

REPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL Y ACUERDOS PRELIMINARES: *FAIR DEALING* Y FRACASO EN LAS NEGOCIACIONES*

E. Allan Farnsworth**

Las negociaciones contractuales, a primera vista, parecen un simple juego de ofertas y aceptaciones, sobre las cuales se han escrito innumerables tratados teóricos y prácticos. Sin embargo, ¿qué sucede cuando las partes escapan a esta clásica forma de negociar y entran al campo de los acuerdos preliminares? Muy pocos son los autores que se han aventurado a opinar sobre el tema.

En el presente artículo, el autor nos lleva a través del intricado mundo de los acuerdos preliminares y las reglas que los rigen. Asimismo, nos explica los criterios de la responsabilidad precontractual y los casos en que ésta se aplica.

* El presente artículo fue publicado originalmente en el Columbia Law Review 87, 1987, p. 217, bajo el título "Precontractual liability and preliminary agreements: fair dealing and failed negotiations". La traducción y publicación se hacen bajo autorización expresa del Columbia Law Review. La traducción fue realizada por Iván Blume Moore y Giorgio Massari Figari, miembros de la Comisión de Contenido de THEMIS, bajo la supervisión de Jesús Matos Castillo, Postgraduate Studies in International Affaire, Columbia University; Master of Laws (LL.M.), New York University School of Law (NYU). Las notas de traductor fueron realizadas por Javier de Belaunde de Cárdenas, Director de Contenido de THEMIS.

** Alfred McCormack Professor of Law de la Universidad de Columbia. B.S., Michigan, 1948; M.A., Yale, 1949; J.D., Columbia, 1952; docteur honoris causa, University of Paris II, Catholic University of Louvain; LL.D., Dickinson College of Law.

INTRODUCCIÓN

Nuestra era es la de los contratos –tanto para el suministro de energía por un plazo largo, como para el desarrollo de un centro comercial, la toma de control amistosa de una corporación, o la firma de un borrador. Mucho se ha escrito sobre cómo negociar estos contratos¹. Poco se ha escrito sobre las reglas que gobiernan estas negociaciones². El presente artículo examina estas reglas y el reciente número de casos en los que han sido aplicadas.

Las reglas que gobiernan la formación de los contratos usualmente son analizadas en términos de las reglas clásicas de la oferta y la aceptación³. Éstas son reglas seductoras que proceden de una premisa muy simple: dos partes intercambian propuestas hasta que la “oferta” de una de ellas es “aceptada” por la otra formando un contrato. El vocabulario preciso conformado por los términos “oferta” y “aceptación”, “revocación” y “lapso”, “rechazo” y “contra-oferta” son partes disecadas de inasequibles rompecabezas, como aquellos presentados por “la batalla de formularios” y los contratos por correspondencia. Sin embargo, no importa que tan bien diseñadas hayan estado estas reglas a la mesurada cadencia en la forma de contratación en el siglo diecinueve, en la actualidad éstas tienen poco que decir sobre los complejos procesos que llevan a las más grandes transacciones.

Es común que los compromisos contractuales de gran envergadura sean redactados en un documento extenso o en un grupo de ellos, firmados por las partes en múltiples copias e intercambiados entre ellas, más o menos, simultáneamente al momento del cierre del contrato⁴. Sus términos son aprobados a través de negociaciones, usualmente cara a cara durante un considerable periodo de tiempo y a menudo involucrando a funcionarios corporativos, banqueros, ingenieros, contadores, abogados y otros. Las negociaciones están muy lejos de ser un simple acuerdo

enmarcado por las reglas clásicas de la oferta y la aceptación, que evocan la imagen de una negociación unitemática, adversaria y de suma-cero, opuestas a la negociación multitemática, contemporánea y maximizadora de beneficios⁵.

Durante la negociación de este tipo de contratos normalmente no hay oferta o contra-oferta para que las partes acepten, sino un proceso gradual en que se llega a un acuerdo de forma fragmentada, en sucesivas “rondas”, con una sucesión interminable de borradores. Puede ser que primero haya un intercambio de información e identificación de los intereses y diferencias de las partes, luego una serie de compromisos, con un acuerdo tentativo sobre los puntos más importantes y, finalmente, un refinamiento de los términos contractuales. Las negociaciones pueden comenzar con los gerentes, quienes se abstienen de hacer ofertas porque quieren que los términos de cualquier compromiso valedero sean tratados por sus abogados. Una vez que estos negociadores iniciales decidan que han resuelto las materias que ellos consideran importantes, dejan el resto en manos de los abogados⁶. Los borradores preparados por los abogados no son ofertas porque estos carecen del poder para hacerlas⁷. Cuando se llega al acuerdo final, frecuentemente se espera que esté incorporado en un documento o en varios que serán intercambiados por las partes al momento del cierre del contrato.

Si las partes firman e intercambian documentos al momento del cierre, no hay duda alguna que han dado su consentimiento a los términos del contrato. Hay una pequeña ocasión para aplicar las reglas clásicas de la oferta y la aceptación. Sin embargo, si las negociaciones fracasan y no se han firmado e intercambiado documentos, surgen una serie de preguntas que las clásicas reglas de la oferta y la aceptación no responden. ¿Una parte que esté decepcionada puede reclamar a la otra por no haberse

¹ Un tratamiento popular es FISHER, R. y W. URY. “Getting to YES: Negotiating Agreement Without Giving In”. 1981; ver también MENKEL-MEADOW. “Toward Another View of Legal Negotiation: The Structure of Problem Solving”. En: U.C.L.A. L. Rev. 31. 1984. p. 754 (en el que recolecta y discute las fuentes).

² Sobre negociaciones precontractuales, ver SCHMIDT, J. “Negociation et conclusion de contrats”. 1982; KESSLER y FINE. “Culpa in Contrahendo, Bargaining in Good Faith, and Freedom of Contract: A Comparative Study”. En: Harv. L. Rev. 77.1964. p. 401; SUMMERS. “Good Faith in General Contract Law and the Sales Provisions of the Uniform Commercial Code”. En: Va. L. Rev. 54. 1968. p.195, pp. 220-27. Sobre acuerdos preliminares, ver LUTTER, M. “Der Letter of Intent”. 1983 (en alemán); DUGDALE y LOWE. “Contracts to Contract and Contracts to Negotiate”. En: Journal of Business Law 28. 1976; FONTAINE. “Les Lettres d’intention dans la négociation des contrats internationaux”. En: Droit et Pratique du Commerce International 73. 1977; HOLMES. “The Freedom Not to Contract”. En: Tul. L. Rev. 60. 1986. pp. 776-86; KNAPP. “Enforcing the Contract to Bargain”. En: N. Y. U. L. Rev. 44. 1969. p. 673; SCHMIDT. “Preliminary Agreements in International Contract Negotiation”, En: Hous. J. Int’l L. 6. 1983. p. 37; TROWER. “Enforceability of Letters of Intent and Other Preliminary Agreements”. En: Rocky Mtn. Min. L. Inst. 24. 1978. p. 347.

³ Ver 1 A. CORBIN. “Contracts”. 1963. p. 27.

⁴ Ver 2 “Formation of Contracts: A Study of the Common Core of Legal Systems”, pp. 1585-1586 (R. Schlesinger ed.). 1968. Una alternativa al cierre es dar los documentos en depósito e intercambiarlos a través del depositario.

⁵ Las negociaciones cuyo objetivo es el arreglo de disputas pueden estar más cerca a la negociación suma-cero. Este tipo de negociaciones no son un tema central en este artículo.

⁶ Este artículo no toca el tema de las obligaciones de los abogados durante las negociaciones. Ver PERSCHBACHER. “Regulating Lawyers Negotiations”. En: Ariz. L. Rev. 27. 1985. p. 75.

⁷ Por otra parte, los borradores pueden no ser ofertas por su indefinición y por la falta de seriedad de hacer una oferta.

comportado de acuerdo a un estándar de *fair dealing*? Si es así, ¿cuál es el significado de *fair dealing* en este contexto? ¿Puede la parte decepcionada obtener la restitución? ¿Obtener un reembolso de los gastos propios en los que ha incurrido? ¿Ser indemnizada por la pérdida de oportunidades? Mientras este tipo de acuerdos paradigmáticos se vuelve más grande y complejo, y las negociaciones típicas se vuelven más complicadas y prolongadas, esta clase de preguntas llegan a las cortes en mayores cantidades. Algunos observadores han concluido que las doctrinas contractuales existentes no son adecuadas para proteger a las partes. Por el contrario, yo sostengo que esas doctrinas, aplicadas imaginativamente, son tanto necesarias como deseables.

La resolución de las disputas como consecuencia del fracaso de las negociaciones depende, en cualquier caso particular, del régimen legal bajo el cual las partes se encuentran negociando para finalizar el acuerdo. En este artículo, identificaré y esbozaré los contornos de cuatro regímenes y consideraré los requisitos necesarios del *fair dealing* en cada uno. Los cuatro regímenes son: los dos regímenes polares, negociación y acuerdo final; y los dos regímenes intermedios que pueden resultar de los acuerdos preliminares, acuerdos con términos abiertos y acuerdos para negociar.

Los dos regímenes polares, negociación y acuerdo final, son desarrollados en la Parte I. Si el régimen de negociación, establecidas las bases de responsabilidad, es utilizado en forma creativa por los litigantes y aplicado liberalmente por las cortes, brinda a las partes suficiente protección. El mal desarrollo de estas bases en conexión con las negociaciones no se debe a los defectos de las mismas, sino al fracaso de los litigantes de explotarlas cabalmente, incluyendo el error de no buscar una indemnización por los daños ocasionados por la pérdida de oportunidades en los casos apropiados. En todo caso, si las partes deciden avanzar rápidamente al régimen del acuerdo final para evitar los riesgos a los que están expuestas bajo el régimen de negociación, la ley contractual existente, con su tolerancia de condiciones, va más allá en honrar su decisión.

Las partes que no desean apresurarse en llegar al acuerdo final, son libres de hacer un acuerdo preliminar para asignar los riesgos de sus negociaciones. Estos acuerdos, en particular los acuerdos con términos abiertos y acuerdos para negociar, son el tema de la Parte II. Sostengo que la ley contractual existente es

completamente capaz de reconocer y ejecutar dichos acuerdos preliminares, y que la negativa por algunas cortes de hacer cumplir este tipo de acuerdos para negociar no es una restricción justificable a la autonomía de las partes bajo la ley contractual existente. La Parte III analiza el contenido del deber de *fair dealing* cuando es impuesto en un acuerdo para negociar⁸.

I. LOS REGÍMENES POLARES

A. Negociación

1. La visión tradicional: "libertad de negociación"

Tradicionalmente, las cortes han otorgado a las partes la libertad de negociar sin riesgo de responsabilidad precontractual. Bajo las reglas clásicas de oferta y aceptación, no hay responsabilidad contractual hasta que el contrato se haya celebrado por la aceptación de una oferta; previo a la aceptación el oferente es libre de retractarse revocando su oferta. Esta "libertad de contratos" es realizada por la renuncia judicial de leer una propuesta como oferta⁹.

Tradicionalmente, además, las cortes toman una perspectiva de este periodo precontractual que releva a las partes del riesgo de cualquier responsabilidad, sea contractual o no, y esto resulta en una amplia "libertad de negociación". Como regla general, una de las partes envuelta en negociaciones precontractuales puede romperlas sin responsabilidad alguna, en cualquier momento y por cualquier motivo—una corazonada, un cambio de circunstancias, o un mejor acuerdo— o sin motivo alguno. El único costo de hacerlo es la pérdida de lo invertido en las negociaciones, en términos de tiempo, esfuerzo y gasto.

En la raíz de esta visión del periodo precontractual se encuentra lo que yo llamo la "perspectiva aleatoria" del *common law* sobre las negociaciones: la parte que entra en negociación con otra con la esperanza de obtener alguna ganancia como resultado del acuerdo final, corre el riesgo de cualquier pérdida si la otra parte rompe las negociaciones. Esta pérdida incluye los gastos en los que la parte afectada ha incurrido, cualquier detrimento de su situación y cualquier oportunidad que haya perdido como resultado de las negociaciones. Todo se arriesga para un resultado exitoso de las negociaciones; todo se pierde en el fracaso. Como lo dijo un juez inglés: "él toma este

⁸ "Fair dealing" es usado en este artículo en vez de "buena fe", término que es comúnmente usado para referirse a este tipo de estándar. "Buena fe" también denota el tipo de honestidad que hace a uno comprador de buena fe, una referencia distinta de la hecha aquí. Tanto el Uniform Commercial Code y el Restatement (Second) of Contracts emparejan "fair dealing" con "buena fe." Uniform Code Council. § 2-103. 1978; Restatement (Second) of Contracts § 205.1981.

⁹ Ver FARNSWORTH. "Contracts". 1983. § 3.10. pp.125-126.

trabajo como una apuesta, y su costo es parte de los gastos generales de su negocio los que espera serán cubiertos por las ganancias de dichos contratos...¹⁰. Esta perspectiva aleatoria de las negociaciones descansa sobre la inquietud de que limitando la libertad de negociación se podría desincentivar a las partes de entrar en una.

Si las negociaciones tienen éxito y resultan en un acuerdo final, la parte que se ha comportado de manera impropia puede ser privada del pacto sobre la base de haber incurrido en *misrepresentation*^I, *duress*^{II}, *undue influence*^{III}, o *unconscionability*^{IV}. Pero, si las negociaciones fracasan por una conducta similar, tradicionalmente, las cortes han sido renuentes en imponer responsabilidades precontractuales¹¹. Aunque el deber de *fair dealing* es generalmente impuesto a las partes que contratan, éste no es formulado para

que se extienda sobre las negociaciones precontractuales¹². Sin embargo, las décadas pasadas han visto incursiones en esta tradicional libertad de negociación.

El problema de responsabilidad que surge de las negociaciones infructuosas es comúnmente visto desde la óptica de la oferta y la aceptación. El destinatario de la oferta no pierde simpatía si esta es revocada, ya que es ampliamente protegido por el poder de aceptar la oferta antes que sea revocada. Bajo esta perspectiva aleatoria, el destinatario de una oferta que escoge confiar en ella sin aceptarla está tomando el riesgo de que esta confianza no se vea compensada¹³. Sin embargo, como ha sido indicado, la secuencia clásica de la oferta y aceptación, a menudo, se encuentra ausente en negociaciones contractuales importantes. Por lo tanto, retornamos

¹⁰ *William Lacey (Hounslow) Ltd. v. Davis*, [1957] 1 W.L.R. 932, 934 (Q.B.).

^I Nota del traductor: De acuerdo con Cabanellas y Hoague, el término *misrepresentation* alude a una "declaración inexacta, errónea o falsa, que induzca a error a la parte a quien tal declaración se efectúa". CABANELLAS, Guillermo y Eleanor C. HOAGUE. "Diccionario Jurídico". Tomo I. Sao Paulo: Heliasta. 2001. p. 500. Ahora bien, de acuerdo con el diccionario Black's, "el término denota no sólo palabras habladas o escritas sino cualquier otra conducta...". GARNER, Bryan A. (editor). "Black's law dictionary". Octava edición. St. Paul, MN: West. 2004. p. 1022. Es importante notar que estaremos ante una *misrepresentation* independientemente de la intención de la parte que induce a la contraparte a contratar. No obstante, para que la parte perjudicada pueda optar por anular el contrato se requiere que la *misrepresentation* califique como fraudulenta o, en todo caso, sea material. FARNSWORTH, E. Allan. "Contracts". Cuarta edición. Nueva York: ASPEN. 2004. pp. 243-244.

^{II} Nota del traductor: el término debe ser entendido como violencia o intimidación. Así, entre otros, BULLARD, Alfredo. "La parábola del mal samaritano. Apuntes sobre la lesión en el Derecho de contratos". En: THEMIS-Revista de Derecho 43. 2001. p. 232. En otros lugares el término ha sido traducido como "dureza", "coerción" y "coacción", los dos primeros en: COOTER, Robert y Thomas ULEN. "Derecho y economía". México, D. F.: Fondo de Cultura Económica. 1998. pp. 266-267, pp. 333-336; mientras que el tercero en: POSNER, Richard A. "El análisis económico del derecho". México, D. F.: Fondo de Cultura Económica. 1998. pp. 112-115.

^{III} Nota del traductor: el término es equiparable a la figura del temor reverencial. MAZZUCCO, Patricia y Alejandra MARANGHELLO. "Diccionario bilingüe de terminología jurídica". Reimpresión de la segunda edición ampliada. Buenos Aires: ABELEDO-PERROT. 1995. p. 173. En su reconocido tratado sobre contratos el autor del presente artículo explica cómo la figura del *undue influence* fue desarrollada en el régimen del *equity* para otorgar remedio a las partes inducidas a una transacción por una "persuasión impropia". La figura requiere de una relación previa entre las partes y el ejercicio por la parte "fuerte" de una "persuasión impropia" sobre la parte "débil". Asimismo, el autor señala que la expansión del concepto del *common law* de *duress* ha dejado prácticamente sin aplicación en las cortes la figura del *undue influence*. FARNSWORTH, E. Allan. Op. cit., pp. 264-267.

^{IV} Nota del traductor: De acuerdo con la definición de Cabanellas y Hoague, el término *unconscionability* implica un contrato: "irrazonable. Carácter abusivo u opresivo. Iniquidad. La condición de un contrato, o de alguna de sus cláusulas, que lo hace opresivo, abusivo o manifiestamente irrazonable en perjuicio de una de sus partes". CABANELLAS, Guillermo y Eleanor C. HOAGUE. Op. cit., p. 773. De acuerdo con el diccionario Black's la *unconscionability* depende de circunstancias al momento de formación del contrato. GARNER, Bryan A. (editor). Op. cit., p. 1560. El término ha sido traducido al español como "inconciencia" y "falta de conciencia" (apreciada por las cortes en el contrato) respectivamente en: COOTER, Robert y Thomas ULEN. Op. cit., p. 359 y siguientes; POSNER, Richard A. Op. cit., p. 115. Para una mayor explicación sobre los alcances de la doctrina de la *unconscionability* se puede revisar FARNSWORTH, E. Allan. Op. cit., p. 298 y siguientes. No obstante, el autor advierte de la dificultad de definir la figura: "En ninguna parte entre las muchas definiciones del Código se puede encontrar una de *unconscionability*. Que el término sea incapaz de recibir una definición precisa es tanto la causa de su fortaleza como de su debilidad".

¹¹ Una víctima de *duress*, *undue influence* o *unconscionability* no tiene derecho a daños. Ver E. Farnsworth, nota 9, § 4.9, § 4.28, p. 310, *supra*. Sobre *misrepresentation*, ver notas 54-64 *infra* y el texto que las acompaña.

¹² Ver U.C.C. (1971). § 1-203; Restatement (Second) of Contracts § 205 & comment c. (1981). Sin embargo, algunos fundamentos para evitarlo, por lo menos en la formulación del Restatement (Second) son establecidos usando "buena fe". Ver, por ejemplo, id. § 161(b) (la no revelación puede ser *misrepresentation* si "lleva a no actuar de buena fe y de acuerdo a los estándares razonables de *fair dealing*"); id. § 176 (la amenaza puede ser *duress* si es "una violación del deber de buena fe y *fair dealing* en el contrato").

¹³ *James Baird Co. v. Gimbel Bros.*, 64 F.2d 344 (2d Cir. 1933).

Drennan v. Star Paving Co., 51 Cal. 2d 409, 333 P.2d 757 (1958), representa un límite dentro de la tradicional libertad para negociar. Este precedente sostuvo que si un contratante en general al hacer su propia oferta debía confiar en la oferta del subcontratante, la promesa de este último de no revocar su oferta debe estar implícita "para precluir la injusticia que resultaría si la oferta pudiera ser revocada después de que el destinatario de la oferta hubiera actuado sobre la base de una confianza desde ese momento". *Ibid.* p. 414, 333 P.2d p. 760. De esto el Restatement (Second) of Contracts generaliza que si el oferente debe esperar razonablemente que la oferta induzca a una acción o *forbearance* de carácter substancial antes de la aceptación y si la oferta lo hace, esta es "vinculante como un contrato de opción para evitar la injusticia". Restatement (Second) of Contracts § 87(2) (1981).

La regal de *Drennan* extiende su protección solamente a los destinatarios de la oferta, no a los oferentes. No existe un principio comparable que proteja al oferente que actúa con la esperanza de que haya un contrato en el futuro. El destinatario de la oferta no está vinculado hasta que acepte la oferta, y su silencio no es una aceptación, sin importar qué esperanzas pueda hacer surgir este silencio en el oferente. Ver Restatement (Second) of Contracts § 69 (1981). Es verdad que la compañía aseguradora que se demora mucho en rechazar al postulante a un seguro puede encontrarse responsable por haber "aceptado" al postulante o haber cometido un agravio al haberse demorado. *American Life Ins. v. Hutcheson*, 109 F.2d 424 (6th Cir.) (aceptación), *cert. denied*, 310 U.S. 625 (1940); *Rosin v. Peninsular Life Ins. Co.*, 116 So. 2d 798 (Fla. Dist. Ct. App. 1960) (demora negligente); ver KEETON, "Basic Text on Insurance Law". 1971. pp. 47-50. (*liability in tort preferable*). Sin embargo, esta excepción generalmente no ha sido extendida más allá del campo de los seguros. Véase *Southern Cal. Acoustics v. C.V. Holder, Inc.*, 71 Cal. 2d 719, 456 P.2d 975, 79 Cal. Rptr. 319 (1969) (*dictum*) (el listado del subcontratante por parte del contratante general no implica una promesa en la cual el subcontratante pueda confiar). Sin embargo, ver *Jacques v. First Nat'l Bank*, 307 Md. 527, 515 A.2d 756 (1986) (el banco fue considerado responsable por procesar negligentemente el pedido de préstamo). Por otra parte, la regal de *Drennan* no protege al destinatario de la promesa si esta no es una oferta.

a la pregunta si existe responsabilidad cuando ninguna oferta ha sido hecha en el momento en que las negociaciones se rompen.

En décadas recientes, las cortes han demostrado una creciente disponibilidad para imponer responsabilidades precontractuales. Agruparé los supuestos que esto ocurra bajo cuatro encabezados. Los primeros tres, enriquecimiento sin causa como resultado de las negociaciones, *misrepresentation* hecha durante las negociaciones, y promesa específica durante las mismas, han sido reconocidas por las cortes de los Estados Unidos; la cuarta, la obligación general que surge de las propias negociaciones, no ha sido reconocida. Los cuatro supuestos mencionados presentan una serie de asuntos relacionados con respecto a remedios que analizaré antes de pasar a una discusión de los supuestos en sí.

2. Medidas de recuperación

Las reglas que regulan la responsabilidad precontractual están relativamente poco desarrolladas, incluso en los supuestos ya reconocidos. Esto puede deberse, en parte a la considerable incertidumbre que envuelve a las medidas de recuperación en cualquiera de estos supuestos. Considero que las cortes están dispuestas a ser más generosas en este aspecto de lo que comúnmente se cree y que el reconocimiento de esta generosidad va a incentivar el desarrollo de las reglas de responsabilidad precontractual. Ninguno de los cuatro supuestos apoyará la recuperación medida de la manera más generosa, por daños y perjuicios^v. Una sentencia basada en ese interés podría dar a la parte perjudicada el “beneficio del negocio” que no fue logrado. Por otro lado, si no se llega a ningún acuerdo, y, en contraste con la situación en la cual se ha hecho una oferta, no se puede saber a qué tipo de acuerdo se hubiera llegado, no hay manera de medir los daños y perjuicios. Sin embargo, aparte de esta clara restricción, la incertidumbre prevalece.

Si la responsabilidad está basada en el primero de los supuestos, el del enriquecimiento sin causa, la

recuperación es medida de acuerdo al interés en la restitución^{vi}, como en casos similares en los que se discute una restitución. Se le exige a la parte que está en falta, que devuelva aquello que ha recibido, colocando a la parte afectada en la posición en la que debió encontrarse, si no hubiese habido falta. El beneficio puede ser medido ya sea por el incremento de la propiedad del demandado o por el valor razonable que el demandado tendría que pagar a alguien más por servicios comparables a aquellos proporcionados por el demandante¹⁴. Sin embargo, el demandante tiene que demostrar que sus servicios resultaron en un beneficio real por el demandado. Este es un obstáculo que un demandante no enfrenta bajo un contrato implícito en los hechos^{vii}, y que no necesita probar que sus servicios beneficiaron al demandado¹⁵. Esto se ha convertido en un obstáculo particularmente difícil para que los demandantes reclamen una restitución, luego de fracasadas las negociaciones¹⁶.

Sin embargo, en 1979 un caso de California, *Earhart v. William Low Co.*¹⁷, legó al sistema legal una generosa definición del tipo de beneficio que eliminaría este obstáculo y que ampliaría significativamente la aplicación de la responsabilidad precontractual en los supuestos de enriquecimiento sin causa. Después de largas negociaciones, Earhart, un constructor, y Low, un inversionista, hicieron un contrato, sujeto a un financiamiento, para la construcción de un parque para casas de remolque. Low, era dueño de parte del terreno y tenía el resto bajo contrato, también sujeto a financiamiento. Antes de que se obtuviera un financiamiento, y a pedido de Low, Earhart comenzó a trabajar en ambas áreas del terreno. Low nunca pudo conseguir el financiamiento necesario. Siguió adelante con el proyecto sólo en su propia tierra, usando a otro constructor. Earhart demandó a Low por el trabajo realizado en ambas áreas. La corte de primera instancia, que evidentemente consideraba que la demanda era de carácter restitutorio, decidió que la recuperación de lo gastado sólo podía darse en el caso de los gastos incurridos por los trabajos en las tierras de Low y no por las tierras que estaban bajo contrato, porque Low

^v Nota del traductor: Siguiendo a Polinsky, la referencia es a uno de los resultados posibles del remedio de la acción por daños: el resarcimiento de los *expectation damages* o resarcimiento de daños y perjuicios que implica “asignar a la parte perjudicada por el incumplimiento una cuantía de dinero que la coloque en la misma posición en que se hallaría si el contrato se hubiera cumplido” (daño emergente más lucro cesante). POLINSKY, Mitchell. “Introducción al análisis económico del Derecho”. Barcelona: ARIEL. 1985. pp. 40-41 y nota del editor. En la presente traducción el término se utilizará como daños y perjuicios.

^{vi} Al igual que en el supuesto anterior, el resarcimiento de los *restitution damages* es uno de los resultados del remedio de la acción por daños. Ibidem.

¹⁴ Ver Restatement (Second) of Contracts § 371 (1981).

^{vii} Nota del traductor: *contract implied-in-fact* en el original. “Contrato presumido a partir de los hechos que hacen suponer una intención de convenirlo”. CABANELLAS, Guillermo y Eleanor C. HOAGUE. Op. cit., p. 177.

¹⁵ Ver *Bastian v. Gafford*, 98 Idaho 324, 325, 563 P.2d 48, 49 (1977).

¹⁶ Ver *Reprosystem, B.V. v. SCM Corp.*, 727 F.2d 257 (2d Cir.) (el posible comprador de una subsidiaria extranjera fracasó en demostrar que sus actividades beneficiaron al padre al incrementar las ganancias de las subsidiarias), cert. denied, 469 U.S. 828 (1984); *Burst v. Adolph Coors Co.*, 503 F. Supp. 19, 23 (E.D. Mo. 1980) (la solicitud para una franquicia fracasó en demostrar que la información en la solicitud era un beneficio para el franquiciante), aff’d per curiam, 650 F.2d 930 (8th Cir. 1981).

¹⁷ 25 Cal. 3d 503, 600 P.2d 1344, 158 Cal. Rptr. 887 (1979).

no había recibido beneficio alguno de estas últimas¹⁸. Durante la apelación, la Corte Suprema de California, aparentemente sintiéndose limitada por la teoría de la restitución, decidió que los servicios prestados por Earhart, incluso en las tierras que no eran propiedad de Low, habían beneficiado a este último porque, en palabras que nos recuerdan un contrato implícito en los hechos, "un demandado que recibe la satisfacción de obtener el cumplimiento de otra persona por los servicios prestados, incurre en la obligación de pagar por el trabajo y los materiales gastados en la confianza de ese pedido"¹⁹.

Este extraordinariamente vasto concepto de beneficio, en efecto, permitió la misma recuperación que hubiese sido dada por un contrato implícito en los hechos. Si este concepto de beneficio fuese aceptado por otras cortes, la responsabilidad precontractual basada en el supuesto de enriquecimiento sin causa podría ser impuesta incluso si ningún beneficio real hubiese sido conferido al acusado y las demandas por restitución serían mucho más atractivas. Empero, parece poco probable que un concepto tan artificial tenga aceptación general, y considero que los recientes acontecimientos concernientes a las medidas indemnizatorias acaecidas bajo los otros supuestos son más saludables y más significativos.

Si la imputación de responsabilidad se basa en el segundo, tercer o cuarto supuesto, léase *misrepresentation*, promesa específica u obligación general, la medida de restitución adecuada se debe basar en el interés de la confianza^{viii} que la parte afectada puso en las acciones de la otra parte. Esta deberá ser responsable por el daño causado a la parte afectada por haber confiado, esta última, en las acciones de la primera, ya sea por su *misrepresentation*, la promesa o compromiso en cuestión. Esta medida propuesta ha de poner a la parte afectada de regreso a la posición en la que se encontraría si no se hubiesen dado la *misrepresentation*, la promesa o el compromiso.

Estas medidas de recuperación pueden, sin embargo, diferir de acuerdo al supuesto en que estén basadas. Supongamos que en el Día Uno las partes comienzan a negociar, cada una implícitamente estableciendo que sus intenciones son serias. En el Día Diez una de las partes hace una promesa específica, pretendiendo

cumplirla. En el Día Veinte esta misma parte deja de tener interés en las negociaciones, pero no revela esto y deja que las negociaciones continúen. En el Día Treinta las negociaciones se rompen. La responsabilidad basada en la *misrepresentation* estaría limitada a la confianza que hubo en los últimos diez días debido a que antes de ello no hubo *misrepresentation* en la cual confiar. La responsabilidad basada en una promesa específica estaría limitada a la confianza durante los últimos veinte días, porque antes de eso no hubo una promesa específica en la cual confiar. Aunque, si la responsabilidad fuera impuesta debido a la obligación general existente, esta incluiría la confianza durante todos los días, porque se pudo confiar en la obligación general desde el comienzo.

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

Si los daños a la confianza pretenden, como se señala, colocar a la parte afectada en la posición en la que se hubiera encontrado si la *misrepresentation*, la promesa o el compromiso no hubieran sido consumados, entonces las oportunidades perdidas deben ser contabilizadas. La cuestión, raramente, ha llegado a las cortes porque los demandantes que pueden ver reparados sus daños de la manera más generosa posible, por daños y perjuicios, no les interesan las oportunidades perdidas. Sólo un demandante que está excluido de la posibilidad de medir los daños causados por daños y perjuicios podrá tener interés en contar las oportunidades perdidas. Asimismo, en el caso de una demanda por incumplimiento de contrato, a diferencia de la responsabilidad precontractual, en la cual el demandante está por alguna razón excluido de poder ser indemnizado por daños y perjuicios, la medida de los daños estará basada normalmente en la confianza pero dejando de lado las oportunidades perdidas, porque la misma razón para no medir el daño en términos de daños y perjuicios se aplica para no

¹⁸ Si la corte hubiera dejado que la demanda se basara en un contrato implícito en los hechos, hubiera permitido la recuperación del trabajo hecho en ambos caminos sin importar el beneficio.

¹⁹ 25 Cal. 3d at 510, 600 P.2d at 1348, 158 Cal. Rptr. at 891. La Corte Suprema estableció el tema, sin embargo, en términos lo suficientemente amplios para incluir la teoría del contrato implícito en los hechos. *Ibid.* p. at 505, 600 P.2d at 1345, 158 Cal. Rptr. p.888. Una corte canadiense llegó a un resultado similar simplemente por confundir los intereses de confianza con los intereses de restitución. *Cineplex Corp. v. Viking Rideau Corp.*, 28 Bus. L. Repts. 212, 217 (Ont. 1985) (admitiendo la posibilidad de "gastos incurridos por confiar en la buena fe" de la otra parte negocial bajo "la ley de restitución").

^{viii} Nota del traductor: Al igual que en los anteriores supuestos, el resarcimiento de los *reliance damages* es uno de los resultados del remedio de la acción por daños. POLINSKY. Op. cit., pp. 40-41 y nota del editor. Como explica el autor, se repararía el daño emergente por la confianza generada en el cumplimiento.

medirla en términos de oportunidades perdidas²⁰. Esto no supone que las oportunidades perdidas no sean un componente apropiado de la confianza. Donde nada opera para excluir la medida sobre la base de daños y perjuicios, seguramente no habrá razón alguna para excluir las oportunidades perdidas, pero los casos contractuales no van a revelar esto porque los demandantes simplemente perseguirán los daños sobre la base de daños y perjuicios en estos casos.

A veces el demandante está impedido por razones de política, de medir los daños que se le han causado en términos de daños y perjuicios. A este tipo de demandantes no les está permitido contar sus oportunidades perdidas. Aquí, el propósito de cuantificar los daños en términos de confianza en vez de daños y perjuicios es el de limitar la recuperación, y contar las oportunidades perdidas evitaría este propósito. Un ejemplo de esto es el caso *Sullivan vs. O'Connor*²¹, ocurrido en Massachusetts en 1973, en el cual la corte apoyó el descubrimiento por el cual se constató que el demandado, un cirujano, había sido contratado para lograr un resultado establecido mediante una operación en la nariz del demandante. Sin embargo, la corte concluyó que sería inapropiado asignar daños basados “en la usual teoría de daños y perjuicios”²². Muchas razones sugirieron “moderación en aliento de la recuperación”, confinándola a “una más apaciguada medida de los daños” en términos de confianza²³. Si la corte hubiera estado más dispuesta a contar las oportunidades perdidas, en todo caso, el demandante hubiera argumentado que si ella no hubiera contratado al acusado, hubiera hecho un contrato similar con otro cirujano cuyos esfuerzos sí hubieran sido exitosos. Esto habría evitado el propósito de la corte de limitar la recuperación, realizando su

cuantificación en términos de confianza en vez de tomar en cuenta los daños y perjuicios²⁴.

En algunas ocasiones el demandante se ve impedido de medir los daños en términos de daños y perjuicios por dificultades probatorias. Este demandante, a su vez, se verá impedido de contar las oportunidades perdidas. Tomemos como ejemplo, uno de los casos favoritos de los profesores, el de *Security Stove & Manufacturing Co. vs. American Railways Express*²⁵. En aquella ocasión, la demandada, una empresa de transportes, fue contratada para llevar el nuevo caldero desarrollado por el demandante a Atlantic City, para su exhibición en una convención de una asociación. El envío de una de las partes vitales del caldero se demoró y llegó después de que la convención había cerrado. Se le indemnizó al demandante por los daños a la confianza y credibilidad depositada en el cumplimiento de la prestación, incluyendo sus gastos por mandar empleados a Atlantic City y alquilar un puesto en la convención. El demandante no pidió que lo indemnizaran por daños y perjuicios pues era difícil probar la pérdida de ganancias. Empero, el demandante hubiera tenido la misma dificultad si hubiera contado dentro de los daños la oportunidad perdida de contratar a otro transportista. Generalmente, si la razón por la cual se escoge los daños en términos de confianza se debe a la dificultad de medir los daños y perjuicios, la misma dificultad resultará del intento de contar las oportunidades perdidas.

No obstante, hay situaciones en las que es apropiado contar las oportunidades perdidas cuando consideramos los daños a la confianza. Considere un caso en que los daños y perjuicios son inviables porque el acuerdo es ilusorio^{ix} o porque es demasiado

²⁰ Si las oportunidades perdidas son contadas en el caso de una demanda ordinaria por rompimiento de contrato, los daños a la confianza serán normalmente iguales a los daños a las expectativas, poniendo a la parte agraviada en una posición en la cual se encontraría si se hubiera llevado a cabo el contrato. Supongamos, por ejemplo, que el comprador contrata para comprar bienes en un mercado, a un precio de mercado de \$100, y cuando el vendedor se niega a darlos después de que el mercado ha subido, los compradores cubren la diferencia comprando bienes de reemplazo a \$110. Los daños son calculados sobre la base de la oportunidad perdida por el comprador (el precio de \$110 menos el precio de \$100 al que el comprador podría haber comprado de otro vendedor) serían de \$10, el mismo resultado se obtendría si los daños fueran calculados sobre la base de las expectativas perdidas del comprador (el precio de \$110 menos el precio de \$100 que hubiera pagado el comprador si el vendedor hubiera cumplido el contrato). *U.C.C. § 2-712* (1978). Como Fuller y Perdue señalaron en su artículo, si las oportunidades perdidas son calculadas, el grado de correspondencia en el daño medido sobre la base de los dos intereses dependerá “en la amplitud en que las oportunidades de naturaleza similar están abiertas cuando el demandante hizo el contrato materia de la demanda.” FULLER y PERDUE. “The Reliance Interest in Contract Damages”. En: *Yale L.J.* 46. 1936. p. 74 (en adelante Fuller y Perdue, Reliance Interest 1) [traducción al español disponible en la presente edición de THEMIS-Revista de Derecho]; ver también COOTER y EISENBERG. “Damages for Breach of Contract”. En: *Calif. L. Rev.* 73. 1985. pp. 1432, 1440-1441, 1445-1449 (en un mercado competitivo, los daños a la confianza, incluyendo las oportunidades perdidas, generalmente son iguales a los daños a las expectativas). Empero, Fuller y Perdue declinaron tomar esta posición sobre si las oportunidades perdidas deberían ser contadas. FULLER y PERDUE. “Reliance Interest 1”. *Supra.* p. 55; FULLER & PERDUE. “Interest in Contract Damages”. En: *Yale L.J.* 46. 1936. pp. 417-18 [en adelante Fuller & Perdue, Reliance Interest 2]. El *Restatement of Contracts* no dice nada sobre el tema. Ver *Restatement (Second) of Contracts § 344 & comment* (1981).

