether Peruvian law may be applicable. The purpose is to establish the necessary parameters to interpret the scope of this type of documents, whose operability is becoming more and more frequent in national and international transactions.

KEYWORDS: *Letters of intent; legal transaction; legal act; negotiations; pre-contractual liability.*

Las cartas de intención al no contar con un régimen específico y una naturaleza 'estándar' constituyen un problema para el operador jurídico, puesto que sus efectos podrían ser de los más diversos. En atención a ello, el autor propone la determinación de su naturaleza, validez y efectos a partir del análisis particular de los términos de cada carta de intención y, en virtud de dicho análisis, verificar si resulta aplicable la normativa peruana. Se busca establecer los parámetros necesarios para interpretar los alcances de este tipo de documentos, cuya operatividad resulta cada vez más frecuente en las transacciones nacionales e internacionales.

PALABRAS CLAVE: *Cartas de intención; negocio jurídico; acto jurídico; tratativas; responsabilidad precontractual.*

* Estudiante de la Facultad de Derecho de Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). Asistente de docencia de Derecho Civil de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Miembro del Taller de Derecho Civil José León Barandiarán. Contacto: juan.pablo.abanto@gmail.com

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THĒMIS-Revista de Derecho el 6 de abril de 2024, y aceptado por el mismo el 21 de abril de 2024.

I. INTRODUCCIÓN

El Código Civil peruano está a punto de cumplir cuatro décadas desde su entrada en vigor, lo que conlleva a reflexionar no solo su articulado a la luz del nuevo milenio sino también la aplicación de este con las nuevas figuras que han aparecido con el transcurrir de los años. Esto último permite someter a una evaluación la vigencia de sus normas, es decir, si estas finalmente resisten el paso del tiempo y el contexto de la globalización.

Durante las últimas décadas, la práctica comercial ha operado con figuras que originariamente le resultan desconocidas al Código Civil, en la medida que este no las regula. Nos referimos concretamente a las cartas de intención (*letter of intent*), las cuales son instrumentos cada vez más comunes en el proceso de formación de contratos (negociación, celebración y ejecución), de ahí que las empresas suelen emplearlas para ordenar las tratativas durante la fase precontractual.

Sin embargo, no le resultan adjudicables una ‘naturaleza estándar’ pues, al ser instrumentos cuyo proceso evolutivo se ha visto marcado por la práctica comercial, son los empresarios quienes han moldeado los alcances, términos y efectos de las cartas de intención. Por tales razones, este tipo de instrumentos no ostentan, en todos los casos, la misma naturaleza jurídica, ya que podría variar al referirnos a una carta de intención con fuerza contractual (*binding letter of intent*) como también a un simple documento que refleja únicamente ‘términos de interés’ (*term sheet*).

Una perspectiva importante, nos han brindado los operadores del *common law*, ya que durante larga data se han encargado de desarrollar los alcances jurídicos de las cartas de intención, en defecto de los países del *civil law*, cuya tradición queda a la expectativa de una legislación (específica) para esta clase de instrumentos. En atención a ello, para analizar las cartas de intención sobre los binoculares del *civil law*, atenderemos

in primis su desarrollo en el derecho anglosajón para después aterrizar los conceptos en nuestro ordenamiento nacional.

Es por ello que el propósito del presente artículo se centra en observar si las normas del Código Civil pueden servir de aplicación para las cartas de intención, toda vez que no cuentan con una legislación específica en nuestro ordenamiento en particular como en los demás países del *civil law*¹, durante el análisis de su existencia, validez y eficacia.

II. NATURALEZA JURÍDICA

Las cartas de intención son instrumentos a partir de las cuales se pueden llegar a un acuerdo definitivo o someter a negociaciones los términos de un (futuro) contrato (Roberts, 2009, p. 177)². Así, su función organizadora resulta esencial para los empresarios, ya que permite a las partes “estructurar las negociaciones por etapas, avanzar con cautela **sin comprometerse incondicionalmente una con la otra**, y acordar puntos básicos antes de entrar en una relación contractual completa” (Homburger & Schueller, 2002, pp. 510-511) [el énfasis es nuestro]. Otra nota característica es su atipicidad, dado que no se encuentran expresamente reguladas, sobre todo en los países del *civil law*, las reglas aplicables se observarán atendiendo a su naturaleza específica según los términos que las partes acuerden.

Si bien las cartas de intención son, en principio, no vinculantes, las partes pueden determinar el grado y los alcances de ella en función de los términos que allí se acuerden. Ello no excluye, por tanto, que en la práctica se realice la ejecución de prestaciones sobre la base de una carta de intención y antes de la celebración del contrato definitivo (Baker *et al.*, 2023, p. 9) (véase *infra* II.A.1.).

No hay que perder de vista que la carta de intención producirá tantos efectos sobre las partes como estas lo determinen expresamente en el documento. Así, en la jurisprudencia del *common law*³

¹ Tenemos conocimiento que tras las Reformas de Derecho de las Relaciones de Obligación en Alemania (*Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*, 2002) y Francia (*réforme du droit des obligations*, 2016), respectivamente, no se incluyó esta figura bajo un régimen específico, pese a que ambas se produjeron en el nuevo milenio y la operatividad de las cartas de intención proviene con mayor abundamiento desde mediados del siglo pasado. En Alemania, a pesar de no tener una normativa especial, se le aplica el marco legal correspondiente en función de los términos que las partes acuerden en el documento, así, en ciertos supuestos le resultan aplicables el §§ 305 y siguientes del BGB relativos al régimen de “Redacción de obligaciones contractuales mediante cláusulas comerciales estándar” (*Drafting contractual obligations by means of standard business terms*). En Francia, por otra parte, aunque el *code* incluye en su artículo 2322 a la *lettre d'intention*, ésta es distinta de las *letters of intent* a la que nos referimos en este trabajo (Pannebakker, 2018, pp. 77-78).

² O, como prefiere denominarlo Roberts, son “más bien un menú que enumera los ingredientes principales para llegar a la línea de meta final, que es el acuerdo definitivo” (2009, p. 177), (*closing agreement*).

³ La clasificación fue realizada con fines didácticos sobre las conclusiones de la Corte Suprema de Illinois (*Illinois Supreme Court*) expuestas y sintetizadas en Homburger y Schueller (2002, pp. 513-533).

se han identificado diversos ‘tipos’⁴ de cartas de intención sobre la base de su vinculatoriedad o en defecto de esta:

A. Carta de intención vinculante (*binding letter of intent*)

1. Carta de intención con fuerza contractual (*letter of intent as a contract*, en adelante, de Tipo I)

Bajo este supuesto, aunque las partes no hubiesen llegado a un contrato definitivo, han iniciado las ejecuciones que pueden dar lugar a la exigibilidad de la contraprestación (*consideration*). Independientemente, si el documento ha sido calificado como una ‘carta de intención’, esta quedará sujeta a la interpretación del operador jurídico (por ejemplo, jueces o árbitros) para determinar el carácter de dicho documento sobre la base de los términos allí convenidos; con lo cual, se deberá observar si en ella se han establecido los elementos “habituales de formación de contratos (es decir, oferta, aceptación, contraprestación, intención de crear relaciones jurídicas y certeza de los términos)” (Baker *et al.*, 2023, p. 10). En consecuencia, si las partes acuerdan la vinculatoriedad de la carta de intención, “ésta funcionará como un contrato jurídicamente vinculante” (Baker *et al.*, 2023, p. 13).

2. Carta de intención con fuerza vinculante debido a la cláusula de buena fe (*letter of intent as an agreement to negotiate in good faith*, en adelante, de Tipo II)

Este tipo corresponde a un acuerdo “por el que las partes se comprometen a negociar de buena fe de

acuerdo con los términos de la carta de intenciones, y no un contrato para realizar la transacción prevista en la carta de intenciones” (Homburger & Schueller, 2002, p. 513).