²¹ 363 Mass. 579, 296 N.E.2d 183 (1973).

²² *Ibid.* p. 583, 296 N.E.2d at 186.

²³ *Ibid.* pp. 584-585, 296 N.E.2d at 187.

²⁴ La corte, puede, sobre la base de un razonamiento similar, calcular las oportunidades perdidas en los daños a la confianza por rompimiento de una promesa gratuita, ya que el *Restatement (Second) of Contracts* sugiere que el razonamiento para calcular los daños a la confianza en estos casos se puede limitar a un remedio “que requiera la justicia”. *Restatement (Second) of Contracts § 90(1)* (1981). Section 139(1), que trata sobre los acuerdos en la confianza en una promesa no ejecutable por ser fraudulenta, contiene lenguaje similar, pero la posibilidad de calcular el recobro por estos daños en este tipo de situaciones recibe poca atención. Para una discusión inusual sobre la posibilidad de calcular estos daños a la confianza en conexión con el § 139, ver *Palandjian v. Pahlavi*, 614 F. Supp. 1569, 1581 n.1 (D.C. Mass. 1985).

²⁵ 227 Mo. App. 175, 51 S.W.2d 572 (Ct. App. 1932).

^{ix} Nota del traductor: “illusory agreement” en el original. Se refiere a los acuerdos en los cuales una parte da como *consideration* una promesa lo suficientemente insustancial como para imponer una obligación, estos acuerdos son inejecutables. GARNER, Bryan A. (editor). *Op. cit.*, p. 345.

indefinido para ser ejecutable. En este tipo de casos la inviabilidad de los daños y perjuicios no son el resultado de razones de "política interna" o dificultad probatoria. No hay, simplemente, daños y perjuicios a cuantificar. Obviamente, en algunos casos, el destinatario de la promesa no podrá probar que había otra oportunidad disponible cuando la promesa fue hecha, o que si hubiera sabido de una la habría tomado. Por otro lado, hay casos en los cuales las promesas pueden sobreponerse a estos obstáculos y debería poder contarse las oportunidades perdidas²⁶.

La Corte Suprema de Minnesota decidió sobre un caso de este tipo en 1981, el de *Grouse vs. Group Health Plan, Inc.*²⁷. En esa ocasión un farmacéutico demandó a una clínica por incumplir un contrato laboral que era ilusorio porque podía resolverse a voluntad de cualquiera de las partes. Aunque el demandante no había comenzado a trabajar para la clínica, él ya había renunciado a su trabajo en una farmacia y había rechazado la oferta de un hospital, confiando en la promesa de trabajo hecha por la clínica. La corte citó la sección 90 del Restatement of Contracts^x y estableció que el demandante "tenía el derecho de asumir que le darían una oportunidad, de buena fe, para desarrollar sus deberes" a la altura de los estándares de la clínica. Sin embargo, como la clínica podía resolver el contrato en cualquier momento, "la cuantificación de los daños no era tanto lo que hubiese ganado (de la clínica) sino por lo que perdió al renunciar al trabajo que tenía y

por declinar, por lo menos, a una oferta de trabajo en otro lugar". La corte devolvió lo actuado con el objeto que se realice un nuevo juicio sobre el tema de los daños ocasionados²⁸. Otras autoridades apoyaron el fallo en el caso *Grouse* para contar las oportunidades perdidas dentro de los daños ocasionados en términos de confianza en la otra parte²⁹.

Si una corte concede daños a la confianza cuando las negociaciones fracasan en llegar a un contrato, se deben contar las oportunidades perdidas siempre y cuando la parte afectada pruebe la existencia de los elementos que acreditan³⁰ este tipo de daño. Ya que no es una cuestión de existencia de daños y perjuicios como alternativa a daños derivados de la confianza, esta no es una situación en la cual una política de prohibición de daños y perjuicios sea burlada por el hecho de incluir las oportunidades perdidas. Tampoco hay razón alguna para creer que todos los casos de responsabilidad precontractual involucran problemas especiales probatorios que pudieran justificar una regla general que prohíba la recuperación por oportunidades perdidas en una demanda de responsabilidad precontractual.

En algunas ocasiones, para estar segura, la parte afectada puede ser incapaz de demostrar que su fracaso en conseguir otras oportunidades fue justificable. Una parte que por un pequeño costo pudiera haber conseguido varias oportunidades al mismo tiempo, se encuentra en

²⁶ Sin embargo, confróntese *Mooney v. Craddock*, 35 Colo. App. 20, 26, 530 P.2d 1302, 1305 (Ct. App. 1974) (donde el acuerdo de arrendar el club de atletismo era demasiado indefinido para ser ejecutable, "un cálculo apropiado del recobro" era "la pérdida sostenida calculada por sobre los gastos hechos").

²⁷ 306 N.W.2d 114 (Minn. 1981).

^x Nota del traductor: Los Restatement son "trabajos de doctrina, elaborados por el American Law Institute, que exponen y analizan, en forma similar a un código comentado, las principales reglas jurídicas de origen jurisprudencial aplicables en los Estados Unidos en distintas materias". CABANELLAS, Guillermo y Eleanor C. HOAGUE. Op. cit., p. 655. El Restatement que se ocupa de los contratos fue uno de los primeros en ser elaborado por el American Law Institute, en él participaron reconocidas figuras vinculadas al Derecho contractual estadounidense como Williston y Corbin. El primer Restatement de contratos fue terminado en 1932. Luego, en 1981, se publicó una revisión, el Restatement Second de contratos, en el cual el autor del presente artículo asumió la gran responsabilidad de ser el *Reporter*. Si bien los Restatements no son vinculantes para las cortes, dada la capacidad y prestigio de las personas involucradas en su elaboración suelen ser frecuentemente citados en las decisiones de las cortes como sustento. Al respecto, el autor del presente artículo señala "... existe acuerdo entre los que aplauden los Restatements y quienes los desprecian acerca de su influencia (...) Un *restatement* no puede tener mayor autoridad que la de las personas entendidas en la materia involucradas en su estudio y deliberación. No necesita otra y ¿cuál podría ser mayor? Un ex director del Instituto explicó que si una corte decide no seguir lo señalado por el Restatement lo hará con el conocimiento que la regla que rechaza fue escrita por personas que por sus estudios y reputación se suponen especialistas en la materia...". FARNSWORTH, E. Allan. Op. cit., pp. 26-28 (citas omitidas).

²⁸ *Ibid.* p. 116. La corte no indicó el periodo de tiempo por el cual los daños debían ser calculados. Ver también *Walters v. Marathon Oil Co.*, 642 F.2d 1098, 1100 (7th Cir. 1981), en el cual la corte otorgó daño por las ganancias perdidas en la franquicia, sumando, como justificación, que en los daños a la confianza basados en la promesa del franquiciante el franquiciado agraviado "había perdido la oportunidad de realizar la inversión en otro lugar". Comparar con FEINMAN. "Promissory Estoppel and Judicial Method". En: Harv. L. Rev. 97. 1984. pp. 687-688 (la corte en el caso *Marathon* otorgó estos daños basados en los daños y perjuicios, los cuales "en los casos de negocios (...) pueden reflejar mejor la oportunidad perdida que el recobro por daños a la confianza) con BIRMINGHAM. "Notes on the Reliance Interest". En: Wash. L. Rev. 60. 1984. p. 237 (criticando a Feinman y viendo a la corte en el caso *Marathon* como "protegiendo los intereses en la confianza, pero otorgando lo que hubiera dado en el caso de proteger los intereses por daños y perjuicios").

²⁹ Ver, por ejemplo, *Hunter v. Hayes*, 533 P.2d 952 (Colo. Ct. App. 1975) (el demandado le dijo al demandante que renunciaba a trabajar para el demandado); ver FULLER y PERDUE. "Reliance Interest 1". Nota 20 *supra*. pp. 74-75 ("donde el rompimiento del contrato del demandado resulta en que la propiedad del demandante queda disponible por un periodo, las cortes al otorgar al demandante la renta por el valor de los predios han considerado que estaban dando el reembolso por la oportunidad perdida para emplear la propiedad para otros propósitos (el interés de confianza) (...) (citando *Paola Gas Co. v. Paola Glass Co.*, 56 Kan. 614, 44 P. 621 (1896), en el cual la corte sugiere otra alternativa que parece basada en las oportunidades perdidas, intereses en capital disponible); *Restatement (Second) of Contracts* § 348(1) (recobro basado en "el valor de la renta de la propiedad o en el interés del valor de la propiedad"). Sin embargo, véase HUDEC. "Restating the Reliance Interest". En: Cornell L. Rev. 67. 1982. p. 719 (contrastando las oportunidades perdidas de ganar sueldos con oportunidades perdidas de una ganancia emprendedora, sugiriendo que la primera hace la demanda más atractiva, porque "el tiempo de trabajo es usualmente percibido como un activo"). Para discusiones sobre oportunidades perdidas, ver COOTER y EISENBERG. nota 20 *supra*. p. 1432; GOETZ & SCOTT. "Enforcing Promises: An Examination of the Basis of Contract". En: Yale L.J. 89. 1980; Comment. "Expanded Application of Promissory Estoppel in Restatement of Contracts Section 90 — Hoffman v. Red Owl Stores, Inc.". En: Mich. L. Rev. 65. 1966. p. 358; Comment. "Once More into the Breach: Promissory Estoppel and Traditional Damage Doctrine". En: U. Chi. L. Rev. 37. 1970. pp. 567-568; Comment. "Lost Profits as Contract Damages: Problems of Proof and Limitations on Recovery". En: Yale L.J. 65. 1956.

³⁰ Ver *Restatement (Second) of Contracts* § 350 (1981) (inevitabilidad); "*Restatement (Second) of Contracts*". § 351 (previsibilidad) "*Restatement (Second) of Contracts*". § 352 (certeza).

una pobre posición para reclamar que fue justificable abandonar la búsqueda de todas las oportunidades posibles, menos una. Empero, aunque esta puede ser una razón para rehusarse a contar las oportunidades perdidas en algunas instancias, especialmente donde las negociaciones no progresaron más allá de las primeras etapas, no es razón para negarse a contarlas en todos los casos. Una parte puede justificarse por fracasar en conseguir otras oportunidades, por ejemplo, si las negociaciones avanzaron hasta un punto en que se espera que la parte negocie exclusivamente o empiece su desempeño. En el caso *Grouse*, la corte decidió que el abandono por parte del demandante de perseguir otras oportunidades era justificado, aunque no había contrato porque el acuerdo era ilusorio. A veces, el abandono de otras oportunidades puede ser justificado, aunque no exista contrato por no haber llegado a acuerdo alguno³¹.

El reconocimiento de las oportunidades perdidas como un componente de los daños en términos de confianza de la otra parte, tendría el efecto accidental de fomentar el desarrollo de una ley que regule la responsabilidad precontractual. El hecho de que si las oportunidades perdidas deben ser contadas en cada caso particular será discutido en el siguiente análisis de los cuatro posibles supuestos de responsabilidad.

3. Enriquecimiento sin causa como fundamento de responsabilidad

El deber de restituir los beneficios recibidos durante las negociaciones es, quizá, el mayor fundamento para establecer la responsabilidad precontractual. Una de las partes en las negociaciones no puede, impunemente, adjudicarse de manera injusta este tipo de beneficios para su uso propio. Para prevenir tal enriquecimiento sin causa la ley impone que hay responsabilidad medida a partir de los intereses de restitución de la parte afectada. Comúnmente, las demandas por restitución

involucran tanto ideas reveladas, como servicios prestados durante las negociaciones.

Los casos más claros al respecto son aquellos que involucran la apropiación de ideas de manera indebida. Supongamos, por ejemplo, que el propietario de un negocio, en el curso de la negociación para la venta del mismo a un posible comprador, confía a este una idea con el fin de permitir al comprador valorar el negocio y, cuando las negociaciones fracasan, el comprador utiliza la idea revelada. El comprador puede ser responsable por la apropiación indebida de la idea del propietario del negocio en varios supuestos, de los cuales el único es la restitución.

Aunque ello es raro en las situaciones analizadas en este artículo, la apropiación indebida puede generar el incumplimiento de un contrato, ya sea este expreso o implícito en los hechos. Donde el asunto en cuestión de las negociaciones es la idea en sí, las partes pueden acordar que se pagará una compensación si la idea es divulgada y luego usada³². Las cortes han encontrado con frecuencia, este tipo de acuerdos por inferencia de los hechos³³. Cuando en las negociaciones de la venta de un negocio, el tema en materia no es la idea misma y su divulgación es meramente incidental, por lo general, sería muy irregular justificar la inferencia de semejante acuerdo en los hechos³⁴. Por consiguiente, un contrato implícito en los hechos no es usualmente el supuesto más plausible para asignar responsabilidades cuando una idea ha sido apropiada durante negociaciones como las reseñadas en este artículo.

Uno de los supuestos más usuales para asignar responsabilidad es cuando la idea es considerada como “propiedad” del dueño del negocio. Cuando se trata de apropiación indebida, el propietario tiene el derecho a daños por responsabilidad y quizá, derecho a un *equitable relief*³⁵. Esta ha sido la razón fundamental

³¹ Ver, por ejemplo, *Jacques v. First Nat'l Bank*, 307 Md. 527, 538, 515 A.2d 756, 761 (1986), (sin embargo, el aspirante a un préstamo hipotecario residencial “no promete que no dejará de aplicar al mismo préstamo, simultáneamente, frente a otros prestamistas, por lo que pensamos que las practicas del mercado, y el costo particular de cada aplicación, tiene el efecto de, por lo menos temporalmente, sacar al cliente del mercado”).

³² Ver *Sikes v. McGraw-Edison Co.*, 665 F.2d 731 (5th Cir.) (idea para una podadora de césped), cert. denied, 458 U.S. 1108 (1982).

³³ Por ejemplo, *Blaustein v. Burton*, 9 Cal. App. 3d 161, 88 Cal. Rptr. 319 (Ct. App. 1970) (idea para una versión de película de “The Taming of the Shrew”) *Anisgard v. Bray*, 11 Mass. App. 726, 419 N.E.2d 315 (1981) (idea para un complejo de tenis).

³⁴ Por ejemplo, *Faris v. Enberg*, 97 Cal. App. 3d 309, 318, 158 Cal. Rptr. 704, 709 (1979) (creador de la idea sobre un programa concurso sobre deportes, quien reveló su idea durante las negociaciones llevadas a cabo para contratar a un comentarista deportivo, no pudo recuperar su idea, regulada por un acuerdo tácito porque “nunca pensó en vender su idea sobre un programa concurso sobre deportes a nadie”).

³⁵ Nota del traductor: “reparación o protección judicial derivada del régimen del Equity”. CABANELLAS, Guillermo y Eleanor C. HOAGUE. Op. cit., p. 274. Como señala el autor del artículo, en general, los remedios disponibles de las cortes pueden clasificarse en específicos y sustitutos. En el primer caso se otorga la *misma* prestación que fuera prometida, mientras que en el segundo se otorga algo —normalmente dinero— en vez de la prestación prometida. Adicionalmente, los remedios pueden clasificarse de acuerdo a su origen en de *common law* (también denominados, legales) y de *equity* según, antes de la unificación, fueran otorgados por las cortes del *common law* o del *equity* respectivamente. El principal remedio legal era otorgar una suma de dinero (remedio sustituto) mientras el principal remedio del *equity* era el cumplimiento de lo prometido (remedio específico). FARNSWORTH. Op. cit., pp. 734-735. Sobre el régimen del *equity* resulta interesante lo señalado por Cabanellas y Hoague: “Sistema jurídico desarrollado en Inglaterra paralelamente al sistema de Derecho estricto e incorporado en general al régimen jurídico anglo-norteamericano. Bajo el sistema inglés de Derecho estricto, las acciones judiciales se encontraban estrictamente limitadas. Ante la insuficiencia de estas acciones para proteger intereses legítimos de las partes, éstas recurrían al rey, el cual a su vez delegaba a tribunales especiales (Chancery Courts) la decisión de estos casos. Tales tribunales desarrollaron un conjunto de reglas, primero basadas en la equidad según esos tribunales la entendían, y luego cristalizadas en un régimen jurídico propio. Durante el siglo pasado la mayoría de los tribunales del *equity* se fusionaron con los del Derecho estricto, pero quedó vigente el conjunto de reglas históricamente desarrolladas por aquéllos, que hoy se conoce con el nombre de *equity*”. CABANELLAS, Guillermo y Eleanor C. HOAGUE. Op. cit., p. 275.

³⁵ Ver Restatement of Torts § 757 comment e (1939). El Restatement (Second) of Torts no abarca este tema.

tradicional cuando la idea es un secreto comercial³⁶. Aunque hay muchas ideas que no califican como secretos comerciales³⁷, algunas cortes han encontrado derechos de propiedad cuando las ideas son “novedosas” y “concretas” sin tener en cuenta si califican como secretos comerciales³⁸.

Otro de los supuestos, aceptado por algunas cortes, es que la apropiación indebida es una violación de una relación confidencial³⁹. Por otro lado, no es suficiente que el creador de esa idea declare que ésta está siendo revelada en confidencia; una relación confidencial preexistente es necesaria. Los casos más claros son aquellos como los del empleador y el empleado, principal y agente y los *joint venturers*. Siempre que las negociaciones se lleven a cabo en condiciones y posiciones homogéneas la relación entre las partes negociantes no puede ser caracterizada como “confidencial” por este propósito⁴⁰.

Finalmente, una de las partes puede tener un reclamo basado en la restitución de los beneficios que la otra parte ganó por una idea que es novedosa y concreta⁴¹. La recuperación basada en la restitución es medida sobre la base del beneficio que trajo la idea a la parte que se la apropió, mientras que, por lo menos en principio, la recuperación basada en un derecho de propiedad o en una relación confidencial es medida sobre la base de lo perdido por la parte cuya idea fue apropiada. En la práctica, sin embargo, la recuperación en estos tres supuestos tiende a ser medida sobre la base del beneficio de la parte que

se apropió de la idea, como la única manera de medición factible⁴².

La parte también puede ser restituida por servicios prestados durante las negociaciones fallidas, a diferencia de las ideas indebidamente apropiadas. Sin embargo, la mera circunstancia de que los servicios prestados por una de las partes beneficiaron a la otra no da derecho a la primera de ellas a reclamar restitución alguna, pues bajo el punto de vista aleatorio de las negociaciones, la corte puede tratar tanto a los beneficios como a las pérdidas como un riesgo inherente a las negociaciones mismas. Como lo señaló una corte, el tiempo, esfuerzo y las actividades expedidas durante las negociaciones, son “la molienda común de las negociaciones encaminadas hacia la consumación de un acuerdo”, y “los esfuerzos de ambos lados, si fracasan, no garantizan que una de las partes pueda demandar que la otra ha sido enriquecida a costa de ella. Los esfuerzos de cada lado fueron hechos con el propósito de avanzar en pos de sus propios intereses”⁴³. Esta conclusión, a veces es reforzada por el enunciado que sólo “el enriquecimiento sin causa es lo que debe evitarse” por las reglas de restitución⁴⁴.

Un atractivo tipo de demanda por indemnización es aquella presentada por un arquitecto o constructor que ha prestado sus servicios a un inversionista durante las etapas de planificación de un proyecto, sólo para que el inversionista haga el contrato con otra persona. El caso de *Hill vs. Waxberg*⁴⁵, resuelto por el Noveno Circuito en 1956, es uno de estos. Hill le pidió a Waxberg, un

³⁶ De acuerdo con Holmes, la “palabra propiedad tal como es aplicada a los secretos comerciales es una expresión que no ha sido analizada, como consecuencia del hecho que la ley hace rudimentarias exigencias a la buena fe”. Ver *Du Pont de Nemours Powder Co. v. Masland*, 244 U.S. 100, 102 (1917).

³⁷ Por ejemplo, *Speedry Chem. Prods., Inc. v. Carter's Ink Co.*, 306 F.2d 328 (2d Cir. 1962). En este caso no hay una definición precisa de secreto comercial. Ver *Unif. Trade Secrets Act § 1(4) & comment*, 14 U.L.A. 542 (1980 & Supp. 1987); *Restatement of Torts § 757 & comment b* (1939) (que exige que los secretos comerciales estén en “continuo uso en el negocio”). Para una definición más amplia de secreto comercial. Ver *Smith v. Dravo Corp.*, 203 F.2d 369, 373 (7th Cir. 1953) (“casi todo el conocimiento o información usada para conducir un negocio propio puede ser conservada por su poseedor como un secreto (...). Todo lo que se requiere es que esta información o conocimiento represente, hasta cierto grado, los esfuerzos independientes hechos por aquel que los reclama.” (citas omitidas)).

³⁸ Un caso utilizado en seminarios es *Liggett & Meyers Tobacco Co. v. Meyer*, 101 Ind. App. 420, 194 N.E. 206 (1935) (en banc). Ha sido seguido, por ejemplo, *John W. Shaw Advertising, Inc. v. Ford Motor Co.*, 112 F. Supp. 121 (N.D. Ill. 1953); *How J. Ryan & Assoc. v. Century Brewing Ass'n*, 185 Wash. 600, 55 P.2d 1053 (1936).

³⁹ *Capital Films Corp. v. Charles Fries Prods*, 628 F.2d 387 (5th Cir. 1980); *Blaustein v. Burton*, 9 Cal. App. 3d 161, 88 Cal. Rptr. 319 (1970); ver también *Crocac Corp. v. Sheller-Globe Corp.*, 385 F. Supp. 251 (N.D. Ill. 1974) (confianza ganada de forma fraudulenta).

⁴⁰ *Faris v. Enberg*, 97 Cal. App. 3d 309, 324-25, 158 Cal. Rptr. 704, 713 (1979) (las negociaciones no llevaron a una “relación confidencial”, lo que lo distingue del caso *Blaustein v. Burton*, donde ambas partes “usaron a los mismos abogados”. *Blaustein* “había sido invitado constantemente por” los Burtons para que revelara su idea, por lo que él “prestó sus servicios cuando le fueron requeridos”). Sin embargo, véase *Schreyer v. Casco Prods. Corp.*, 190 F.2d 921, 924 (2d Cir. 1951) (lo revelado durante las negociaciones llevadas a cabo para la producción y venta de la plancha eléctrica llevaron a la formación de una “relación confidencial”, pero no se menciona “secreto comercial” alguno), cert. denied, 342 U.S. 913 (1952).

⁴¹ *Matarese v. Moore-McCormack Lines*, 158 F.2d 631 (2d Cir. 1946); *Schott v. Westinghouse Elec. Corp.*, 436 Pa. 279, 259 A.2d 443 (1969); Ver 1 PALMER. “The Law of Restitution”. § 2.8. pp.119-120.1978; 2 PALMER. *supra*, § 10.11, pp. 466-472.

⁴² Ver, por ejemplo, *Schreyer v. Casco Prods. Corp.* 190 F.2d 921 (2d Cir. 1951) (el incremento de las ganancias se obtuvo como resultado de un incremento en la producción que fue posible gracias a la apropiación indebida de una idea), cert. denied, 342 U.S. 913 (1952); *How J. Ryan & Assoc. v. Century Brewing Ass'n*, 185 Wash. 600, 55 P.2d 1053, 1054 (1936) (“El valor del derecho de propiedad o el valor de los servicios dependen del valor que el usuario da a la idea...”).

⁴³ *Songbird Jet Ltd. v. Amax*, 581 F. Supp. 912, 926 (S.D.N.Y. 1984); de acuerdo con *Rutledge v. Housing Auth.*, 88 Ill. App. 3d 1064, 1069, 411 N.E.2d 82, 86 (1980); *W.F. Holt Co. v. A & E Elec. Co.*, 665 S.W.2d 722, 738 (Tenn. Ct. App. 1983); ver *Restatement (Second) of Restitution § 6 comment b*, at 67-68 (Tent. Draft No. 1 1983); véase *Precision Testing Laboratories, Ltd. v. Kenyon Corp. of Am.*, 644 F. Supp. 1327, 1350-51 (S.D.N.Y. 1986) (se determina la existencia de enriquecimiento sin causa porque “los servicios proporcionados por el demandante estaban diseñados para beneficiar” al demandado; distinguiéndose del caso *Songbird Jet*, “porque en este los servicios del demandante estaban diseñados para promover sus propios intereses”).

⁴⁴ *Rutledge*, 88 Ill. App. 3d at 1069, 411 N.E.2d at 86 (énfasis en el original); ver también *Restatement (Second) of Restitution § 6(2)* (Tent. Draft No. 1 1983) (puede haber enriquecimiento sin causa cuando la conducta de las negociaciones sea *unconscionable*).

⁴⁵ 237 F.2d 936 (9th Cir. 1956).

constructor, que lo ayude a prepararse para la construcción de un edificio bajo el entendimiento de que si se podía lograr el financiamiento de la FHA, Waxberg sería contratado para realizar la obra. Waxberg lo hizo, esperando ser compensado con las ganancias que obtendría del contrato. Cuando la FHA acordó financiar la obra, Hill y Waxberg no pudieron llegar a un acuerdo sobre el contrato, culpándose mutuamente por el fracaso. Cuando Hill hizo un contrato con otra persona, Waxberg demandó a Hill por los gastos que él había realizado y por el valor razonable de sus servicios, que habían sido de cierto valor para Hill. La corte sostuvo que Waxberg tenía derecho a ser reparado por “el valor del beneficio que fue adquirido”⁴⁶, porque algo resulta de la naturaleza de los contratos implícitos cuando uno presta servicios a solicitud de otro con la obvia expectativa de pago, y en el proceso confiere un beneficio al otro. No hace diferencia alguna si el pago esperado es un pago inmediato al contado o en forma de ganancia derivada de un contrato, cuya consumación podría o debería ser anticipada por hombres razonables⁴⁷.

El Restatement (Second) of Restitution apoya la indemnización en este tipo de casos si la conducta del demandado “parece *unconscionable*” y si la pérdida o el gasto no resulta “de un riesgo justo de ser asumido” por el demandante en vez del demandado⁴⁸, una calificación consistente con la visión aleatoria del *common law*.

Hay escasas glosas judiciales con respecto a los requerimientos del Restatement, ya que pocas cortes han visto reclamos de indemnización por beneficios

conferidos durante negociaciones fallidas⁴⁹. Incluso en el caso *Hill vs. Waxberg*, los servicios prestados por el demandante deben haber sido efectuados a solicitud de la otra parte⁵⁰. Sin embargo, un demandante que pueda probar que se le ha solicitado sus servicios, con frecuencia puede presentar un reclamo basado en un contrato implícito en los hechos por el valor razonable de estos servicios y, por lo tanto, evitar tener que probar que sus servicios en realidad beneficiaron a la otra parte. Por esta razón, usualmente los demandantes han hecho reclamos sobre la base de contratos implícitos en los hechos además de, o en vez de, demandas por restitución y las cortes que han permitido esta reparación, generalmente, han favorecido el supuesto anterior⁵¹. Sin embargo, si la generosa definición de beneficio establecida en el caso *Earhart vs. William Low Co.* es aceptada, no habría razón alguna para preferir un supuesto en vez del otro⁵².

A pesar del atractivo de la restitución, ésta ha sido mayormente abandonada como base de la responsabilidad precontractual. A excepción de los casos que implican la indebida apropiación de ideas, solamente algunas decisiones tales como la de *Hill vs. Waxberg* y *Earhart vs. William Low Co.* han estimulado a las partes a demandar la restitución por los beneficios conferidos durante negociaciones fallidas. Hasta donde se puede decir de los casos reportados, las cortes tampoco han sido frecuentemente solicitadas para conceder tales demandas. Los potenciales litigantes – quizás desalentados por las dificultades para probar estos beneficios⁵³ e inconscientes de que pueden ser

⁴⁶ Ibid. p. 939.

⁴⁷ Ibid. pp. 938-939 (pie de página omitido). La fuerza de este argumento se ve debilitada, sin embargo, por la explicación hecha por la corte de que la indemnización también se podría basar en el supuesto de un contrato implícito en los hechos. Ibid. p. 939.

⁴⁸ Restatement (Second) of Restitution § 6(2) (Tent. Draft No. 1, 1983). El hecho que la conducta del demandado “parezca *unconscionable*” puede depender de si el fracaso de las negociaciones se debió a la falta de buena fe de ambas partes, una pregunta que no fue discutida en el caso *Hill v. Waxberg*. Una explicación que permite la indemnización está basada en el caso *Hill v. Waxberg*. Sobre las faltas, ver *Brewer St. Inv. v. Barclays Woollen Co.*, [1954] 1 Q.B. 428 (C.A. 1953), discutido en la nota 274 *infra*.

⁴⁹ Una rara excepción, excluyendo el caso *Hill v. Waxberg*, es *Comm v. Goodman*, 6 Ill. App. 3d 847, 286 N.E. 2d 758 (1972), en el cual un arquitecto fue indemnizado por un constructor. Véase también, *Precision Testing Laboratories, Ltd. v. Kenyon Corp. of Am.*, 644 F. Supp. 1327 (S.D.N.Y. 1986) (la indemnización se debió al beneficio logrado durante las negociaciones para hacer un *joint venture*); *Williams Lacey (Hounslow) Ltd. v. Davis*, [1957] 1 W.L.R. 932 (Q.B.) (el constructor, después de hacer la oferta más baja, preparó, a pedido del dueño, estimado que realizaban el precio de la propiedad cuando era vendida). Para casos que rechazan pedidos de indemnización, ver nota 43 *supra*.

⁵⁰ *Accord Gould v. American Water Works Serv.*, 52 N.J. 226, 245 A.2d 14 (1968) (*per curiam*) (el demandante cavó pozos sin que el demandado, al que le estaba tratando de vender molinos, se lo pidiera. Fue un “voluntario” sin derecho a indemnización), cert. denied, 394 U.S. 943 (1969).

⁵¹ El caso *Hill v. Waxberg* fue decidido sobre la base de un supuesto alternativo de un contrato implícito en los hechos. Véase también *Burridge v. Ace Storm Window Co.*, 60 Dauphin Co. 199, 201-02, 69 Pa. D. & C. 184, 187 (C.P. 1949) (la demanda presentada por los demandantes para una restitución, sobrevivió la excepción por falta de acción, pero la corte también encontró un contrato implícito en los hechos).

⁵² Un caso inglés, ocurrido recientemente, sugiere que, bajo algunas circunstancias, los pedidos hechos durante las negociaciones precontractuales pueden no terminar en un contrato implícito en los hechos. En el caso *British Steel Corp. v. Cleveland Bridge & Engineering Co.*, [1984] 1 All E.R. 504 (Q.B. 1981) (opinión de Robert Goff, J., co-autor del trabajo, líder en temas de indemnización en el Reino Unido), un posible cliente de una fábrica de acero, pidió al posible vendedor que empezara a producir y entregar mercancías, estando pendiente el contrato formal que aún estaba siendo negociado. Al fracasar las negociaciones, el posible vendedor demandó al posible comprador por el trabajo aceptado por él. La corte rechazó la demanda hecha por el posible vendedor sobre la base de la existencia de un contrato implícito en los hechos para pagar un precio razonable, pues, habiendo estado las partes involucradas en un proceso de negociación, no se podía predecir cual sería la responsabilidad del vendedor en caso se entregaran productos defectuosos o la entrega fuera tardía. “[E]s difícil inferir de la actuación del comprador al hacer el pedido, que él esté asumiendo la responsabilidad por su posible conducta, ya que esta responsabilidad recaerá sobre él por el contrato que ambas partes esperan concluir pronto.” Por el contrario, la corte decidió que “la ley impone, simplemente, la obligación de hacer un pago razonable por este tipo de trabajo, que ha sido hecho sobre pedido, una obligación de indemnización.” Ibid. pp. 510-511. Sin embargo, esta preclusión puede limitar la posibilidad de recobro por parte de los demandantes sólo hasta el extremo de que la indemnización por beneficios, sea menos generosa que la indemnización bajo un contrato implícito en los hechos, por ejemplo el “beneficio” no tiene una definición muy generosa como la adoptada en el caso *Earhart v. Low*.

⁵³ Ver, por ejemplo, *Reprosystem, B.V. v. SCM Corp.*, 727 F.2d 257, 263-64 (2d Cir. 1984) (el demandante “no pudo demostrar que concedió algún beneficio” al demandado durante las negociaciones, cert. denied, 469 U.S. 828 (1984)).

definidos en forma generosa— han consentido silenciosamente la visión aleatoria del proceso de negociación del *common law*.

4. *Misrepresentation* como fundamento de responsabilidad

Misrepresentation, otro supuesto fundamental de responsabilidad precontractual, no ha sido más popular entre los demandantes de lo que ha sido la restitución. Una parte no puede representar fraudulentamente sus intenciones de llegar a un acuerdo y quedar impune. Tal aserción es una de hecho, de un estado mental, y si es fraudulenta, se puede accionar en contra de ella por *tor*⁵⁴, pero pocas acciones como estas han llegado a las cortes.

*Markov vs. ABC Transfer & Storage Co.*⁵⁵ es una rara excepción. En este caso, el arrendador de las instalaciones de un almacén, intencionalmente *misrepresented* frente al arrendatario que pretendía renovar el arrendamiento existente por otros tres años, mientras que “silenciosamente, estaba negociando la venta de los locales al mismo tiempo”⁵⁶. El motivo del arrendador era asegurarse que los locales estuvieran ocupados durante las negociaciones para su venta y, en caso estas fracasaran, el arrendamiento pudiera ser renovado. Con sólo unas semanas de anticipación a la expiración del arrendamiento el comprador notificó al sorprendido arrendatario para que desocupara los locales, por lo que el arrendatario demandó al arrendador por fraude. La Corte Suprema de Washington concluyó que el arrendador había prometido fraudulentamente “renovar el arrendamiento (...) y negociar el monto de la renta de buena fe” y explicó que es suficiente para que haya fraude “que la promesa sea hecha sin cuidado o sin importar si será cumplida”⁵⁷.

La corte otorgó daños al arrendatario por las pérdidas originadas en la confianza depositada en el arrendador. Lo otorgado incluyó no solamente el costo adicional incurrido por el arrendatario como resultado de su rauda mudanza a otro almacén, sino que también incluyó las ganancias perdidas por el arrendatario cuando su cliente principal se fue porque no se había

hecho ninguna preparación para la mudanza⁵⁸. La corte contó dentro de los daños derivados de la confianza a la oportunidad perdida del arrendatario de continuar al servicio de su cliente principal. Los problemas probatorios del arrendatario se vieron reducidos al mínimo porque la oportunidad que fue perdida implicaba la continuidad de un arreglo ya existente.

La representación de un serio intento de llegar a un acuerdo con la otra parte, se encuentra implícita en el acto de negociación. Por lo tanto, el análisis del caso de Markov generalmente se aplica, aun en ausencia de cualquier representación explícita, si una de las partes entra a la negociación sin ninguna intención de llegar a un acuerdo. También se aplica si una de las partes, habiendo perdido esa intención, continúa en negociaciones o fracasa en dar a la otra parte una pronta notificación de su cambio de opinión. Esto apoya la posibilidad de recuperación en otras situaciones también. Así, por ejemplo, una de las partes de la negociación que engaña a la otra sobre su capacidad para actuar como agente de otro puede ser encontrada responsable por daños a la confianza, si las negociaciones fracasaron cuando la otra parte descubrió el engaño⁵⁹. De hecho, parecería que una parte que estuvo involucrada en negociaciones fallidas puede demandar basándose en el supuesto de *misrepresentation*, incluyendo el ocultamiento de información, que al ser descubierta causó que las negociaciones fracasaran.

Un caso suizo proporciona un interesante ejemplo de este tipo de demandas, aunque la corte Suiza no basó su decisión en el supuesto de *misrepresentation*. La oficina central de un banco permitió que una de sus sucursales negociara durante meses con un potencial cliente que buscaba financiamiento para su nuevo negocio de arrendamiento financiero, así como un financiamiento limitado por dos meses sobre la base de la oferta del banco. En el último momento, cuando un texto de la propuesta final ya había sido preparado por el banco y enviado al potencial cliente para su firma, el banco reveló que era requerida la aprobación de la oficina central y que ésta rechazó la operación. La Corte Federal Suiza sostuvo que el potencial cliente debía ser indemnizado sobre la base de los daños a la

⁵⁴ Ver *Restatement (Second) of Torts* §§ 525, 530 (1977).

⁵⁵ 76 Wash. 2d 388, 457 P.2d 535 (1969).

⁵⁶ *Ibid.* pp 393, 457 P.2d. pp. 537-538.

⁵⁷ *Ibid.* pp 396, 457 P.2d. p. 539.