Bajo esta especie de carta de intenciones, las partes se obligan a negociar un (futuro) acuerdo definitivo sobre la base de la buena fe. Además, lo que refuerza la intención de las partes de proceder ‘de buena fe’, usualmente va seguida de una cláusula que indica que estas realizarán todos los ‘esfuerzos razonables’ para ‘acordar’ o ‘celebrar’ un ‘contrato’ (*reasonable effort to agree upon a contract*) (Eisenberg, 2018, p. 505) junto a otras cláusulas vinculantes, como aquellas relativas a la confidencialidad (*confidentiality*) y exclusividad (*exclusivity of negotiations* o *lock-out*).

Para nuestro sistema, las cartas de intención de Tipo II equivaldrían a un negocio jurídico atípico, pues además de no ser recogida por la normativa peruana, regulan situaciones jurídicas en tanto generen una ‘confianza legítima’ en virtud de la buena fe (véase *infra* V.B). Incluso si involucrase dos declaraciones de voluntad, ello no la hace un contrato, debido a que (i) se ubica en la fase precontractual (*preliminary agreements*); y (ii) carecería del carácter patrimonial, que es la esencia del contrato según el artículo 1351⁵, ya que establece deberes no patrimoniales (por ejemplo, no vinculatoriedad o confidencialidad).

B. Cartas de intención no vinculantes (*non-binding letter of intent* o *term sheet*, en adelante, de Tipo III)

Aun cuando se hayan identificado como sinónimos⁶, la relación entre las cartas de intención (*let-*

⁴ Convendría aclarar que la carta de intención al ser un negocio jurídico atípico, las diversas especies identificadas en la práctica comercial no debieran ser entendidas en sentido estricto, toda vez que, al fundarse en la autonomía privada de los contratantes, estos pudieran determinar los alcances y términos de la misma, de este modo, el Tribunal Superior de Justicia Queen’s Bench señala en su §§ 27 que “[l]as cartas de intenciones son de todo tipo. Algunas son meras expresiones de esperanza; otras son más firmes, pero dejan claro que no tienen consecuencias jurídicas; otras presagian un contrato y pueden equivaler a un acuerdo ‘sujeto a contrato’ (*subject to contract*); otras son contratos que no llegan a ser el contrato propiamente dicho que se contempla; otras son en realidad ese contrato en todo menos en el nombre” (2006) [traducción libre].

Texto original:

§ 27.- Letter of intent come in all sorts of forms. Some are merely expressions of hope: others are firmer but it clear that no legal consequences ensue; others presage a contract and may be tantamount to an agreement «subject to contract»; others are contracts falling short of the full-blown contract that is contemplated; others are in reality that contract in all but name.

⁵ Artículo 1351.- El contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir **una relación jurídica patrimonial** (1984) [el énfasis es nuestro].

⁶ Por ello discrepamos respetuosamente con Torres, quien sostiene que “[l]a carta de intención, en la práctica corporativa, también denominada *como convenio o carta de compromiso, hoja de términos, memorándum de entendimiento, letter of intent (LOI), memorandum of understanding (MOU), term sheet, principles agreement, heads of agreement o statements of agreement*, se refiere a aquel documento que suele recoger las primeras tratativas de una negociación comercial entre potenciales contratantes, o un avance bien sustancial de las mismas” (2016, p. 34) [el énfasis es nuestro], ya que se refiere con todos estos términos al mismo tipo de carta de intención, cuando cada etiqueta responde a caracteres y efectos especiales.

ter of intent) y la hoja de términos (*term sheet*) es una de hiperonimia (género-especie) antes que de cohonimia (especie-especie).

En efecto, la hoja de términos es aquella carta de intención no vinculante, vale decir, una carta de intención en sentido estricto. Por lo que, en cierto sentido, la hoja de términos, al no contar con efectos vinculantes, se asemeja a una simple declaración de ciencia, la cual “está dirigida a dejar constancia de una serie de hechos, situaciones o características que han de acompañar a la declaración de voluntad en la producción de los efectos jurídicos queridos por el agente” (Espinoza, 2023, p. 85). Tanto la carta de intención como la declaración de ciencia buscan contribuir a la mejor articulación de la relación jurídica negocial, sin que, en ningún caso, su existencia genere una fase contractual previa a partir de la cual se produzca la conclusión del contrato principal.

Es importante destacar que estas cartas no crean obligaciones vinculantes entre las partes (Shelley & Toronto, 2005, p. 52), y toda cláusula que aborde la ausencia de tales efectos debe redactarse de manera explícita y utilizando un lenguaje claro y sencillo (Farnsworth, 1987, pp. 288-289; Schopf *et al.*, 1996, p. 34; Homburger & Schueller, 2002, pp. 526-527). No obstante, aunque la carta de intención no sea vinculante en sí misma, las partes pueden acordar cláusulas que sí lo sean, independientes del contenido de la carta. Estas cláusulas pueden abordar aspectos como la confidencialidad, la exclusividad y la resolución de controversias (Baker *et al.*, 2023, p. 7).

En nuestro ordenamiento jurídico, la buena fe es una cláusula general directriz en el transcurso de las negociaciones (artículo 1362 del Código Civil)⁷, al igual que durante la celebración y ejecución del contrato; en consecuencia, de tener en cuenta la clasificación del derecho anglosajón tendríamos lo siguiente:

Tabla 1: Clasificación de las cartas de intención en función de su vinculatoriedad

	Cartas de intención no vinculantes	Cartas de intención vinculantes	
Tipo	III	II	I
Naturaleza	Declaración de ciencia	Negocio jurídico	Contrato
Reglas aplicables	Irrelevante para el derecho	Artículos 140 y siguientes. Artículo 1362	Artículos 1351 y siguientes.

Fuente: Elaboración propia.

- La regla en el régimen de las cartas de intención son las del Tipo II, vale decir, aquellas vinculantes en virtud de la buena fe debido al deber general impuesto *ex artículo* 1362. Ello ocurre siempre que (i) las partes no acuerden la no vinculatoriedad del documento; y (ii) generen una confianza legítima mediante los términos convenidos en la carta de intención (véase *infra* V.B). A este tipo de cartas se le aplican el régimen general de los negocios jurídicos (artículo 140 y siguientes del Código Civil) dada su atipicidad.
- Constituyen la excepción, las cartas de intención con fuerza contractual (Tipo I) y la simple hoja de términos (Tipo III). Las del primer tipo se ubicarían en la fase posterior a la celebración del contrato, lo que conllevaría a que le resulten aplicables las disposiciones generales de contratos (artículo 1351 y si-

guientes del Código Civil); las del tercero, no cuentan de relevancia jurídica alguna.

III. ¿RESULTA EXIGIBLE EL ANÁLISIS DE SU VALIDEZ?

Tradicionalmente, se ha presumido la validez de los actos humanos que producen consecuencias jurídicas. Respecto de los actos normativos, por ejemplo, durante un largo tiempo se presumía su validez, y, por tanto, su eficacia. En la actualidad se distinguen los planos de existencia, validez y eficacia de los actos (normativos o no)⁸.

Diferenciados estos tres planos, convendría advertir que no todos los tipos de cartas de intención exigen el análisis de su validez. Si bien las cartas de intención de Tipo I y II deben atender al filtro que sanciona el artículo 140 del Código Civil, lo propio no ocurre con la hoja de términos, ya que, al ser

⁷ Artículo 1362.- Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes (1984).

⁸ Sobre los actos normativos, Marcenò (2013) reconoce que “el proceso de constitucionalización ha permitido que el concepto de existencia adquiera autonomía con respecto al de validez” (pp. 18-19), de manera que “la existencia de una norma es una precondition necesaria de su validez; una norma, incluso antes de ser válida, debe existir” (p. 19). Sin embargo, pese a que “[n]o se trata de una tesis nueva en el panorama constitucionalista” (Marcenò, 2013, p. 22), no debiera sorprendernos que aun existan opiniones en la doctrina que esbozan los conceptos de abrogación y derogación sobre la base de la presunción de validez del acto normativo, como ocurre en Trapani (2019, p. 77 y siguientes).

una mera declaración de ciencia, no tiene existencia jurídica y, en consecuencia, no podría apreciarse su validez o invalidez.