⁵⁸ *Ibid.* pp 394, 457 P.2d. p. 538. La medida de los daños en los casos de *misrepresentation* fraudulenta generalmente incluye “las pérdidas pecuniarias sufridas... como consecuencia... de la confianza depositada” por la parte perjudicada y, si se prueba de forma certera, “los beneficios del contrato”. *Restatement (Second) of Torts* § 549 (1977).

⁵⁹ The *Restatement (Second) of Agency* parece estar de acuerdo. El *Restatement (Second) of Agency* § 330 (1958) establece que en una *misrepresentation* de capacidad hay responsabilidad “pues es procedente una acción por responsabilidad civil extracontractual por las pérdidas causadas por la confianza depositada en tal *misrepresentation*”. Aunque esto parezca aplicable en una situación en la cual las negociaciones fracasan en llegar a un contrato, se ha señalado que el agente significativo no es responsable hasta que se haya llegado a un contrato y, siendo este rechazado, quede roto. *Moore v. Maddock*, 224 A.D. 401, 231 N.Y.S. 291 (App. Div. 1928), *aff'd*, 251 N.Y. 420, 167 N.E. 572 (1929). *Contra Memphis Cotton Press & Storage Co. v. Hanson*, 4 Tenn. App. 293 (Ct. App. 1926).

confianza. Aunque cualquiera de las partes pudo haber interrumpido las negociaciones sin dar razón alguna, cada parte estaba bajo el deber “de informar a la otra, hasta un cierto punto, de las circunstancias particulares que influenciarían su decisión de concluir el contrato o de concluirlo bajo ciertas condiciones”⁶⁰.

La corte aprobó una indemnización por daños a la confianza basados en la oportunidad perdida del prestatario de obtener financiamiento en otra parte. Después del fracaso de las negociaciones, este prestatario obtuvo financiamiento de otro banco, que de otra manera hubiera podido obtener dos meses atrás. Por lo tanto, era apropiado incluir dentro de los daños a la confianza las ganancias que este prestatario hubiera obtenido durante estos dos meses que tuvo que esperar por culpa del banco. Los problemas probatorios del arrendatario fueron minimizados porque la oportunidad perdida implicó la continuación de un acuerdo existente.

Bajo el supuesto de *misrepresentation*, una corte americana pudo haber llegado al mismo resultado, tanto en lo referente a la responsabilidad como a la medida de los daños, siempre y cuando el banco hubiera estado enterado de la equivocación del potencial cliente al creer que la sucursal podía comprometer al banco. En este caso, la culpa del banco de no corregir esta equivocación podría llevar a un supuesto de *misrepresentation* por ocultar información⁶¹.

Por otro lado, las cortes rara vez han aplicado las reglas sobre *misrepresentation* en un caso de negociaciones fallidas⁶². Quizás esto se deba a que las partes pocas veces se ven tentadas a *misrepresent* sus verdaderas intenciones. Mientras que es una técnica común durante las negociaciones que una de las partes tienda a exagerar sus intenciones de interrumpir las negociaciones, las partes raramente tienen alguna razón para exagerar sus intenciones de querer negociar. Una razón posible es la sugerida por el caso Markov. En otros escenarios, menos posibles por supuesto, habrá partes que podrán negociar con sus competidores para evitar que estos se aprovechen de

otro acuerdo, o con un cliente antiguo, con tal de evitar decirle que sus negocios ya no son deseados. Pocas son las razones que se sugieren al respecto⁶³. Y aun cuando se usan este tipo de *misrepresentations*, puede que la parte afectada se vea desalentada de demandar por la dificultad de probar el intento fraudulento⁶⁴ o – ignorante de la posibilidad de contar la pérdida de oportunidades– de demostrar la pérdida substancial que ha sufrido.

5. Promesa específica como fundamento de responsabilidad

Un fundamento más común para la responsabilidad precontractual podría parecer ser la promesa específica que una parte le hace a la otra de manera que esta última se interese en las negociaciones. En las dos décadas pasadas, las cortes han llegado a reconocer que se puede atribuir responsabilidad sobre la base de este tipo de promesas. Una parte no puede, impunemente, romper una promesa hecha durante las negociaciones si la otra parte ha contado con esta.

Este tipo de responsabilidad se ha desarrollado, en gran medida, por los casos surgidos de las negociaciones entre los franquiciantes y los potenciales franquiciados, en los cuales estos últimos han sido indemnizados por daños a la confianza⁶⁵. En 1965, la Corte Suprema de Wisconsin, en el caso *Hoffman vs. Red Owl Stores*⁶⁶, fue más allá de lo establecido en los primeros casos sobre franquicias y decidió que Red Owl Stores, un concesionario de supermercado, era responsable frente a Hoffman por prometer que los \$18,000 en efectivo con que él podía contribuir, serían suficientes para obtener la franquicia. Las negociaciones se prolongaron y, durante todo ese tiempo, Hoffman vendió su panadería, compró y vendió una pequeña tienda de comestibles, se mudó a otra ciudad, e hizo un pago inicial por un terreno. Finalmente, las negociaciones colapsaron cuando Red Owl exigió a Hoffman una contribución mayor y éste se negó a hacerla. La corte concluyó que “la promesa necesaria para sustentar una causal de acción para hacer cumplir una promesa” no tiene que “abarcar todos los detalles esenciales de una posible transacción (...) a fin de ser el equivalente de una oferta”⁶⁷.

⁶⁰ *Escophon AG v. Bank in Langenthal, Bundesgericht, Switz., 105 BGE II 75, 80, 128 J.T. I 66, 70 (1979)*. Aunque esta cita parece ser un adecuado resumen sobre la racionalidad de la decisión, la corte consideró que la conducta del banco cae en el supuesto de la culpa *in contrahendo* y no un supuesto de *misrepresentation*, tal y como lo consideraría una corte de *common law*. Ver nota 85 que acompaña al texto, *infra*.

⁶¹ Ver *Restatement (Second) of Contracts* § 161 (1981).

⁶² Para observar la poca cantidad de casos que han llegado a las cortes francesas en similares circunstancias, ver SCHMIDT. “La Sanction de la faute precontractuelle”. *Revue Trimestrielle de Droit Civil* 73. 1974. p. 54.

⁶³ Para el alegato que sustenta que una de las partes entró a las negociaciones como razón para adquirir una licencia de transmisión de televisión, ver *Skycom Corp. v. Telstar Corp., 813 F.2d 810, 813 (7th Cir. 1987)*.

⁶⁴ Ver, por ejemplo, *Zeman v. Lufthansa German Airlines, 699 P.2d 1274, 1285 (Alaska 1985)* (se falló en el juicio sumario a favor del demandado, sobre demandas de fraude debido a la falta de demostración de la “indiferencia imprudente” requerida por el caso Markov).

⁶⁵ *Goodman v. Dicker, 169 F.2d 684 (D.C. Cir. 1948)*; ver también, *Chrysler Corp. v. Quimby, 51 Del. 264, 144 A.2d 123 (1958)* (promesa de no terminar con la franquicia).

⁶⁶ 26 Wis. 2d 683, 133 N.W.2d 267 (1965).

⁶⁷ *Ibid.* pp 697-698, 133 N.W.2d. pp. 274-275.

Debido a que Red Owl no hizo oferta alguna fue imposible darle un valor a los daños y perjuicios de Hoffman, cuya indemnización fue medida sobre la base de daños a la confianza⁶⁸. La corte no dejó que las ganancias de la pequeña tienda de comestibles, que fueron perdidas en el proceso de venta, fueran incluidas en los daños a la confianza⁶⁹, mas fue consistente con el derecho de contar las oportunidades perdidas, porque la compra así como la venta de la tienda de comestibles se basó en la confianza puesta en la promesa hecha⁷⁰. Hoffman no pidió que le repararan las pérdidas que causó la venta de la panadería como consecuencia de su confianza en la promesa de Red Owl, por lo que la corte tuvo que decidir sobre si incluir oportunidades perdidas dentro de los daños a la confianza⁷¹.

Este caso deja por sentado que la responsabilidad basada en una promesa específica sí tiene lugar en las reglas de responsabilidad precontractual, aunque la promesa está muy lejos de ser una oferta. En realidad, se puede argumentar que un caso de responsabilidad es más sólido cuando no hay oferta alguna ya que no hay nada más, salvo aceptar la promesa hecha basándose en la confianza depositada en la otra parte. Sin embargo, durante las dos décadas posteriores a Red Owl, su influencia ha sido mayor en las "revistas jurídicas" que en las "crónicas judiciales"⁷². En parte, el pequeño número de casos en que los demandantes han buscado ser reparados sobre la base de promesas hechas durante las negociaciones preliminares se debe al temor que inclusive las cortes que permiten que se repare a la parte afectada, van a imponer una pesada carga sobre los demandantes para que demuestren que la promesa fue

hecha y que había motivos justificados dentro del contexto de las negociaciones para confiar en ella⁷³. Empero, es muy posible que también se deba a un desconocimiento por parte de los abogados de la posibilidad de contar las oportunidades perdidas dentro de los daños por pérdida de confianza, lo que sería suficiente para separar una demanda que justifique el litigio posterior⁷⁴. Cualquiera que sea la razón, el impacto de Red Owl no ha estado a la altura de su promesa.

Similar destino siguió el caso *Heyer Products Co. v. Estados Unidos*⁷⁵, en el cual se sostuvo que los daños a la confianza se podrían basar en una promesa implícita. Heyer, el postor para la buena pro de un contrato con el cuerpo de la artillería del ejército, demandó al gobierno alegando que había concedido el contrato a un postor con una oferta para tomar represalias contra Heyer por atestiguar contra el cuerpo de la artillería en una audiencia del senado. La corte declinó basar su decisión en el hecho de que Heyer había hecho una oferta, sino que, por el contrario, sostuvo que la responsabilidad se podría basar en el comportamiento impropio del gobierno en inducir a Heyer que participe en el proceso de licitación. Mientras que el gobierno "podría aceptar o rechazar una oferta como quisiera y ningún contrato resultaría hasta que una de las ofertas sea aceptada (...) queda implícito necesariamente que existe una promesa de dar una consideración justa e imparcial a la oferta de Heyer"⁷⁶. Si Heyer hubiese podido probar sus argumentos, la promesa implícita del gobierno habría sido vista como rota⁷⁷ y, por tanto, hubiera tenido que compensar a Heyer pérdidas a la confianza (sus costos en la preparación de la oferta), aunque no por sus beneficios

⁶⁸ En uno de los casos de franquicia, la corte otorgó indemnización por daños y perjuicios sobre la base de la teoría del *promissory estoppel*. *Walters v. Marathon Oil Co.*, 642 F.2d 1098 (7th Cir. 1981). En contraste a lo acontecido en el caso Red Owl, sin embargo, los términos del acuerdo último eran conocidos porque el franquiciado desilusionado no sólo había confiado en la promesa del franquiciante, sino que había enviado su solicitud de aplicación para la franquicia.

⁶⁹ 26 Wis. 2d pp. 700-701, 133 N.W.2d pp. 276-277.

⁷⁰ Parece que él vendió la tienda de comestibles por más de lo que había pagado por ella. Id. at 701, 133 N.W.2d. p. 276.

⁷¹ Pero en *Clark Oil & Ref. Corp. v. Leistikow*, 69 Wis. 2d 226, 238, 230 N.W.2d 736, 744 (1975), la Corte Suprema de Wisconsin distinguió lo ocurrido en el caso Red Owl. En el caso Clark Oil, la corte encontró que mientras que a los que se les había hecho las promesas "alegaban que habían dejado a sus empleadores anteriores plantados como resultado" de ciertas promesas, "no había argumento que la injusticia realizada sólo podría haber sido evitada haciendo cumplir las promesas hechas y era cuestionable que el haber dejado sus anteriores empleos era resultado de las acciones de un carácter definido y substancial". Ibid. pp. 238, 230 N.W.2d. p. 744 (citando el caso Red Owl, 26 Wis. 2d at 698, 133 N.W.2d. p. 275). La corte notó que Hoffman había "sufrido pérdidas monetarias" por la confianza depositada.

⁷² Aunque el caso Red Owl ha sido citado en otras situaciones que involucran la *promissory estoppel*, parece haber ocasionado pocas demandas que contengan hechos parecidos. Hay excepciones como los casos *Werner v. Xerox Corp.*, 732 F.2d 580 (7th Cir. 1984) y *Vigoda v. Denver Urban Renewal Auth.*, 646 P.2d 900 (Colo. 1982) (en banc). En el caso *Skycorp v. Telstar Corp.*, 813 F.2d 810, 817 (7th Cir. 1987), la corte *interjected* un tema de *promissory estoppel* en la etapa de apelación. *Misrepresentation* hubiera sido una base mejor para esa demanda.

⁷³ Ver, por ejemplo, *Reprosystem, B.V. v. SCM Corp.*, 727 F.2d 257, 265 (2d Cir.) (el posible comprador de una subsidiaria extranjera "no puede señalar un punto claro y no ambiguo de la promesa hecha por la matriz, para poder consumir el acuerdo, tampoco puede demostrar que confiaba razonablemente en una promesa implícita en la conducta de la matriz durante las negociaciones"), cert. denied, 469 U.S. 828 (1984).

⁷⁴ Un caso se ha basado en lo ocurrido en el caso Red Owl y tomó en cuenta las oportunidades perdidas dentro de los daños a la confianza. *Hunter v. Hayes*, 533 P.2d 952 (Colo. Ct. App. 1975).

⁷⁵ 140 F. Supp. 409 (Ct. Cl. 1956).

⁷⁶ Id. at 412, 413; accord *Armstrong & Armstrong, Inc. v. United States*, 356 F. Supp. 514 (E.D. Wash. 1973), *aff'd per curiam*, 514 F.2d 402 (9th Cir. 1975); *King v. Alaska State Hous. Auth.*, 633 P.2d 256 (Alaska 1981). Pero también consúltese el caso *Rapp v. Salt Lake City*, 527 P.2d 651 (Utah 1974) (desistimiento de seguir a Heyer para demandar a la corporación municipal). Summers analiza a Heyer bajo el título "negociando sin una seria intención de contratar" en el cual sugiere que el recobro sería sobre la base de *tort*. SUMMERS. nota 2 *supra*. p. 221. Esta caracterización parece cuestionable en vista de la referencia hecha por Heyer en la corte con respecto a un "contrato implícito". Asimismo, si la acción era posible bajo un supuesto de *tort*, la Corte de Reclamos no habría tenido jurisdicción. Ver HEYER. 140 F. Supp. p. 414 (Laramore, J., discrepa).

⁷⁷ HEYER. 140 F. Supp. pp. 413-414.

perdidos⁷⁸. Aunque la corte advirtió que la recuperación se podría obtener solamente si se prueba “un estímulo fraudulento para las ofertas⁷⁹, “las decisiones subsecuentes han requerido solamente comportamientos “arbitrarios y caprichosos⁸⁰”.

La promesa implícita encontrada en el caso de Heyer se puede generalizar en asegurar que una parte no actuará sobre la base de motivos ulteriores a las negociaciones. La otra parte tomaría el riesgo que las negociaciones pudieron fallar por razones usuales del negocio, pero no por razones extrañas. Ninguna generalización ha ocurrido y la razón del caso de Heyer no se ha ampliado más allá de la esfera de los contratos con el gobierno. Una vez más el error de no apreciar la posibilidad de tomar en consideración las oportunidades perdidas puede ayudar a explicar esto.

6. La obligación general como fundamento de responsabilidad

De casos decididos sobre la base de *misrepresentation* y de una promesa específica, algunos autores han generalizado y sostenido que una obligación general de *fair dealing* puede surgir de las negociaciones en sí mismas, al menos si la parte afectada ha sido llevada a creer que se llegará a un acuerdo final. Summers escribió que si las cortes siguen a Red Owl: “Ya no va a ser posible para una parte boicotear una negociación contractual con impunidad, cuando la otra ha sido inducida a confiar en la probabilidad que las negociaciones serán exitosas⁸¹. Sin embargo las cortes americanas han sido

poco receptivas a estos argumentos y han declinado a encontrar una obligación general que impida a una de las partes romper las negociaciones, aun cuando existían probabilidades de éxito⁸². Su negativa se sostiene en la formulación de un deber general de *fair dealing* y de negociar de buena fe contenidos en el Uniform Commercial Code y el Restatement (Second) of Contract que, al menos, por interpretación en contrario, no se extiende a las negociaciones⁸³.

Las cortes europeas han estado más dispuestas a aceptar las propuestas de estos autores para establecer una responsabilidad precontractual basada en una obligación general de *fair dealing*⁸⁴. Pero incluso en Europa es difícil encontrar casos en los cuales se haya impuesto la responsabilidad precontractual, donde era claro que las cortes americanas no lo hubiesen hecho. En 1861, el jurista alemán Rudolf Von Jhering adelantó la tesis que las partes en una negociación precontractual están contractualmente predestinadas a observar la “diligencia necesaria”. Una parte que incumple su obligación contractual –*culpa in contrahendo*– es responsable por daño a la confianza⁸⁵. El mismo Jhering estaba primordialmente interesado en estos problemas, mientras el efecto de la culpa en los contratos concluyó por equivocación y nunca aplicó su tesis a situaciones que involucraran negociaciones fallidas. Fue Raymond Saleilles, un académico francés, quien en 1907 desarrolló la perspectiva que las partes que han entrado a las negociaciones deben actuar con buena fe y no pueden romper las negociaciones “arbitrariamente” sin compensar al otro por daño a la confianza⁸⁶.

⁷⁸ Heyer fracasó en probar sus argumentos. *Heyer Prods. Co. v. United States*, 177 F. Supp. 251 (Ct. Cl. 1959).

⁷⁹ 140 F. Supp. p. 414.

⁸⁰ Ver, por ejemplo, *McCarty Corp. v. United States*, 499 F.2d 633, 638 (Ct. Cl. 1974); *King v. Alaska State Hous. Auth.*, 633 P.2d 256, 262-63 (Alaska 1981); ver *Buchser v. Stadtgemeinde Zurich, Bundesgericht, Switz.*, 46 BGE II 369, 372-73, 69 JT I 38, 41 (1920) (sugiere que una ciudad que pida ofertas será responsable frente a los ofertantes si no piensa contratar con alguno de ellos, sino hacerlo por sí misma)

⁸¹ SUMMERS. Nota 2 *supra*. p. 225. Knapp señala que la corte en el caso Red Owl “compensó al demandante por la confianza depositada en la palabra dada por el demandado (...) que se iba a llegar a un acuerdo, en términos satisfactorios para el demandante”. KNAPP. Nota 2 *supra*. p. 688; ver también GILMORE. “The Death of Contract”. 1974 (en el que se refiere “al considerable número de instancias en que las cortes han impuesto, lo que puede ser llamado, un deber precontractual de negociar con buena fe”); Comment. “Reconstructing Breach of the Implied Covenant of Good Faith and Fair Dealing as a Tort”. En: Calif. L. Rev 73 1985. pp. 1316-1318 (en el que sugiere que la “conducta de mala fe” durante las negociaciones debe ser tratada como un supuesto de *tort*); Comment. “A Call for a Common Law Culpa in Contrahendo Counterpart”. En: U.S.F. L. Rev. 15. 1981.

⁸² Sin embargo, véase *Werner v. Xerox Corp.* 732 F.2d 580, 582 (7th Cir. 1984) (en el que se confirman daños por *promissory estoppel action* porque los representantes de Xerox “había pintado una buena imagen” sobre el futuro del demandante como proveedor (citando una opinión no registrada de la corte del distrito). Summers afirma que la mala fe durante las negociaciones incluye “abusar del privilegio de terminar las negociaciones”. SUMMERS. Nota 2 *supra*. p. 220. Estas ilustraciones no van más allá de las limitadas situaciones en las cuales las cortes americanas ya han concedido indemnizaciones.

⁸³ U.C.C. § 1-203 (1978) (“obligación de buena fe en (...) la ejecución o la ejecución forzada”); Restatement (Second) of Contracts § 205 (1981) (“obligación de buena fe y *fair dealing* en (...) la ejecución o la ejecución forzada”). No hay interpretación en contrario en cuanto a la responsabilidad basada en *misrepresentation* o la promesa específica. Ver U.C.C. § 1-103; ver también § 2-721 (“Los remedios para la *misrepresentation* material o fraude incluyen todos los remedios posibles (...) para una violación no fraudulenta de contrato”).

⁸⁴ En algunos pocos países pertenecientes al sistema civil romano germánico un deber estatutario de “buena fe” se extiende explícitamente a las negociaciones precontractuales. Ver el Código Civil argentino § 1198 (1970), que requiere que los contratos sean “hechos”, así como interpretados y ejecutados con buena fe; la Ley de Contratos (parte general) israelí, 5733 - 1973 § 12, requiere que “durante la negociación del contrato, una persona debe actuar de manera acostumbrada y con buena fe”; el Código Civil Italiano § 1337 (1942), que requiere que las partes actúen con buena fe “durante las negociaciones y la formación del contrato”; y la Ley Yugoslava de Obligaciones de 1978 § 30, impone responsabilidad a la parte que empiece a negociar “sin la intención de concluir el contrato” o “quien renuncia a estas intenciones sin una razón legítima”. En la mayoría países pertenecientes al sistema civil romano germánico, sin embargo, la responsabilidad debe estar basada en una previsión más general del código.

⁸⁵ JHERING. “Culpa in Contrahendo”. 1861. Sobre discusiones de la teoría de Jhering y doctrina sobre *culpa in contrahendo*, ver A. VON MEHREN y J. GORDLEY. “The Civil Law System”. Segunda edición. 1977. pp. 837-840; KESSLER & FINE. Nota 2 *supra*. pp. 401-409. La teoría de Jhering sostiene que una parte que puede evitar un contrato por una equivocación debida a la falta de diligencia, debe compensar a la otra parte por las pérdidas resultantes de este cambio de posición sobre la confianza que tiene en la validez del contrato.

⁸⁶ SALEILLES. “De la responsabilité precontractuelle”. En: Rev. Trim. Dr. Civ. 6. 1907. pp. 718-719.

Las cortes alemanas, en cambio, han confiado en la tesis de Jhering como base de la responsabilidad precontractual. Según el Bundesgerichtshof, “una falta en las negociaciones contractuales que hace responsable a uno por daños puede existir en aquella parte que despierta confianza en la inminente existencia del contrato –posteriormente no celebrado– y eso causa que la otra parte incurra en costos⁸⁷. La corte dijo que “el mero rompimiento de la negociación por una de las partes, sin más, no constituye una falta a la negociación contractual... Cualquiera de las partes puede crear o fortalecerse en la otra parte, simplemente por el hecho que participe en dichas negociaciones, que da cierta asunción que esta lista para contratar. Pero esto sin más, no reduce la libertad de decidir respecto de la celebración del contrato y no lo hace... responsable si rompe las negociaciones”⁸⁸. Esta afirmación puede ser hecha por las cortes americanas hablando de *misrepresentation* como fundamento de responsabilidad. Una decisión posterior del Bundesgerichtshof sugirió, sin embargo, que las cortes alemanas están dispuestas a ir más allá que las cortes americanas; encontrando responsabilidad cuando una de las partes se rehúsa a contratar de manera infundada si es que se ha “conducido de tal forma que la otra parte pudo, y lo hizo, justificadamente contar con que se celebraría un contrato en los términos negociados”. “El se rehúsa a contratar sin el apropiado fundamento”⁸⁹.

En Francia ha habido un desarrollo similar, aunque la responsabilidad precontractual es impuesta no a la ruptura de obligaciones contractuales, sino a la teoría del daño⁹⁰. Lo erróneo es visto como abuso de derecho, por lo cual la mala fe sin malicia sería suficiente⁹¹. La mala fe puede encontrarse no sólo

donde la parte negocia sin ninguna intención seria de contratar⁹², sino también donde la parte rompe abruptamente las negociaciones sin justificación alguna. De esta manera, en un conocido caso, un hombre de negocios de Francia estaba negociando la compra de una máquina americana para la elaboración de tuberías de cemento de un exclusivo distribuidor en Francia. Luego que el posible comprador hizo un viaje a los Estados Unidos para ver la máquina y las prolongadas negociaciones estaban bastante avanzadas, el distribuidor rompió abruptamente las negociaciones “sin legítima razón” y se negó a vender la máquina a este posible comprador. El tribunal de primera instancia hizo responsable al distribuidor por los preparativos hechos por el posible comprador y la corte de casación deshizo la decisión bajo el fundamento que había habido una “ruptura abusiva” de la negociación⁹³. Este es uno de los pocos casos europeos que realmente van más allá que los precedentes americanos⁹⁴.

Quizá no es sorprendente que las cortes americanas rara vez hayan sido solicitadas para establecer que una obligación general de *fair dealing* surge de las mismas negociaciones cuando llegan a un punto en que una de las partes confía en un resultado exitoso. Muchas veces la razón puede ser, como se dijo con anterioridad, que las partes decepcionadas desconocen la posibilidad de una generosa medida de responsabilidad precontractual. Pero puede ser que no estén muy insatisfechos con la aleatoria visión que tiene el *common law* sobre las negociaciones y reconoce que los pocos reclamos que surgen son tratados con justicia bajo el fundamento de la restitución, *misrepresentation* y promesa específica. Mientras estos fundamentos no

⁸⁷ Sentencia del 14 de julio de 1967, *Bundesgerichtshof, W. Ger., Lindenmaier-Mohring, Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs, BGB § 276 (Fa) no. 23 (1968)* (extractos de este caso aparecen en la traducción de A. VON MEHREN & J. GORDLEY. Nota 85 *supra*. p. 842.

⁸⁸ *Ibidem*.

⁸⁹ Sentencia del 6 de febrero de 1969, *Bundesgerichtshof, W. Ger., Lindenmaier-Mohring, Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs, BGB § 276 (Fa) no. 28 (1969)* (extractos de este caso aparecen en la traducción de A. VON MEHREN & J. GORDLEY. Nota 85 *supra*. p. 843). Sin embargo, decisiones subsecuentes han puesto en duda este fallo. Por ejemplo, la sentencia del 18 de octubre de 1974, *Bundesgerichtshof, W. Ger., Lindenmaier-Mohring, Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs, BGB § 313 no. 64/65 (1975)* (que cuestiona la aceptación general de la responsabilidad en los casos en hay ausencia de una falta previa); ver MEDICUS. “Verschulden bei Vertragsverhandlungen”. En: *Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts 1. 1981*. pp. 494-504.

⁹⁰ Ver 1 H. MAZEAUD, L. MAZEAUD & A. TUNC. “Traite theorique et pratique de la responsabilite civile delictuelle et contractuelle”. Sexta edición. 1965. §§ 116-121; DURRY. “La Nature contractuelle ou delictuelle de la responsabilite”. En: *Rev. Trim. Dr. Civ. 71*. 1972. pp. 779-780.

⁹¹ 2 J. GHESTIN. “Traite de droit civil” § 228. 1980. Ver 4 G. VINEY. “Traite de droit civil”. 1982. §§ 196-200 (que discute la responsabilidad precontractual en la legislación francesa).

⁹² Sentencia del 8 de julio de 1929, *Cour d’appel, Rennes, Fr., 1929 Recueil Periodique Hebdomadaire de Jurisprudence 548*; ver SCHMIDT. Nota 62 *supra*. p. 53.

⁹³ Sentencia del 20 de marzo de 1972, *Cass. civ. com., Fr., [1972] Bull. Civ. IV no. 93* (extractos de este caso aparecen en la traducción de A. VON MEHREN & J. GORDLEY. Nota 85 *supra*. p. 846. La base sobre la cual fueron calculados los daños es oscura. La opinión no publicada de la Corte de Apelaciones de Colmar, sentencia del 13 de julio de 1970, *Cour d’appel, Colmar, Fr.* (en los archivos del Columbia Law Review), que indica que el reclamo hecho por el demandado que los gastos del demandante en su viaje a los Estados Unidos fueron pagados por una firma americana, pero que los gastos que el demandante reclamaba se debieron a la construcción de una vertiente. La reparación de 7,500 francos (alrededor de 1,500 dólares americanos) no fue explicada. Véase también J. SCHMIDT. Nota 2 *supra*. § 233 (que sugiere que los daños se debieron basar en la “pérdida de la chance”).

⁹⁴ En un interesante caso holandés la Hoge Raad der Nederlanden fue más allá de esto. Ésta decidió que las negociaciones habían progresado tanto, que las partes podían asumir, razonablemente, que el contrato iba a ser concluido, los daños pueden incluir las ganancias que se hubieran hecho si el contrato hubiera sido concluido. También decidió que incluso antes que las negociaciones hubieran progresado tanto, la parte decepcionada podría haber recuperado los gastos incurridos durante las negociaciones. Sentencia del 18 de junio de 1982, *Hoge Raad der Nederlanden, Neth., 1983 NJ no. 723*.

sean invocados frecuentemente y no empujen los límites, habrá poca presión para añadir la obligación general del *fair dealing*⁹⁵.

Hay una amplia justificación para la negativa judicial de imponer la obligación general de *fair dealing* a las partes en negociaciones precontractuales. La visión aleatoria de la negociación del *common law* se ajusta bien a una sociedad que no tiene mucho interés en el resultado de las negociaciones. Las negociaciones de un contrato ordinario difieren del convenio colectivo, en donde la sociedad se ve a sí misma interesada en prevenir una huelga de trabajadores. Aun cuando es del interés de la sociedad proveer un régimen bajo el cual las partes son libres de negociar contratos ordinarios, el resultado de cualquier negociación particular es materia de indiferencia.

No hay razón para creer que la imposición de la obligación general de *fair dealing* mejorará el régimen bajo el cual tales negociaciones ocurren. La dificultad de determinar un punto en la negociación en el cual la obligación de *fair dealing* se presenta crearía incertidumbre. Una obligación de *fair dealing* puede tener un indeseable efecto de enfriamiento, desalentando a las partes a entrar en negociaciones si las posibilidades de éxito son pequeñas. La obligación puede tener un efecto de aceleración indeseable, aumentando la presión de las partes para traer, finalmente, la negociación a una conclusión precipitada. Sin claras ventajas para contradecir estas desventajas, hay poca razón para abandonar la actual visión aleatoria⁹⁶.

La pregunta difícil para las cortes americanas no es si una corte debe emprender por sí misma la resolución de una disputa sobre *fair dealing* en negociaciones precontractuales, sino si debe emprender su resolución cuando las partes han convenido explícitamente. Antes

de pasar a la Parte II a una discusión sobre el acuerdo preliminar por el cual las partes puedan consentir salir del régimen de la negociación, se discute una vía alternativa. Las partes negociantes aceleran el proceso de las negociaciones para alcanzar el acuerdo final tan rápido como sea posible. Esto dará a las partes la protección que cada contrato ofrece con respecto al enriquecimiento sin causa y a la confianza sujetándolos al otro régimen polar.

B. Acuerdo final

1. Negociación y *fair dealing*

El acuerdo final es el régimen polar buscado por ambas partes como meta de la negociación. Define derechos que han sido el tema de la negociación. En cuanto a esto, no son necesarias negociaciones adicionales a menos que, como sucede a veces, las partes hayan dejado uno o más términos abiertos para posteriores negociaciones⁹⁷. Por supuesto si la relación entre las partes es continua, pueden decidir subsiguientemente negociar un contrato separado. Pero cualquier parte está libre de rechazarlo, y si las partes negocian, gozan de libertad y están sujetas a los riesgos característicos del régimen de negociaciones⁹⁸.

Si las circunstancias cambian, las partes pueden decidir negociar una modificación del acuerdo final⁹⁹. Posiblemente, ellas no verían esto como algo inusual. Especialmente si la ejecución del acuerdo final se prolonga en el tiempo. Como en el caso de un negocio distinto, cualquiera de las partes es libre de rechazar la negociación. Pero en contraste con el caso del negocio distinto, si las partes negocian, son limitadas por el deber de *fair dealing* impuesto por el acuerdo existente y no gozan de la libertad del régimen de la negociación¹⁰⁰.

⁹⁵ Si nuestras cortes impusieran la obligación de *fair dealing* ¿podrían las partes negarse a cumplir con esta obligación? Bajo el Uniform Commercial Code § 1-102(3), las partes no tiene poder para negarse al deber de actuar con buena fe impuesto por el Código para cada contrato, y es difícil ver por qué debería ser más fácil en el contexto precontractual. Pero un deber innegable podría entrar en conflicto con la tolerancia judicial contemporánea de tratar de negar la responsabilidad precontractual. En armonía con la visión aleatoria del *common law* sobre la negociación, las cortes han mirado generalmente con favor las tentativas de negar la responsabilidad precontractual, excepto donde está implicada la *misrepresentation*. Han sido receptivas a las negaciones de la responsabilidad por la restitución de ventajas conferidas durante las negociaciones precontractuales. *Rutledge v. Housing Auth.*, 88 Ill. App. 3d 1064, 411 N.E.2d 82 (Ct. App. 1980). Las cortes también han sido receptivas a las negaciones de la responsabilidad basadas en una promesa específica. *Burst v. Adolph Coors Co.*, 503 F. Supp. 19 (E.D. Mo. 1980), *aff'd*, 650 F.2d 930 (8th Cir. 1981).

⁹⁶ Si la utilidad del contrato como instrumento de auto-gobierno no ha de ser debilitada seriamente, las partes deben ser libres de interrumpir las negociaciones preliminares sin ser considerados responsables por esto. KESSLER y FINE. Nota 2 *supra*. p. 412.

⁹⁷ Ver nota 148 *infra* y el texto que la acompaña.

⁹⁸ Esto es también verdad en el caso de la renovación del acuerdo original, aunque las partes imponen, a veces explícitamente, un deber de *fair dealing* en las negociaciones de renovación. Si se encuentran en situación de que las partes han tenido acuerdos anteriores se puede, por supuesto, tener esto en consideración en el caso de demandas por *misrepresentation* por no-divulgación y *economic duress*.

⁹⁹ Si el acuerdo contiene una "cláusula de dificultad" (una cláusula bajo la cual las partes emprendan negociaciones para modificar lo pactado si cambian las circunstancias) esta determina sus derechos.

¹⁰⁰ U.C.C. §§ 1-203, 2-209 comment 2 (1978); Restatement (Second) of Contracts § 205 (1981). El Restatement Second menciona el deber de "buena fe y *fair dealing*"; el Código añade que "los estándares comerciales razonables de *fair dealing* en el comercio" sólo en el caso de un comerciante. U.C.C. § 2-103(1)(b). Lo que se requiere en el caso de negociaciones para modificar el acuerdo pueden depender de la razón por la cual se busca la modificación en primer lugar. Ver *Roth Steel Prods. v. Sharon Steel Corp.*, 705 F.2d 134, 146 (6th Cir. 1983) (la corte se debe preguntar si "la conducta de la parte es consistente con los "estándares comerciales razonables de *fair dealing* en el comercio" y si las partes están, de hecho, motivadas a buscar la modificación con un honesto deseo de compensar las exigencias comerciales." (cita del caso U.S. for Use and Benefit of Crane Co. v. Progressive Enters., 418 F. Supp. 662, 664 n.1 (E.D. Va. 1976))).

Así, una parte en tales negociaciones tiene derecho a recuperar las pérdidas de confianza causadas por la otra parte al romper el deber de *fair dealing*. Asombrosamente, se está careciendo de autoridad en el punto. Aunque el Uniform Commercial Code y el Restatement (Second) of Contracts apoyan la imposición de tal deber, sus comentarios se limitan a aquellas situaciones en las cuales las negociaciones han dado lugar a una modificación que una parte intenta evitar argumentando un incumplimiento de dicho deber¹⁰¹. Los casos que han impuesto tal deber son igualmente limitados¹⁰². Aun así, no pienso que la falta de observar el requisito de *fair dealing* en la negociación de una modificación pueda ser considerada fundamento para evitar una modificación, no un quebrantamiento de un deber; sobre todo tanto para el Uniform Commercial Code y el Restatement (Second) of Contracts que reiteradamente llaman a este requisito un “deber”¹⁰³.

Por el incumplimiento de este deber, considero que la parte afectada tendría el derecho a daños. Más importante aún, en un caso apropiado, la parte afectada también podría tratar este incumplimiento como incumplimiento total del contrato, resolviendo el contrato y demandando daños por el incumplimiento total. Un remedio tan extremo, de seguro, estaría disponible solamente en el acontecimiento de un incumplimiento agravado del deber de *fair dealing*.

2. Llegando al acuerdo final

En el paso de la inseguridad del régimen de la negociación a la certeza del régimen del acuerdo final las partes pueden encontrar dos obstáculos. El primero, es simplemente el tiempo necesario para negociar y

elaborar el contrato lo cual está, en alguna extensión, dentro del control de las partes. El segundo, es el tiempo necesario para aguardar acontecimientos externos tales como la acción de terceros, sobre los cuales las partes pueden tener poco o ningún control. La facilidad con la cual las partes pueden pasar de un régimen al otro depende, en una gran medida, de la tolerancia judicial de las técnicas comunes de redacción usadas para hacer frente a estos dos obstáculos.

Las partes pueden acelerar la negociación y la elaboración del contrato simplemente confiando en la voluntad de las cortes para proporcionar los términos faltantes a través de la inferencia o del uso o curso de las negociaciones^{XII}. Pero las partes recurren a menudo a la técnica común de redacción que consiste en incorporar términos estándares, y en casos extremos, refiriéndose simplemente a las cláusulas “usuales” para transacciones similares¹⁰⁴. Estas breves referencias se encuentran más a menudo en transacciones relacionadas a la propiedad inmueble, sobre todo en arrendamiento, donde generalmente han tenido éxito¹⁰⁵. Las cortes han explicado, con poca preocupación por la consistencia, que la referencia es a los términos usados en la práctica y que una corte puede determinar de la evidencia de su uso, y por lo tanto agrega¹⁰⁶ que la referencia está a los términos que una corte proveería en la ausencia de una referencia, y por lo tanto no agrega nada¹⁰⁷. En cualquier caso, el acuerdo es suficientemente definido y no queda nada para ser negociado. Tal brevedad es, sin embargo, menos probable de ser tolerada si la transacción no es relativamente rutinaria y estandarizada¹⁰⁸.

Las partes pueden elegir ocuparse de situaciones externas, tales como conceder el financiamiento o la aprobación del gobierno, recurriendo a las cláusulas

¹⁰¹ U.C.C. § 2-209 comment 2 (1978); Restatement (Second) of Contracts § 205 comment c (1981).

¹⁰² Ver, por ejemplo, T&S Brass & Bronze Works, Inc. v. Pic-Air, Inc., 790 F.2d 1098 (4th Cir. 1986); Roth Steel Prods. v. Sharon Steel Corp., 705 F.2d 134 (6th Cir. 1983).

¹⁰³ Tal discusión tendría que ser basada en el comentario del Código, que liga el requisito a la abolición de la regla del deber preexistente U.C.C. § 2-209 comment 2 (1978) (una modificación “no necesita ninguna consideración” pero las modificaciones “deben pasar la prueba de la buena fe”). El comentario también sugiere que el requisito debe desempeñar un papel similar al jugado por el *duress*. Id. (“el *exortion* de una “modificación” sin razón comercial legítima es ineficaz”). Ni la regla preexistente del deber ni el *duress* va más allá de hacer una modificación inaplicable.

^{XII} Nota del traductor: *course of dealing* en el original. Está referido a un patrón de conducta establecido entre las partes en una serie de transacciones. Del “curso de las negociaciones” se puede deducir cuál era la intención de las partes para llevar a cabo una nueva transacción. GARNER, Bryan A. (editor). Op. cit., p. 378.

¹⁰⁴ Por ejemplo, Hollywood Plays, Inc. v. Columbia Pictures Corp., 77 N.Y.S.2d 568, 576 (Sup. Ct. 1947) (“provisiones usuales y otras acostumbradas”, *aff’d mem.*, 274 A.D. 912, 83 N.Y.S.2d 302 (App. Div. 1948), *rev’d* por otros supuestos, 299 N.Y. 61, 85 N.E.2d 865 (1949); véase también *Wise & Co. v. Wecoline Prods.*, 286 N.Y. 365, 36 N.E.2d 623 (1941) (aunque la firma del documento por el comprador no dio lugar a un contrato, era la admisión de lo que las partes entendían por “términos y condiciones usuales” en el acuerdo anterior).

¹⁰⁵ Véanse los casos citados en las notas 106-107 *infra*. Sin embargo, ver *Riedel v. Plymouth Redev. Auth.*, 354 Mass. 664, 241 N.E.2d 852 (1968) (“provisiones ordinarias de arriendo” no suficientemente definidas). Las cortes pueden a menudo no discutir todos los factores, incluyendo la complejidad de la transacción y de indemnización buscada, que pueden influenciar sus decisiones.

¹⁰⁶ *Bondy v. Harvey*, 62 F.2d 521 (2d Cir.) (la cuestión de cuáles eran los “convenios usuales y apropiados” y las “cláusulas usuales y formales” en un arriendo fueron para el jurado), *cert. denied*, 289 U.S. 740 (1933); *Francone v. McClay*, 41 Haw. 72 (1955) (el abogado que era experto en transacciones de propiedades inmobiliarias atestiguó sobre cuales eran los “convenios usuales” utilizados en arriendos a largo plazo similares en el área).

¹⁰⁷ *Scholtz v. Northwestern Mut. Life Ins. Co.*, 100 F. 573, 575 (8th Cir. 1900) (el acuerdo que preveía que el “arriendo era la forma que generalmente se usaba en la ciudad de Denver” tenía el “mismo efecto legal que habría tenido si esas palabras hubieran sido omitidas”); véase también *Bennett v. Moon*, 110 Neb. 692, 194 N.W. 802 (1923) (en la ausencia de una disposición referente a “los convenios y provisiones usuales y ordinarios” estos serán inferidos).

¹⁰⁸ Ver, por ejemplo, *United States v. Orr Constr. Co.*, 560 F.2d 765, 770 (7th Cir. 1977) (referencia en el acuerdo a “libramientos legales apropiados” no suficientemente definidos).

que convierten a dichas situaciones en condiciones¹⁰⁹. El uso de tales cláusulas hace más fácil para las partes acelerar las negociaciones y moverse del régimen de la negociación al del acuerdo final. La creciente tolerancia judicial a tales cláusulas está bien ilustrada por el cambio de actitud de las cortes hacia las disposiciones que condicionan la obligación de una parte hacia su propia satisfacción¹¹⁰. Tal disposición, atractiva para la parte preocupada, no solamente con los riesgos inherentes en el régimen de la negociación, sino también al riesgo que una contingencia posterior arruine el negocio. Esto permite a la parte en cuestión pasar sin retraso al régimen del acuerdo final.

El desafío principal de tales disposiciones ha sido sobre la base de una promesa que por sus términos deja su ejecución enteramente a la discreción de la parte, lo que la hace "ilusoria" ni obligando a esa parte ni sirviendo como consideración para la promesa de la otra parte. Una promesa condicionada a la satisfacción del promitente con el negocio en sí mismo, deja la ejecución del contrato totalmente a su discreción conforme al acuerdo de tal forma que la promesa es ilusoria. Las cortes han interpretado el lenguaje de las disposiciones a satisfacción de una de las partes para imponer un requisito de *fair dealing* ante el promitente y evitar, así, dejar demasiado a la discreción de los promitentes¹¹¹. No obstante algunas cortes han sostenido que tales condiciones hacen una obligación ilusoria bajo el fundamento que la satisfacción del promisor es una cuestión enteramente a su discreción¹¹². Esta no es la visión que prevalece.

El estado actual de la ley se debe en buena parte a la influyente decisión de 1958 del Tribunal Supremo de California en *Mattei vs. Hopper*¹¹³. El caso se presentó debido a un recibo de dinero por el cual un constructor de un centro comercial acordó comprar una zona del inmueble adyacente sujeto "a arrendar tiendas en el centro comercial en forma satisfactoria para el comprador"¹¹⁴ que le permita pagar por dicho inmueble. El vendedor argumentó que él no estaba obligado porque la promesa del constructor, contingente a su propia satisfacción con los arrendamientos obtenidos, era ilusoria. La corte concedió que la prueba apropiada de la satisfacción bajo la disposición era subjetiva de satisfacción honesta ("buena fe") y no objetiva de satisfacción razonable, pero concluyó que la condición no estaba totalmente dentro del control del comprador como para hacer su promesa ilusoria. Incluso este estándar mínimo de *fair dealing* era suficiente limitación a la discreción del vendedor, y el vendedor por lo tanto obligado. *Mattei v. Hopper* ha tenido gran influencia en California y en otras partes¹¹⁵.

Una variedad asombrosamente amplia de materias se pueden dejar a satisfacción de una de las partes sin crear un acuerdo inexigible. Las cortes, por ejemplo, han permitido que el comprador de las propiedades inmobiliarias condicione su obligación a su satisfacción con la acción gubernamental en la zonificación, planes de desarrollo¹¹⁶, así como con estudios de viabilidad de los ingenieros y arquitectos¹¹⁷. Ellos incluso han permitido que las partes dejen la naturaleza exacta del financiamiento obtenido por el comprador a su propia

¹⁰⁹ Otra manera de hacerlo es hacer uso de un término que permita la terminación si no ocurre el acontecimiento. Ver, por ejemplo, *Resource Management Co. v. Weston Ranch & Livestock Co.*, 706 P.2d 1028 (Utah 1985).

¹¹⁰ Por ejemplo, un prestamista puede guardar la más absoluta discreción para sí mismo, condicionando su obligación de prestar a que el suministro de prueba del prestatario sea satisfactorio y que no haya ningún cambio adverso en la situación económica del prestatario.

¹¹¹ Así, si la promesa de comprar una propiedad está "sujeta a financiamiento" que debe ser obtenido por el comprador bajo términos específicos, las cortes han limitado la discrecionalidad del vendedor, sosteniendo que el comprador debe hacer esfuerzos razonables para lograr el financiamiento necesario. Ver, por ejemplo, *Brack v. Brownlee*, 246 Ga. 818, 819, 273 S.E.2d 390, 391 (1980); *O'Halloran v. Oechsle*, 402 A.2d 67, 70 (Me. 1979); ver también *Vanadium Corp. of Am. v. Fidelity & Deposit Co.*, 159 F.2d 105, 106, 108 (2d Cir. 1947) (donde la venta de un arrendamiento minero estaba "sujeto (...) a la aprobación del Secretario del Interior," "se debió haber asumido que el comprador iba a presentar su aplicación oportunamente y que de buena fe iba a buscar la aprobación de la misma"). Aunque a las cortes les encanta hablar sobre "la buena fe", esta obligación es mejor vista como un esfuerzo razonable.

Para examinar tres casos excepcionales, ver *Arnold Palmer Golf Co. v. Fuqua Indus.*, 541 F.2d 584 (6th Cir. 1976) (donde se impone la condición que el "contrato definitivo" sea "satisfactorio tanto en forma como en fondo" para las partes que no previnieron un acuerdo que los atara); *Jenkins Towel Serv. v. Fidelity-Philadelphia Trust Co.*, 400 Pa. 98, 161 A.2d 334 (1960) (en el que se reserva el derecho de "aprobar o desaprobado algunas o todas las ofertas", en el que no previnieron un acuerdo que los atara); *Blume v. Bohanna*, 38 Wash. 2d 199, 204, 206, 228 P.2d 146, 149, 150 (1951) (en el que se incluyó que la opción de renovar el contrato estaba "sujeta a la contestación del arrendador" y no se hizo que esta opción fuera ejecutable).

¹¹² Por ejemplo, *Stone Mountain Properties, Ltd. v. Helmer*, 139 Ga. App. 865, 229 S.E.2d 779 (Ct. App. 1976) (el acuerdo para comprar el terreno no era ejecutable porque estaba condicionado a que le aprobaran al comprador la opción de tirar una línea de tren en área, de modo que fuera favorable para él).

¹¹³ 51 Cal. 2d 119, 330 P.2d 625 (1958) (en banc).

¹¹⁴ *Ibid.* at 121, 330 P.2d. p. 626.

¹¹⁵ Ver, por ejemplo, los casos citados en las notas 116-17 *infra*. El razonamiento en el caso *Mattei v. Hopper* es inclusive aún más coaccionador si es que la prueba de satisfacción es una de razonabilidad más que de honestidad. Ver *Boston Rd. Shopping Center v. Teachers Ins. & Annuity Ass'n of Am.*, 13 A.D.2d 106, 213 N.Y.S.2d 522 (App. Div. 1961), *aff'd mem.*, 11 N.Y.2d 831, 182 N.E.2d 116, 227 N.Y.S.2d 444 (1962). No es, sin embargo, siempre fácil aplicar una prueba de razonabilidad. Ver *Drapeer, Tight Money and Possible Substantive Defenses to Enforcement of Future Mortgage Commitments*, 50 Notre Dame Law. 603, 610 (1975) ("La determinación de una garantía adecuada para un préstamo en particular es sumamente subjetiva").

¹¹⁶ *Horizon Corp. v. Westcor, Inc.*, 142 Ariz. 129, 688 P.2d 1021 (Ct. App. 1984); *Rodriguez v. Barnett*, 52 Cal. 2d 154, 338 P.2d 907 (1959) (en banc); *Western Hills, Or., Ltd. v. Pfau*, 265 Or. 137, 508 P.2d 201 (1973) (en banc).

¹¹⁷ *Larwin-Southern Cal., Inc. v. JGB Invest. Co.*, 101 Cal. App. 3d 626, 162 Cal. Rptr. 52 (1979); *Omni Group, Inc. v. Seattle-First Nat'l Bank*, 32 Wash. App. 22, 645 P.2d 727 (1982); ver también *Beavers Serv. v. Norris*, 470 A.2d 312 (D.C. 1983) (estudio de viabilidad económica).

satisfacción¹¹⁸. Mientras que apenas podría considerarse como consejo práctico el decir simplemente “conforme al financiamiento” tal frase ha pasado a ser aceptable¹¹⁹. Las cortes han sido igualmente tolerantes con similares condiciones encontradas comúnmente en compromisos de préstamo que dejan algunos temas a la discreción del prestamista. Así se ha sostenido que el compromiso de un prestamista que acordó financiar un centro comercial no era ilusorio, aun cuando fue condicionado a que los arrendamientos del centro comercial no fueran “insatisfactorios o inaceptables” para el prestamista¹²⁰.

Las cortes, sin embargo, han sido menos tolerantes con los términos que condicionan el acuerdo a la aprobación del abogado de una de las partes, una clase de término que aparece a menudo si hay una división de responsabilidades entre los administradores y los abogados. La clave es el grado de responsabilidad dado al abogado bajo disposición¹²¹. A veces, el acuerdo está condicionado a la aprobación del abogado. Tal disposición nos invita a pensar que la responsabilidad del abogado incluye una revisión de la conveniencia del negocio y las cortes han sostenido que esto hace a la obligación ilusoria. Algunas veces, sin embargo, el acuerdo está condicionado a la aprobación del abogado de documentos relativos a las garantías o cierre. Aquí, aunque la discreción del abogado se puede decir que se extiende a la “sustancia” o “contenido” así como a la forma, es más fácil que una corte rechace el argumento que la responsabilidad del abogado incluye una revisión de la conveniencia del negocio¹²². Como una corte

precisó al rechazar tal argumento en conexión con una carta de compromiso, “la aprobación de nuestros abogados de todos los documentos del cierre (...) no significa estar sujeto a la aprobación del crédito de los abogados”¹²³. Sin embargo, si los administradores desean conferir la responsabilidad de la revisión del negocio en sí mismo a los abogados, el uso de una condición no es una técnica apropiada si se desea llegar a un acuerdo válido.

Una pregunta aún más complicada se presenta si, como puede ser requerido en fusiones y adquisiciones, una empresa condiciona su obligación a la aprobación de su directiva o de su junta de accionistas. Si la aprobación es la de los directores, pocas son las cortes que han hecho frente a esta pregunta y han demostrado inquietud pero se han quedado cortas al momento de decidir que tal condición hace a la obligación ilusoria¹²⁴. Si la aprobación requerida es la de los accionistas, como se requiere comúnmente en la empresa a ser adquirida a través de una fusión, la naturaleza ilusoria de la obligación de la empresa a ser adquirida se puede evitar imponiendo a los directores obligaciones de abstenerse de negociar con otros y de utilizar esfuerzos razonables para obtener la aprobación de los accionistas. Tales compromisos de los directores se utilizan y han soportado comúnmente la argumentación que contravienen las obligaciones de los directores a los accionistas¹²⁵.

Al final, las cortes han demostrado una extraordinaria tolerancia a las condiciones que reservan un contrato a discreción de una de las partes. Haciendo esto han honrado la intención de las partes a que estén

¹¹⁸ Ver, por ejemplo, *Brack v. Brownlee*, 246 Ga. 818, 273 S.E.2d 390 (1980); *Grayson v. LaBranche*, 107 N.H. 504, 225 A.2d 922 (1967). Pero, ver también *Gerruth Realty Co. v. Pire*, 17 Wis. 2d 89, 115 N.W.2d 557 (1962) (el término “monto adecuado de financiamiento” es muy ambiguo).

¹¹⁹ Ver, por ejemplo, *O'Halloran v. Oechsle*, 402 A.2d 67 (Me. 1979).

¹²⁰ *Boston Rd. Shopping Center v. Teacher's Ins. & Annuity Ass'n of Am.*, 13 A.D.2d 106, 213 N.Y.S.2d 522 (1961), *aff'd mem.*, 11 N.Y.2d 831, 182 N.E.2d 116, 227 N.Y.S.2d 444 (1962); ver también *Sonnenblick-Goldman Corp. v. Murphy*, 420 F.2d 1169 (7th Cir. 1970) (el compromiso está condicionado a que haya evidencia “satisfactoria” para el prestamista de que hay “una reserva razonable para contingencias”). Una cláusula *market out*, que le da al prestamista el poder de terminar con su discreción con relación a si los riesgos se ven incrementados por cambios subsecuentes en el mercado, ha sido sostenida en el contexto suscrito. *Blish v. Thompson Automatic Arms Corp.*, 30 Del. Ch. 538, 64 A.2d 581 (Ch. 1948); *Richard Bruce & Co. v. J. Simpson & Co.*, 40 Misc. 2d 501, 243 N.Y.S.2d 503 (Sup. Ct. 1963).

¹²¹ *Southern Bell Tel. & Tel. Co. v. John Hancock Mut. Life Ins. Co.*, 579 F. Supp. 1065 (N.D. Ga. 1982); *Joseph v. Doraty*, 144 N.E.2d 111 (Ohio Ct. App. 1957); ver también *Wagner v. Rainier Mfg. Co.*, 230 Or. 531, 371 P.2d 74 (1962) (el asentimiento “sujeto a los puntos que el abogado señaló” no es una aceptación). Pero, véase también *Arnold Palmer Golf Co. v. Fuqua Indus.*, 541 F.2d 584 (6th Cir. 1976) (error en fallar en el juicio sumario a favor del demandado aunque la condición era que el “acuerdo definitivo” sea “en la forma y fondo satisfactorio” a las partes y consejeros). Las cortes parecen no haber distinguido entre los consejeros internos y externos en tales casos, como no hay distinción alguna entre los ingenieros a sueldo y los arquitectos independientes en otros casos de “aprobación”.

¹²² Ver *Arnold Palmer Golf Co.*, 541 F.2d 584; *Zelazny v. Pilgrim Funding Corp.*, 41 Misc. 2d 176, 244 N.Y.S.2d 810 (Dist. Ct. 1963).

¹²³ *Zelazny*, 41 Misc. 2d at 182, 244 N.Y.S.2d at 817. En la práctica, sin embargo, es más probable que los abogados de las partes objeten el acuerdo antes que las partes mismas. Ver *451 Corp. v. Pension Sys. for Policemen & Firemen*, 310 N.W.2d 922, 925 (Minn. 1981) (donde el préstamo sujeto a la aprobación del abogado, discreción ampliada a la legalidad del acuerdo subyacente así como a la legalidad de documentos).

¹²⁴ En el caso *Pennsylvania Co. v. Wilmington Trust Co.*, 39 Del. Ch. 453, 460 n.2, 166 A.2d 726, 730 n.2 (Ch. 1960), apelación que fue rechazada en cuanto a la parte relevante, 40 Del. Ch. 1, 172 A.2d 63 (Ch. 1961), la corte rechazó el argumento que la obligación era ilusoria, pero relegó la discusión a una simple nota a pie de página. En el caso *Arnold Palmer Golf Co.*, la corte sostuvo que la sentencia sumaria no era apropiada pues no discutía el requisito de aprobación por parte del directorio. En el caso *American Cyanamid Co. v. Elizabeth Arden Sales Corp.*, 331 F. Supp. 597, 606 (S.D.N.Y. 1971), la corte negó la sentencia sumaria, sugiriendo que la provisión de adquisición estaba condicionada a la aprobación del directorio del comprador, dio a este “una opción irrevocable por un tiempo razonable”. Ver también *Alaska N. Dev., Inc. v. Alyeska Pipeline Serv. Co.*, 666 P.2d 33, 35 (Alaska 1983) (carta de intención de realizar la venta de los bienes “sujeta a una aprobación final del comité dueño” del vendedor), cert. denied, 464 U.S. 1041 (1984).

¹²⁵ En el caso *ConAgra, Inc. v. Cargill, Inc.*, 222 Neb. 136, 382 N.W.2d 576, (1986), la corte explicó que la “cláusula de “mejor esfuerzo” (...) no podía relevar (...) al directorio de su deber de actuar en pos de los mejores intereses de los accionistas”. *Ibid.* pp. 156, 382 N.W.2d at 588. Hasta el punto que este tipo de obligaciones fiduciarias limita a la parte a realizar un acuerdo preliminar más allá de los alcances del artículo.

obligadas, mientras aceptan la tarea, cuando se presente el litigio, de tomar decisiones difíciles si las partes han ejercitado la discreción de acuerdo con estándares del *fair dealing*.

En la Parte II pasaremos de los regímenes polares de la negociación y del acuerdo final a los regímenes intermedios que las partes pueden crear para sí mismos mediante acuerdos preliminares.

II. LOS REGÍMENES INTERMEDIOS

A. Tipos de acuerdos preliminares

Las partes que desean evitar algunas de las incertidumbres del régimen de la negociación sin trasladarse inmediatamente al régimen del acuerdo final, a menudo llegan a acuerdos preliminares. Utilizaré el término “acuerdo preliminar” para referirme a cualquier acuerdo, sea o no ejecutorio legalmente, que se haga durante las negociaciones en anticipación a un cierto acuerdo que será la culminación de las negociaciones¹²⁶. Estos acuerdos son particularmente comunes en situaciones en las cuales la inversión de por lo menos una de las partes llega a ser sustancial en lo referente al negocio; pero las partes no pueden escaparse del régimen de la negociación trasladándose al régimen del acuerdo final¹²⁷. Estos acuerdos preliminares tienen una variedad de nombres, incluyendo “cartas de intención”, “cartas de compromiso”, “binders”, “agreements in principle”, “memoranda of understanding” y “heads of agreements”¹²⁸.

Los acuerdos preliminares se pueden clasificar analíticamente en varios tipos. Los tipos no son exclusivos de cada uno y algunos de estos acuerdos son híbridos¹²⁹. Este artículo se refiere principalmente a dos tipos que alteran el régimen bajo el cual las partes negocian imponiendo regímenes intermedios entre los de las negociaciones y el acuerdo final. Ambos son de especial interés en las negociaciones en etapas con una división de responsabilidades entre los administradores y los abogados. Me referiré a esta estación de vías entre la negociación y el acuerdo final como “acuerdos con términos abiertos” y “acuerdos para negociar”.

Un acuerdo preliminar con términos abiertos precisa la mayoría de los términos del negocio y las partes se

obligan a estos términos. Las partes pretenden continuar negociando sobre otras materias para alcanzar el acuerdo en aquellos términos que se dejan abiertos, pero que estarán contenidos en el acuerdo final. Si el acuerdo con términos abiertos es ejecutorio, se puede imputar responsabilidad a una parte si el fracaso en llegar a un acuerdo sobre los términos abiertos se produce por el incumplimiento de esta parte de la obligación de negociar. Si, a pesar de la negociación continuada por ambas partes no se alcanza ningún acuerdo sobre los términos abiertos de modo que no se llega a un acuerdo final, las partes están obligadas por su acuerdo original y las otras materias se rigen por los términos que la corte proporcione. Un ejemplo común lo encontramos en el campo de las transacciones con propiedades inmobiliarias donde el vendedor y el comprador pueden obligarse mutuamente ejecutando un formulario simple llamado “earnest money agreement” o “deposit receipt” entendiéndose que se ejecutará un acuerdo más formal y elaborado que contenga los términos del acuerdo preliminar junto con otros por establecer¹³⁰. Otro ejemplo lo encontramos en el campo de las fusiones y adquisiciones donde la carta de intención firmada por la empresa adquiriente y la empresa adquirida que resume los puntos acordados es, a veces, un acuerdo con términos abiertos¹³¹. En resumen, si los administradores dejan las cosas en manos de los abogados bajo un acuerdo preliminar con términos abiertos, los administradores han obligado a las partes, incluso si los abogados después de negociaciones continuadas no pueden llegar a un acuerdo.

Un acuerdo preliminar para negociar también puede precisar los términos sustantivos específicos del acuerdo pero, en contraste con un acuerdo con términos abiertos, las partes no acuerdan estar obligadas a estos términos. En su lugar, se encargan de continuar con el proceso de la negociación para alcanzar un acuerdo final. Si el acuerdo para negociar puede ser ejecutivo, una parte será responsable por no alcanzar el acuerdo final, producto de un incumplimiento de obligación de negociar. Si, a pesar de la negociación seguida por ambas partes, no se llega a un acuerdo final, las partes no están atadas a ningún acuerdo. Un ejemplo común proviene del campo de fusiones y adquisiciones, donde la carta de intención firmada por la corporación adquiriente y la empresa

¹²⁶ Estrictamente, esto incluye un acuerdo de firmar un acuerdo último, cuyos términos ya han sido establecidos. Por ejemplo, *Morton v. Morton*, [1942] 1 All. E.R. 273 (P).

¹²⁷ El caso discutido en este Artículo se encuentra en conexión con el régimen de negociación que generalmente incluye acuerdos relativamente pequeños. Esto es consistente con la noción que en los grandes acuerdos los riesgos del régimen de negociación son normalmente establecidos en el acuerdo preliminar.

¹²⁸ El término “heads of agreement” es de origen inglés y es utilizado en los Estados Unidos, principalmente, en la industria petrolera. Tomado literalmente, este término incluye sólo los títulos de los párrafos. Ver, por ejemplo, *Morton*, [1942] 1 All. E.R. p. 274.

¹²⁹ Los ejemplos son recopilados en el Apéndice.

¹³⁰ Ver el Apéndice, Ejemplo 1.

¹³¹ Ver el Apéndice, Ejemplo 2.

adquirida a veces se suma a un acuerdo de negociar¹³². En resumen, si los administradores dejan las cosas en manos de los abogados bajo un acuerdo preliminar para negociar, los administradores no han obligado a las partes si los abogados después de las negociaciones seguidas no llegan a un acuerdo.

Sin embargo, muchos acuerdos preliminares no son de ninguno de estos tipos. Describiré algunos de éstos como “acuerdos para comprometerse a una transacción” y otros como “stop-gap agreements”.

Un acuerdo para comprometerse a una transacción implica un compromiso de una o ambas partes para hacer algo como: comprar, vender o prestar en el futuro. Como acuerdo final, no deja ninguno de los términos del negocio para ser negociado. Pero es preliminar en el sentido que anticipa un acuerdo final que será realizado más adelante. Tiene la ventaja que obliga a una o las dos partes a llevar acabo la transacción, pero pospone la preparación y la ejecución de los documentos necesarios y los gastos derivados de los mismos, como los honorarios de los abogados, indemnizaciones e impuestos. Un ejemplo común lo hallamos en el campo del financiamiento de bienes raíces donde, antes de que el prestamista otorgue el préstamo y el prestatario ejecute el contrato, el prestamista emite una carta de compromiso obligándolo a hacer el préstamo en términos específicos¹³³. Otro ejemplo que encontramos en el mismo campo ocurre cuando un prestamista permanente emite una carta de compromiso y acuerda comprar el préstamo de construcción antes que se inicie la construcción del proyecto¹³⁴. En ambos ejemplos, la carta de compromiso se entiende como definitiva de modo que ninguno de los términos adicionales del acuerdo quede por ser negociado. Aunque más documentos

deberán ser ejecutados, las partes están sujetas al régimen polar del acuerdo final. Así, los acuerdos para comprometerse a una transacción no imponen un régimen distintivo y no serán discutidos más adelante¹³⁵.

Un acuerdo *stop-gap* es un recurso temporal para gobernar la relación de las partes durante negociaciones adicionales. Es, como el acuerdo final, definitivo en el sentido que ninguno de sus propios términos queda por ser negociado¹³⁶, pero no contiene ninguno de los términos del negocio en sí mismo. La mayoría de los acuerdos *stop-gap* buscan un acuerdo final¹³⁷. Así, mientras que las partes están negociando un contrato para la construcción de un edificio, ellas pueden acordar que el contratista comenzará el trabajo¹³⁸, o mientras las partes están negociando una adquisición corporativa pueden convenir que el objetivo dirigirá su negocio en el curso ordinario y hará sus mejores esfuerzos para preservar su valor¹³⁹. Sin embargo, algunos acuerdos *stop-gap* contemplan el posible fracaso de las negociaciones. Así, mientras las partes están negociando un préstamo o una oferta de acciones, el prestatario o emisor anticipado pueden acordar pagar los honorarios del abogado y otros gastos del prestamista o del suscriptor si el negocio no es consumado¹⁴⁰. Debido a que las partes están sujetas al régimen de la negociación, los acuerdos *stop-gap* no imponen un régimen distintivo y no serán discutidos más adelante¹⁴¹.

Los acuerdos preliminares, cualquiera sea su tipo, raramente plantean preguntas bajo las reglas clásicas de la oferta y aceptación. Estos son más propensos a plantear cuestiones relativas al intento de obligarse¹⁴², inejecutabilidad sobre la base de la indeterminación¹⁴³, capacidad de los negociadores¹⁴⁴, la aplicación de la ley de fraudes¹⁴⁵, y la interpretación

¹³² Ver el Apéndice, Ejemplo 2.

¹³³ Ver el Apéndice, Ejemplo 3.

¹³⁴ Ver el Apéndice, Ejemplo 4.

¹³⁵ Aunque en la práctica este tipo de acuerdos son comúnmente pensados como “preliminares”, estos pueden ser considerados como últimos, con la ejecución de los documentos posteriores que suman a la ejecución.

¹³⁶ De hecho, las partes en este tipo de acuerdos, pueden incluir una cláusula de fusión que excluya negociaciones anteriores bajo la regla de la evidencia oral y una cláusula que precluya una modificación oral durante las modificaciones subsecuentes.

¹³⁷ A veces, por ejemplo, una cláusula de fusión “anticipada” es incluida siempre que el acuerdo final sea llevado a cabo, toda discusión anterior será fusionada dentro de este. Incluso, se puede estipular que los términos del acuerdo preliminar sobrevivan a la realización del acuerdo último. Es un tanto inverosímil que este tipo de estipulaciones puedan sobrevivir a subsecuentes acuerdo que choquen con el anterior.

¹³⁸ Ver, por ejemplo, *Saul Bass & Assocs. v. United States*, 505 F.2d 1386, 1392 (Ct. Cl. 1974) (carta de intención que permite que se comiencen los trabajos en el diseño de la exhibición del gobierno en la Feria Mundial de 1964 “en el que el desarrollo final estará sujeto a los detalles que se establezcan en el contrato”).

¹³⁹ Pueden también convenir que la corporación que adquiere puede comprar las acciones de la corporación objetivo, si un competidor amenaza con una toma de posesión hostil. Tales arreglos “lockup” del objetivo, tienen características, tanto de los acuerdos *stop-gap*, como de los acuerdos de comenzar una transacción.

¹⁴⁰ Además, es común que se intente una estipulación “sunset” para terminar la tarea, si que las negociaciones no han finalizado para cierta fecha.

¹⁴¹ Por supuesto que los acuerdos para negociar pueden, en cierto sentido, ser considerados acuerdos *stop-gap*, pero merecen un trato por separado y son discutidos posteriormente.

¹⁴² Por ejemplo, *Arnold Palmer Golf Co. v. Fuqua Indus.*, 541 F.2d 584 (6th Cir. 1976).

¹⁴³ Por ejemplo, *Peterson v. Conida Warehouses, Inc.*, 98 Idaho 883, 575 P.2d 481 (1978).

¹⁴⁴ Por ejemplo, *Chase v. Consol. Foods Corp.*, 744 F.2d 566 (7th Cir. 1984).

¹⁴⁵ Por ejemplo, *Green v. Interstate United Management Serv. Corp.*, 748 F.2d 827 (3d Cir. 1984) (la carta de intención no satisfacía el estatuto, pero los daños a la confianza fueron otorgados); *Southeastern Waste Treatment v. Chem-Nuclear Sys.*, 506 F. Supp. 944 (N.D. Ga. 1980) (la carta de intención no satisfacía el estatuto); *Opdyke Inv. Co. v. Norris Grain Co.*, 413 Mich. 354, 369, 320 N.W.2d 836, 842 (1982) (la carta de intención no satisfacía el estatuto, cuando era aplicada con “inteligencia y discriminación”).

del lenguaje¹⁴⁶. Sólo las dos primeras cuestiones serán consideradas en este artículo.

B. Acuerdo con términos abiertos

1. Naturaleza del régimen

Ya he señalado que se pueden presentar dos clases de obstáculos entre partes que pretenden llegar a un acuerdo final obligatorio. Si el obstáculo implica aguardar a la ocurrencia de acontecimientos externos, las partes le pueden hacer frente teniendo un acuerdo final que esté condicionado a esos acontecimientos¹⁴⁷. Si el obstáculo implica negociaciones adicionales, las partes le pueden hacer frente teniendo un acuerdo con términos abiertos. Esto sucede a menudo cuando existe una división de responsabilidades entre los administradores y los abogados.

Un acuerdo con términos abiertos tiene dos consecuencias. Primero, impone el deber de llevar a cabo el negocio, aun si las partes no son capaces de llegar a un acuerdo sobre los términos abiertos. En segundo lugar, impone una obligación general de *fair dealing* en la negociación de los términos abiertos. Un acuerdo con términos abiertos puede ser preliminar o final. Si las partes anticipan que cuando lleguen a un acuerdo sobre los términos, ejecutarán otro, entonces el acuerdo con términos abiertos es preliminar. Si no anticipan otro acuerdo, el acuerdo con términos abiertos es final. Que las partes lleguen a un acuerdo con términos abiertos, preliminar o final, depende de si se han propuesto estar obligadas incluso si no pueden convenir sobre los términos abiertos.

Un ejemplo simple es un acuerdo para la venta de mercancías que deja el precio abierto para ser determinado más adelante por las partes. Bajo el Uniform Commercial Code hay dos interpretaciones posibles. Si las "partes... lo determinan", el acuerdo es vinculante. Así, si las negociaciones sobre el precio fracasaran, una corte proporcionará los términos de éste —"un precio razonable al momento de la entrega"¹⁴⁸. Sin embargo, si "las partes tienen la intención de no estar obligadas a menos que el precio sea fijado o convenido", el acuerdo no es vinculante¹⁴⁹. Así, si las negociaciones sobre el precio fracasaran,

ninguna de las dos partes está obligada. En la situación anterior hay un acuerdo vinculante con un término abierto sobre el precio; en la situación posterior, no hay acuerdo vinculante.

El caso *Borg-Warner Corp. vs. Anchor Coupling Co.*¹⁵⁰ comprendió un acuerdo preliminar con términos abiertos. Después de la negociación de Borg-Warner sobre la posible adquisición de Anchor, Borg-Warner escribió una carta a Anchor proponiendo que le den una opción de compra con términos establecidos. Los funcionarios principales de Anchor, Conroy y Fritsch, enviaron una carta de intención indicando su renuencia a concederles una opción y proponiendo, en su lugar, la venta de Anchor en los mismos términos, con cuatro excepciones, dos de las cuales tendrían que ser negociadas. Éstas consistían en que Borg-Warner asegure adecuadamente "... la retención del personal ejecutivo de nivel inferior" y llegar a "acuerdos mutuamente satisfactorios (...) para el empleo continuado" de Conroy¹⁵¹. Borg-Warner consintió a esta propuesta después de que Conroy y Fritsch les garantizaron que era una oferta y que los términos abiertos eran "detalles de poca importancia", que las partes "estarían obligadas a solucionar de buena fe y de una manera razonable"¹⁵². Cuando Anchor se rehusó a ejecutar el acuerdo alegando que no había contrato porque las partes habían fracasado en llegar a un acuerdo sobre términos materiales, Borg-Warner solicitó la ejecución específica o los daños y perjuicios.

La Corte Suprema de Illinois sostuvo que la corte de primera instancia erró al rechazar el reclamo, que una corte pudo encontrar un contrato obligatorio y que el acuerdo preliminar era suficientemente definitivo, incluso como para una ejecución específica.

Si las partes no pueden convenir sobre la prueba de los actuales términos de empleo de Conroy, el valor de compensación vigente, otros términos de empleo de personas en una posición similar, en negocios similares y de prácticas anteriores establecidas en Anchor, esto permitiría que una corte o un jurado fijen los términos razonables de empleo¹⁵³.

La Corte pudo haber agregado que las partes estarían obligadas, por los mismos términos de su acuerdo, a

¹⁴⁶ Ver, por ejemplo, los casos citados en las notas 309-310, *infra*.

¹⁴⁷ Ver notas 109-125 *supra* y el texto que las acompaña.

¹⁴⁸ U.C.C. § 2-305(1) (1978).

¹⁴⁹ U.C.C. § 2-305(4) (1978).

¹⁵⁰ 16 Ill. 2d 234, 156 N.E.2d 513 (1958). La decisión es criticada por KNAPP. Nota 2. p. 714-716 *supra*.

¹⁵¹ BORG-WARNER. 16 Ill. 2d p. 238, 156 N.E.2d. p. 515.

¹⁵² Id. p. 239, 156 N.E.2d p. 515.

¹⁵³ Id. at 245, 156 N.E.2d at 518-19; ver también *Mid-Continent Tel. Corp. v. Home Tel. Co.*, 319 F. Supp. 1176, 1183 n.3 (N.D. Miss. 1970) (el contingente del acuerdo sobre resolver "un arreglo mutuamente satisfactorio para el empleo continuado de cierto personal de gerencia" se consideró ejecutable).

procurar llegar a éste “de buena fe y de una manera razonable”¹⁵⁴. De hecho, puesto que éste es un deber que ahora generalmente se impone a las partes de un contrato, una promesa explícita ya no es necesaria, aunque pocas cortes han reconocido esto. Cualquier parte de un acuerdo con términos abiertos está sujeta a una obligación general de *fair dealing* en la negociación de esos términos¹⁵⁵.