Respecto del filtro impuesto ex artículo 140 del Código Civil, se sabe que la técnica legislativa del Código Civil peruano no es la más feliz, por cuanto tiende a ‘mezclar’ las instituciones que regula. De manera que, no debiera sorprendernos que sancione la abrogación de ‘una ley por otra ley’ (artículo I del Título Preliminar del Código Civil) antes que la abrogación de un ‘acto normativo por otro acto normativo’ (o, en su defecto, de una norma jurídica por otra), que regule el régimen de responsabilidad por lesión al interés crediticio bajo el nombre de ‘responsabilidad por inejecución [sic] de obligaciones’, que sancione la ‘resolución’ de la obligación indivisible, **y así podríamos seguir hasta la dación del próximo código**. Con todo, el artículo 140 en cuestión se encuadra en este ‘marco’ de ‘bondades’ o ‘novedades’ del Código Civil vigente, ya que regula los elementos y requisitos de validez del negocio jurídico al mismo tiempo. En aras de esclarecer dicha ‘novedad solutiva’⁹ realizaremos las siguientes aclaraciones con relación al artículo 140 del Código Civil:

- La declaración de voluntad¹⁰, el sujeto, objeto, fin y la forma constituyen los elementos del negocio jurídico, estos, a su vez, determinan la **existencia del negocio**. Con lo cual, frente a la ausencia de alguno de ellos, estaríamos refiriéndonos a un negocio, sin lugar a duda, inexistente.
- Mientras que la ‘plena capacidad de ejercicio’ del sujeto, la ‘posibilidad física y jurídica’ del objeto, la ‘licitud’ del fin, y la ‘observancia de la forma prescrita’ constituyen los **requisitos de validez del negocio**.

Entonces, teniendo en cuenta los tres tipos de carta de intención, el filtro de validez resultaría exigible únicamente para aquellas cartas de intención con fuerza contractual (Tipo I) y aquellas vinculantes en virtud de la buena fe (II). Dado que las cartas de intención de Tipo I se rigen por el tipo contractual para cada caso en específico, nos detendremos en el análisis de las cartas de intención de Tipo II, para lo cual nos valdremos del artículo 140 del Código Civil.

1. En cuanto a la capacidad de los sujetos

Esta es entendida en su dimensión estática, en cuanto capacidad de goce, y dinámica, en cuanto capacidad de ejercicio. La primera es inherente a todo sujeto de derecho por su condición de tal; la segunda, se presume por mayoría de edad (artículo 42 del Código Civil) y es la que se exige como primer requisito de validez en todo negocio jurídico. Si nos encontrásemos en el contexto de negociaciones de dos personas jurídicas, debiéramos observar la legitimidad de sus representantes.

De acuerdo con el quinto párrafo del artículo 14 de la Ley General de Sociedades, Ley 26887, se establece con relación al gerente general, que este “goza de facultades de disposición y gravamen respecto de los bienes y derechos de la sociedad, pudiendo celebrar todo tipo de contrato civil, bancario, mercantil y/o societario previsto en las leyes de la materia” (1998), en consecuencia, los gerentes empresariales cuentan con facultades suficientes para la suscripción de este tipo de documentos. Mientras que para los representantes la eficacia de la suscripción se garantiza de cuatro maneras: (i) mediante otorgamiento de poder (artículo 145 del Código Civil)¹¹; (ii) por ratificación del representante (artículo 162 del Código Civil)¹²; (iii) por apa-

⁹ Tal es la confianza del legislador, quien ha afirmado que “la noción incorporada al artículo 140 del Código Civil tiene una **latitud y una comprensión que justifican su presencia en nuestra codificación civil y en general en nuestro Derecho Privado**” [el énfasis es nuestro], a tal grado de que dicha inclusión se considera una solución a algún defecto sistemático que sufría el código abrogado de 1936 (Vidal, 2013, pp. 32 y 45).

¹⁰ Compartimos la idea de que “el modelo jurídico adoptado” [entiéndase el Código Civil] “se inclina por la posición que los entiende como conceptos idénticos” (Espinoza, 2023, p. 86) (el agregado es nuestro). Por tanto, cuando utilicemos el término “declaración de voluntad” nos referiremos a la “manifestación de voluntad” que prescribe inicialmente el artículo 140 del Código Civil.

¹¹ Artículo 145.- El acto jurídico puede ser realizado mediante representante, salvo disposición contraria de la ley. La facultad de representación la otorga el interesado o la confiere la ley (1984).

¹² Artículo 162.- En los casos previstos por el artículo 161, el acto jurídico puede ser ratificado por el representado observando la forma prescrita para su celebración.

La ratificación tiene efecto retroactivo, pero queda a salvo el derecho de tercero.

El tercero y el que hubiese celebrado el acto jurídico como representante podrán resolver el acto jurídico antes de la ratificación, sin perjuicio de la indemnización que corresponda (1984) [el énfasis es nuestro].

riencia (artículo 152 del Código Civil)¹³; o (iv) tolerancia (artículo 165 del Código Civil)¹⁴. En los dos últimos supuestos, consideramos que resultan eficaces toda vez que la ley no exija una formalidad para el poder, como ocurre con la facultad de disposición (artículo 156 del Código Civil)¹⁵.

2. En cuanto a la posibilidad física y jurídica del objeto

Antes de observar si el objeto de la carta de intención cumple con el segundo filtro de validez, convendría determinar cuál es el mismo. Atendiendo lo anterior, si nos encontrásemos en negociaciones para la celebración de un (futuro) contrato de compraventa, el objeto de la carta de intención no puede ser otro que los bienes sujetos a negociación. Sin embargo, una atenta doctrina sostiene que lo conveniente sería analizar la posibilidad jurídica y física del objeto, antes de encontrar su acepción unívoca para todo negocio jurídico. En ese sentido, se hace referencia, de manera tradicional, a la imposibilidad ‘física’ y ‘jurídica’ (ex artículo 219 del Código Civil), abordando aquello que no puede ser alcanzado mediante el esfuerzo humano o lo que, a pesar de ser factible desde un punto de vista práctico, queda excluido por disposiciones legales de la disponibilidad de las personas (León Hilario, 2021, p. 378).

3. En cuanto al fin perseguido

Sostenemos que tal requisito es la finalidad común de las partes. Nuestro ordenamiento impone un criterio de licitud para determinar su validez. Al respecto, la licitud puede ser entendida en dos aspectos, uno formal, –conformidad con las normas imperativas– y otro material –relacionado con los valores jurídicos– (Espinoza, 2023, p. 822). Debido a su naturaleza intrínseca, la nulidad por una finalidad ilícita resulta más compleja de reconocer, ya que implica investigar la intención particular de las partes en el negocio jurídico (León, 2021, p. 382).

Si las partes han suscrito una carta de intención de tipo II, el fin perseguido es la celebración del contrato definitivo. Tal finalidad debería concluirse tras la interpretación de los términos acorda-

dos, así como de la ausencia de una cláusula de no vinculatoriedad.

4. En cuanto a la observancia de la forma prescrita

El artículo 143 del Código Civil prescribe que “Cuando la ley no designe una forma específica para un acto jurídico, **los interesados pueden usar la que juzguen conveniente**” (1984) [el énfasis es nuestro]. Con lo anterior, la carta de intención no observa una forma solemne para su validez, por cuanto es, como se ha dicho, un instrumento jurídico atípico y, por tanto, se rige bajo la libertad de forma.

IV. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LAS CARTAS DE TIPO II: CLÁUSULAS VINCULANTES

Como adelantamos (véase *supra* II.A.2.), este tipo de cartas de intención resultan vinculantes para las partes en función de los términos que estas acuerden sobre la base de un escenario de ‘confianza legítima’. Tal escenario se produce por dos razones principales: (i) la cláusula de esfuerzos razonables (*easonable endeavours*); y (ii) la presencia de cláusulas vinculantes: confidencialidad, exclusividad, arbitraje (Wilmot-Smith & Darling, 2002, p. 511). Ambos caracteres demostrarían la (común) intención de las partes de celebrar el contrato definitivo. Observemos las cláusulas vinculantes ‘comunes’ en este tipo de documentos.

A. Cláusula de confidencialidad

Pannebakker se refiere a las cláusulas de confidencialidad como:

Acuerdos en virtud del cual una o varias partes se obligan a mantener en secreto la información que les haya sido revelada durante la celebración de un contrato o con anterioridad a la misma [...] así como a no utilizar dicha información para fines distintos de los previstos (2018, p. 161).

Estos acuerdos de confidencialidad suelen ser una cuestión que puede resultar crucial durante las negociaciones, vale decir, aquellos que abarcan

¹³ Artículo 152.- La revocación debe comunicarse también a cuantos intervengan o sean interesados en el acto jurídico.

La revocación comunicada sólo al representante no puede ser opuesta a terceros que han contratado ignorando esa revocación, a menos que ésta haya sido inscrita.

Quedan a salvo los derechos del representado contra el representante [el énfasis es nuestro] (1984).

¹⁴ Artículo 165.- **Se presume que el dependiente que actúa en establecimientos abiertos al público tiene poder de representación de su principal** para los actos que ordinariamente se realizan en ellos (1984) [el énfasis es nuestro].

¹⁵ Artículo 156.- Para disponer de la propiedad del representado o gravar sus bienes, se requiere que el encargo conste en forma indubitable y por escritura pública, bajo sanción de nulidad (1984).

desde el secreto de las negociaciones hasta aquel donde se prohíbe otorgar información generada durante tal periodo –por ambas partes–.

Las partes, al pactar la confidencialidad respecto de ciertos datos, buscan por lo general tres efectos: (i) permitir la revisión de información confidencial; (ii) protegerse contra el uso indebido de la información confidencial; y (iii) protegerse contra la divulgación no autorizada de la información confidencial (Ruiz, 2012, p. 339).

B. Cláusula de exclusividad

Una cláusula de exclusividad (*lock-out agreement*) es un negocio jurídico atípico mediante el cual una de las partes se somete a no negociar con terceros por un plazo determinado (Farnsworth, 1987, p. 279; Atkins, 2011, p. 11; Hajnovicova *et al.*, 2019, p. 142). Al ser una figura atípica, igual que la carta de intención, se rige bajo las reglas del Libro II del Código Civil. Además, no debiéramos entrar en equívocos conceptuales, ya que la naturaleza de la cláusula de exclusividad no es propiamente obligativa¹⁶, no puede identificarse el continente con el contenido, la obligación –o prestación de no hacer– constituye la cobertura de la cláusula antes que equipararse a esta.

Durante las tratativas en el contexto de transacciones comerciales, las partes suelen acordar este tipo de cláusulas con la finalidad de que una exija a la otra el ‘bloqueo’ en las negociaciones con terceros relativas al objeto de los acuerdos preliminares (*preliminary agreements* o, más específicamente, *letters of intent*) (Halson *et al.*, 2017, p. 63). En tal sentido, este tipo de cláusulas demuestran no solo la vinculatoriedad de la carta de intención –por lo menos respecto de tales acuerdos–, sino también la intención (futura) de celebrar el contrato definitivo.

Adicionalmente, a los requisitos exigidos por el artículo 140 del Código Civil, los cuales se han de-

mostrado, por lo demás, en el análisis relativo a la validez de la carta de intención y que resultaría asimilable también a la cláusula de exclusividad, en cuanto a la capacidad de los sujetos, objeto y formalidad (véase *supra* III.). Lo propio no ocurre con el fin, ya que resulta distinto al de la carta de intención. Así, el fin de esta cláusula consiste en la no negociación de los objetos cuya traslación se encuentra negociándose. Dicho fin no contradice los valores de nuestro ordenamiento jurídico, pues no se opone a normas imperativas, orden público o buenas costumbres. En consecuencia, el fin de la cláusula de exclusividad cumple con el requisito de la licitud.

También debería tenerse en cuenta el plazo para la determinación de la validez de la cláusula de exclusividad (Cartwright & Hesselink, 2006, pp. 162-191; Maisch & Avendaño, 2015, p. 206; Pannebakker, 2018, pp. 248-250). No hay que perder de vista, pues, que nadie está obligado a lo imposible (*ad impossibilia nemo tenetur*), en consecuencia, dado que la finalidad de esta cláusula ubica en una situación de desventaja a quien se encuentre obligado a cumplirla, no podría ser perpetua sino temporal.

A pesar de ello, **el filtro de validez que atraviesan las cláusulas de exclusividad se podría encontrar en conflicto con lo dispuesto en el artículo 882 del Código Civil**¹⁷, ya que dicho artículo impide los pactos prohibitivos de enajenación.

La interpretación que realiza la judicatura¹⁸ y la Academia¹⁹ se han orientado por entender que los alcances del artículo 882 del Código Civil resultan absolutos, toda vez que manifiestan que no debiéramos realizar distinción donde la ley no lo hace (Arata Solís, 2023, p. 294). Siguiendo ese razonamiento, el citado artículo comprendería a todo tipo de acuerdo (contractual o no) con un plazo determinado, determinable o indeterminado, cuyo pacto se sancionaría con la nulidad por con-

¹⁶ Término que prefiere Riva-Agüero (1937) sobre aquel neologismo ‘obligacional’:

¿Por qué en la Exposición de Motivos sobre el Libro Quinto, el repetido barbarismo habrán en lo impersonal, y los presuntuosos neologismos obligacional y jurisprudencial, dignos hermanos de la quiddidad de los escolásticos medioevales? Ya que recurren sabiéndolo o nó, a los arcaísmos, sonaría mejor obligatorio (p. 335).

Difundido más recientemente en nuestro medio por León Hilario (2022, p. 206).

¹⁷ Artículo 882.- **No se puede establecer contractualmente** la prohibición de enajenar o gravar, salvo que la ley lo permita (1984) [el énfasis es nuestro].

¹⁸ Criterio adoptado por el Tribunal Registral (15 y 16 de noviembre de 2012), a propósito del XCIX Pleno, donde precisó “Las restricciones convencionales de la propiedad establecidas por pacto no pueden comprender –de manera absoluta, relativa ni temporal–, los atributos de enajenación o gravamen del bien” (p. 32). Tal interpretación ha sido recogida por las “Resoluciones 019-2008-SUNARP-TR-A, del 18 de enero de 2008, y 086-2009-SUNARP-TR-A, del 6 de marzo de 2009” (Arata Solís, 2023, p. 294).

¹⁹ En tal sentido, Castañeda (1973, pp. 220-223); Arias-Schreiber (1998, p. 49); Avendaño Valdez y Avendaño Arana (2017, pp. 59-60); Arata Solís (2023, pp. 300-301). Sobre las distintas tesis que defienten la absolutez, relatividad y una posición intermedia respecto del artículo 882 del Código Civil, consúltense Varsi (2017, pp. 269-271).

travenir el orden público y las buenas costumbres (artículo V del Título Preliminar del Código Civil²⁰, artículo 219.8 del Código Civil²¹), así como por objeto jurídicamente imposible (artículo 219.3)²². Sin embargo, consideramos que tal interpretación no resulta aplicable a las cláusulas de exclusividad por dos razones:

- La naturaleza de tales acuerdos prohibitivos es contractual, y el contexto en que se producen las cláusulas de exclusividad son precontractuales. Qué sentido tendría, por lo demás, que una de las partes soporte la exclusividad si desde el momento en que se celebra el contrato y por la sola obligación de enajenar se transmite la propiedad (artículo 949 del Código Civil), para los bienes inmuebles por lo menos.
- La disposición del artículo 882 del Código Civil es una norma que restringe derechos, ya que limita la facultad de disposición que se incluye en el derecho de todo propietario (artículo 923 del Código Civil)²³. Al ser una norma restrictiva, no es aplicable por analogía (artículo IV del Título Preliminar del Código Civil)²⁴. De igual manera se descartaría la interpretación extensiva, pues no podría subsumirse un acuerdo precontractual donde la ley sanciona que “No se puede establecer **contractualmente**” [el énfasis es nuestro].

Además, nada obliga a los jueces a mantener tal interpretación (del artículo 882 del Código Civil), esto debido a que, recordemos, los jueces “sólo están sometidos a la Constitución y la ley” (artículo 146.1 de la Constitución) mas no a la jurisprudencia y la doctrina. De esta manera, los operadores jurídicos pueden alejarse de la interpretación extensiva y absoluta del artículo 882 del Código

Civil teniendo en consideración las razones expuestas para la aplicación restrictiva.