Por el incumplimiento de este deber, la parte que incumple será objeto de una demanda por daños a la confianza. Sin embargo, mientras el acuerdo sea ejecutado, no se contará la pérdida de oportunidades en esos daños. Pero el incumplimiento puede tener una consecuencia aún más importante que simplemente otorgar el derecho al resarcimiento por los daños. Debido al concepto de condiciones constructivas de intercambio, el cumplimiento del deber de negociar de buena fe por una parte es una condición de todos los deberes de la otra parte. Si se materializa el incumplimiento del deber de negociar de buena fe, se justifica que la otra parte se niegue a actuar bajo los términos del acuerdo; y si el incumplimiento no se subsana, terminando el acuerdo en sí, y demandando por los daños por incumplimiento total del acuerdo, los daños por tal incumplimiento estarán basados en la expectativa de la parte dañada bajo los términos del acuerdo, y no estarán limitados a las pérdidas de la confianza. Y la parte afectada, tendrá derecho a la restitución, por ejemplo, si se realizó un pago parcial¹⁵⁶. Si un incumplimiento determinado es bastante serio para ser tratado como un incumplimiento total, dependerá de las circunstancias específicas, incluyendo la importancia de los términos dejados para la

negociación. Aunque, sólo en casos excepcionales, un incumplimiento de la obligación de *fair dealing*, será suficientemente serio para tratarse como un incumplimiento total, con más frecuencia se justificará una demanda por el cumplimiento del contrato. La posibilidad de tales sanciones, por el fracaso de una negociación justa, no puede ser ignorada por las partes en el curso de las negociaciones.

2. Ejecutabilidad del acuerdo

Pueden presentarse dos tipos de problemas cuando se le pide a una corte que haga cumplir un acuerdo preliminar con términos abiertos. El primero es el referido a la indeterminación. El asunto crítico generalmente radica en identificar si hay un “fall-back standard” comparable al “precio razonable del código”, “que es adecuado para permitir a una corte proveer el término abierto, si las negociaciones fracasan”¹⁵⁷. Por ejemplo, cuando un arrendamiento otorga al arrendatario una opción para renovarlo a una renta que se acordará con el arrendador, las cortes han discrepado si una “renta razonable” es un estándar adecuado de *fall-back*. La tendencia, sin embargo, está claramente en la dirección indicada por el código. Así, la mayoría de las cortes han concluido que una renta razonable –asistida quizás por referencias explícitas a circunstancias tales como las “condiciones del negocio”– es adecuada¹⁵⁸, si bien algunas cortes han llegado a una conclusión contraria¹⁵⁹.

Fuera de la dificultad planteada por los términos abiertos en sí mismos, el problema de la indeterminación suscitado por los acuerdos preliminares

¹⁵⁴ 16 Ill. 2d at 239, 156 N.E.2d at 515. Para un caso en el cual se aplica la ley de Illinois, en el cual la corte sostuvo que un acuerdo de realizar los contratos “que incorporaban los términos y las condiciones antedichos dentro de limitaciones razonables” imponía un deber para negociar con buena fe, ver *Evans, Inc. v. Tiffany & Co.*, 416 F. Supp. 224, 239 (N.D. Ill. 1976).

¹⁵⁵ En uno de los pocos casos en los que se reconoce esto, el juez Weinfeld del distrito meridional de Nueva Cork, sostuvo que los prestatarios eran responsables, por no haber cumplido con el deber de negociar con buena fe.

Obviamente, la carta de compromiso no contenía, y las partes así lo entendían, los términos finales y definitivos que debían ser incorporados en los documentos de cierre. Ambas partes estaban obligadas a negociar con buena fe con respecto de los documentos de cierre necesarios para consumar la transacción. *Teachers Ins. & Annuity Ass'n of Am. v. Butler*, 626 F. Supp. 1229, 1232 (S.D.N.Y. 1986); ver también *Eckles v. Sharman*, 548 F.2d 905, 909 (10th Cir. 1977) (*dictum*) (el contrato es ejecutable si “ha sido negociado sobre todos los puntos y lo que en este quede haya sido producto de negociaciones con buena fe o sobre la elaboración de términos no esenciales”); *Donwin Prods. v. EMI Films, The London Times*, Mar. 9, 1984, p. 21, col. 6 (Q.B. Mar. 2, 1984) (“tendría que ser, por una implicación necesaria, un término por el cual, las partes acordaran negociar con buena fe el resto de los términos del contrato”).

¹⁵⁶ Ver Apéndice, Ejemplo 1.

¹⁵⁷ Para ejemplos sobre casos en los cuales las cortes hayan proveído los términos dejados abiertos por las partes, ver *Purvis v. United States*, 344 F.2d 867 (9th Cir. 1965) (\$ 9300 objeto en una construcción millonaria); *American Cyanamid Co. v. Elizabeth Arden Sales Corp.*, 331 F. Supp. 597 (S.D.N.Y. 1971) (la corte proveyó varios términos dejados abiertos en una carta de acuerdo para la venta de activos corporativos); ver también *City Stores Co. v. Ammerman*, 266 F. Supp. 766, 778 (D.D.C. 1967) (la corte concedió el funcionamiento específico del contrato de opción para comenzar el arriendo, indicando que “si las partes no son capaces de alcanzar, de buena fe, un acuerdo sobre ciertos detalles, la corte designará a una persona especial que los ayude a conciliar sus diferencias, a menos que prefieran voluntariamente someter su desacuerdo al arbitraje”), *aff'd*, 394 F.2d 950 (D.C. Cir. 1968). Sobre el derivar de términos “subsidiarios” de los “básicos”, ver EISENBERG. “Private Ordering Through Negotiation: Dispute-Settlement and Rulemaking”. 89 Harvard Law Review. 1976. p. 637, 669-672.

¹⁵⁸ Ver, por ejemplo, *Los Angeles v. Superior Court*, 51 Cal. 2d 423, 333 P.2d 745 (1959); *Family Medical Bldg. v. Department of Social & Health Servs.*, 104 Wash. 2d 105, 702 P.2d 459 (1985) (*en banc*); ver *Schmieder v. Standard Oil Co.*, 69 Wis. 2d 419, 420, 425, 230 N.W.2d 732, 733, 736 (1975) (“ese tipo de depreciación que sobre la cual se podía acordar de manera mutua” fue “una depreciación razonable” en la cual las partes no podían ponerse de acuerdo).

¹⁵⁹ Por ejemplo, *Walker v. Keith*, 382 S.W.2d 198 (Ky. 1964). La Cámara de Comercio Internacional ha promulgado las reglas para la regulación de las relaciones contractuales que prevén la cita de una tercera persona cuya tarea sea completar un acuerdo incompleto ya sea por una recomendación o por una decisión obligatoria, como las partes ha proveído. Ver *Adaptation of Contracts* (ICC pub. no. 326, 1978). No ha habido una experiencia que se adecue a estas reglas aún.

con términos abiertos, no difiere significativamente del planteado por acuerdos finales con términos abiertos. La tolerancia judicial de condiciones en acuerdos finales se extiende a los acuerdos preliminares. Ninguna corte se ha negado a hacer cumplir un acuerdo con términos abiertos sobre el fundamento que el estándar de *fair dealing* impuesto a las partes en la negociación de esos términos es demasiado indefinido.

Sin embargo, la gran cantidad de litigios que involucra la ejecutabilidad de acuerdos preliminares con términos abiertos no ha implicado el problema de la indeterminación. En su lugar, ha involucrado, como lo hizo el caso de Borg-Warner, el problema del intento. Este problema es particularmente complicado cuando el acuerdo es preliminar en vez de final, porque la anticipación de las partes de un acuerdo posterior invita a debatir que estas no tienen el propósito de estar obligadas si fracasan en convenir los términos abiertos. La controversia más notoria de este tipo, es la concerniente al cumplimiento del acuerdo preliminar entre Pennzoil y Getty, en la cual el interés surge por la acción de Pennzoil en contra Texaco, por interferencia ilícita, en el contrato que Pennzoil reclamaba tener con Getty¹⁶⁰.

De hecho, para las partes que no desean quedar atadas a un acuerdo preliminar es muy simple señalarlo¹⁶¹, y las cortes generalmente han respetado tales disposiciones en los "pactos de caballeros"¹⁶². Frases como "no vinculante hasta que el acuerdo final sea ejecutado" serán suficientes¹⁶³ y algunas veces son

utilizadas en cartas de intención sobre fusiones y adquisiciones, y en la suscripción de acciones¹⁶⁴. Si bien esto podría argumentar por que se tomen a los acuerdos preliminares como vinculantes en la ausencia del tal lenguaje, las cortes encuentran difícil ignorar la circunstancia de que el acuerdo es preliminar.

Existen razones por las cuales las partes en una negociación podrían tomarse la molestia de llegar a un acuerdo preliminar, aunque no se propongan estar obligadas por él. Como ya he señalado, las negociaciones importantes involucran un proceso gradual, en el cual los acuerdos son alcanzados fragmentariamente¹⁶⁵. Esto es verdad, por ejemplo, en el campo de fusiones y adquisiciones¹⁶⁶. Normalmente las partes esperan que un registro de los entendimientos a los que han llegado en una etapa particular facilitará negociaciones futuras. Tal registro puede prevenir malentendidos, sugerir las fórmulas para alcanzar acuerdos posteriores y proporcionar una base para la redacción de un texto definitivo. Las partes también pueden esperar que informará a otros sobre el progreso de las negociaciones. Puede ser de interés para los trabajadores o accionistas de las partes negociadoras, y para terceros, tales como futuros prestamistas e inversionistas¹⁶⁷. Por lo menos una parte puede esperar que éste realce su posición en negociaciones futuras. Además, puede hacerse más difícil para la otra parte retirar concesiones, especialmente si se han dado a conocer a los futuros prestamistas y a los inversionistas, y más desventajoso para que la otra parte permita que las negociaciones

¹⁶⁰ Ver *Texaco, Inc. v. Pennzoil Co.*, 626 F. Supp. 250 (S.D.N.Y.), *aff'd in part and rev'd in part*, 784 F.2d 1133 (2d Cir. 1986), *rev'd*, 55 U.S.L.W. 4457 (U.S. Apr. 6, 1987); *Pennzoil Co. v. Getty Oil Co.*, No. 7425 (Civ.) (Del. Ch. Feb. 6, 1984) (LEXIS, States Library, Del file); *Texaco, Inc. v. Pennzoil, Co.*, No. 01-86-0216-CV (Tex. Ct. App. Feb. 12, 1987) (LEXIS, States Library, Tex file); T. PETZINGER "Oil & Honor: The Texaco-Pennzoil Wars". 1987.

¹⁶¹ Ver *Hollywood Plays, Inc. v. Columbia Pictures Corp.*, 77 N.Y.S.2d 568, 575 (Sup. Ct. 1947) (si una de las partes quisieran hacer de un acuerdo formal una condición de obligación contractual "le habría sido simple lograrlo), *aff'd*, 274 A.D.2d 912, 83 N.Y.S.2d 302 (App. Div. 1948), *rev'd* bajo otros supuestos, 299 N.Y. 61, 85 N.E.2d 865 (1949).

¹⁶² Un caso inglés clásico es *Rose & Frank Co. v. J. R. Crompton & Bros.*, [1923] 2 K.B. 261, 262 (C.A.) (el acuerdo de distribución contenía una cláusula de compromiso honorable, que señalaba que no era ni un acuerdo "formal ni legal"), *rev'd* on other grounds, [1925] App. Cas. 445 (1924).

¹⁶³ *Dunhill Sec. Corp. v. Microthermal Applications, Inc.*, 308 F. Supp. 195, 197 (S.D.N.Y. 1969) (la carta de intenciones del suscriptor que indica que "no hay intención de crear ninguna responsabilidad u obligación de cualquier naturaleza entre las partes"); *Pepsico, Inc. v. W.R. Grace & Co.*, 307 F. Supp. 713, 715 (S.D.N.Y. 1969) (carta que confirma "el acuerdo principal (...) sujeto a la negociación y ejecución de un acuerdo de compra de mutua satisfacción [para controlar las acciones del accionista mayoritario] y ninguna de las partes estará legalmente obligada (...) salvo y hasta que este acuerdo sea ejecutado y entregado").

¹⁶⁴ Ver Apéndice, Ejemplos 2 y 6. Por supuesto una disposición inequívoca que un acuerdo preliminar vinculante también será honrado. Así la carta de compromiso de un prestamista puede que recite que cuando se reciba una copia ejecutada junto con los honorarios del compromiso, "esta compromiso constituirá un contrato." Asimismo, los acuerdos preliminares a veces señalan que el acuerdo no es vinculante a excepción de las provisiones *stop-gap* especificadas (por ejemplo, en lo que concierne el reembolso de costes) que serían vinculantes. Puede ser menos probable de ocurrir, a que las partes sean explícitas sobre su intención de estar vinculadas que sobre su intención de no estarlo.

¹⁶⁵ Ver *Opdyke Inv. Co. v. Norris Grain Co.*, 413 Mich. 354, 360, 320 N.W.2d 836, 838 (1982) ("las partes pueden haber tenido la intención de ejecutar una serie de contratos cada vez más detallados, mientras el proyecto progresa"); R. Fisher & W. Ury, nota 1, at 72-73 supra (que sugiere que las partes pueden "fraccionar el problema en pequeñas, pero más manejables unidades"); F. IKLE. "How Nations Negotiate". 1964. p. 215. ("Naciones amigas a veces usan un proceso de dos etapas para llegar a puntos de acuerdo (...) [P]rimero llegan a un acuerdo sobre el marco de amplios objetivos y principios. Luego, deducen puntos de acuerdos detallados de este marco aplicando métodos de de razonamiento mutuamente aceptados..."); ver también J. FREUND. "Anatomy of a Merger". 1975. p. 72. (Freund describe un "un "no-acuerdo en principio", un documento que recita el hecho que las partes han estado discutiendo un acuerdo pero no han llegado a un punto en común aún. Este documento después lista los puntos abiertos").

¹⁶⁶ Ver Apéndice, Ejemplo 2.

¹⁶⁷ Ver R. PORTER. "The U.S.-U.S.S.R. Grain Agreement" 1984. p. 89. (que discute el infructuoso intento americano de llegar a un acuerdo sobre petróleo con la Unión Soviética en relación a la negociaciones sobre maíz de 1975: "Poco dispuesto a aceptar públicamente el fracaso de llegar a un acuerdo sobre petróleo, Robinson [Under Secretary of State for Economic Affairs] obtuvo una carta de intención de los soviéticos sobre las negociaciones sobre petróleo, pero que no hacía referencia a, o implicaba, un precio con descuento").

fracasen, especialmente si la perspectiva de éxito se ha hecho pública. Los acuerdos preliminares no vinculantes se utilizan, por ejemplo, en las fusiones y adquisiciones¹⁶⁸ y en la suscripción de acciones¹⁶⁹. De hecho, el juez Friendly afirmó que “bajo una visión acorde con las realidades de la vida empresarial, allí no habría contrato alguno (...) hasta que el documento sea firmado y entregado”¹⁷⁰.

Entre dos argumentos rivales, las cortes han sido renuentes en encontrar cualquiera que no sea el lenguaje más claro. Si bien se dice con frecuencia que una mera referencia en un acuerdo preliminar hacia un “acuerdo formal a seguir”, puede ser cierta evidencia de que las partes no quisieron atarse al acuerdo preliminar¹⁷¹; se dice también con frecuencia que esto no lo demuestra concluyentemente¹⁷². Y aunque las cortes rechazan las afirmaciones que con la mera designación de un acuerdo preliminar como “carta de intención” o “memorando de

entendimiento” pretenden privarlo del efecto obligatorio¹⁷³, pueden encontrar persuasivo el hecho que un documento elaborado por los abogados sea titulado como “memorando de entendimiento”, en vez de “acuerdo de establecimiento” o “contrato”¹⁷⁴. Sería difícil encontrar un área del Derecho de contratos menos previsible. Casi un siglo atrás, la Corte Suprema de Maine lamentó que “la solución de la interrogante es con frecuencia difícil, dudosa y a veces insatisfactoria”¹⁷⁵. Unos cincuenta años atrás, Llewellyn seleccionó las reglas que gobiernan este tipo de conflictos para ilustrar que “las reglas aceptadas al respecto o nuestra jurisprudencia carece por completo de (...) significado” cuando se aplican a los hechos¹⁷⁶.

En casos dudosos, las cortes han examinado muchos factores pero ninguno es decisivo por sí solo¹⁷⁷. Con frecuencia, la decisión final se deja a la apreciación de los hechos. Las cortes muestran una preocupación especial sobre el alcance en que se descifran los

¹⁶⁸ Ver Apéndice, Ejemplo 2.

¹⁶⁹ Ver Apéndice, Ejemplo 6.

¹⁷⁰ *International Telemeter Corp. v. Teleprompter Corp.*, 592 F.2d 49, 57-58 (2d Cir. 1979) (opinión concurrente). El juez Friendly que este no era el punto de vista de las cortes de Nueva York o del *Restatement (Second) of Contracts*. El favorecía la regla por la cual se requería, por lo menos, “una clara y convincente prueba” de que las partes querían estar vinculadas antes de que el documento fuera firmado y entregado. Id. at 58. La concurrencia del juez Friendly’s en *International Telemeter* fue citada con su aprobación en *Precision Testing Laboratories, Ltd. v. Kenyon Corp. of Am.*, 644 F. Supp. 1327, 1342 (S.D.N.Y. 1986) (“una parte debe ser libre de negociar cándidamente, segura en su conocimiento de que no estará vinculada hasta la ejecución del documento que todas las partes consideren final”). Sin embargo, véase *Evans, Inc. v. Tiffany & Co.*, 416 F. Supp. 224, 239 (N.D. Ill. 1976) (que concluye sobre la base de “la costumbre y el uso en el comercio de bienes raíces” que si una carta de acuerdo ha sido intencionada como no vinculante esta debió haber contenido “una expresa negación que señalara que las partes no tenían la intención de estar vinculadas hasta que un documento más formal [fuera] completado y ejecutado”).

¹⁷¹ Por ejemplo, *Mississippi & Dominion S.S. Co. v. Swift*, 86 Me. 248, 259, 29 A. 1063, 1067 (1894).

¹⁷² Por ejemplo, *V'Soske v. Barwick*, 404 F.2d 495 (2d Cir. 1968), cert. denied, 394 U.S. 921 (1969); *Sanders v. Pottlitzer Bros. Fruit Co.*, 144 N.Y. 209, 39 N.E. 75 (1894); ver también *Restatement (Second) of Contracts* § 27 (1981) (el efecto obligatorio del acuerdo no es imposibilitado por la manifestación de las partes para adoptar una subsecuente minuta del acuerdo). Para una de muchas tentativas inútiles en la sintetización de tales declaraciones, vea *In re Municipal Consultants & Publishers, Inc. v. Town of Ramapo*, 47 N.Y.2d 144, 148, 390 N.E.2d 1143, 1144, 417 N.Y.S.2d 218, 219-20 (1979) (“Generalmente donde las partes contemplan que una escritura firmada es requerida, no hay contrato hasta que se entrega uno (...) Esta regla se ve rendida, sin embargo, cuando las partes han convenido en todos los términos contractuales y tienen solamente que escribirlos”).

Las cortes inglesas han sostenido que frases como “sujeto a un contrato formal” es suficiente para impedir que un acuerdo preliminar sea ejecutable. *Winn v. Bull*, 7 Ch. D. 29, 29 (M.R. 1877) (“sujeto a la preparación y aprobación de un contrato formal”); ver G. TREITEL. “The Law of Contract”. 6ta Edición. 1983. p. 43-44. Por otro lado, la cortes americanas se ha rehusado a señalar estas frases como dispositivos. Por ejemplo, *Arnold Palmer Golf Co. v. Fuqua Indus.*, 541 F.2d 584, 592 (6th Cir. 1976) (“sujeto a (...) la preparación de un acuerdo definitivo”); *Field v. Golden Triangle Broadcasting*, 451 Pa. 410, 417, 305 A.2d 689, 693 (1973) (“sujeto a un acuerdo sobre un contrato formal”), cert. denied, 414 U.S. 1158 (1974).

¹⁷³ Por ejemplo, *Karson v. Arnov*, 32 Misc. 2d 499, 224 N.Y.S.2d 891 (Sup. Ct. 1962) (“memorandum de entendimiento”); *APCO Amusement Co. v. Wilkins Family Restaurants of Am., Inc.*, 673 S.W.2d 523 (Tenn. Ct. App. 1984) (“carta de intención”).

¹⁷⁴ Por ejemplo, *Hill v. McGregor Mfg. Corp.*, 23 Mich. App. 342, 345, 178 N.W.2d 553, 555 (Ct. App. 1970).

En muchos casos las cortes han examinado el grado de formalidad en el uso de la terminología legal. *Arnold Palmer Golf Co.*, 541 F.2d at 589 (las obligaciones “son todas descritas en términos incompetentes como “van” e “ir”); *Pennsylvania Co. v. Wilmington Trust Co.*, 39 Del. Ch. 453, 463, 166 A.2d 726, 732 (Ch. 1960) (“uno inmediatamente se pregunta porque la carta fue expresa en efecto en los términos oferta y aceptación de la propiedad identificada por un precio acordado si no iba a tener significado legal”), la apelación fue rechazada en la parte relevante, 40 Del. Ch. 1, 172 A.2d 63 (Ch. 1961); *Hill*, 23 Mich. App. at 345, 178 N.W.2d at 555 (el escrito preparado por lo abogados no usaba “el típico lenguaje formal de un contrato” y era “tan precipitado (...) que nos convenció que no era intención de las partes” vincularse); *Reynolds Aluminum Co. v. Multnomah County*, 206 Or. 602, 615, 287 P.2d 921, 927 (1955) (encontramos palabras en presente, no en futuro, como “el vendedor por este acto vende” y “el comprador por este acto compra”), cert. denied, 350 U.S. 970 (1956); *Field*, 451 Pa. at 417, 305 A.2d at 693 (“la carta de acuerdo en sí misma, por los términos usados [que la describe como una oferta], la formalidad y extraordinario cuidado en su ejecución, indica que los firmantes tenía la intención de vincularse por un contrato ejecutable”), cert. denied, 414 U.S. 1158 (1974); *APCO Amusement Co.*, 673 S.W.2d at 528 (“el instrumento habla a través de palabras como “acuerda”, “aceptación” y “acepta” [y] ha sido fechado y firmado”); *Branca v. Cobarro* [1947] K.B. 854, 856 (C.A.) (“la palabra “Acuerdo” es usada para describir el documento”). Los términos como “oferta” y “aceptación” tienden a ser invocados cuando las negociaciones han sido correspondidas. Ver, por ejemplo, *V'Soske*, 404 F.2d at 499, en el cual la corte encontró que la carta era en realidad una oferta, id., mientras que el juez en desacuerdo argumentó que el juez del distrito encontró “que las partes aquí (...) han empezado nada más que las negociaciones preliminares” no era algo erróneo, id. at 500 (Lumbard, C.J., dissenting).

¹⁷⁵ *Mississippi & Dominion S.S. Co. v. Swift*, 86 Me. 248, 259, 29 A. 1063, 1067 (1894).

¹⁷⁶ Llewellyn, *On Our Case-Law of Contract: Offer and Acceptance* (pt. 1), 48 Yale L.J. 1, 13 (1938).

¹⁷⁷ Una lista popular es la que se encuentra en *Mississippi & Dominion S.S. Co.*, 86 Me. at 259, 29 A. at 1067: si el contrato es de esa clase que generalmente se dan por escrito; si es de tal naturaleza en cuanto a necesidad de una redacción formal para expresión completa; si tiene pocos o muchos detalles; si la cantidad implicada es grande o pequeña; si es un contrato común o inusual; si las negociaciones mismas indican que un bosquejo escrito está contemplado como la conclusión final de las negociaciones. Esta lista es incorporada en el *Restatement (Second) of Contracts* § 27 comment c (1981). Para otra lista, ver *Winston v. Mediafare Entertainment Corp.*, 777 F.2d 78 (2d Cir. 1985).

términos. A pesar de que una escritura puede no ser tan indefinida como para ser inaplicable, la indeterminación –como la falta de cualquier disposición para un *fall-back* estándar– puede sugerir que las partes no se propusieron estar limitadas hasta que un acuerdo final fuera ejecutado¹⁷⁸. El grado de determinación esperado dependerá de la magnitud y de la complejidad de la transacción y de lo que generalmente se hace en transacciones similares¹⁷⁹. Se ha dicho que el fracaso en descifrar los términos usuales demuestra que las partes no se propusieron estar obligadas¹⁸⁰, pero tal inferencia parece injustificada si no hay indicación de que esos términos iban a ser tema de negociaciones adicionales¹⁸¹. De hecho, si el contrato es común y el asunto es suficientemente usual para ser provisto por una corte, se podría llegar a una inferencia opuesta¹⁸².

Las cortes también son influenciadas por las circunstancias, tales como la clase de partes

involucradas¹⁸³, la importancia del negocio¹⁸⁴, y sobretodo la naturaleza de la transacción¹⁸⁵. Ocasionalmente, éstas están citadas en el acuerdo en sí; sin embargo, generalmente deben ser mostradas por prueba externa¹⁸⁶. Así, por ejemplo, cuando los administradores han realizado un acuerdo preliminar, antes de derivar los asuntos a los abogados, la evidencia externa es generalmente crítica en determinar si el alcance de la responsabilidad del abogado es inconsistente con la ejecutabilidad¹⁸⁷.

Si las partes han negociado mutuamente, anteriormente en transacciones similares que implicaban acuerdos preliminares, el curso previo de las negociaciones puede alumbrar su intención¹⁸⁸. También se le puede dar gran peso al comportamiento de las partes después de llegar al acuerdo preliminar. Aun si no es repetido de tal manera que equivalga a un “course of performance” o a la “construcción

¹⁷⁸ Ver *Joseph Martin, Jr., Delicatessen, Inc. v. Schumacher*, 52 N.Y.2d 105, 111, 417 N.E.2d 541, 544, 43 N.Y.S.2d 247, 249-50 (1981); *Restatement (Second) of Contracts* § 33(3) (1981).

¹⁷⁹ *Banking & Trading Corp. v. Floete*, 257 F.2d 765 (2d Cir. 1958); *ABC Trading Co. v. Westinghouse Elec. Supply Co.*, 382 F. Supp. 600 (E.D.N.Y. 1974).

¹⁸⁰ *Plumbing Shop, Inc. v. Pitts*, 67 Wash. 2d 514, 408 P.2d 382 (1965).

¹⁸¹ El punto es puesto de esta manera en *Berg Agency v. Sleepworld-Willingboro, Inc.*, 136 N.J. Super. 369, 346 A.2d 419 (Super. Ct. App. Div. 1975).

El factor dominante no es la ausencia de una empresa contractual que se puede incluir normalmente por los contratantes en una transacción similar. Es realmente el intento de las partes particulares implicadas en la transacción en el tema. Asimismo, la presencia o la ausencia de las provisiones contractuales esenciales es un elemento en el evidente panorama subyacente para encontrar un efectivo intento y ejecutabilidad. *Id.* at 377, 346 A.2d at 424; accord 1130 *President Street Corp. v. Bolton Realty Corp.*, 300 N.Y. 63, 89 N.E.2d 16 (1949).

¹⁸² Ver, por ejemplo, *Larwin-Southern Cal., Inc. v. JGB Inv. Co.*, 101 Cal. App. 3d 626, 641, 162 Cal. Rptr. 52, 60 (Ct. App. 1979).

¹⁸³ *Banking & Trading Corp.*, 257 F.2d at 770 (ya que una de las partes era una agencia gubernamental sujeta a una investigación y auditoría, “era importante que cuando entrara en relaciones contractuales sus derechos y obligaciones legales sean definidas claramente”); *Stanton v. Dennis*, 64 Wash. 85, 89, 116 P. 650, 651 (1911) (“Ambas partes eran hombres de habilidad y experiencia, y es poco probable que si ellos hubieran querido que el escrito sea un contrato completo (...) hubieran proveído solemnemente (...) un acuerdo posterior”).

¹⁸⁴ *Skycorn Corp. v. Telstar Corp.*, 813 F.2d 810, 816 (7th Cir. 1987) (“Cuando el proceso de transferencia de una corporación a gran escala está en plena realización (...) la corte respetará cualquier evidencia que sólo un contrato formal es vinculante; cuando una simple transacción para el arrendamiento de una máquina es el tema” la corte esta más dispuesta a encontrar que “la carta de acuerdo es vinculante”); *Reprosystem, B.V. v. SCM Corp.*, 727 F.2d 257 (2d Cir.) (“la magnitud y complejidad del acuerdo se ve reflejado en los numerosos borradores del contrato (...) refleja la necesidad empresarial de detallar todos lo compromisos de las partes en documentos definitivos”), cert. denied, 469 U.S. 828 (1984).

Una corte puede insistir que las partes no deben considerarse vinculadas oralmente en “en acuerdo estructurado, multi-facético de gran magnitud”. *Songbird Jet Ltd. v. Amax Inc.*, 605 F. Supp. 1097, 1102 (S.D.N.Y.) (venta de un jet de US\$ 9 millones), aff’d, 779 F.2d 39 (2d Cir. 1985); accord *R.G. Group, Inc. v. Horn & Hardart Co.*, 751 F.2d 69 (2d Cir. 1984) (franquicia de 20 restaurantes); *Michigan Broadcasting Co. v. Shawd*, 352 Mich. 453, 90 N.W.2d 451 (1958) (venta de acciones de una estación de radio por US\$ 230,000). Sin embargo, la cortes han señalado que acuerdo preliminares orales pueden ser vinculantes en transacciones substanciales. Por ejemplo, *Chedd-Angier Prod. Co. v. Omni Publications Int’l, Ltd.*, 756 F.2d 930, 934 (1st Cir. 1985) (manteniendo el veredicto del jurado en un “caso cerrado” que involucraba la producción de una serie de televisión); *Lambert Corp. v. Evans*, 575 F.2d 132 (7th Cir. 1978) (venta de la línea de productos por US\$ 20,000 más el costo de inventario).

¹⁸⁵ Algunas cortes se han inclinado hacia el requerir de escritos firmados para cierto tipo de transacciones. Por ejemplo, *Winston v. Mediafare Entertainment Corp.*, 777 F.2d 78, 83 (2d Cir. 1985) (acuerdo de conciliación); *Genesco, Inc. v. Joint Council 13, United Shoe Workers*, 341 F.2d 482, 486 (2d Cir. 1965) (negociación colectiva); *Bugg v. Bugg*, 272 S.C. 122, 125-26, 249 S.E.2d 505, 507 (1978) (acuerdo de separación matrimonial). Sin embargo, véase *ABC Trading Co. v. Westinghouse Elec. Supply Co.*, 382 F. Supp. 600, 603 (E.D.N.Y. 1974) (mientras que “muchos acuerdo de conciliación son de hecho concluidos oralmente [debido] a sus relativa poco complicada naturaleza (...) la naturaleza involucrada en este acuerdo instantáneo excluye este tipo de aproximaciones”).

¹⁸⁶ Para el ejemplo de un recital, ver *Brassteel Mfg. Co. v. Mitsubishi Int’l Corp.*, 21 Misc. 2d 343, 345, 192 N.Y.S.2d 200, 202 (Sup. Ct. 1959) (el acuerdo preliminar recitaba que “serviría como nuestra comprensión hasta que el acuerdo formal fuera elaborado por nuestro abogado”). Si se ofrece la evidencia extrínseca, una pregunta entonces se presenta en cuanto al efecto de la regla verbal de la evidencia, que se aplica a los acuerdos preliminares no menos que otros acuerdos. *Alaska N. Dev., Inc. v. Alyeska Pipeline Serv. Co.*, 666 P.2d 33, 36-40 (Alaska 1983), cert. denied, 464 U.S. 1041 (1984). Sin embargo, se ha sostenido que la regla no excluye la evidencia concerniente a la ejecutabilidad de un acuerdo preliminar porque la regla se aplica solamente después que se determina que el acuerdo es ejecutable. *Arnold Palmer Golf Co. v. Fuqua Indus.*, 541 F.2d 584, 588 (6th Cir. 1976); *Itek Corp. v. Chicago Aerial Indus.*, 248 A.2d 625, 629 (Del. 1968). Sin embargo, ver *Continental Life & Accident Co. v. Songer*, 124 Ariz. 294, 603 P.2d 921 (Ct. App. 1979). En cualquier eventualidad, evidencia de una negociación anterior debe ser admisible para demostrar el significado de frases como “contrato formal a seguir” a “sujeto a un contrato formal”. Ver E. FARNSWORTH, nota 9, § 7.12, supra. Es particularmente difícil ver cómo la regla verbal de la evidencia, que se presupone en un acuerdo integrado ejecutable, podría impedir la evidencia que demuestra que un acuerdo es ejecutable. Ver nota 137, supra (que discute cláusulas de fusión “prospectivas” en los acuerdos preliminares).

¹⁸⁷ Las cortes han, a veces, concluido que las partes que tienen la intención de vincularse durante el periodo en que lo abogados necesitan para preparar el acuerdo último. *Brassteel Mfg. Co.*, 21 Misc. 2d at 345-46, 192 N.Y.S.2d at 202-03; ver también *Karson v. Arnov*, 32 Misc. 2d 499, 504, 224 N.Y.S.2d 891, 896 (Sup. Ct. 1962) (el abogado le dijo a las partes que si no firmaban un acuerdo preliminar, “como podía el volver a Syracuse y hacer que la chica prepare todo y luego regresar, y ya se han hecho otras cosas”). A veces, sin embargo, se ha llegado a la conclusión que las partes no tienen la intención de estar vinculadas hasta que el acuerdo último ha sido trabajado por los abogados. *Songbird Jet Ltd. v. Amax Inc.*, 605 F. Supp. 1097, 1101-02 (S.D.N.Y.), aff’d, 779 F.2d 39 (2d Cir. 1985); *Ryan v. Schott*, 109 Ohio App. 317, 319-20, 159 N.E.2d 907, 908-09 (1959) (per curiam); véase *Hill v. McGregor Mfg. Corp.*, 23 Mich. App. 342, 344-45, 178 N.W.2d 553, 554-55 (1970) (la naturaleza anticipada de un acuerdo preliminar informal es resaltada por el hecho de que fue preparado por abogados). Mucho dependen del punto de vista del rol de los abogados que tome la corte.

¹⁸⁸ *May Metropolitan Corp. v. May Oil Burner Corp.*, 290 N.Y. 260, 264-65, 49 N.E.2d 13, 15 (1943) (la corte miró ocho renovaciones previas del acuerdo de distribución).

práctica¹⁸⁹ el comportamiento subsiguiente de una parte, tal como emitir una nota de prensa, puede ser persuasivo, especialmente si es inconsistente con el argumento posterior de una parte¹⁹⁰. La aquiescencia de una de las partes, en la confianza de la otra en el acuerdo preliminar, también puede ser una razón apremiante para la ejecutabilidad¹⁹¹.

A veces las partes no están dispuestas a llegar a un acuerdo obligatorio con términos abiertos, pero desean asumir una obligación general de *fair dealing* en sus negociaciones. En años recientes, los acuerdos consecutivos a negociar se presentan ante las cortes con mayor frecuencia.

C. Acuerdo para negociar

1. Naturaleza del régimen

El régimen bajo los términos de un acuerdo para negociar es similar al del acuerdo bajo términos abiertos, en el cual se impone a las partes el deber de negociar. Pero difiere en que si las negociaciones fracasan, no habrá ningún acuerdo. Bajo un acuerdo con términos abiertos, las partes negocian con el conocimiento de que si no llegan a un acuerdo en los términos abiertos serán obligadas por un acuerdo final que contenga los términos en los cuales han convenido junto con aquellos que una corte proveerá. Según los términos de un acuerdo para negociar, las partes negocian con el conocimiento de que si no pueden alcanzar el acuerdo final, no estarán limitados. Sin embargo, las partes sí están asumiendo una obligación general de *fair dealing* en sus negociaciones. Esto

sucede a menudo cuando existe una división de la responsabilidad entre los administradores y los abogados.

¿Cuál es el remedio para el incumplimiento de tal obligación? Aquí la situación cambia con respecto al régimen del acuerdo final y al del acuerdo con términos abiertos. Allí, la obligación de *fair dealing* y negociación de buena fe es solamente una obligación que es parte de un acuerdo mayor, de modo que un incumplimiento de dicha obligación, en un caso extremo, podría tratarse como un incumplimiento total de ese acuerdo con el resultado de una demanda por los daños basados en daños y perjuicios. Aquí, no hay un acuerdo mayor y por lo tanto no hay posibilidad de una demanda por daños y perjuicios bajo los términos de tal acuerdo. Además, aquí no hay manera de saber cuáles habrían sido los términos del acuerdo final, o inclusive si las partes habrían llegado un acuerdo final, así es que, bajo tal acuerdo, no hay posibilidad de demandar por daños y perjuicios¹⁹².