Ahora bien, toda cláusula de exclusividad una vez pactada válidamente –conforme al artículo 140 del Código Civil y con un plazo determinado o determinable– produce principalmente dos efectos:

- La no negociación de los bienes o servicios materia de la cláusula exclusividad. Las cláusulas de exclusividad implican que el propietario no comercialice activamente –el objeto de las negociaciones–, no realice solicitudes privadas, no fomente la consulta, no responda, discuta, analice, retenga o reciba propuestas (Gosfield, 2004, p. 56).

En las cartas de intención pueden surgir diversas obligaciones, que surgen de la redacción de esta. La obligación de exclusividad puede ser una de ellas, la que consiste en no desarrollar tratativas paralelas con otros (Roppo, 2009, p. 152). Por lo tanto, el efecto más inmediato de una cláusula de exclusividad es la no negociación, no ofrecimiento paralelamente con terceros del objeto que son materia de las negociaciones.

- Reforzar la confianza entre las partes sobre la celebración del contrato. El principio general de buena fe puede ser afrontado desde dos perspectivas: una subjetiva, en la cual se considera como la convicción interna que se está actuando correctamente, conforme a derecho –llamada también buena fe creencia–; y otra objetiva, caracterizada por el comportamiento correcto del sujeto que es percibido por la contraparte o por los demás –buena fe lealtad, probidad, confianza o comportamiento– (Espinoza, 2016, p. 174). Estas cláusulas se han considerado válidas, en particular, como parte del contenido

²⁰ Artículo V.- Es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres (1984).

²¹ Artículo 219.- El acto jurídico es nulo:

[...]

8.- En el caso del artículo V del Título Preliminar, salvo que la ley establezca sanción diversa (1984).

²² Artículo 219.- El acto jurídico es nulo:

[...]

3.- Cuando su objeto es física o jurídicamente imposible o cuando sea indeterminable (1984).

Castañeda, al comentar el artículo 852, antecedente de nuestro actual artículo 882, del Código Civil de 1936 [derogado], entendía que todo contrato “que contenga una cláusula de indisponibilidad relativa o absoluta, no será nulo totalmente, sino que la nulidad comprenderá solo dicha cláusula; y dicha nulidad es absoluta, funciona *ipso iure*, por cuanto semejante estipulación contiene objeto ilícito”, resultándole aplicable la nulidad por objeto ilícito del inciso 2 del artículo 1132 del Código abrogado (1973, pp. 222-223).

²³ Artículo 923.- La propiedad es el poder jurídico que permite usar, disfrutar, **disponer** y reivindicar un bien. Debe ejercerse en armonía con el interés social y dentro de los límites de la ley (1984) [el énfasis es nuestro].

²⁴ Artículo IV.- La ley que establece excepciones o restringe derechos no se aplica por analogía (1984).

vinculante de una obligación de negociar de buena fe (Pannebakker, 2018, p. 217).

En conclusión, las cláusulas de exclusividad pactadas válidamente, sujetas a un plazo determinado o determinable, *in abstracto*, producen principalmente dos efectos: (i) la no negociación de los bienes o servicios, materia de la cláusula de exclusividad; y (ii) reforzar la confianza entre las partes sobre la celebración del contrato.

C. Convenio Arbitral

También resultan comunes los convenios arbitrales contenidos en la carta de intención. Sin embargo, el análisis de su validez y eficacia se realiza con independencia a los términos del documento. Así, el artículo 42 del Decreto Legislativo 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje (en adelante, Ley de Arbitraje), prescribe:

(...) 2. **El convenio arbitral que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del mismo. La inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia de un contrato que contenga un convenio arbitral, no implica necesariamente la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia de éste.** En consecuencia, el tribunal arbitral podrá decidir sobre la controversia sometida a su conocimiento, la que podrá versar, incluso, sobre la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del contrato que contiene un convenio arbitral. (2008) [el énfasis es nuestro]

El citado artículo consagra el principio de separabilidad del Convenio Arbitral, con lo cual, este tipo de cláusulas pueden encontrarse presentes en cualquiera de los tipos de cartas de intención, vinculantes o no, siempre que reúnan sus requisitos constitutivos, mismos que obedecen al aspecto subjetivo y objetivo del convenio arbitral, los cuales son (i) que las partes hayan consentido o expresado su ánimo de arbitrar; y (ii) que exista una controversia sobre la cual verse el arbitraje

(Cantuarias, 1995, pp. 246-247). También tendrá que observarse el soporte material que pruebe su existencia, el cual puede ser por medios físicos o tecnológicos ya que la ley no prescribe una forma única²⁵.

V. SIGUE. LAS CARTAS DE TIPO III Y LA CLÁUSULA DE NO VINCULATORIEDAD

A. Los límites de la autonomía privada

Para este punto, convendría aclarar los alcances de una cláusula de no vinculatoriedad, es decir, hasta dónde llegan los límites de la autonomía privada respecto de este tipo de cláusulas. En tal sentido, ¿es jurídicamente admisible que las partes puedan convenir lo relativo a la existencia, relevancia y eficacia de un negocio jurídico? Veamos:

1. En cuanto a la existencia

Situémonos, por ejemplo, en el supuesto de un contrato de trabajo –aquellos regulados por el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado mediante el Decreto Supremo 003-97-TR–, podría ocurrir que aun cuando no se haya convenido formalmente un contrato de esta naturaleza entre el empleador y el trabajador, si se verificase sus elementos constitutivos –subordinación, prestación personal y remuneración–²⁶ sí podríamos referirnos a un contrato de trabajo jurídicamente existente, en otras palabras, aun cuando las partes nieguen la existencia de una relación jurídica, basándonos en el principio de primacía de la realidad se concluye dicha relación, en consecuencia, se desatendería válidamente tales afirmaciones²⁷. Entonces, al evaluar la existencia de un negocio jurídico que regula situaciones jurídicas, el análisis se realizará sobre basamentos objetivos antes que subjetivos, vale decir, **que para verificar la existencia *in abstracto* de un negocio jurídico tendría que observarse si efectivamente concurrieron sus elementos constitutivos:** declaración de voluntad, sujeto, objeto, fin y forma –de requerirse–.

²⁵ Artículo 13.- Contenido y forma del convenio arbitral.

(...)

2. **El convenio arbitral deberá constar por escrito.** Podrá adoptar la forma de una cláusula incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente.

3. Se entenderá que el convenio arbitral es escrito **cuando quede constancia de su contenido en cualquier forma**, ya sea que el acuerdo de arbitraje o contrato se haya concertado mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio (2008) [el énfasis es nuestro].

²⁶ Véase a Tribunal Constitucional (2010).

²⁷ Así, nuestro Tribunal Constitucional, “en aplicación del principio de primacía de la realidad”, sostiene que “**los hechos prevalecen sobre las formas y apariencias del contrato civil** con el que se pretendía encubrir una relación laboral” [el énfasis es nuestro] (2012). El mismo criterio fue empleado en reiterada jurisprudencia; en tal sentido, véase a Tribunal Constitucional (2011), *Ibid.* (2014), *Ibid.* (2018).

2. La relevancia jurídica

Se determina por la atribución que realiza la norma jurídica sobre un supuesto de hecho (*fattispecie*), que al verificarse con la realidad le otorga efectos jurídicos. Sin embargo, para aquellos supuestos atípicos no contemplados en la legislación, la calificación de su relevancia o irrelevancia ocurre de otra manera.

Por ejemplo, la cláusula penal es un mecanismo de tutela frente al incumplimiento²⁸ (temporal o absoluto, artículos 1341 y 1342 del Código Civil); sin embargo, en la práctica comercial se evidencia el acuerdo de penalidades por razones distintas al incumplimiento, así, el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado, mediante Opinión 27-2010/DTN, sostuvo que:

aún en dicho dispositivo se desprende que la Entidad tiene la facultad de establecer los documentos de selección la aplicación de «Otras penalidades», distintas a la penalidad por mora en la ejecución de la prestación; debiendo precisarse que para tal efecto, la Entidad deberá:

- i) prever que dichas penalidades sean objetivas, razonables, congruentes y proporcionales con el objeto de la contratación; ii) definir los supuestos que originaría su aplicación, los cuales deben ser diferentes al retraso injustificado o mora; iii) delimitar la forma de cálculo de la penalidad para cada uno de los supuestos que previamente hubiera definido; y, iv) establecer el procedimiento a través del cual verificará si se constituye el supuesto que da lugar a la aplicación de la penalidad. (OSCE, 2010)

Si solo los hechos calificados por una norma jurídica son relevantes para el derecho, el acuerdo de penalidades por cuestiones ajenas al incumplimiento sería jurídicamente irrelevante sin embargo, ello no ocurre así, ya que las partes han decidido *a priori* su relevancia. **Entonces, si las partes decidiesen atribuirle la irrelevancia a un acuerdo, este debiera ser jurídicamente inexistente, a contrario, si el negocio existe objetivamente es relevante para el derecho.**

En síntesis, la relevancia jurídica de un negocio está en función de su existencia. Entonces, como ya hemos mencionado, la autonomía privada puede determinar la existencia del negocio, y la existencia de este implica su relevancia jurídica, por tanto, las partes pueden determinar la relevancia de un negocio. **Sin embargo, una vez que el negocio existe, las partes no pueden desconocerlo**

—convenir su inexistencia—, y, en consecuencia, no pueden pactar la irrelevancia.

3. Respecto de la eficacia de las partes, sobre todo, en cuanto a la vinculatoriedad

Los operadores jurídicos analizan *in primis* la voluntad de los sujetos que han convenido el negocio jurídico, si estos claramente han establecido su voluntad de no vincularse, qué duda cabe que no hay fuerza en este mundo que doblegue tal disposición. Sin embargo, cuando nos encontramos frente a controversias, dicha voluntad debe examinarse. Por ello, cuando se establezca la no vinculatoriedad de un acuerdo, ello tendría que realizarse sobre la base de algunas modalidades del negocio para que surta efectos (condición, plazo, modo); *a contrario*, si dicha cláusula de no vinculatoriedad se acuerda sin establecer modalidad alguna, entonces sería perpetua, de ser así, ¿cuál sería la utilidad del negocio si las partes pretenden nunca vincularse? Es por ello que sostenemos que la eficacia de alguna cláusula de no vinculatoriedad requiere la presencia de algún elemento accidental del negocio.

B. Los alcances de la cláusula de no vinculatoriedad

Una vez esclarecido los límites de la autonomía privada, podemos advertir dos hipótesis que pueden presentarse al acordar una cláusula de no vinculatoriedad: (i) que las partes hayan acordado de manera indubitable la no vinculatoriedad de la carta de intención, lo que implicaría la ineficacia de esta, puesto que no generarían efectos jurídicos; y (ii) otra donde las partes, aun cuando hayan acordado la no vinculatoriedad del documento, han establecido cláusulas vinculantes con eficacia autónoma al de la carta de intención en sentido estricto.

1. Respecto a la primera hipótesis

Pueden acordarse cláusulas de no vinculatoriedad que establezcan o bien la inexistencia (jurídica) del documento, o bien su ineficacia. Si los suscribientes acordasen una 'cláusula de no vinculatoriedad' que niegue la existencia jurídica del documento, la carta de intención constituiría una simple declaración de ciencia, lo que conllevaría a considerarse inexistente para el derecho, no siéndole exigible el análisis de validez. Recordemos que, para calificar la validez o invalidez de un acuerdo, este debiera existir jurídicamente.

²⁸ Para un tratamiento sobre la cláusula penal y la tutela frente al incumplimiento consúltese Fernández (2018).

Por otro lado, las partes pueden someter a través de cláusulas de no vinculatoriedad la eficacia de la carta de intención. Sin embargo, si pretendiesen determinar los efectos del documento, dicha cláusula debiera estar sujeta a una modalidad negocial (condición, plazo, modo) (véase *supra* V.A).

También podría condicionarse la eficacia de la carta de intenciones a la firma del contrato definitivo, sin embargo, el Código Civil respecto de las condiciones suspensivas potestativas sanciona que: “Es nulo el acto jurídico cuyos efectos están subordinados a condición suspensiva que dependa de la exclusiva voluntad del deudor” (artículo 172 del Código Civil). No obstante ello, una atenta doctrina ha calificado tal nulidad como una ‘inconsistencia estratégica’. Ello se debe –explica tal sector– a que el Código Civil sanciona con distintas consecuencias jurídicas dos figuras cuya causa proviene de la declaración unilateral de una de las partes:

“El Código Civil regula dos esquemas que permiten condicionar la existencia de un vínculo contractual a la decisión arbitraria de una de las partes: (i) la condición suspensiva potestativa y (ii) el contrato de opción.

Evidentemente, el Código presenta un problema de estrategia, ya que el hecho que establezca la invalidez del primer esquema y la validez del segundo esquema demuestra (i) que adopta ‘objetivos’ contradictorios entre sí; o, (ii) que adopta ‘tácticas’ deficientes que permiten la frustración del objetivo deseado –cualquiera sea este–” (Escobar, 2021, p. 163).

Y se concluye que “La condición suspensiva en cualquiera de sus formas, ha de ser válida, pues, salvo casos patológicos excepcionales, las partes siempre tienen motivos razonables y atendibles para pactar tal condición” (Escobar, 2021, p. 164) [el énfasis es nuestro].

Otro dato que revelaría el *animus* de las partes a no vincularse se encuentra en el establecimiento de cláusulas de respuesta afirmativa –*affirmative*

response clauses–, cada vez más comunes en la práctica comercial, las cuales facultan al titular que soporta la cláusula de exclusividad a salirse de tal periodo si observa que la contraparte pretende cambiar sustancialmente los términos de las negociaciones o aquellos del contrato definitivo (Roberts, 2008, p. 180).

2. Respecto a la segunda hipótesis

Si las partes acordasen cláusulas autónomas a pesar de establecer la no vinculatoriedad del documento, la eficacia de tales cláusulas no está delimitadas por tal disposición. Ello permite que se separen las cláusulas vinculantes –autónomas– de la hoja de términos como declaración de ciencia. Como sostiene Gosfield:

Las cartas de intención deben renunciar a cualquier efecto contractual referido a los términos comerciales de la transacción, excepto por aquellos que son expresamente vinculantes. **Los términos no vinculantes, como sección o grupo, deben estar evidentemente separados de los elementos que sí son vinculantes.** (2004, p. 56) [el énfasis es nuestro]

En efecto, si los suscribientes han dividido el documento en secciones, todas aquellas que no se encuentren afectadas por la cláusula de no vinculatoriedad surtirán efectos siempre que resulten válidas (artículo 140 del Código Civil). Así, resulta perfectamente admisible que las partes mediante las cartas de intención puedan mezclar (*Mischungen*) elementos vinculantes como no vinculantes, los que se conocen como ‘acuerdos marco o estructurales’ (*Rahmenverträge*) (Heussen, 2014, p. 19). De este modo, la separabilidad de las cláusulas autónomas –por ejemplo, confidencialidad, exclusividad, convenio arbitral– se sustenta en la autonomía privada, ya que aun cuando las partes hayan pretendido no vincularse, pueden obligarse respecto de esas cláusulas autónomas toda vez que no estén limitadas por la no vinculatoriedad del documento. Ello podría graficarse de la siguiente manera:

Tabla 2: Distinción entre cláusulas vinculantes y no vinculantes contenidas en una carta de intención (genérica)

Carta de intención (documento)	
Carta de intención en sentido estricto (<i>term sheet</i>)	Cláusulas vinculantes con eficacia autónoma
Términos de interés Constancia de las negociaciones	Cláusula de no vinculatoriedad Cláusula de confidencialidad Cláusula de exclusividad Convenio arbitral
Naturaleza: declaraciones de ciencia	Naturaleza: negocios jurídicos atípicos

Fuente: Elaboración propia.