Debido al alcance incierto de una negociación, no puede esperarse que una corte ordene su ejecución específica¹⁹³, aunque la corte podría prohibir a una de las partes que se había comprometido a negociar exclusivamente negociar con otros¹⁹⁴. Generalmente, el recurso de la parte perjudicada es rehusarse a negociar y buscar una reparación financiera. En algunas situaciones, la recuperación medida por el interés de la restitución será apropiada, como bajo el régimen de la negociación. Sin embargo, generalmente la recuperación será medida por el interés de la confianza. Aquí, los daños a la confianza son particularmente

¹⁸⁹ Ver *U.C.C. 2-208(1)* (1978); *Restatement (Second) of Contracts* § 202(4) & comentario g (1981).

¹⁹⁰ A veces la conducta revela que el acuerdo tenía la intención de ser vinculante. *Arnold Palmer Golf Co.*, 541 F.2d at 589 (los comunicados de prensa hechos por la parte luego reclamó que el memorando no era vinculante dijo que las partes "han acordado cooperar en una empresa"). A veces, la conducta demuestra lo opuesto. *Reprosystem, B.V. v. SCM Corp.*, 727 F.2d 257, 262 (2d Cir.) (el comunicado de prensa del vendedor y lo presentado a la SEC contradijo el reclamo del comprador sobre un acuerdo vinculante), cert. denied, 469 U.S. 828 (1984); *Pepsico, Inc. v. W.R. Grace & Co.*, 307 F. Supp. 713, 719 (S.D.N.Y. 1969) (el suplemento al prospecto del comprador, así como el comunicado de prensa conjunto, contradijo el reclamo del comprador de un acuerdo vinculante).

¹⁹¹ *Gundersen & Son v. Cohn*, 596 F. Supp. 379, 383 (D. Mass. 1984) (la construcción de la casa comenzó con una carta de intención); *Borg-Warner Corp. v. Anchor Coupling Co.*, 16 Ill. 2d 234, 242, 156 N.E.2d 513, 517 (1958) (el adquirente gastó grandes sumas de dinero en una encuesta sobre el objetivo del negocio bajo una carta de intención); *APCO Amusement Co. v. Wilkins Family Restaurants of Am., Inc.*, 673 S.W.2d 523, 527-28 (Tenn. Ct. App. 1984) (ambas partes empezaron la preparación para el uso de una parte del restaurante como un "centro de diversión" bajo la carta de intención). Sobre la propensión de las partes de actuar en confianza del acuerdo preliminar, ver Trower, nota 2, at 349-50, supra. Sin embargo, la confianza actual no es siempre determinante. *Tropicana Hotel Corp. v. Speer*, 101 Nev. 40, 44, 692 P.2d 499, 502 (1985) (aunque "la performance (...) es considerada como algo de evidencia (...) de un acuerdo vinculante" "donde la evidencia es clara en demostrar que la parte ejecutante no consideraba el acuerdo como vinculante, el hecho que ya hubiera empezado no obliga a una conclusión contraria". Incluso en la ausencia de una confianza actual, el entendimiento de una parte que la otra tiene que confiar en el acuerdo puede sugerir ejecutabilidad. Ver Apéndice, Ejemplos 3 y 4. La falta de confianza no necesariamente implica inexecutabilidad. Ver *Berg Agency v. Sleepworld-Willingboro, Inc.*, 136 N.J. Super. 369, 374, 346 A.2d 419, 422 (Super. Ct. App. Div. 1975) ("el hecho que el terrateniente no haya permitido la posesión hasta que un arrendamiento formal fuera firmado no necesariamente contradice una intención de estar vinculados"). Sin embargo, ver *R.G. Group, Inc. v. Horn & Hardart Co.*, 751 F.2d 69, 76 (2d Cir. 1984) (el hecho que "no hubiera performance, parcial o de cualquier tipo", fue un argumento en contra de la ejecutabilidad).

¹⁹² Sin embargo, ver KNAPP, nota 2 supra, at 723 ("En algunos casos, por otro lado, los términos principales de la actividad (...) pueden haber sido decididos sobre la base de (...) que las expectativas de un remedio pueden ser computadas con la mayor certeza, como en usualmente requerido."); ver también *Air Technology Corp. v. General Elec. Co.*, 347 Mass. 613, 624-27, 199 N.E.2d 538, 546-48 (1964), en el cual las cortes encontraron que "una asociación contractual en la forma de un negocio conjunto" entre un contratista general y un subcontratista, concluyó en que el contratista general no había cumplido con la obligación "de negociar el subcontrato" y que mientras la obligación "era muy incierta para ser ejecutada", el subcontratista debería ser indemnizado por el valor "de la oportunidad de negocio" que se le había prometido.

¹⁹³ Ver, por ejemplo, *American Broadcasting Cos. v. Wolf*, 52 N.Y.2d 394, 420 N.E.2d 363, 438 N.Y.S.2d 482 (1981) (la corte se rehusó a otorgar el reparo en contra de una *sportscaster* que había "violado la provisión de negociación con buena fe de una ya expirado contrato de difusión").

¹⁹⁴ Sin embargo, véase id. at 394, 420 N.E. at 363 (en el se rehusa imponer al empleado el trabajar para otro empleador en una posición obtenida violando la promesa de negociar por el periodo indicado con el anterior empleador).

apropiados, ya que una parte generalmente percibe un acuerdo de negociar como protección a ese interés, debiendo la otra parte retirarse de las negociaciones. Y el caso para contar las oportunidades perdidas se consolida, porque en contraste con el régimen de la negociación, aquí las partes se sujetan explícitamente al régimen, comprometiéndose a negociar¹⁹⁵.

2. Ejecución del acuerdo

Con frecuencia, las cortes se han resistido a ejecutar los acuerdos para negociar, aun si las partes han dejado en claro que desean sujetarse a este régimen. Las cortes inglesas han sido firmes. En 1857, un miembro de la Cámara de los Lores explicó con impaciencia: “Un acuerdo de celebrar un contrato bajo términos que serán establecidos luego entre las partes, es una contradicción en términos. Es absurdo decir que un hombre entra a un acuerdo hasta que los términos de ese acuerdo sean establecidos”¹⁹⁶. En 1974, Lord Denning reafirmó esto en un caso que implicaba un acuerdo “de negociar sumas de contrato justas y razonables” con la conclusión errónea: “Si la ley no reconoce un contrato para celebrar un contrato (cuando todavía hay un término fundamental por ser acordado), me parece que no puede reconocer un contrato para negociar”¹⁹⁷.

En los Estados Unidos, donde muchos de los casos principales implican fusiones y adquisiciones¹⁹⁸, las cortes han seguido dos inclinaciones. Algunas, como las cortes inglesas han rehusado otorgar a las partes la libertad de imponerse este régimen a sí mismos. Las cortes federales que aplicaban la ley de Nueva York han sido las más

prominentes en rechazar bajo el terreno de la indeterminación, la ejecución de los acuerdos explícitos para negociar, ya sean expresados en términos de la “buena fe”¹⁹⁹, o en “mejores esfuerzos”²⁰⁰.

Otras cortes han estado dispuestas a darle efectos a la intención expresada por las partes. *Itek Corp. v. Chicago Aerial Industries*²⁰¹ es el principal ejemplo. Durante las negociaciones para la compra de los activos de Itek por Industrias Aéreas de California (CAI), las partes ejecutaron una “carta de intención” que confirmaba los términos de la venta y establecían que “harán todo esfuerzo razonable para acordar y tener preparado (...) un contrato que prevea la compra (...) incorporando los términos antedichos y otros términos y condiciones que las partes convendrán”²⁰². Más adelante, Itek consintió una modificación de los términos acordados, pero CAI, evidentemente recibiendo una oferta más favorable, comunicó que no continuaría con la transacción. Itek demandó a CAI. El Tribunal Supremo de Delaware revirtió la decisión razonando que la comunicación en la cual “las partes se obligaron a ‘hacer cada uno un esfuerzo razonable’ de celebrar en un contrato formal (...) obligó a cada parte a procurar alcanzar de buena fe el acuerdo final y formal”²⁰³. Era un error conceder el juicio sumario porque existía evidencia que acreditaba que con el objeto de aceptar una oferta más favorable “CAI intencionalmente falló en negociar con buena fe y de hacer ‘todo esfuerzo razonable’ de celebrar un contrato formal, como fue requerido”²⁰⁴.

Esta visión ha ganado una substancial adhesión²⁰⁵. Pocas cortes han ido muy lejos para explicar una

¹⁹⁵ Knapp parece asumir esta posición. KNAPP, nota, supra 2, at 723-24.

¹⁹⁶ *Ridgway v. Wharton*, 10 Eng. Rep. 1287, 1313 (H.L. 1857) (Lord Wensleydale).

¹⁹⁷ *Courtney & Fairbairn Ltd. v. Tolaini Bros.*, [1975] 1 W.L.R. 297, 300, 301 (C.A. 1974). Sin embargo, las cortes que no están dispuestas a ejecutar un acuerdo para negociar ejecutarán un acuerdo “para hacer un contrato” si no se requieren mayores negociaciones *Pratt v. Hudson River R.R.*, 21 N.Y. 305, 308-09 (1860); *Morton v. Morton*, [1942] 1 All. E.R. 273 (P).

¹⁹⁸ Ver Apéndice, Ejemplo 2.

¹⁹⁹ *Reprosystem, B.V. v. SCM Corp.*, 727 F.2d 257, 264 (2d Cir.), cert. denied, 469 U.S. 828 (1984); *Metromedia Broadcasting Corp. v. MGM/UA Entertainment Co.*, 611 F. Supp. 415, 419-20 (C.D. Cal. 1985); *Jilley Film Enters. v. Home Box Office, Inc.*, 593 F. Supp. 515, 521 (S.D.N.Y. 1984); *Candid Prod., Inc. v. International Skating Union*, 530 F. Supp. 1330, 1337 (S.D.N.Y. 1982); ver también *Ridgeway Coal Co. v. FMC Corp.*, 616 F. Supp. 404, 407 (S.D.W. Va. 1985) (siguiendo *Candid Productions* en aplicación de la ley de Virginia del Oeste); ver *Griffin v. Griffin*, 699 P.2d 407, 407-10 (Colo. 1985) (*en banc*) (provisión hecha en el acuerdo de separación en el cual los padres acordaron llegar a un acuerdo sobre la elección del colegio del hijo era inejecutable porque “exponía al niño a mayor discordia y envuelve al niño en una atmósfera de hostilidad e inseguridad”). Sin embargo, véase también *American Broadcasting Cos. v. Wolf*, 52 N.Y.2d 394, 420 N.E.2d 363, 438 N.Y.S.2d 482 (1981) (el *sportscaster* violó “la negociaciones de buena fe” durante el periodo de 45 días al hacer un contrato con otro *network*, pero la prescripción fue negada).

²⁰⁰ *Pinnacle Books, Inc. v. Harlequin Enters.*, 519 F. Supp. 118, 121-22 & n.2 (S.D.N.Y. 1981) (la cláusula de “mejores esfuerzos” fue señalada como inejecutable porque las partes sólo acordaron negociar y no señalaron cuales eran los parámetros por los cuales se debían medir sus esfuerzos) (desaprobando *Thompson v. Liquichimica of Am., Inc.*, 481 F. Supp. 365 (S.D.N.Y. 1979)).

²⁰¹ 248 A.2d 625 (Del. 1968).

²⁰² Id. at 627. La carta leía: “Si las partes fracasan en acordar y ejecutar el contrato no habrá obligaciones posteriores entre ellas.” La corte leyó esto como una absolución para las partes de “obligaciones posteriores” sólo si estos esfuerzos fracasaban. Id; ver nota 95 supra (discusión sobre las negociaciones de responsabilidad precontractual).

²⁰³ 248 A.2d at 629.

²⁰⁴ Id.

²⁰⁵ Por ejemplo, *Channel Home Centers v. Crossman*, 795 F.2d 291 (3d Cir. 1986) (actividad específica disponible); *Arnold Palmer Golf Co. v. Fuqua Indus.*, 541 F.2d 584 (6th Cir. 1976); *Thompson v. Liquichimica of Am., Inc.*, 481 F. Supp. 365 (S.D.N.Y. 1979); *Opdyke Inv. Co. v. Norris Grain Co.*, 413 Mich. 354, 320 N.W.2d 836 (1982), rev'g 94 Mich. App. 770, 773, 288 N.W.2d 362, 363 (1979) (*per curiam*) (la carta de intención señalaba la “intención de ambas partes de buscar, de buena fe, un acuerdo final); véase también. *American Broadcasting Cos. v. Wolf*, 52 N.Y.2d 394, 397, 420 N.E.2d 363, 364, 438 N.Y.S.2d 482, 483 (1981) (el *sportscaster* violó “la negociaciones de buena fe” durante el periodo de 45 días al hacer un contrato con otro *network*, pero la prescripción fue negada); ver también los casos citados en las notas 206-07, infra.

obligación de negociar con un lenguaje confuso y circunstancias sugestivas²⁰⁶. Allí incluso ha habido insinuaciones que tal obligación puede estar implicada en la ley en ausencia de cualquier asentimiento real por las partes²⁰⁷. Uno puede dudar de la sabiduría de esas cortes que se han esforzado por encontrar un acuerdo para negociar en ausencia de una indicación clara del asentimiento, porque de llevarse a un extremo permitiría a las cortes imponer una obligación general de *fair dealing*. Pero no hay justificación para forzar esas decisiones, que, en línea con los precedentes ingleses, han rechazado dar efecto a la intención de las partes cuando han llegado a un acuerdo explícito para negociar.

Generalmente las cortes han estado dispuestas a hacer cumplir los acuerdos privados que no contravienen el orden público. La carga de probar por qué debe denegarse la exigibilidad del cumplimiento de un acuerdo recae sobre la parte que busca llegar a dicho acuerdo. Las cortes han desarrollado dos razones para rechazar los pedidos de exigir el cumplimiento de acuerdos explícitos para negociar.

Uno es que una corte no puede imponer un remedio apropiado para el incumplimiento de tal deber porque no hay manera de saber qué acuerdo final, de llegar a haberlo, se hubiese concretado²⁰⁸. Este argumento aparentemente verdadero, pero falso en realidad, es realzado a veces por caracterizar peyorativamente al acuerdo como un "acuerdo para convenir"²⁰⁹. Sin

embargo, el remedio apropiado no es daños y perjuicios según los términos del acuerdo final si no los daños causados a la confianza de la parte dañada en el acuerdo para negociar²¹⁰. Si una parte rompió las negociaciones antes de que el otro haya confiado en el acuerdo para negociar, no hay ninguna necesidad de formar un remedio porque no hay ninguna reparación que hacer²¹¹. Una vez que la parte ha confiado, debe probar la pérdida causada por su confianza, incluyendo alguna oportunidad perdida.

Una razón más substancial para rechazar la exigibilidad de acuerdos explícitos para negociar es que una corte no puede determinar el alcance de la obligación de *fair dealing* según los términos de tal acuerdo²¹². La indeterminación del concepto de *fair dealing* es, sin embargo, un asidero débil para negar la reparación que implica solamente la concesión de los daños a la confianza, porque las cortes exigen generalmente menos determinación cuando los daños son medidos por la confianza que cuando son medidos por daños y perjuicios²¹³. Además, incluso cuando los daños y perjuicios son reclamados bajo un contrato, las cortes no han tenido impedimento para aplicar un estándar de *fair dealing*. La "buena fe" o los "mejores esfuerzos" son suficientes para definir un deber o una condición en el contrato²¹⁴. La antipatía judicial hacia las tentativas de las partes para negociar el deber de *fair dealing* ante sí mismos por medio de un acuerdo para negociar, aparece particularmente contraria con el aumento de tolerancia judicial hacia tentativas de las partes para celebrar un

²⁰⁶ *Evans, Inc. v. Tiffany & Co.*, 416 F. Supp. 224, 243 (N.D. Ill. 1976) (la carta de intención señalaba que "la intención conjunta de ambas partes de realizar un contrato formal de arrendamiento (...) y el proceder a cerrarlo de la manera más rápida"); *Family Medical Bldg., Inc. v. Department of Social & Health Servs.*, 37 Wash. App. 662, 664, 684 P.2d 77, 79 (Ct. App.) (el arrendamiento contenía la opción de renovar, que de acuerdo a la corte "la renta mensual a ser negociada"), modificado, 104 Wash. 2d 105, 702 P.2d 459 (1984) (en banc); véase *Chase v. Consolidated Foods Corp.*, 744 F.2d 566, 571 (7th Cir. 1984) (el jurado "podía haber concluido" que había "un acuerdo vinculante para negociar con buena fe"). Knapp sugiere que todo lo requerido es que las partes hayan expresado su satisfacción y compromiso para con los términos esenciales de la transacción propuesta, hasta el extremo que cada una podía considerar razonablemente que era injustificado el retiro por alguna razón excepto que se fracasara, después de negociaciones de buena fe, en llegar a un acuerdo final y completo y que la "disposición a vincularse" podía desprenderse de "las palabras de escrito mismo y de las circunstancias alrededor." KNAPP, nota 2 supra, at 720.

²⁰⁷ *American Cyanamid Co. v. Elizabeth Arden Sales Corp.*, 331 F. Supp. 597, 606-07 (S.D.N.Y. 1971) (condición que requiere "un acuerdo compra satisfactorio (...) no podrá permitir, usualmente, a la otra parte el no hacer nada y derrotar el borrador de cualquier tipo de acuerdo de compra"); *Pepsico, Inc. v. W.R. Grace & Co.*, 307 F. Supp. 713, 720 (S.D.N.Y. 1969) (*dictum*). En *Reprosystem, B.V. v. SCM Corp.*, 522 F. Supp. 1257, 1279 (S.D.N.Y. 1981), modificado, 727 F.2d 257 (2d Cir.), cert. denied, 469 U.S. 828 (1984), la corte sugirió que "un requerimiento explícito" como el del caso *Itek* era innecesario. Al invertir esta parte del caso, la Corte de Apelaciones, admitió que "bajo ciertas circunstancias una parte dentro de un contrato estaba obligada por un acuerdo implícito para negociar con buena fe, para llegar a un acuerdo," pero concluyó que "que cualquier acuerdo implícito (...) que haya existido aquí era muy indefinido para ser ejecutado bajo las leyes de Nueva York." *Reprosystem, B.V. v. SCM Corp.*, 727 F.2d 257, 264 (2d Cir.), cert. denied, 469 U.S. 828 (1984); ver también *Mocca Lounge, Inc. v. Misak*, 94 A.D.2d 761, 462 N.Y.S.2d 704 (App. Div. 1983) (no había obligación implícita de negociar con buena fe).

²⁰⁸ *Ridgeway Coal Co. v. FMC Corp.*, 616 F. Supp. 404, 407-08 (S.D.W. Va. 1985); *Courtney & Fairbairn Ltd v. Tolain Bros.*, [1975] 1 W.L.R. 297, 301 (C.A. 1974) (Lord Denning).

²⁰⁹ Para evitar esto, Knapp sugiere el término "contract to bargain." KNAPP, nota 2 supra, at 685. Este Artículo sugiere el término "agreement to negotiate."

²¹⁰ Puede ser que sea discutido que no se causó ninguna pérdida por la violación del acuerdo para negociar, puesto que la parte que interrumpió las negociaciones pudo haberlo hecho sin violación alguna, simplemente negociando justamente, pero rechazando convenir. Mientras que esta discusión tiene cierta fuerza, ya que la confianza no está ligada a *misrepresentation* o una promesa especial, parece poco probable que prevalezca donde están claras la violación y la pérdida.

²¹¹ En el caso de un acuerdo para negociar de manera exclusiva, sin embargo, una prescripción negativa puede ser apropiada. Ver nota 266, infra.

²¹² Ver notas 199-200, supra.

²¹³ Ver E. FARNSWORTH, nota 9, supra, § 3.30, at 209-10

²¹⁴ Las cortes de Nueva York, por ejemplo, ven los parámetros de "buena fe" como suficientemente definidos en conexión con la actividad. *DeLaurentis v. Cinemato grafica de las Americas, S.A.*, 9 N.Y.2d 503, 174 N.E.2d 736, 215 N.Y.S.2d 60 (1961). Pero ver *Candid Prods., Inc. v. International Skating Union*, 530 F. Supp. 1330, 1334-35 (S.D.N.Y. 1982), que se distinguía de *DeLaurentis* apoyándose en que "la aplicación de una obligación de una actuación de buena fe" que se oponía a un acuerdo para negociar. Sobre las condiciones de la discusión ver *Mattei v. Hopper*, notas 113-15, supra y el texto que las acompaña.

contrato con objeto de imponer tal estándar a una de las partes por medio de una condición a satisfacción²¹⁵.

No es fácil justificar el rechazo de las cortes para reconocer un deber de *fair dealing* según los términos de un acuerdo para negociar cuando han estado dispuestos a reconocer tal deber según los términos de un acuerdo final o de un acuerdo con términos abiertos. Puede que se argumente que las negociaciones son menos complejas bajo los dos regímenes anteriores que bajo los acuerdos para negociar, pero este argumento no obliga.

Bajo un acuerdo final, el deber de *fair dealing* se extiende solamente a las modificaciones que ambas partes han elegido negociar. Pero, puesto que las modificaciones potenciales normalmente son relativamente limitadas en alcance cuando están comparadas al acuerdo en su totalidad, las negociaciones serán en la práctica igualmente limitadas. Según los términos de un acuerdo con términos abiertos, el deber de *fair dealing* se extiende a todos los términos abiertos. Pero dado que el requisito de la determinación limita el grado de los términos que se pueden dejar abiertos, las negociaciones serán otra vez limitadas. Según los términos de un acuerdo para negociar, sin embargo, el alcance de las negociaciones no está tan confinado.

En la práctica, sin embargo, las partes generalmente no llegan a acuerdos de negociar hasta que las negociaciones estén bien avanzadas, de modo que lo que resta por negociar no pueda extenderse más que si las partes hubieran hecho un acuerdo con términos abiertos. De hecho, las negociaciones a menudo se encuentran tan avanzadas que las partes tendrán que escoger entre celebrar un acuerdo con términos abiertos y un acuerdo para negociar, dependiendo de si desean estar obligados o no, en caso sus negociaciones fracasen sin culpa de ninguna de las partes. Una corte que está dispuesta a aplicar un estándar de *fair dealing* cuando sigue habiendo un número de materias por ser negociadas según los términos de un acuerdo con términos abiertos; no debe rechazar la aplicación de tal estándar cuando sigue habiendo las mismas materias para ser negociadas según los términos de un acuerdo para negociar.

Por su puesto, ocasionalmente, habrán casos en los cuales un acuerdo para negociar se habrá realizado en un primer momento de las negociaciones que la corte podría correctamente no hacerlo cumplir. El rechazo para hacer cumplir el acuerdo probablemente excluiría una demanda reclamando los gastos realizados sobre la base

de la confianza, puesto que cualquier reclamo por oportunidades perdidas sería excluida probablemente bajo la base de pérdida de otras oportunidades no era justificable cuando las negociaciones no avanzaron.

La preocupación por la aplicabilidad de acuerdos para negociar no puede sino desalentar su uso. Debe por lo tanto esperarse que haya muy pocas resoluciones sobre el contenido del deber de *fair dealing* bajo estos acuerdos. Si las cortes van a hacer cumplir tales acuerdos, llega a ser importante determinar ese contenido. Revisaremos esto en la Parte III.

III. EL SIGNIFICADO DE *FAIR DEALING*

A. En general

1. Fuentes del significado

Fair dealing tiene un significado cuando las negociaciones han resultado en un acuerdo y la parte agraviada intenta evitar ese acuerdo por ser injusto. Aquí el reclamo de inequidad va a los medios usados para inducir el acuerdo. La experiencia judicial en este contexto se remonta a las demandas más antiguas de fraude y *duress*. El *fair dealing* tiene un significado absolutamente diferente cuando las negociaciones no pudieron producir a un acuerdo y la parte agraviada intenta ser compensada por daños a la confianza. Aquí la demanda por la injusticia va a los medios usados para obstruir el acuerdo. Las cortes han prestado poca atención al significado de *fair dealing* en este contexto. Los que han sostenido que las partes pueden imponer un deber para negociar en ellos mismos, a menudo, como en el caso de *Itek*²¹⁶, han dejado el significado de *fair dealing* para que una corte de primera instancia lo determine en un juicio subsiguiente. Los académicos, también se han referido con más frecuencia a la imposición del deber más que a su contenido.

La mayoría de las discusiones doctrinales sobre el significado de *fair dealing* en el contexto de las negociaciones ordinarias del contrato son modestas en sus contribuciones. ¿Se requiere más de una parte que la mera ausencia de malicia y fraude, pero cuánto más? El comentario al Restatement (Second) of Contracts apunta sólo que mientras que su sección sobre la "buena fe", como la sección comparable del Uniform Commercial Code, "no se ocupa de la buena fe en la formación de un contrato", mala fe en la negociación puede estar sujeta a sanciones bajo reglas más específicas tales como éstas en fraude y *duress*²¹⁷.

²¹⁵ Ver, por ejemplo, *Elgin Nat'l Indus. v. Howard Indus.*, 264 So. 2d 440 (Fla. Dist. Ct. App. 1972), en cuál la corte sostuvo que no se excusaba a un vendedor de tierra bajo la disposición que los términos del acuerdo estaban sujetos a la aprobación del directorio porque rechazó actuarlos para aceptar otra oferta y no debido al descontento con los términos.

²¹⁶ *Itek Corp. v. Chicago Aerial Indus.*, 248 A.2d 625 (Del. 1968); ver notas 201-204, *supra* y el texto que las acompaña.

²¹⁷ *Restatement (Second) of Contracts* § 205 comentario c (1981); ver *U.C.C.* §§ 1-103, 2-103(1)(b) (1978).

Fisher y Ury observaron que “a menudo es duro decidir lo que significa negociar en buena fe” y que la “gente ubica la línea en distintos lugares”. Ellos sugieren analogías simples tales como el de tratar con un buen amigo o de un miembro de la familia²¹⁸. Summers da algunos ejemplos de mala fe, algunos de los cuales implican negociaciones, pero no va más allá de una discusión de la categoría establecida de “negociar sin intención seria de contratar” y de una discusión de la categoría de “abusar del privilegio de interrumpir negociaciones”, que se confina en gran parte a un análisis de Red Owl²¹⁹. Burton, discutiendo el funcionamiento de la buena fe, impulsa una prueba general bajo la cual la buena fe se limita al ejercicio de la discreción para cualquier propósito dentro de la contemplación razonable de las partes y la mala fe implica el uso de la discreción de recobrar las oportunidades renunciadas en la formación del contrato, pero no pretende aplicar su análisis a las negociaciones del contrato²²⁰.

Knapp ofrece un estándar más desarrollado de *fair dealing* en la negociación, uno bajo el cual “ninguno puede retirarse por una razón ‘injustificada’, pero (...) ninguno estará obligado a que se realicen si –después de negociar con buena fe– el contrato no se puede alcanzar”. La mala fe al negociar puede consistir en “una insistencia respecto de términos tan claramente irrazonables que no habrían

podido ser superados con alguna expectativa de aceptación, aunado a una cierta ventaja demostrable que se obtendrá por (...) evitar la transacción contemplada”²²¹.

En vista de la escasez de discusiones sobre el significado de *fair dealing* en negociaciones ordinarias del contrato, es de interés observar los casos que interpretan las disposiciones del *National Labor Relations Act* (NLRA)²²² que requieren a las partes envueltas en negociaciones colectivas a contratar con “buena fe”²²³. La analogía entre las negociaciones ordinarias del contrato y la negociación colectiva, está lejos de ser perfecta. En las negociaciones ordinarias de contratos no hay interés público en un resultado acertado que sea comparable al interés en la prevención de las huelgas. Las relaciones entre las partes no son necesariamente continuas, y ninguna de ellas está limitada para tratar exclusivamente con la otra. Sólo ocasionalmente una parte representa los intereses de otros, como un sindicato representa los intereses de los trabajadores²²⁴. El remedio buscado es una concesión de daños más que una orden de cese y renuncia. En ausencia de una estructura administrativa para descubrir actos ilícitos alegados en negociaciones, tales hallazgos se deben dejar a un juez o quizás a un jurado. Sin embargo, comparaciones provechosas pueden hacerse, como ha sido reconocido por las cortes que, en la aplicación del NLRA, han usado analogías en negociaciones ordinarias del contrato²²⁵.

²¹⁸ R. FISHER & W. URY, nota 1, *supra*, p. 148: Puede ayudar hacerse preguntas tales como: ¿Este es el acercamiento que yo utilizaría al negociar con un buen amigo o un miembro de mi familia? ¿Si un recuento completo de lo que dije apareciera en los periódicos, me sentiría avergonzado? ¿En la literatura, tal conducta sería más apropiada para un héroe o para un bandido? Id.

²¹⁹ SUMMERS, nota 2, *supra*, pp. 220-232. Junto con Red Owl, Summers discute la mala fe en el retiro de ofertas. En sus otros casos de la mala fe, las negociaciones dan lugar a un contrato.

²²⁰ BURTON. “Breach of Contract and the Common Law Duty to Perform in Good Faith”. En: Harv. L. Rev. 94. 1980. p. 369.

²²¹ KNAPP, nota 2, *supra*, p. 723. Ikle precisó cuatro significados posibles de la “buena fe” en la negociación de un tratado: 1. Para hacerlo altamente probable que el acuerdo será alcanzado. Esto significa, concretamente, que una parte tiene que bajar sus términos siempre que la probabilidad de alcanzar un acuerdo baje debajo del nivel deseado (...) 2. No mantener una posición que uno siente que seguramente va a hacer imposible llegar a un acuerdo (...) Según una variante más rigurosa de este segundo criterio, un gobierno no debe hacer incluso las ofertas iniciales que sabe van a ser “inaceptables” para el opositor (...) 3. Deseñar un acuerdo del tipo que se está negociando y ser impacientes en tener sus términos aceptados (...) 4. Para seguir ciertas reglas de acomodo [tales como la regla que las concesiones deben ser recíprocas] mientras que se negocia. F. Ikle, nota 165, *supra*, at 111-13 (énfasis en el original).

²²² 29 U.S.C. §§ 151-169 (1982).

²²³ La Sección 8(d) del “Act” requiere que el empleador y el sindicato “reunirse a horas razonables y conferenciar de buena fe con respecto a los salarios, horas, y otros términos y condiciones del trabajo (...) pero estas obligaciones no compelen a ninguna de las partes de aceptar estas propuestas o requerir una concesión.” 29 U.S.C. § 158(d) (1982). A menos que una de las partes se haya realizado un acto específico, como un franco rechazo a reunirse, que es considerada una violación “per se”, una violación del “Act” debe ser inferida del patrón de comportamiento en un examen de todas las circunstancias. El rehusarse a negociar como es requerido es, de acuerdo al “Act”, una práctica laboral desleal, para la cual el remedio es una orden del *National Labor Relations Board* requiriendo a la parte en falta a negociar con buena fe. Ver R. GORMAN. “Basic Text on Labor Law, Unionization and Collective Bargaining”. 1976. p. 399-495 (discutiendo la obligación de negociar con buena fe). Para otros requerimientos estatutarios, ver *Columbia Plaza Tenants Ass’n v. Antonelli*, 462 A.2d 433 (D.C. 1983) (aplicando el estatuto, que requiere que el terrateniente negocie con buena fe para vender el complejo de departamentos a la asociación de arrendatarios antes que a un tercero).

²²⁴ Debido a que el sindicato negocia como representantes de los empleados, es considerado como un acto de mala fe que el empleador debilite la posición del sindicato al tratar directamente con los empleados sobre las materias que son objeto de negociaciones con el sindicato. *Continental Ins. Co. v. NLRB*, 495 F.2d 44 (2d Cir. 1974). Por la misma razón es considerado un acto de mala fe el hecho que el empleador cambie, de forma unilateral, los términos del trabajo, sin el consentimiento del sindicato. *NLRB v. Katz*, 369 U.S. 736 (1962). Problemas de este tipo no surgen en negociaciones contractuales ordinarias.

²²⁵ Ver, por ejemplo, *H.J. Heinz Co. v. NLRB*, 311 U.S. 514, 526 (1941) (“Un hombre de negociaciones inició negociaciones con otro para llegar a un acuerdo, con la reserva de no ponerlo por escrito o firmarlo, es difícilmente considerado como negociar con buena fe.”); *NLRB v. Reed & Prince Mfg. Co.*, 205 F.2d 131, 135 (1st Cir.) (endosa las preguntas del Directorio si es que el empleador “hubiera retrasado, por un largo periodo de tiempo, negociaciones con respecto a contrato empresarial o de préstamo bancarios, que desea concluir”), cert. denied, 346 U.S. 887 (1953). En el caso Heinz, la corte estableció que la conducta no se asemeja a una de negociaciones de buena fe en negociaciones contractuales ordinarias, era más evidente la falta de buena fe en la negociación colectiva, pues el objetivo del estatuto es “asegurar la paz industrial a través de la negociación colectiva.” 311 U.S. at 526; ver *Helms v. Duckworth*, 249 F.2d 482, 486 (D.C. Cir. 1957) (comparando esto a la obligación que se tiene bajo el *National Labor Relations Act* con la obligación de negociar con buena fe en una relación fiduciaria); *Vigoda v. Denver Urban Renewal Auth.*, 646 P.2d 900, 904 (Colo. 1982) (en banc) (comparando el concepto “impasse” bajo el *National Labor Relations Act* en el caso de la interpretación de la disposición exclusiva de negociación del contrato entre el empresario y la autoridad urbana encargada de la renovación). The *Restatement (Second) of Contracts* § 205 comment c (1981), cita el *National Labor Relations Act* para un ejemplo de “una obligación estatutaria de negociar con buena fe”.

Aunque la NRLA convierte el estado de mente del negociador en decisivo, este estado debe deducirse de la conducta observable²²⁶. No sólo debe el empleador tener “una mente abierta y un deseo sincero de alcanzar un acuerdo”²²⁷, sino también debe hacerse un “esfuerzo sincero para alcanzar un punto común”²²⁸. Considerando que una parte raramente anunciará una intención de negociar con mala fe²²⁹, las cortes han tenido que buscar manifestaciones más sutiles tales como la negación a divulgar información relevante a las negociaciones, rechazando disposiciones rutinarias, cambiando de posición negocial cuando el acuerdo final está cerca, realizando tácticas dilatorias, o reteniendo el acuerdo por temas triviales²³⁰. Las Cortes tendrían que prestar la misma atención a todas las circunstancias para determinar si las partes en las negociaciones ordinarias han alcanzado un estándar de *fair dealing*.

El requisito del NLRA de negociar en buena fe no ha escapado a la crítica. Una corte ha observado que “probablemente en pocas otras instancias la tarea de juzgar es tan difícil”²³¹. Un grupo de estudio independiente ha concluido que la eficacia del proceso empleado por el tribunal y las cortes para implementar el requisito “es, en el mejor de los casos, dudosa”²³². Estas críticas, sin embargo, no disminuyen el valor de la experiencia conforme al NLRA como fuente de la analogía.

2. Lenguaje y otras circunstancias

Determinar el contenido del deber de *fair dealing* según un acuerdo particular implica, al igual que determinar el contenido de cualquier deber de un contrato, una investigación de las expectativas de las partes. En la elaboración de esta investigación una corte debe observar el lenguaje del contrato y las circunstancias circundantes.

El término comúnmente usado para describir el deber de *fair dealing* es “buena fe”, solamente las partes utilizan a veces el término los “mejores esfuerzos” en vez o además de la “buena fe”. Los “mejores esfuerzos” se entienden generalmente como una carga más pesada que la “buena fe”²³³, pero es dudoso que las partes utilicen los términos en diversos sentidos en

este contexto. Aunque muchos acuerdos para negociar no dicen más que esto sobre el contenido del deber, a través de un cuidadoso contrato las partes pueden fácilmente determinar si las negociaciones son exclusivas, cuánto tiempo deben continuar, qué debe ser divulgado y qué deben mantenerse en reserva. Dado el estado incierto de la ley sobre tales materias, no deben dejarse a la discreción de una corte.

Entre las circunstancias más importantes alrededor de un contrato está el comportamiento de las partes hasta el acuerdo y el estado de las negociaciones en ese momento. De esto, a menudo, se pueden extraer inferencias confiables para suplir el lenguaje del acuerdo. Si, como he sugerido, las partes generalmente no hacen acuerdos para negociar hasta que las negociaciones están bien avanzadas, frecuentemente habrá una base substancial para tales inferencias. Las expectativas se construyen generalmente en cierto plazo, de modo que cuanto más avanzadas las negociaciones, más difícil sea justificar el retiro. La relación anterior entre las partes puede también ser importante. Si ya han tratado en otras ocasiones, el patrón de las negociaciones anteriores puede ayudar a demostrar sus expectativas en las negociaciones en controversia. La evidencia de las prácticas comerciales puede hacer lo mismo.

Mientras que el lenguaje y otras circunstancias se sustentan en el contenido del deber de *fair dealing* en cualquier caso particular, la mayoría de los reclamos que una de las partes ha contratado con un *unfair dealing* para obstruir el acuerdo se pueden agrupar bajo siete títulos: negativa a negociar, tácticas impropias, propuestas irrazonables, ocultamiento de información relevante, negociación con terceros, retiro y rompimiento de negociaciones. Nos detendremos en cada una de ellas en ese orden.

B. Instancias de *unfair dealing*

1. Negativa a negociar

Cualquiera sea la definición de *unfair dealing* en el contexto de obstruir el acuerdo, una negativa a

²²⁶ “Una determinación de buena fe o de lo que se quiere con la buena fe normalmente descansa sobre la inferencia basada en la manifestaciones más o menos persuasivas del pensamiento de la otra parte” *NLRB v. Truitt Mfg. Co.*, 351 U.S. 149, 155 (1956) (Frankfurter, J., concurre y disiente en parte.)