3. Respecto a una tercera hipótesis

Una tercera hipótesis no enunciada *in limine* podría presentarse en los supuestos donde a pesar de la existencia de una cláusula de no vinculatoriedad la carta de intención resultase vinculante para las partes. Ello ocurriría cuando entre los términos del documento se expresen razones contrarias a la no vinculatoriedad, lo que se expresaría si:

- a) la cláusula de no vinculatoriedad fue establecida con un lenguaje oscuro²⁹;
- b) la cláusula de no vinculatoriedad no está sujeta a una modalidad negocial (cargo, condición, plazo);
- c) se prescinde de cláusulas de respuesta afirmativa, lo que se traduce en el *animus contrahendi* de las partes, pues su finalidad es la celebración del contrato definitivo y no simplemente la suscripción de una hoja de términos;
- d) se observa la presencia de términos relativos a los esfuerzos razonables para la suscripción del (futuro) contrato (*reasonable effort to agree upon a contract*).

Si tales consideraciones se observan en la pretendida ‘hoja de términos’, la cláusula de no vinculatoriedad quedaría abrogada y, en consecuencia, la carta de intención pasaría de ser una de tipo III a otra de tipo II. Ello obedece a que la concurrencia de todos esos términos ha generado la ‘confianza legítima’ en, por lo menos, uno de los suscribientes. Así, la carta de intención constituiría un negocio jurídico, cuya protección legal para el suscribiente de buena fe se encuentra tutelada *ex artículo 1362 del Código Civil*, toda vez que el fundamento y consecuencias resultan de la ley y supondría, frente a su incumplimiento, un supuesto de responsabilidad precontractual (cuyo régimen aplicable es aquel extracontractual, artículos 1969 y siguientes del Código Civil)³⁰. Como sostiene Geldres Campos:

En esta etapa —entiéndase durante las tratativas—, los sujetos negociales no asumen la obligación de celebrar el contrato; por el contrario, tienen todo el derecho de apartarse de las negociaciones cuando lo consideren conveniente, no obstante, se encuentran sujetos a una serie

de deberes jurídicos de protección y cuidado que se sustentan en la buena fe. En consecuencia, **si el rompimiento de las tratativas se produce por culpa de uno de los tratantes, de tal forma que se generan daños en la otra, deberá responder por los daños sufridos. Nos encontramos dentro del campo de la responsabilidad precontractual.** (2024, p. 193) [el énfasis es nuestro]

En otras palabras, aun cuando las partes acuerden una ‘hoja de términos’ sobre la base de una cláusula de no vinculatoriedad, si tal documento contiene elementos que determinarían objetivamente la común intención de las partes de vincularse, tal cláusula quedaría abrogada y las partes acabarían vinculadas en virtud de la confianza razonable generada a la luz de sus propios términos.

VI. ¿LAS CARTAS DE INTENCIÓN PUEDEN CONTENER UNA OFERTA?

La respuesta no es —ni podría ser—, en efecto, absoluta, y ello se debe a que las cartas de intención no pueden tener una naturaleza uniforme, pues como anotamos, esta depende de lo que las partes convengan. Si entre los términos establecidos en la carta de intención se encuentra constituida válidamente una oferta, qué duda cabe que pueden realizarse en este tipo de instrumentos.

El artículo 1373 del Código Civil prescribe que “el contrato queda perfeccionado en el momento y lugar en que la aceptación **es conocida por el oferente**” (1984) [el énfasis es nuestro]. Entendemos que entre los requisitos constitutivos de la oferta se encuentran³¹:

a) *La completitud*

Esta lo determina el oferente en primer término, y, en su defecto, la ley. Cuando lo realiza la ley, la completitud se reduce a lo mínimo esencial que exige el contrato (por ejemplo, en los contratos de compraventa serían el precio y bien).

b) *El ánimo de contratar*

Consideramos este requisito como el más importante para efectos de la carta de intención, ya que

²⁹ Por ello resulta de suma importancia el carácter expreso de no vinculatoriedad, o —en su defecto— de vinculatoriedad, “ya que el título engañoso puede dar a una de las dos partes contratantes o a terceros la impresión de que no existen obligaciones reales o, correspondientemente, de que contiene obligaciones que las partes no querían contraer” (Heussen, 2014, p. 17).

³⁰ Como bien afirma Espinoza, “si estamos en el escenario de las tratativas o negociaciones del contrato, **las reglas a aplicarse a la denominada responsabilidad pre-contractual**, por haberse quebrantado el principio de la buena fe, son las de la responsabilidad aquiliana” (Espinoza, 2010) [el énfasis es nuestro].

³¹ En el mismo sentido De la Puente (2017. pp. 475-476).

las partes al establecer cláusulas de no vinculatoriedad (véase *supra* V.B) renuncian al interés de contratar, con lo cual, a lo mucho nos encontraríamos frente al interés en negociar, lo cual no genera *per se* obligaciones para las partes.

c) *Su carácter recepticio*

Entendida así la oferta, esta no resultaría vinculante para quien la emite siempre que no sea conocida por el (futuro) aceptante, además, independientemente de su recepción, si las partes renunciaron al *animus contrahendi*, la oferta jamás se constituiría y no abriría el proceso de formación del contrato.


Con lo anterior, las cartas de intención sí pueden contener ofertas; sin embargo, si las partes acordasen una cláusula de no vinculatoriedad —ora sobre la existencia, ora sobre la eficacia— esta prevalecería, dado que abrogaría el **ánimo de contratar**, ello ocurriría incluso cuando la carta de intención contenga términos contradictorios que vinculen a las partes, pues dicha vinculatoriedad se originaría por la confianza generada (artículo 1362 del Código Civil) antes que por constituir una oferta.

VII. CONCLUSIONES

- Las cartas de intención no cuentan con una ‘naturaleza jurídica estándar’, en consecuencia, tal calificación se determinará sobre los términos que las partes acuerden en el documento.
- Si tomamos como referencia el derecho anglosajón, existen tres tipos de cartas de intención sobre la base de su vinculatoriedad o en defecto de esta. En el primer grupo se ubican (i) las cartas de intención con fuerza contractual (Tipo I); como también (ii) las cartas de intención vinculantes en virtud de la buena fe (Tipo II). Mientras que en el segundo grupo encontraríamos a (iii) las cartas de intención no vinculantes (Tipo III).
- Atendiendo a dicha clasificación, tendríamos que (i) la naturaleza de las cartas de intención de Tipo I es contractual, ya que las partes han decidido otorgarle tal fuerza vinculante, lo que conllevaría a que le resulten aplicables las disposiciones generales de contratos (artículos 1351 y siguientes del Código Civil); (ii) la naturaleza de las cartas de intención de Tipo II es la de un negocio jurídico, cuya confianza legítima se encuentra tutelada *ex artículo* 1362 del Código Civil. A este tipo de cartas se le aplican el régimen general de los negocios jurídicos (artículos 140 y siguientes del Código Civil) dada su

atipicidad; y, finalmente, (iii) la naturaleza de la carta de intención de Tipo III es la de una declaración de ciencia, ya que no alcanzan el rango negocial y, por lo tanto, no producen, modifican o extinguen situaciones jurídicas.

- Si pretendiésemos realizar el análisis de la validez de este tipo de documentos, tendríamos que encontrarlos en los supuestos del Tipo I y II, ya que solo aquellos son relevantes para el derecho, mientras que las declaraciones de ciencia, al no ostentar juridicidad alguna, no atraviesa el plano de la existencia, con lo cual, no haría realizable el análisis de su validez.
- Respecto de las cláusulas de no vinculatoriedad, estas pueden pronunciarse sobre la irrelevancia o eficacia de la carta de intención. Si se establecen con relación a la irrelevancia, el documento debe ser jurídicamente inexistente, puesto que, si la carta de intención existe para el derecho, las partes no podrían abrogar tal existencia. Tal calificación (de irrelevancia jurídica) le otorga la calidad de declaraciones de ciencia a las cartas de intención. En cambio, si se pronuncian sobre la eficacia del documento, tal disposición debiera supeditarse a alguna modalidad negocial, pues si dicha cláusula de no vinculatoriedad se acuerda sin establecer modalidad alguna, entonces sería perpetua, de ser así, ¿cuál sería la utilidad del negocio si las partes pretenden nunca vincularse?
- Los alcances de las cláusulas de no vinculatoriedad no son absolutos, tal disposición puede abrogarse si objetivamente se demuestra que la común intención de las partes consistía en la celebración del contrato definitivo tras la suscripción del documento. Así pues, para anular toda cláusula de no vinculatoriedad debiera observarse si en el documento: (i) dicha cláusula fue establecida con un lenguaje ambiguo y oscuro; (ii) la propia cláusula no está sujeta a modalidad; (iii) no se han establecido cláusulas de respuesta afirmativa (*affirmative response clauses*); y (iv) las partes se comprometieron a realizar todos los esfuerzos razonables para la celebración del contrato (*reasonable effort to agree upon a contract*).
- Si se quisiera incluir una oferta en este tipo de documentos, las partes no tendrían que establecer la no vinculatoriedad de la carta de intención. Si lo hicieren, esto es, si acordasen una cláusula de no vinculatoriedad, los suscribientes renunciarían al *animus contrahendi*, lo que imposibilitaría toda refe-

rencia a una oferta contenida en la carta de intención, pues a lo mucho se observaría un *animus negotiandi*. 

REFERENCIAS

- Arata, M. (2023). Comentario sub artículo 882, pp. 261-302. En Espinoza Espinoza, J. (Dir.). *Nuevo Comentario del Código Civil Peruano*. Instituto Pacífico.
- Arias-Schreiber, M. (1998). Derechos Reales (Tomo IV). En *Exegesis del Código Civil Peruano de 1984*. Gaceta Jurídica.
- Atkins, R. (2011). Worth the wait?. *Property Law Journal* (11), 11-13.
- Avendaño, J. y Avendaño, F. (2017). *Derechos Reales*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Baker, S., Akka, L., y Glass, R. (2023). *IT Contracts and Dispute Management*. Edward Elgar Publishing Ltd.
- Cantuarias, F. (1995). El convenio arbitral en la nueva ley general de Arbitraje, ley 26572. *Derecho PUCP* (49), 237-261.
- Cartwright, J. y Hesselink, M. (eds.) *Precontractual Liability in European Private Law*. Cambridge University Press.
- Castañeda, J. E. (1973). *Los derechos reales*. Talleres Gráficos P. L. Villanueva.
- De la Puente, M. (2017). *El Contrato en General. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil*. Palestra Editores.
- Eisenberg, M. (2018). *Foundational Principles of Contract Law*. Oxford University Press.
- Escobar, F. (2021). *Reglas insensatas. Las inconsistencias conceptuales, estratégicas y políticas del Código Civil*. Palestra Editores.
- Espinoza, J. (2010). Sobre la fuente de las obligaciones, pp. 253-283. En Alferillo, P.; Guarino Arias, A. y Sommer, C. G. (coords.). *Liber Amicorum en homenaje al Prof. Dr. Luis Moisset de Espanés*. Advocatus.
- (2016). *Introducción al derecho privado. Los principios contenidos en el Título Preliminar del Código Civil*. Instituto Pacífico.
- (2023). *Acto Jurídico Negocial*. Instituto Pacífico.
- Farnsworth, E. (1987). Precontractual Liability and Preliminary Agreements: Fair Dealing and Failed Negotiations. *Columbia Law Review*, 87(2), 217-294.
- Fernández, G. (2018). *La cláusula penal. Tutela contra el incumplimiento vs. Tutela resarcitoria*. Ediciones Olejnik.
- Geldres, R. (2024). Responsabilidad civil derivada de la ruptura de los esponsales. *Actualidad Civil* (116), 185-197.
- Gosfield, G. (2004). It's a question of what's binding: A look at letter of intent. *Business Law Today*, 13(6), 54-57.
- Hajnovicova, R., Lang, N., y Usai, A. (2019). Exclusivity Agreements and the Role of the As-Efficient-Competitor Test After Intel. *Journal of European Competition Law & Practice*, 10(3), 141-158.
- Halson, R., Macmillan, C. y Stone, R. (2017). *Contract Law*. University of London International Programmes.
- Heussen, B. (2014). *Letter of Intent. Absichtserklärungen. Geheimhaltungsvereinbarungen. Optionen Vorverträge*. Verlag Dr. Otto Schmidt KG.
- Homburger, T., y Schueller, J. (2002). Letters of intent – A trap for the unwary. *Real Property, Probate and Trust Journal*, 37(3), 509-535.
- León, L. (2021). Comentario sub artículo 140.- Definición legislativa y requisitos de validez del negocio jurídico. En Espinoza Espinoza, J. (dir.). *Nuevo Comentario del Código Civil Peruano* (pp. 23-55). Instituto Pacífico.
- (2021). Comentario al artículo 219. En Espinoza Espinoza, J. (dir.). *Nuevo Comentario del Código Civil Peruano* (pp. 357-401). Instituto Pacífico.
- (2022). Comentario sub artículo 1161.- Prestaciones alternativas. En Espinoza Espinoza, J. (dir.). *Nuevo Comentario del Código Civil Peruano* (pp. 206-244). Instituto Pacífico.
- Maisch von Humboldt, L. & Avendaño, J. (2015). Exposición de Motivos y Comentarios al Libro Quinto del Código Civil Peruano. Derecho Reales,. En Revoredo Marsano, D. (comp.). *Código Civil. Exposición de Motivos y Comentarios* (pp. 205-366). Thomson Reuters.
- Marcenò, V. (2013). *La legge abrogata: Esistenza, validità, efficacia*. G. Giappichelli Editore.

- Pannebakker, E. (2018). *Letter of Intent in International Contracting*. Intersentia.
- De la Riva-Agüero y Osma, J.(1937). Discurso-Memoria en el Colegio de Abogados,. *En Riva-Agüero y Osma, José de la (1979) - Obras Completas* (pp. 327-361). Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Roberts, D. J. (2009). *Mergers & Acquisitions*. John Wiley & Sons, Inc.
- Roppo, V. (2009). *El Contrato*. Gaceta Jurídica.
- Ruiz, D. (2012). Los acuerdos de confidencialidad en la contratación minera. *Advocatus* (12), 337-343.
- Schopf, W., Kraus, K., y Flaming, T. (1996). When a letter of intent goes wrong: explore if you'll win if it's in the hands of a jury. *Business Law Today*, 5(3), 30-34.
- Shelley, K. y Toronto, J. (2005). Preliminary Agreements: How to Avoid Unintended Contractual Obligations. *Franchise Law Journal*, 25(2), 47-55.
- Trapani, M. (2019). *Abrogatio. Lineamenti della validità temporale della norma giuridica*. G. Giapichelli Editore.
- Varsi, E. (2017). *Tratado de derechos reales (Parte General)*. Fondo Editorial de la Universidad de Lima.
- Vidal, F. (2013). *El Acto Jurídico*. Gaceta Jurídica.
- Wilmot-Smith, R. y Darling, P. (2021). *Wilmot-Smith on Construction Contracts*. Oxford University Press.

LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS

- High Court of Justice Queen's Bench (2006, 29 de marzo). *EDRC Group Limited v. Brunel University*.
- Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado, 10 de marzo de 2010, Opinión 27-2010/DTN (Perú).
- Tribunal Constitucional [T.C.], 6 de diciembre de 2010, sentencia recaída en el Expediente 01458-2010-PA/TC (Perú).
- Tribunal Constitucional [T.C.], 3 de junio de 2011, sentencia recaída en el Expediente 01388-2011-PA/TC (Perú).
- Tribunal Constitucional [T.C.], 22 de octubre de 2012, sentencia recaída en el Expediente 03146-2012-PA/TC (Perú).
- Tribunal Constitucional [T.C.], 8 de abril de 2014, sentencia recaída en el Expediente 1388-2011-PA/TC (Perú).
- Tribunal Constitucional [T.C.], 6 de marzo de 2018, sentencia recaída en el Expediente 04950-2014-PA/TC (Perú).
- Tribunal Registral [T.R.], 18 de enero de 2008, Resolución 019-2008-SUNARP-TR-A (Perú).
- Tribunal Registral [T.R.], 6 de marzo de 2009, Resolución 086-2009-SUNARP-TR-A (Perú).
- Tribunal Registral [T.R.], 15 y 16 de noviembre de 2012. XCIX Pleno Registral (Perú).