²²⁷ *NLRB v. Reed & Rpince Mfg. Co.*, 118 F.2d 874, 885 (1st Cir.), cert. denied, 313 U.S. 595 (1941).

²²⁸ *NLRB v. Montgomery Ward & Co.*, 133 F.2d 676, 686 (9th Cir. 1943).

²²⁹ Para una rara excepción, ver *NLRB v. Denton*, 217 F.2d 567, 568-69 (5th Cir. 1954) (antes de negociar, el empleador dijo: “que el nunca firmaría un contrato con un sindicato”), cert. denied, 348 U.S. 981 (1955).

²³⁰ Ver DUVIN. “The Duty to Bargain: Law in Search of Policy” 64 Colum. L. Rev. 248. 1964. p. 254.

²³¹ *NLRB v. Herman Sausage Co.*, 275 F.2d 229, 231 (5th Cir. 1960). Para una sugerencia reciente sobre como el presente sistema no protege suficientemente una nueva unidad de negociación hasta que busca un nuevo contrato, ver WEILER “Striking a New Balance: Freedom of Contract and the Prospects for Union Representation”. En: Harv. L. Rev. 98. 1984. p. 351.

²³² LABOR STUDY GROUP. “The Public Interest in National Labor Policy”. 1961. p. 82.

²³³ Ver E. FARNSWORTH, nota 9, *supra*, § 7.17, at 529.

negociar donde hay un acuerdo de hacerlo equivale a un incumplimiento del acuerdo. Así, el Tribunal Supremo de Colorado ha sostenido que una negativa a negociar es un incumplimiento de un acuerdo para negociar de buena fe durante un período de tiempo específico²³⁴. El mero retraso puede ser equivalente a una negativa absoluta. Así, bajo el NLRA se ha sostenido que el incumplimiento de un empleador de su deber de negociar puede darse a través del uso de tácticas dilatorias²³⁵.

El incumplimiento del deber de negociar también puede darse si una parte se niega a negociar, excepto en condiciones que no puede imponer correctamente. Las negociaciones están, por supuesto, abiertas a las proposiciones de las partes. Sin embargo, conforme a los principios generales del contrato, "una declaración de intención de no cumplir a menos que sea en condiciones que van más allá del contrato", constituye una negativa²³⁶. Así, conforme al NLRA se ha sostenido que una parte no puede condicionar su voluntad de negociar a un cambio en la composición del equipo negociador de la otra parte²³⁷. Hay una autoridad uniforme que no le da derecho a un empleador a condicionar su voluntad de negociar algunos asuntos en el acuerdo a otros temas²³⁸.

En el contexto de las negociaciones ordinarias de un contrato, también se ha sostenido que imponer condiciones impropias puede ascender a una falta de negociar con justicia. Así, el Séptimo Circuito sostuvo la mala fe de un distribuidor de asfalto, al negociar un nuevo contrato con un productor, para condicionar su voluntad de continuar negociando al asentimiento del productor a una disposición ilegal de fijación del precio²³⁹. El problema se convierte en decidir qué condiciones son impropias. Esto da lugar a una pregunta particularmente problemática.

Si las partes están negociando algunas materias, una de ellas puede condicionar su voluntad de continuar las negociaciones a concesiones relacionadas con temas distintos²⁴⁰. En la negociación de granos con la Unión Soviética en 1975, por ejemplo, Estados Unidos intentó sin éxito utilizar su posición en esas negociaciones para conseguir un trato separado sobre petróleo con un descuento en el precio²⁴¹. ¿Puede ser este tipo de "vínculo" *unfair dealing*? En un caso principal el Tribunal Supremo sostuvo que el empleador no tiene derecho a condicionar su voluntad de negociar un acuerdo con el sindicato a términos que él mismo no ha requerido negociar en absoluto²⁴². Discusiones sobre las estrategias de negociación usualmente impulsan a las partes a no centrarse estrechamente en un solo asunto, sino a buscar soluciones creativas considerando concesiones en muchas áreas que pudieron ser mutuamente beneficiosas²⁴³. En este razonamiento, sería imprudente poner algún límite en el alcance de la negociación, y el grano y el petróleo podrían servir como fichas de negociación. Uno puede concebir, sin embargo, una situación en la cual las partes se han envuelto en negociaciones prolongadas con la comprensión que el alcance de estas negociaciones se debe confinar a materias estrechamente relacionadas. Si una parte condicionara repentinamente su voluntad de continuar negociando a concesiones en cuanto a materias que no están claramente vinculadas, encontrar *unfair dealing* estaría garantizado.

La posibilidad de tal responsabilidad parece implícita en la reciente opinión de la corte federal del distrito, resultante de un contrato de licencia entre el productor de una serie de la televisión y un canal de televisión. El productor convino que a la expiración del contrato negociar los "episodios adicionales" exclusivamente y de buena fe con el canal antes de negociar con cualquier otro. El canal demandó que el productor "incumplió el contrato condicionando los futuros

²³⁴ *Vigoda v. Denver Urban Renewal Auth.*, 646 P.2d 900 (Colo. 1982) (en banc); ver también *American Broadcasting Cos. v. Wolf*, 52 N.Y.2d 394, 420 N.E.2d 363, 438 N.Y.S.2d 482 (1981) (dictum) (el sportscaster hizo un contrato con la CBS después de haber llevado a cabo negociaciones de buena fe con la ABC por 90 días); ver *Helms v. Duckworth*, 249 F.2d 482 (D.C. Cir. 1957) (la declaración jurada de la parte admitía que no era su intención negociar como es requerido por una relación fiduciaria).

²³⁵ *Continental Ins. Co. v. NLRB*, 495 F.2d 44 (2d Cir. 1974). El estatuto en sí mismo requiere que "las partes se reúnan un número razonable de veces". 29 U.S.C. § 158(d) (1982).

²³⁶ U.C.C. § 2-610 comentario 2 (1978).

²³⁷ *General Elec. Co. v. NLRB*, 412 F.2d 512, 516-17 (2d Cir. 1969) (que también discute la rara instancia en la cual el empleador está justificado para rechazar la negociación debido a la identidad de los miembros de la unidad negociadora del sindicato); ver *NLRB v. Bartlett-Collins Co.*, 639 F.2d 652 (10th Cir.) (es impropio que el empleador condicione futuras negociaciones a la presencia de un secretario de la corte para realice una transcripción), cert. denied, 452 U.S. 961 (1981). El NLRA, en §§ 7 y 8(b)(1)(B), trata específicamente con el derecho a escoger los representantes. 29 U.S.C. §§ 157, 158(b)(1)(B).

²³⁸ *NLRB v. Patent Trader, Inc.*, 415 F.2d 190 (2d Cir. 1969) (evidencia de mala fe), modificado, 426 F.2d 791 (2d Cir. 1970) (en banc); *Adrian Daily Telegram v. Thompson Newspapers, Inc.*, 214 N.L.R.B. 1103 (1974); *Federal Mogul Corp.*, 212 N.L.R.B. 950 (1974), ejecutado, 524 F.2d 37 (6th Cir. 1975).

²³⁹ *Henry G. Meigs, Inc. v. Empire Petroleum Co.*, 273 F.2d 424 (7th Cir. 1960).

²⁴⁰ Esta es una diferente pregunta, si es que una parte puede condicionar su disponibilidad para negociar otro acuerdo a concesiones hechas en las negociaciones actuales. Un argumento que señala que no hacer esto tendría que ser basado en el supuesto de *economic duress*.

²⁴¹ R. PORTER, nota 167, *supra*, at 81-89. La Unión Soviética no se quejó y, parece, que uso su ventaja con respecto al petróleo para lograr mejores términos sobre el grano. Id. at 89.

²⁴² *NLRB v. Wooster Div. of Borg-Warner Corp.*, 356 U.S. 342 (1958).

²⁴³ Ver, por ejemplo, G. KENNEDY, J. BENSON & J. MCMILLIAN. "Managing Negotiations". 1982. pp. 94-95.

estrenos en el canal al igual que los reestrenos y rehusándose a negociar cada uno por separado²⁴⁴. En rechazar la demanda, la corte la concluyó que no podía “encontrar que el derecho contractual de negociar con respecto a los ‘episodios adicionales’ pertenece solamente a los primeros estrenos”, y que los “reestrenos y estrenos fueron negociados juntos para cada una de las temporadas anteriores²⁴⁵. La implicación es que una diferente decisión sobre el razonamiento de las partes sí habría apoyado la demanda del canal de *unfair dealing*.

2. Tácticas impropias

¿Cuáles tácticas de negociación son tan impropias para ser injustas en el contexto de obstruir el acuerdo? Algunas tácticas, tales como fraude y *duress*, son claramente injustas²⁴⁶, pero normalmente inducen más que obstruyen el acuerdo. Los casos más problemáticos en el actual contexto implican inflexibilidad. Aunque una ardua negociación puede prevenir el acuerdo, usualmente es admirada. ¿Cuándo, si alguna vez, una ardua negociación es injusta?

En el contexto de la negociación colectiva, la obstinación e inflexibilidad no son suficientes para constituir mala fe²⁴⁷, pero frecuentemente se toma como cierta evidencia de la mala fe. Un empleador que rechaza todas las propuestas del sindicato²⁴⁸ o se adhiere rígidamente a una serie de propuestas abiertamente inaceptables²⁴⁹, es probable que se concluya que ha negociado de mala fe.

No resulta claro si la mala fe se puede formar simplemente de la asunción de “tomar o dejar” una posición –como cuando un empleador formula una oferta final “justa” y rechaza negociarla. La Corte Suprema ha dicho que “el NLRA no anima a una parte a que se envuelva en maratónicas e infructuosas discusiones a expensas de una declaración franca y apoye su posición²⁵⁰. Un empleador en una posición de “tómalo o déjalo”, junto con otras circunstancias –

una campaña publicitaria apuntada a los empleadores– puede indicar un “fracaso total a negociar de buena fe”. Así, el Segundo Circuito ha sostenido que “un empleador no puede combinar el método de negociar bajo fórmulas de ‘tomar o dejar’ con una posición firme y extensamente publicada que él no puede alterar una vez tomada²⁵¹”.

Aunque la inflexibilidad en las negociaciones de los contratos plantea dificultades similares, es difícil ver porqué no debe ser considerada como evidencia de injusticia si es parte de un patrón de comportamiento diseñado para obstruir el acuerdo. Cuando una parte intenta evitar un acuerdo, las cortes están dispuestas a distinguir entre *economic duress* permitidas de las no permitidas. No necesitan constreñirse a distinguir la terquedad injusta de la tenacidad justificable cuando las negociaciones han fallado.

3. Propuestas irracionales

¿Cuándo, si alguna vez, es injusto hacer propuestas irracionales durante una negociación? Esto ha probado una pregunta polémica en casos de negociación colectiva. Puede ser que parezca que las cortes se abstendrían de hacer esta pregunta en que el NRLA establece que el deber de negociar “no obliga a cualquiera de las partes a aceptar una propuesta o a hacer una concesión²⁵². Se ha sostenido que un empleador que rechazaba convenir una cláusula arbitral mientras que insiste en una cláusula de “no-huelga”, no llegó a sumar mala fe, aunque comúnmente las cláusulas de “no-huelga” venían acompañadas por cláusulas arbitrales y tal combinación puede ser deseable²⁵³. Se ha sostenido que la imputación que una parte rechaza negociar con buena fe no puede sostenerse solamente por la referencia a la propuesta final de la gerencia, incluso si “podría encontrarse que dejaría a los trabajadores en peor estado del que estaban sin él²⁵⁴. Pero si el efecto de la propuesta del empleador claramente hubiese sido “poner a los trabajadores en una posición peor de la estaban sin

²⁴⁴ *Metromedia Broadcasting Corp. v. MGM/UA Entertainment Co.*, 611 F. Supp. 415, 419 (C.D. Cal. 1985).

²⁴⁵ *Id.* at 420, 421. La corte concluyó que bajo la ley de Nueva York, el acuerdo para negociar con buena fe era inejecutable. Ver nota 199, *supra*.

²⁴⁶ Inclusive, la Corte Suprema ha sido tolerante con respecto a la presión económica ejercida por el sindicato sobre el empleador durante las negociaciones colectivas. *NLRB v. Insurance Agents' Int'l Union*, 361 U.S. 477 (1960) (el sindicato patrocinó conductas en el trabajo diseñadas para interferir con el negocio del empleador).

²⁴⁷ *Chevron Oil Co. v. NLRB*, 442 F.2d 1067, 1072-73 (5th Cir. 1971); *NLRB v. Herman Sausage Co.*, 275 F.2d 229, 231 (5th Cir. 1960) (*dictum*) (la “profunda convicción, llevada a cabo firmemente y de cuál no se hará ningún retiro, puede ser más que el ámbito tradicional que una controversia de trabajo. Puede ser ambos el derecho del ciudadano y esencial para nuestro sistema legislativo económico (...) el estipular una negociación colectiva libre”).

²⁴⁸ *NLRB v. Reed & Prince Mfg. Co.*, 205 F.2d 131 (1st Cir.), *cert. denied*, 346 U.S. 887 (1953); *Majure v. NLRB*, 198 F.2d 735 (5th Cir. 1952).

²⁴⁹ *Majure*, 198 F.2d 735; *Proctor & Gamble Mfg. Co.*, 160 N.L.R.B. 334 (1966).

²⁵⁰ *NLRB v. American Nat'l Ins. Co.*, 343 U.S. 395, 404 (1952).

²⁵¹ *NLRB v. General Elec. Co.*, 418 F.2d 736, 756, 762 (2d Cir. 1969), *cert. denied*, 397 U.S. 965 (1970).

²⁵² *National Labor Relations Act* § 8(d), 29 U.S.C. § 158(d) (1982); ver *American Nat'l Ins. Co.*, 343 U.S. at 404 (“el Directorio no puede, ni de manera directa o indirecta, obligar a concesiones o basarse de otra manera en el juicio sobre los términos substantivos de acuerdos colectivos).

²⁵³ *NLRB v. Cummer-Graham Co.*, 279 F.2d 757 (5th Cir. 1960).

²⁵⁴ *White v. NLRB*, 255 F.2d 564, 565-66 (5th Cir. 1958).

contrato alguno" así como limitar el papel del sindicato, el encontrar la mala fe se justifica²⁵⁵.

Hay razones obvias por las que una corte que debe resolver sobre negociaciones ordinarias del contrato – careciendo de la ventaja de la experiencia de una agencia administrativa y de un cuerpo precedente resultante de transacciones similares– debe ser vacilante al admitir argumentos de razonabilidad de las propuestas de una parte. Con todo no es imposible imaginar los casos en los cuales sería apropiado hacer eso. Si las partes han establecido, como sucede de vez en cuando, que los términos que se negociarán "no pueden ser menos favorables" que los de un acuerdo específico, sin duda no será *fair dealing* hacer una propuesta por debajo de este estándar²⁵⁶. Sin embargo sin tal disposición, una propuesta de un franquiciante, por ejemplo, de renovar la licencia en términos perceptiblemente menos favorables para el franquiciado, aunque no ha habido cambio en las circunstancias para justificar un tratamiento menos favorable, puede ser evidencia de *unfair dealing*.

4. Ocultamiento de información relevante

¿Cuándo por equidad se requiere que una parte divulgue los hechos en los cuales se basa su posición para negociar? En algunas situaciones, la falta de una de las partes de divulgar un hecho asciende a una *misrepresentation*. Esto ocurre, por ejemplo, si la divulgación es necesaria para corregir una declaración anterior que ya no es verdadera²⁵⁷. Si las negociaciones no dan lugar al acuerdo, no hay razón por la que tal falta de información no deba ser la base para la recuperación de los daños a la confianza. Esto sería así, por ejemplo, si una parte que había iniciado negociaciones con intenciones serias de llegar a un acuerdo cambia de parecer y no lo informa a la otra parte²⁵⁸. En general, sin embargo, no se espera que la parte negociante vaya más allá y divulgue información relevante sobre su posición de negociación. Un vendedor no necesita justificar los precios que propone ni un propietario justifica las rentas por alquiler que exige.

La carga más pesada descansa sobre un fiduciario que negocia con el beneficiario del fideicomiso con respecto a temas de la relación fiduciaria. Su contrato es anulable a menos que el fiduciario ponga al beneficiario en completo de sus derechos y de todos los hechos relevantes que el fiduciario sabe o debe saber²⁵⁹. El no relevar esta información probablemente expondría al fiduciario a la responsabilidad por daños a la confianza, en caso las negociaciones no resulten en un contrato. Parece no haber sido afirmado seriamente, sin embargo, que el mismo requisito del acceso a información en negociaciones entre el fiduciario y el beneficiario, sería apropiado también en las negociaciones ordinarias de contratos²⁶⁰.

Bajo el NLRA, sin embargo, las cortes han impuesto al empleador envuelto en negociaciones colectivas un amplio deber de revelar –un deber a revelar al sindicato la información sobre su función como representante en las negociaciones. Para alcanzar este resultado, el Tribunal Supremo razonó:

"Negociar con buena fe requiere necesariamente que los reclamos que hicieron (...) deben ser reclamos honestos. Esto es verdad sobre una afirmación de imposibilidad de pagar un aumento de las remuneraciones. Si tal discusión es lo suficientemente importante como para presentarla en sus concesiones recíprocas de una negociación, entonces también es importante requerir cierta prueba de su exactitud²⁶¹".

En definir el contenido de este deber de revelar información, las cortes han rechazado generalmente las tentativas de los empleadores de justificar la no revelación bajo el argumento de la confidencialidad²⁶². La imposición de este deber se puede justificar como un medio para forzar a los empleadores a abandonar posiciones injustificadas, de modo tal que se reduzcan las disputas laborales.

Cualesquiera sean los méritos de esta discusión, hace poco sentido imponer tal deber a las partes en negociaciones ordinarias de contratos a menos que lo

²⁵⁵ *Continental Ins. Co. v. NLRB*, 495 F.2d 44, 49 (2d Cir. 1974); ver también *NLRB v. Reed & Prince Mfg. Co.*, 205 F.2d 131, 139 (1st Cir.) ("Es difícil pensar que la Compañía, con cara seria y de buena fe puede haber supuesto que la propuesta tenía la menor oportunidad de ser aceptada por un sindicato que se respete o incluso pensar en avanzar en las negociaciones sobre esa base de discusión"...), cert. denied, 346 U.S. 887 (1953).

²⁵⁶ Ver *Evans, Inc. v. Tiffany & Co.*, 416 F. Supp. 224, 240 (N.D. Ill. 1976) (una acuerdo de subarrendamiento con términos a ser negociados "violaba la obligación de negociar con buena fe por ignorar el uso común e insistir en cláusulas arbitrarias y ignorando el interés legítimo del subarrendatario").

²⁵⁷ Ver *Restatement (Second) of Contracts* § 161 (1981) para este y otros ejemplos.

²⁵⁸ "El dueño de una casa que negociaba su venta ha tomado las medidas necesarias para la inspección de un comprador anticipado. Él no puede dejar de dar el aviso sobre que él ha vendido la casa a terceros y dejar que el comprador anticipado haga un viaje en vano." *KESSLER & FINE*, nota 2, *supra*, at 405 (citando a K. LARENZ. "Lehrbuch des Schuldrechts". 5ª Edición. 1962. p. 39).

²⁵⁹ Ver *Helms v. Duckworth*, 249 F.2d 482, 486 (D.C. Cir. 1957); *Restatement (Second) of Agency* § 390 (1958); *Restatement (Second) of Contracts* § 173 (1981); *Restatement (Second) of Trusts* § 170(2) (1959).

²⁶⁰ "La buena fe en la negociaciones no implica total revelación" R. FISHER & W. URY, nota 1, *supra*, at 140. Sin embargo los autores ilustran esto al decir, meramente, que las partes no necesitan revelar su precio más alto (o más bajo).

²⁶¹ *NLRB v. Truitt Mfg. Co.*, 351 U.S. 149, 152-53 (1956). Ver R. GORMAN, nota 223, *supra*, at 409-18.

²⁶² Por ejemplo, *Curtiss-Wright Corp. v. NLRB*, 347 F.2d 61 (3d Cir. 1965).

asuman explícitamente. Las partes en tales negociaciones pueden, a diferencia de las partes envueltas en negociaciones colectivas, ser competidores. Incluso si no lo son, a menudo se preocupan que la información divulgada durante las negociaciones no caiga en las manos de competidores. La imposición de un deber de revelar información a una parte también plantearía la cuestión del alcance del deber de reserva y confidencialidad de la otra parte. Entre los tipos más comunes de acuerdos *stop-gap* están los que establecen obligaciones de revelar información material y de mantener confidencialidad²⁶³. Dada la facilidad con la cual las partes pueden manifestar los temas de divulgación de información y de cuestiones relacionadas a la confidencialidad, allí está la escasa razón para que una corte imponga tal requisito de divulgación, más allá de la imposición por la ley de *misrepresentation*. Ahora damos vuelta al problema de la divulgación donde una parte se encuentra envuelta en negociaciones paralelas.

5. Negociación con terceros

¿Una parte envuelta en un acuerdo de negociar se encuentra restringida de llevar negociaciones paralelas con otros? ¿Para comenzar, la justicia requiere siempre que una parte al negociar con otra se le excluya de negociar con otros? Knapp sugiere que sí sobre la base que “la separación simplemente porque una mejor oferta se ha recibido de terceros (...) parece el caso más obvio de mala fe”²⁶⁴. Con todo, las negociaciones paralelas son tan comunes en la práctica y tan importante para la competencia que es duro ver cómo puede haber tal requisito en ausencia de un compromiso que las negociaciones serán exclusivas²⁶⁵. La negociación colectiva no ofrece una analogía útil aquí; puesto que la

negociación exclusiva es requerida por la ley, no hay ocasión para ello. Las disposiciones de la “negociación exclusiva” no son, sin embargo, inusuales en los acuerdos preliminares resultantes de las negociaciones ordinarias de contratos, donde pueden ser consentidas por una parte que no conceda un derecho de preferencia.

Una cláusula típica de negociación exclusiva obliga a una de las partes a abstenerse de negociar con otros por un período de tiempo determinado. Aunque no todas las cortes han establecido que tales cláusulas son inexigibles²⁶⁶, tres casos de la corte del Distrito Federal, aplicando la ley de Nueva York, han tomado esta posición sobre la base que no son suficientemente definidos. En dos de los casos el compromiso no fue limitado en el tiempo, de modo que la corte hubiera tenido que decidir cuándo la obligación de la negociación hubiera sido cumplida, y se buscó una orden judicial, de modo que la determinación adquirió una importancia especial²⁶⁷. Parece poco probable que estas decisiones sean seguidas por las cortes que ya han demostrado receptividad a los compromisos explícitos de negociar de manera justa²⁶⁸. En la elaboración de tales cláusulas nadie debe pasar por alto la importancia de especificar un límite de tiempo para la exclusividad.

6. Renunciar

Un acuerdo para negociar generalmente establece, y por lo menos en forma sumaria, los términos en los cuales las partes han alcanzado un acuerdo, aunque estos términos no sean vinculantes. ¿Es *unfair dealing* renunciar a tal compromiso? Puede ser que se parezca así puesto que la razón común para celebrar un acuerdo para negociar es prevenir la reapertura de las materias en las cuales se alcanzado un acuerdo²⁶⁹. De hecho,

²⁶³ Ver *General Portland, Inc. v. LaFarge Coppee S.A.*, [1982-1983 Transfer Binder] Fed. Sec. L. Rep. (CCH) P99,148, at 95,540 (N.D. Tex. 1981) (si los acuerdos de confidencialidad no podían ser usados “esto podría interrumpir substancialmente los presentes procesos de negociación y consumación de las adquisiciones y fusiones.”)

²⁶⁴ Knapp, nota 2, supra, at 721. Es de mala fe el retirarse cuando se recibe una mejor oferta, es presumiblemente, de mala fe, el buscar una mejor oferta negociando con un tercero no involucrado.

²⁶⁵ La situación aquí es diferente a la de un acuerdo con términos abiertos, donde las negociaciones con otros pueden demostrar la falta de voluntad de obedecer lo estipulado en el acuerdo. Ver *Teachers Ins. & Annuity Ass'n of Am. v. Butler*, 626 F. Supp. 1229, 1232 (S.D.N.Y. 1986) (“la comunicación de los prestatarios a los otros prestamistas (...) demuestra su profesa intención de protegerse de la decisión del prestamista de no proceder con el préstamo”) Para un raro caso en el cual una de las partes se reservó el derecho de “negociar con cualquier otra persona interesada,” ver *Ridgeway Coal Co. v. FMC Corp.*, 616 F. Supp. 404, 408 (S.D.W. Va. 1985).

²⁶⁶ *Channel Home Centers v. Grossman*, 795 F.2d 291, 300 (3d Cir. 1986) (actividad específica disponible); *Vigoda v. Denver Urban Renewal Auth.*, 646 P.2d 900 (Colo. 1982) (en banc); *American Broadcasting Cos. v. Wolf*, 52 N.Y.2d 394, 400, 420 N.E.2d 363, 365, 438 N.Y.S.2d 482, 484 (1981) (dictum). Bajo estos casos, parece que una “negociación exclusiva” requiere que la parte negocie, no que se abstenga a negociar con otros. *Channel*, 795 F.2d at 300; *Vigoda*, 646 P.2d at 904; *American Broadcasting*, 52 N.Y.2d at 400, 420 N.E.2d at 365, 438 N.Y.S.2d at 484.

²⁶⁷ Los dos casos son *Metromedia Broadcasting Corp. v. MGM/UA Entertainment Co.*, 611 F. Supp. 415 (C.D. Cal. 1985) (MGM/UA empezó a negociar de forma exclusiva con Metromedia antes de negociar con una tercera parte; prescripción denegada) y *Candid Prods., Inc. v. International Skating Union*, 530 F. Supp. 1330, 1332 (S.D.N.Y. 1982) (Skating Union decidió no “negociar ningún contrato más con respecto a los derechos de los Campeonatos Mundiales (...) sin antes negociar de buena fe con Candid”); prescripción y daños denegados). El tercer caso es *Jillyc Film Enters., Inc. v. Home Box Office, Inc.*, 593 F. Supp. 515, 516, 521 (S.D.N.Y. 1984) (provisión que imponía la obligación de “negociar exclusivamente y de buena fe” por un periodo de 90 días fue inejecutable); ver también los casos en los cuales se aplica la ley de Nueva York, citada en la nota 199, supra.

²⁶⁸ Ver *Vigoda v. Denver Urban Renewal Auth.*, 646 P.2d 900, 904-05 (Colo. 1982) (en banc); también *American Broadcasting Cos. v. Wolf*, 52 N.Y.2d 394, 420 N.E.2d 363, 438 N.Y.S.2d 482, (1981) (reconoció la ejecutabilidad de lo hecho, pero rehusándose a una actividad específica). Incluso si se decide que un acuerdo de negociaciones exclusivas es ejecutable, esto no necesariamente sigue a acción para un *tortious interference with that undertaking would lie*. Ver *Cineplex Corp. v. Viking Rideau Corp.*, 28 Bus. L. Repts. 212, 218 (Ont. 1985).

²⁶⁹ Ver F. IKLE, nota 165, supra at 99 (en la que se refiere a la negociación de tratados artículo-por-artículo. “El mismo hecho que las partes laboriosamente negocian la una con la otra para llegar a un acuerdo sobre estos temas punto por punto constituye una promesa implícita que el trabajo de ayer no va a ser destruido al día siguiente al reabrir estos acuerdos parciales”).

las partes que no desean imposibilitarse de discutir nuevamente tales materias, argumentan que su acuerdo no las obliga. Aunque tal disposición exista, la parte debe ser libre de formular propuestas creativas que pueden ser ventajosas para ambas partes, especialmente en negociaciones de no suma cero. Debe, por lo tanto, permitirse ofrecer una concesión a cambio de una modificación de un término ya colocado en el acuerdo²⁷⁰. Está permitido, después de todo, en cualquier contrato hacer lo mismo a cambio de una modificación de un término del contrato.

La pregunta difícil toma en cuenta el efecto del rechazo absoluto de una parte para seguir un término en el cual se ha alcanzado el acuerdo a menos que la otra parte haga una concesión en una cuestión que todavía no se ha negociado. Si el acuerdo preliminar fuera uno con términos abiertos, más que uno de negociar, tal rechazo sería un alejamiento del acuerdo y por lo tanto un incumplimiento. Aunque el acuerdo es solamente uno para negociar, la imposición de tal condición parecería, especialmente si se avanzan las negociaciones, equivaler a un rechazo a negociar y por lo tanto también un abandono e incumplimiento.

Esta conclusión encuentra su soporte en la ley laboral, donde el renunciar a un compromiso hecho durante la negociación colectiva puede considerarse un incumplimiento al deber de negociar en buena fe. Para tomar un caso extremo, el NLRA incluye explícitamente dentro del deber "la ejecución de un contrato escrito que incorpora cualquier acuerdo alcanzado si es pedido por cualquier parte"²⁷¹. Además, renunciar a un compromiso hecho antes de que todos los términos se hayan convenido puede también demostrar mala fe²⁷².

Así, se ha sostenido que el reclamo precipitado de un empleador para honrar un contrato tentativo que cubría alguno pero no todos los puntos, constituye la mala fe²⁷³. Una parte puede, sin embargo, liberarse demostrando que había una buena razón para retirarse²⁷⁴.

7. Rompiendo negociaciones

La discusión se ha ocupado hasta ahora de los reclamos de injusticia que una parte puede utilizar para justificar el rompimiento de las negociaciones y la búsqueda de daños a la confianza. Esto sería una respuesta apropiada para una parte que, por ejemplo, afirma que las tácticas dilatorias de la otra parte equivalen a un rechazo a negociar. Pero, ¿si la otra parte rompe las negociaciones? ¿En qué circunstancias esto permitiría que la parte afectada demande por daños a la confianza?

Habría situaciones, por supuesto, en las cuales la otra parte tuvo una justificación para terminar las negociaciones, y en estos casos la parte perjudicada no tiene derecho a ninguna compensación. La otra parte pudo haberse justificado sobre la base *unfair dealing* por la parte perjudicada. La otra parte también pudo haberse justificado bajo el argumento del error o de circunstancias cambiantes. Una de las partes en un acuerdo preliminar debe ser, antes que nada, más libre que una parte en un contrato final de invocar discusiones tales como error, impracticabilidad y frustración²⁷⁵. Por ejemplo, podría no ser un incumplimiento de un acuerdo para negociar que el potencial comprador de un negocio se retire de las negociaciones bajo el argumento de una inesperada caída de su inversión.

²⁷⁰ Se ha sugerido, por ejemplo, que el uso de "form terms," incluso para términos subsidiarios, "pueden limitar incluso las posibles compensaciones para soluciones más creativas entre los términos subsidiarios y los puntos del acuerdo." MENKEL-MEADOW, nota 1, *supra*, at 792. Se asume normalmente que se llega primero a un acuerdo sobre los términos básicos y luego los subsidiarios. Ver EISENBERG, nota 157, *supra*, at 666-72. Sin embargo, las negociaciones pueden comenzar con los términos subsidiarios para sacarlos del camino o para ganar una ventaja psicológica. La flexibilidad puede ser de particular importancia en este último caso.

²⁷¹ 29 U.S.C. § 158(d) (1982). La Corte Suprema había llegado antes a la misma conclusión en la ausencia de un estatuto mandatorio. *H.J. Heinz Co. v. NLRB*, 311 U.S. 514 (1941).

²⁷² Ver R. GORMAN, nota 223, *supra*, at 408 ("Aunque los principios convencionales de la ley del contrato pueden autorizar el retiro de un acuerdo aún no confirmado completamente, tal retiro durante negociaciones laborales se puede tratar evidencia de mala fe").

²⁷³ *San Antonio Mach. & Supply Corp. v. NLRB*, 363 F.2d 633, 635 (5th Cir. 1966); ver también *American Seating Co. v. NLRB*, 424 F.2d 106, 108 (5th Cir. 1970) ("Está bien establecido que el retiro del empleador de las propuestas de contrato, a las que tentativamente se acordaron (...) sin una buena causa, es evidencia de la falta de buena fe al negociar...").

²⁷⁴ *Food Serv. Co.*, 202 N.L.R.B. 790 (1973) (el abogado que fue retenido por el empleador después de que se llegara a acuerdos tentativos dio suficientes razones para, de acuerdo con sus recomendaciones, el empleador de retirara del acuerdo).

Aunque las cortes se han referido raramente al problema de renunciar durante negociaciones ordinarias de un contrato (para un ejemplo raro ver *Evans, Inc. v. Tiffany & Co.*, 416 F. Supp. 224, 240 (N.D. Ill. 1976)), mi conclusión halla soporte en un caso inglés en el cual la corte discutió la renuncia en un contexto relacionado. Después de las negociaciones para un arriendo en el cual se había llegado a un acuerdo en la mayoría de los términos, los dueños emprendieron a hacer las alteraciones deseadas por los arrendatarios, que convinieron la paga de las mismas. Cuando las negociaciones fracasaron por la negativa de los dueños de conceder a los arrendatarios una opción de compra, las alteraciones fueron paradas y los dueños demandaron para que fueran pagadas. A la falla a favor de los dueños, la corte razonó que los arrendatarios aceptaron el riesgo de que las negociaciones fallaran debido al posible desacuerdo sobre un tema, tal como la opción de compra, en cuanto a la cual no había habido ya acuerdo. *Brewer St. Inv. v. Barclays Woollen Co.*, [1954] 1 Q.B. 428, 438 (C.A. 1953). Lo decidido podría haber sido considerado condicional sobre los dueños "quienes pensaba los mismo que habían revelado antes" de decidido, así que si el arriendo hubiera fallado porque los dueños habían renunciado a los términos convenidos ya, los arrendatarios no se habrían visto obligados. *Id.* at 433 (citando al juez). La corte asumió que los arrendatarios habrían sido culpables si renunciaran a un punto sobre el que ya se había convenido. Esta se asumió sobre la base de los términos de un acuerdo *stop-gap*; habría sido más fácil hacerlo sobre la base de los términos de un acuerdo explícito de negociar.

²⁷⁵ Por analogía, los estatutos y la regulación que hacen que las ofertas sobre proyectos del gobierno irrevocables contienen reglas elaboradas que se refieren a los casos en los que se presentan demandas por errores. Ver, por ejemplo, *Federal Acquisition Regulation*, 48 C.F.R. § 14.406 (1986); *Cal. Pub. Cont. Code* §§ 5101-5103 (West 1985).

A veces, una parte no tiene ninguna de estas justificaciones para romper las negociaciones. La parte ha agotado simplemente su paciencia y ha concluido que las negociaciones no tienen ninguna posibilidad de éxito. ¿Cuándo el rompimiento en las negociaciones de una parte se justifica bajo este argumento? Si las negociaciones se han bosquejado cuidadosamente, pueden contener un límite de tiempo externo²⁷⁶, pero en la mayoría de los casos la respuesta se debe derivar de las circunstancias.

Según el NLRA, el concepto de *impasse* se ha desarrollado para ocuparse de un problema comparable cuando se presenta durante la negociación colectiva. Si la negociación en buena fe ha dado lugar a un *impasse*, el empleador no está prohibido de realizar cambios unilaterales en términos del empleo. Según un cuerpo substancial de la jurisprudencia, un *impasse* es un "estado de los hechos en los cuales las partes, a pesar de la buena fe, simplemente se estancan"²⁷⁷. Si las partes han alcanzado este estado se ha descrito como "una cuestión de juicio" pasa a analizar factores tales como la "historia de la negociación", la buena fe de las partes en las negociaciones, la duración de las negociaciones, la importancia de (...) cuestiones discrepantes, [y] la comprensión contemporánea de las partes en cuanto al estado de las negociaciones"²⁷⁸.

Un concepto de *impasse* es esencial para la obligación de *fair dealing* en negociaciones ordinarias de contratos. Si una parte va a negociar de buena fe, no debe ser libre de cambiar su parecer arbitrariamente sin agotar razonablemente el proceso de negociación²⁷⁹. El Séptimo Circuito, por ejemplo, ha sostenido que un jurado podría encontrar que una sociedad que negociaba para vender una de sus divisiones había violado un compromiso asumido en una carta de intención para negociar en buena fe decidiendo el mantenimiento de la división y rompimiento las negociaciones un par de meses más adelante²⁸⁰. Implícito en tal conclusión se encuentra la asunción que las negociaciones no habían alcanzado un *impasse* antes de que fueran interrumpidas. El

Tribunal Supremo de Colorado ha invocado explícitamente el concepto de *impasse* al decir que "presupone un esfuerzo razonable de negociar en buena fe para alcanzar el acuerdo"²⁸¹. La corte encontró que para determinar si hubo un *impasse* o si la parte que rompió las negociaciones se había negado a negociar, la pregunta que debía formularse era sobre los hechos²⁸².

¿Pero si una parte rompió negociaciones para concluir un negocio con terceros²⁸³? La experiencia bajo el NLRA no ayuda a aclarar esta pregunta porque las negociaciones bajo estas normas son exclusivas. Una parte de un acuerdo para negociar quién ha emprendido negociaciones exclusivas con otro simplemente no puede concluir un negocio con terceros hasta que expire el plazo de la negociación exclusiva o, si tal plazo no se hubiera pactado, hasta que se llegue a un *impasse*.

Si una parte no ha acordado negociar exclusivamente, resulta improbable que razonablemente puede esperarse renuncie a la oportunidad de concluir un negocio con terceros antes de que se haya alcanzado el *impasse*. El hecho que se le permita involucrarse en negociaciones paralelas apoya esta conclusión²⁸⁴. La incertidumbre de cuándo se alcanza el *impasse* y del control que la otra parte pueda tener cuando se alcanza este *impasse* ya convierten en una conclusión práctica. En ausencia de una indicación contraria, como fijar un plazo para las negociaciones, no debe esperarse a que una parte renuncie a otras oportunidades que pueden resultar de negociaciones paralelas. Para tomar un ejemplo simple, si el trato es para la venta de mercancías para las cuales hay un mercado, no se espere que una parte desaproveche las ventajas que vienen de los cambios en el mercado.

Pero incluso si la exclusividad no se requiere, una podría no encontrarse tan libre de negociar con terceras personas como si no hubiera acuerdo para negociar. Parece razonable esperar que alguien que ha acordado negociar con otro lo mantenga informado sobre

²⁷⁶ Ver notas 266-68, supra y el texto que las acompaña. En el caso *Vigoda v. Denver Urban Renewal Auth.*, 646 P.2d 900 (Colo. 1982) (en banc), la corte sostuvo que había una pregunta factual, sobre si se había llegado al *impasse* antes de que el periodo de 90 días de negociación exclusiva concluyera.

²⁷⁷ *NLRB v. Tex-Tan, Inc.*, 318 F.2d 472, 482 (5th Cir. 1963).

²⁷⁸ *Taft Broadcasting Co.*, 163 N.L.R.B. 475, 478 (1967), enforced sub. nom. *American Fed'n of Television & Radio Artists v. NLRB*, 395 F.2d 622 (D.C. Cir. 1968). Se dice que es poco claro si una creencia razonable sobre un *impasse* es suficiente, o si el *impasse* debe de existir. R. GORMAN, nota 223, supra, at 449.

²⁷⁹ "Cada uno considera que el retiro del otro, por una razón diferente al fracaso de llegar a un acuerdo sobre los puntos restantes, es injustificado..." KNAPP, nota 2, supra, at 685-86. Knapp, sin embargo, considera que el negociar con otro, como cambiar sus opiniones, es una violación. Ver, nota 264 supra y el texto que la acompaña.

²⁸⁰ *Chase v. Consolidated Foods Corp.*, 744 F.2d 566, 571 (7th Cir. 1984).

²⁸¹ *Vigoda v. Denver Urban Renewal Auth.*, 646 P.2d 900, 904 (Colo. 1982) (en banc).

²⁸² Id.

²⁸³ Si esto es considerado una violación, la tercera parte podría ser considerada como responsable por interferencia dañina en el acuerdo para negociar.

²⁸⁴ Parece no haber razón para que una parte no realice dos acuerdos para negociar con otras dos partes. Si es así, el realizar un acuerdo último con cada parte puede ser difícilmente considerado una violación del acuerdo para negociar con la otra parte.

propuestas relevantes de los terceros para permitirle tomar cuenta de ellas en las negociaciones. Si una parte que ha llegado a tal acuerdo para negociar terminara precipitadamente las negociaciones, especialmente si son avanzadas, aceptando la oferta de una tercera persona sin dar a la otra parte de la negociación una oportunidad de responder a la oferta ascendería ordinariamente a un incumplimiento del deber de *fair dealing*. Incluso, uno que no tenga derecho de preferencia alguno puede sin embargo tener la oportunidad de hacer una oferta competidora²⁸⁵. Para utilizar el mismo ejemplo de las mercancías para las cuales hay un mercado, no sería *fair dealing* que una parte se aproveche de un cambio del mercado sin primero dar al otro una oportunidad de reaccionar al cambio y de responder.

8. Resumen

Cada parte de un acuerdo para negociar espera razonablemente ser compensada por su justificable confianza, incluyendo las oportunidades perdidas, en el compromiso de la otra de negociar de acuerdo con un estándar de *fair dealing*. Ese estándar ordinariamente requiere por lo menos tres cosas. Primero, que la parte realmente negocie y se abstenga de imponer condiciones impropias. En segundo lugar, requiere que la parte divulgue suficiente información sobre cualquier negociación paralela para permitir a su contraparte una oportunidad razonable para formular propuestas a competidoras. Tercero, requiere que la parte continúe las negociaciones hasta que se haya alcanzado un *impasse*, o hasta que se justifique la ruptura de las negociaciones.

El estándar, sin embargo, no requiere que la parte negocie exclusivamente, que negocie algún plazo específico, o que divulgue la base de sus propuestas. Este estándar también impide que la parte rompa las negociaciones por razones justificables tales como la falta de su contraparte de actuar bajo el estándar de *fair dealing* y confunda o cambie condiciones, incluyendo la oportunidad de concluir el negocio con terceros. Las restricciones a esta libertad pueden, sin embargo, imponerse explícitamente en el acuerdo.

Puede objetarse que el deber de *fair dealing* sugerido aquí implica inevitablemente una corte frente complicadas preguntas sobre los "motivos". Esto es verdad. Si, por ejemplo, una parte revela públicamente el estado de las negociaciones, esto se puede ver como *unfair dealing* si fue motivada por un deseo de abortar

las negociaciones pero no si fue motivada por un deseo de ganar una mejor posición en las negociaciones. Pero esto no es una objeción fatal. Las cortes regularmente hacen tales determinaciones de motivación en la aplicación del estándar de la buena fe en la ley laboral. Además toman decisiones análogas en cuanto a motivación en casos contractuales al aplicar la prueba de la "satisfacción honesta".

Una objeción más problemática es que imponiendo un deber de *fair dealing* a una parte que cambia de parecer y desea abortar las negociaciones puede conducir a buscar la forma de evitarlo, fomentando así a que este ate a su contraparte para evitar un cargo de *unfair dealing*. Mientras que esa parte habló y se atasco en el *impasse*, las pérdidas de la confianza de la otra parte contarían. Mientras que esta objeción puede ser fatal si se propusiera que las cortes impongan un deber general de *fair dealing*, es menos convincente como razón para que no se haga cumplir un acuerdo por las partes de imponer tal deber ante sí mismo. Si las partes concluyen que las ventajas de un acuerdo para negociar compensan sus riesgos sin dudas una corte no debe rechazar honrar esa conclusión sobre la base de una conclusión contraria. Además, si las partes consideran los riesgos como significativos, pueden limitarlos fijando un plazo en que el deber de *fair dealing* ya no es exigido.

CONCLUSIÓN

La actual ley de contratos ha sido criticada por no poder ocuparse adecuadamente de la negociación y, en particular, por no poder proteger los derechos de las partes si sus negociaciones fallan. La aplicación de los principios básicos de la ley de contratos al proceso de la negociación revela que la crítica es injustificable. Los cuatro regímenes que he identificado, al que las partes negociantes pueden estar sujetas, proporcionan un marco satisfactorio para determinar si la responsabilidad será consecuencia de un tipo particular de comportamiento. Dos de estos regímenes son los conocidos regímenes polares de la negociación y del acuerdo final. Dos son los regímenes intermedios que las partes pueden imponerse a sí mismos por el acuerdo preliminar –acuerdo con términos abiertos y acuerdo para negociar. La ley de contratos existente es adecuada para proteger a las partes bajo los cuatro regímenes.

Las cortes no han impuesto una obligación general de *fair dealing* bajo el régimen de la negociación. La parte afectada puede, sin embargo, tener un reclamo basado

²⁸⁵ Así como una parte que prefiere una opción, puede conformarse con un derecho a rehusarse primero, una parte que prefiere un derecho a rehusarse primero puede conformarse con acuerdo para negociar. Incluso, si una parte de este tipo de acuerdo, no tiene derecho a negociar para equiparar una oferta de la competencia, esta parte puede valorar el derecho a hacer una oferta más atractiva. Esto es más probable si las ofertas involucran términos muy diferentes.

en la restitución, en *misrepresentation*, o en una promesa específica. La recuperación por las oportunidades perdidas se debe permitir en casos apropiados. Pero las cortes no deben imponer una obligación general de *fair dealing* y abandonar la perspectiva aleatoria de las negociaciones bajo las cuales cada parte lleva el riesgo que sus esfuerzos no serán compensados si las negociaciones fallan.

Los partes pueden disminuir este riesgo acelerando el proceso de negociación para alcanzar el otro régimen polar del acuerdo final más rápidamente. Las cortes han facilitado esto con su tolerancia a las condiciones de satisfacción, que reservan a una parte algo de la discreción que habría tenido bajo el régimen de la negociación. Las partes de un acuerdo final no están bajo ningún deber de negociar una modificación, pero si eligen hacerlo, están sujetos a una obligación general de *fair dealing*. Si sus negociaciones no pueden dar lugar a una modificación debido a un incumplimiento de esa obligación, la parte afectada no sólo tiene un reclamo por los daños causados por el incumplimiento parcial del acuerdo final sino también, en una situación extrema, tiene la facultad de poner fin a ese acuerdo y demandar los daños por su incumplimiento total.

Las partes de un acuerdo preliminar con términos abiertos esperan más negociaciones adicionales sobre los términos abiertos. Si las negociaciones no pueden dar lugar al acuerdo sobre los términos abiertos, una corte proveerá los términos que faltan y hará cumplir el acuerdo. Como bajo el régimen del acuerdo final, las partes están sujetas a una obligación general de *fair dealing* en estas negociaciones. Una vez más si sus negociaciones no dan lugar al acuerdo de términos abiertos debido a un incumplimiento de esa obligación, la parte afectada no sólo tiene un reclamo por los daños causados por el incumplimiento parcial del acuerdo con términos abiertos sino también, en una situación extrema, tiene la facultad de poner fin ese acuerdo y demandar los daños por incumplimiento total.

Las partes en un acuerdo preliminar para negociar también anticipan negociaciones adicionales. Pero en contraste con un acuerdo con términos abiertos, si las negociaciones no pueden dar lugar al acuerdo final, no habrá acuerdo alguno para exigir. Algunas cortes han rechazado obligar a cumplir tales acuerdos de negociar, incluso donde las partes han emprendido explícitamente una obligación de *fair dealing*. Estas decisiones son incorrectas. Las cortes hacen cumplir generalmente los acuerdos privados que no afecten el orden público. Las cortes se han resistido a hacer cumplir obligaciones de *fair dealing* en negociaciones bajo regímenes del acuerdo final y del acuerdo con términos abiertos. No hay razón adecuada para rechazar dar efecto a la intención explícita de las partes

de llegar a un acuerdo para negociar

El contenido específico del deber de *fair dealing* ha recibido poca atención en opiniones o comentarios. La atención a los principios básicos de la ley de contractual, contemplados por lecciones, forma la solución de problemas análogos bajo el deber de negociar con buena fe en la ley laboral, sugiere siete tipos posibles de injusticia: negativa a negociar, propuestas irrazonables, tácticas impropias, ocultamiento de información relevante, negociación con terceros, retiro y rompimiento de negociaciones. Según los términos de un acuerdo para negociar, el estándar de *fair dealing* requiere ordinariamente: (1) negociaciones reales sin la imposición de condiciones impropias; (2) acceso de información sobre negociaciones paralelas para dar una oportunidad razonable de formular propuestas competidoras; y (3) negociación continuada hasta que se alcance el *impasse* a menos que haya otra justificación para interrumpir las negociaciones. A falta de disposición en contrario y en la medida que se haya dado información adecuada a la otra parte, el cerrar un negocio con un tercero no constituye un incumplimiento del deber de *fair dealing*.

Las negociaciones no caben en el molde de la oferta y de la aceptación, pero eso no significa que los principios básicos que rigen la ley contractual sean inadecuados para proteger los derechos de las partes si sus negociaciones fallan. Aplicando esos principios a los cuatro regímenes que he identificado, las cortes pueden alcanzar soluciones justas a los conflictos que se presentan sobre negociaciones fallidas.

APÉNDICE

EJEMPLOS DE ACUERDOS PRELIMINARES

Los ejemplos siguientes describen seis acuerdos preliminares que comúnmente son objeto de litigios, cómo se utilizan normalmente y qué clases de cuestiones legales causan característicamente. También ilustran todos los tipos discutidos en este artículo: acuerdos con términos abiertos (ejemplos 1 y 2), acuerdos para negociar (ejemplo 2), acuerdos de celebrar una transacción (ejemplos 3, 4 y 6), acuerdos *stop-gap* (ejemplo 5), y acuerdos no vinculantes (ejemplo 6).

Ejemplo 1

Contratos de compra de propiedades inmobiliarias

Cuando un corredor de propiedades inmobiliarias arregla la venta de una casa, el vendedor y el comprador, que pueden no conocerse hasta después, a menudo firman un acuerdo simple en el formato proporcionado por el corredor llamado por nombres tales como un *binder*, un *earnest money agreement* o un recibo de depósito.

Contiene elementos básicos tales como una descripción de las características de la propiedad, el precio, el pago inicial, y la fecha de cierre del contrato, y comúnmente establece que la obligación del comprador está sujeta a financiamiento. A veces, el formato hace mención expresa de un próximo acuerdo más detallado. Al mismo tiempo el comprador hace un pago pequeño, generalmente adecuado para cubrir la comisión del corredor. Esto ocurre porque la comisión puede no ser ganada si no se ha celebrado un contrato obligatorio. Es de interés del corredor que este acuerdo preliminar se vinculante. Además esto puede ser de interés de las partes involucradas en la venta. El comprador puede desear la seguridad que le otorgue un contrato antes que abandonar otras posibilidades y de hacer esfuerzos para conseguir el financiamiento; el vendedor puede desear lo mismo antes de sacar el inmueble del mercado. El acuerdo preliminar contiene solamente los términos básicos del trato. Típicamente las partes cuentan con que la venta sea regulada por los términos generalmente usados en estas transacciones. Adicionalmente, probablemente, aún queden algunos detalles por resolver antes de que se firme el contrato final. Las partes esperan negociar estos términos abiertos después de que se firme el acuerdo preliminar.

Ocasionalmente, las cortes se han negado a hacer cumplir tales acuerdos preliminares en medida que hayan sido vistos demasiado indefinidos como para exigir su cumplimiento²⁸⁶, o demasiado indefinidos para específicamente exigir su cumplimiento si lo que se busca es una reparación específica²⁸⁷. Ellos no han preocupado de la posibilidad que las partes no tuvieran la intención de obligarse hasta que se llegara a un acuerdo más detallado²⁸⁸, incluso si había una referencia expresa a tal acuerdo²⁸⁹.

Las partes están bajo una obligación implícita de negociar los términos abiertos. Si no pueden convenir en ellas, la corte proveerá los términos que faltan, una tarea que se

hace más fácil por la circunstancia que los términos de las transacciones ordinarias sobre propiedades inmobiliarias son relativamente estándares²⁹⁰. Tales acuerdos preliminares son del tipo referido en este artículo como "acuerdos con términos abiertos"²⁹¹.

Ejemplo 2

Cartas de intención en fusiones y adquisiciones

Durante las negociaciones para una adquisición o una fusión corporativa, las partes usualmente firman cartas de intención²⁹². La carta, preparada generalmente por abogado del comprador, indica la naturaleza de la transacción contemplada y resumen sus términos básicos, incluyendo los términos del pago y las condiciones principales del cierre. Éstos pueden incluir, por ejemplo, aprobaciones por las agencias estatales y consentimientos por parte de terceros, obtener financiamiento para el comprador, y determinadas ganancias netas por parte de la sociedad a ser adquirida. La carta a menudo mencionará que un "contrato formal" está contemplado o que la carta está sujeta a tal contrato, y puede establecer que "no será legalmente vinculante" o que no crea "ningún derecho o deber en favor de cualquiera de las partes".

El uso de cartas de intención de ninguna manera es universal, porque aunque puede ser favorable para el comprador tentar a la sociedad que pretende adquirir con una versión simplificada del contrato, el riesgo que otros compradores potenciales aparezcan puede incentivar al comprador a acelerar las negociaciones con la esperanza de alcanzar el contrato final más pronto²⁹³. Cuanto mayor sea la complejidad de la transacción y su demora antes de su esperada consumación, más probable es el uso de una carta de intención²⁹⁴.

Se ha dedicado mucho tiempo y esfuerzo en las últimas dos décadas litigando sobre si tales cartas obligan a las partes. Los profesionales experimentados recomiendan

²⁸⁶ Ver, por ejemplo, *Peterson v. Conida Warehouses, Inc.*, 98 Idaho 883, 575 P.2d 481 (1978).

²⁸⁷ Ver, por ejemplo, *Tumulty v. Severdija*, 233 So. 2d 837 (Fla. Dist. Ct. App. 1970); *Luke v. Conrad*, 96 Idaho 221, 526 P.2d 181 (1974).

²⁸⁸ *Howard v. Thomas*, 270 Or. 6, 526 P.2d 552 (1974) (actividad específica)

²⁸⁹ Por ejemplo, *Hedges v. Hurd*, 47 Wash. 2d 683, 289 P.2d 706 (1955) (en banc) (el recibo llamaba a la ejecución de un segundo contrato para transferir la garantía).

²⁹⁰ Ver, por ejemplo, id. at 689, 289 P.2d at 709-10 (Hill, J., concurring).

²⁹¹ Si las partes no anticipan que su acuerdo inicial va a ser seguido por un acuerdo último, el acuerdo inicial es en sí un acuerdo último con términos abiertos. Los contratos de compra de bienes raíces pueden ser descritos como acuerdos para realizar una transacción, aunque tengan términos abiertos.

²⁹² Ver, J. FREUND, nota 165, supra, at 59-67, revisado por FREUND. "Nota del Autor". En: "Corporate and Commercial Finance Agreements". S. Tomczak, ed. 1984. § 6.152. BRYAN. "Letters of Intent, Public Announcements, and Insider Trading". En: "Business Acquisitions". J. Herz & C. Baller Editores. 2da. Edición. 1981. p. 121).

²⁹³ En acuerdos relativamente pequeños, las partes pueden basarse en una memorando informal no firmado o incluso en un apretón de manos. Si la transacción incluye la venta de acciones, está sujeta al estatuto de fraude en U.C.C. § 8-319 (1978). Si esta involucra la venta de activos, puede ser considerada como una contrato para la venta de "bienes" o otra "propiedad personal" sujeta al estatuto de fraudes en U.C.C. § 2-201 or § 1-206. Ver *De Filippo v. Ford Motor Co.*, 516 F.2d 1313 (3d Cir. (bienes), cert. denied, 423 U.S. 912 (1975); *Olympic Junior, Inc. v. David Crystal, Inc.*, 463 F.2d 1141 (3d Cir. 1972) (propiedad personal).

²⁹⁴ La carta puede dar pie al anuncio público del acuerdo. Normalmente, la ley Federal de Garantías requiere que se lleve a cabo una revelación pública cuando se ha llegado a un acuerdo en principio si el objetivo es público o si la adquisición esta sujeta a un *publicly-owned purchaser*. Ver J. FREUND, nota 165, supra at 67-73. La revelación pública puede darle al comprador la ventaja de poner presión para completar el acuerdo sobre el objetivo, a fin de que parezca que el comprador ha encontrado algo malo en el objetivo. En años recientes, sin embargo, esta ventaja que el anuncio público da al comprador ha sido compensada por la desventaja que el anuncio público puede animar a ofertas competidoras. Ver FREUND, nota 292, supra, § 6.152.

la inclusión de una disposición que indique claramente que la carta es no vinculante²⁹⁵, por lo que tales negaciones de responsabilidad han sido aceptadas por las cortes²⁹⁶. Quien redacta la carta debe tener cuidado de evitar un lenguaje contradictorio o poco claro. Así, una disposición en una carta de intención señalando que estaba “sujeta a un contrato formal” no evitó que la carta sea obligatoria para todas las partes, ya que se hablaba de “esta oferta” siendo “aceptada” y por esto “por sus términos, formalidad y el cuidado extremo en su ejecución, indicaba que las partes tuvieran la intención de obligarse a celebrar un contrato”²⁹⁷. Asimismo, una disposición que explicaba que si las partes no lograban un acuerdo definitivo “no tendrán ninguna otra obligación entre ellas” no fue considerada por la corte como algo que no hiciera a la carta obligatoria en la medida que las partes han acordado “hacer todo esfuerzo razonable de acordar y elaborar” tal contrato²⁹⁸. Además, la mayoría de las cartas de intención han guardado silencio en cuanto a su obligatoriedad, y las cortes están decididas en lo concerniente a la obligatoriedad de los términos de esas cartas²⁹⁹, confirmando la recomendación que las partes hagan explícito si desean un acuerdo no vinculante.

Si las partes están obligadas por los términos de la carta, es lo que se llama en este artículo un acuerdo con términos abiertos. Las partes están obligadas por los términos convenidos y están bajo la obligación implícita de negociar términos abiertos. Pero el acuerdo puede ser obligatorio en un sentido más limitado. La carta puede establecer, o sugerir por lo menos, que las partes continúen negociando. Incluir tal lenguaje en un acuerdo obligatorio con términos abiertos no agrega nada, puesto que en su ausencia, la corte advertirá una obligación de negociar los términos abiertos. Si el acuerdo con términos abiertos no es obligatorio, una pregunta se presenta si el lenguaje asciende a un acuerdo para negociar que debe ser cumplido. En ello, las cortes también están divididas³⁰⁰.

Ejemplo 3

Cartas de compromiso hipotecario

El comprador de una casa que busca el financiamiento de un prestamista, comúnmente una institución de ahorros, presenta una solicitud en el formulario del prestamista. La solicitud, que resume los términos del contrato de préstamo, incluyendo la cantidad de préstamo, tipo de interés, términos del pago, derechos de prepago, descripción de la garantía, y documentos a ser entregados al cierre del contrato, es generalmente una oferta. El prestamista responde con una “carta de compromiso” que también resume los términos del contrato de préstamo y generalmente cambia de cierta manera los términos de la solicitud para que sea considerada a una contra oferta. El prestatario acepta esta contraoferta marcando la aceptación en la carta de compromiso. El prestatario también paga una suma que pueda incluir un honorario no reembolsable, para ser guardado por el prestamista como su comisión, y un honorario reembolsable que se devolverá al prestatario si es que el prestamista acepta el préstamo. Cuando el prestamista hace el préstamo en la fecha del cierre, el prestatario ejecuta un contrato de préstamo y otros documentos. Éstos han sido preparados de conformidad con la carta de compromiso por el abogado del prestamista. Las cortes generalmente han hecho cumplir tales acuerdos a los prestamistas. Si el prestamista se niega a hacer el préstamo de conformidad con la carta de compromiso, bien sea porque las tasas de interés han aumentado o porque su abogado ha cuestionado los términos del compromiso, es responsable por daños incluyendo cualquier diferencia en el interés y los honorarios adicionales que el prestatario ha tenido que pagar otro préstamo³⁰¹. Los derechos del prestamista contra el prestatario son menos claros aun. El prestamista no ha tenido problemas para dejar de lado un compromiso con el prestatario, argumentando que el acuerdo es una promesa unilateral del prestamista apoyado por la comisión, y la cual generalmente ha dado lugar a las comisiones reembolsables³⁰².

²⁹⁵ J. FREUND, nota 165, supra, at 61-62; BRYAN, nota 292, supra, at 125.

²⁹⁶ *Pepsico, Inc. v. W.R. Grace & Co.*, 307 F. Supp. 713, 715 (S.D.N.Y. 1969) (“ninguno de los dos está bajo ninguna obligación legal (...) a menos que y hasta que el acuerdo es ejecutado y otorgado”).

²⁹⁷ *Field v. Golden Triangle Broadcasting, Inc.*, 451 Pa. 410, 416-17, 305 A.2d 689, 693 (1973), cert. denied, 414 U.S. 1158 (1974).

²⁹⁸ *Itek Corp. v. Chicago Aerial Indus.*, 248 A.2d 625, 627 (Del. 1968); ver también *American Cyanamid Co. v. Elizabeth Arden Sales Corp.*, 331 F. Supp. 597, 602 (S.D.N.Y. 1971) (“la carta estaba condicionada a la aprobación del Directorio del comprador y bajo la provisión que ninguna de las partes puede verse obligada” si no hay aprobación aunque haya sido una oferta irrevocable).

²⁹⁹ Los casos que sostienen estos argumentos vinculantes, o que al menos pueden serlo, incluyen *V.Soske v. Barwick*, 404 F.2d 495 (2d Cir. 1968), cert. denied, 394 U.S. 921 (1969); *Mid-Continent Tel. Corp. v. Home Tel. Co.*, 319 F. Supp. 1176 (N.D. Miss. 1970); *Pennzoil Co. v. Getty Oil Co.*, No. 7425 (Civ.) (Del. Ch. Feb. 6, 1984) (LEXIS, States library, Del file); y *Borg-Warner Corp. v. Anchor Coupling Co.*, 16 Ill. 2d 234, 156 N.E.2d 513 (1958). Un caso contrario a esta posición es *Reprosystem, B.V. v. SCM Corp.*, 727 F.2d 257 (2d Cir.), cert. denied, 469 U.S. 828 (1984).

³⁰⁰ Ver notas 196-215 supra y texto que las acompaña.

³⁰¹ *Zelazny v. Pilgrim Funding Corp.*, 41 Misc. 2d 176, 244 N.Y.S.2d 810 (Dist. Ct. 1963); *Repinski v. Clintonville Fed. Sav. & Loan Ass'n*, 49 Wis. 2d 53, 181 N.W.2d 351 (1970); ver también 999 v. C.I.T. Corp., 776 F.2d 866 (9th Cir. 1985) (daños consecuentes como resultado del fracaso de la adquisición); *Vandeventer v. Dale Constr. Co.*, 271 Or. 691, 534 P.2d 183 (1975) (actividad específica).

³⁰² Esto puede ser considerado como un límite al los recursos del prestamista si el precio es considerado como daños liquidados en vez de una suma que sea aplicada en contra de los daños. *Boston Road Shopping Center, Inc. v. Teachers Ins. & Annuity Ass'n*, 13 A.D.2d 106, 213 N.Y.S.2d 522 (App. Div. 1961), aff'd, 11 N.Y.2d 831, 182 N.E.2d 116, 213 N.Y.S.2d 444 (1962). Ya que la carta requería al prestamista el comprometer sus recursos a favor del prestatario, es difícil evitar que la conclusión sea que el prestatario también estaba vinculado. Ver *Murphy v. Empire of Am., FSA*, 746 F.2d 931 (2d Cir. 1984); *Lincoln Nat'l Life Ins. Co. v. NCR Corp.*, 603 F. Supp. 1393 (N.D. Ind. 1984) (el compromiso de la carta es ejecutable en contra del prestatario, pero el prestamista no pudo demostrar los daños), aff'd, 772 F.2d 315 (7th Cir. 1985).

Aunque obliga, por lo menos al prestamista, una carta de compromiso no impone un régimen distintivo propio. En su lugar el régimen que resulta es el del acuerdo final. Porque ninguno de los términos del posible préstamo se dejará abierto para negociación futura, la carta referida es lo que en este artículo hemos llamado un acuerdo de celebrar a una transacción.

Ejemplo 4

Take-out commitment letters

Dado que los fondos hipotecarios a largo plazo generalmente están disponibles solamente después que se construye un edificio proyectado, el agente encargado del desarrollo de la construcción obtiene, generalmente, fondos para la hipoteca de dos fuentes: los fondos a corto plazo de un prestamista para el período de la construcción, y los fondos a largo plazo de un prestamista permanente para el período después que la construcción ha culminado. Cuando se termina la construcción, el prestamista permanente saca al primer prestamista a través de un préstamo permanente al agente encargado del desarrollo de la construcción, permitiéndole pagar el primer préstamo. Pero el primer prestamista no adelantará el dinero para la construcción sin asegurarse que un prestamista permanente de un préstamo permanente lo sacara cuando se termine el proyecto.

Esta se le asegura al primer prestamista a través de una carta de compromiso del prestamista permanente al agente encargado del desarrollo de la construcción como prestatario. El cumplimiento de esta carta puede ser exigido por el agente encargado del desarrollo de la construcción³⁰³, pero no es claro que pueda ser exigido por el prestamista de la construcción, que puede ser solamente un beneficiario fortuito³⁰⁴. Para consolidar la posición del prestamista de la construcción

contra el prestamista permanente, se acuerda que, para no hacer un nuevo préstamo, más bien el prestamista permanente comprará al primer prestamista el préstamo para la construcción y lo convertirá en un préstamo permanente. Esto es logrado a través de un contrato de compraventa tripartita bajo el cual el prestamista permanente acuerde comprar el préstamo para la construcción, el prestamista de la construcción acuerda venderlo, y el agente encargado del desarrollo de la construcción acuerda aceptar el préstamo permanente³⁰⁵.

La carta de compromiso del prestamista permanente y el contrato de compraventa, aunque obligatorios, no imponen regímenes distintivos. Porque ningún término abierto es dejado para negociación futura, son, como la carta de compromiso simple de hipoteca (ejemplo 3), acuerdos de celebrar transacciones³⁰⁶.

Ejemplo 5

Recibos obligatorios condicionales por el seguro de vida

Una solicitud para contratar un seguro de vida es vista como una oferta para comprar cobertura. La solicitud requiere la aceptación de la forma principal del asegurador de modo que el recibo de la solicitud por parte del agente no equivalga a una aceptación. Esto permite al asegurador determinar si el solicitante es "asegurable", pero también permite que el solicitante revoque la oferta antes de que actúe el asegurador. Para reducir el riesgo que el solicitante revoque su solicitud después de que el asegurador se haya tomado las molestias de coordinar y gestionar un examen médico, el asegurador puede emitir un recibo (o *binder*), otorgándose cobertura desde la fecha de la solicitud³⁰⁷ bajo la condición que el solicitante sea asegurable en esa fecha³⁰⁸. El solicitante ve este

³⁰³ *St. Paul at Chase Corp. v. Manufacturers Life Ins. Co.*, 262 Md. 192, 278 A.2d 12, cert. denied, 404 U.S. 857 (1971); *Pipkin v. Thomas & Hill, Inc.*, 33 N.C. App. 710, 236 S.E.2d 725 (Ct. App. 1977), modified, 298 N.C. 278, 258 S.E.2d 778 (1979). El inversionista puede incluso recibir actividad específica. *First Nat'l State Bank v. Commonwealth Fed. Sav. & Loan Ass'n*, 610 F.2d 164 (3d Cir. 1979) (el prestamista de la construcción como cesionario del inversionista, se le concede actividad específica); *Selective Builders, Inc. v. Hudson City Sav. Bank*, 137 N.J. Super. 500, 349 A.2d 564 (Super. Ct. 1975); ver BRANNON. "Enforceability of Mortgage Loan Commitments". Real Prop. Prob. & Tr. J. 1983. p. 724, 749. ("la tendencia parece ser más liberal en el uso del remedio específico"); MEHR & KILGORE. "Enforcement of the Real Estate Loan Commitment: Improvement of the Borrower's Remedies", Wayne L. Rev. 24. 1978. p. 1011, 1033. ("los prestatarios no podían lograr financiamiento alternativo por un compromiso cancelado generalmente han sido victoriosos en obtener la ejecución específica"). En cuanto a la ejecución específica por el prestamista permanente en contra del prestatario, comparar DRAPER. "The Broken Commitment: A Modern View of the Mortgage Lender's Remedy". En: Cornell L. Rev. 59. 1974. p. 418, 439. (que argumenta que la cortes deben "reinstaurar la certeza sobre las transacciones de grandes hipotecas comerciales especificando que se pueden ejecutar los compromisos no sólo en contra de los prestamistas, sino también de los prestatarios") con GROOT. "Specific Performance of Contracts to Provide Permanent Financing". En: Cornell L. Rev. 60. 1975. p. 718, 742 (que argumenta que la actividad específica debe ser usualmente denegada porque los daños usualmente proveen una compensación adecuada).

³⁰⁴ Compare *American Fletcher Mortgage Co. v. First Am. Inv. Corp.*, 463 F. Supp. 186 (N.D. Ga. 1978) (no ejecutable) con *Girard Bank v. John Hancock Mut. Life Ins. Co.*, 524 F. Supp. 884 (E.D. Pa. 1981) (ejecutable), *aff'd mem.*, 688 F.2d 820 (3d Cir. 1982).

³⁰⁵ Al prestamista de la construcción, sin embargo, le ha sido denegada la actividad específica. *American Bancshares Mortgage Co. v. Empire Home Loans, Inc.*, 568 F.2d 1124 (5th Cir. 1978). Sin embargo, ver *First Nat'l State Bank v. Commonwealth Fed. Sav. & Loan Ass'n*, 610 F.2d 164 (3d Cir. 1980) (al prestamista de la construcción como cesionario del inversionista se le garantiza la actividad específica del compromiso permanente y vigente hecho con el después de la clausura).

³⁰⁶ Esto no es siempre así, ver *Teachers Ins. & Annuity Ass'n of Am. v. Butler*, 626 F. Supp. 1229, 1232 (S.D.N.Y. 1986) (alternativa que señala que el compromiso era un acuerdo con términos abiertos).

³⁰⁷ La fecha de la aplicación es aquella fecha en la cual el futuro asegurado ha completado los requisitos de la aplicación, pagado la prima inicial y sometido a los exámenes médicos.

³⁰⁸ Los aseguradores tienden a escribir recibos sujeto a la condición de aprobación en vez de la de asegurabilidad. En referencia a estos recibos ilusorios, ver *Gaunt v. John Hancock Mut. Life Ins. Co.*, 160 F.2d 599 (2d Cir.) (interpretación contra proferentem), cert. denied, 331 U.S. 849 (1947).

recibo como un medio de obtener una cobertura anticipada.

La mayoría de litigios que involucran tales recibos se refieren a la responsabilidad del asegurador si el solicitante muere después de la fecha de la solicitud. ¿Qué sucede si el solicitante no era asegurable en la fecha de la solicitud bajo los estándares generales del asegurador pero éste no dio ningún aviso del rechazo antes que el solicitante muriera? La mayoría de las cortes han dado efecto a la intención del asegurador y le han permitido escapar de responsabilidad si su determinación post-muerte encuentra que el solicitante no era asegurable³⁰⁹. Esto proporciona cobertura al solicitante que es asegurable a la fecha de la solicitud sin importar un cambio en las circunstancias, pero es muy difícil para el solicitante que, aunque sin ser asegurable bajo los estándares aplicables a la póliza solicitada, pudo haber obtenido otra cobertura. Algunas cortes, por lo tanto, han sostenido que el asegurador es responsable a menos que haya dado aviso de su rechazo antes de la muerte del solicitante³¹⁰.

Sin importar cómo se conteste esta pregunta, un recibo obligatorio condicional es un expediente temporal que no altera el régimen bajo el cual el asegurador y el potencial asegurado negocian su acuerdo final³¹¹. Por lo tanto, esto es lo que se llama en este artículo un acuerdo "stop-gap".

Ejemplo 6

Carta de intención compromiso firme de suscripción

Un emisor envuelto en compromiso firme de suscripción, vende una emisión de sus acciones a un grupo de suscriptores. Estos venden a un grupo más grande de agentes que luego venden las acciones al público. La ley federal establece que una declaración de registro debe ser inscrita antes de que los valores se ofrezcan a los agentes o al público. Antes de elaborar y de imprimir la declaración de registro, el emisor desea asegurarse que los suscriptores estarán disponibles, pero los suscriptores no están dispuestos a comprometerse a comprar las acciones y a tomar el riesgo de una caída en el mercado antes de que la declaración entre en vigencia.

Una solución para los suscriptores y emisor es firmar una carta de intención no vinculante³¹². En ella se precisan los términos de suscripción, pero agrega un lenguaje que establezca que "las partes no tienen la intención de crear responsabilidad u obligación de alguna naturaleza". Las cortes no han dudado en darle efectos y validez a ese lenguaje³¹³.

Si la carta no deja ningún término abierto para negociaciones adicionales, este es un acuerdo llamado en este artículo "acuerdo de celebrar una transacción". Si deja términos abiertos, se llama "acuerdo con términos abiertos" y no afecta el régimen bajo el cual las partes negocian.

³⁰⁹ Ver, por ejemplo, *Mofrad v. New York Life Ins. Co.*, 206 F.2d 491 (10th Cir. 1953). La determinación debe ser una honesta bajo los estándares regulares del asegurado. *Rohde v. Massachusetts Mut. Life Ins. Co.*, 632 F.2d 667 (6th Cir. 1980).

³¹⁰ Por ejemplo, *Simses v. North Am. Co. for Life & Health Ins.*, 175 Conn. 77, 394 A.2d 710 (1978) (interpretación contra proferentem); *Allen v. Metropolitan Life Ins. Co.*, 44 N.J. 294, 208 A.2d 638 (1965) (doctrina de "expectativa razonable"). California también requiere el reembolso de la prima *Smith v. Westland Life Ins. Co.*, 15 Cal. 3d 111, 539 P.2d 433, 123 Cal. Rptr. 649 (1975) (doctrina de "expectativas razonable" aplicada para imponer responsabilidad donde el futuro asegurado murió luego de la notificación de rechazo, pero antes del reembolso de la prima).

³¹¹ Claro que el asegurador y el asegurado de ninguna manera "negocian" como lo sugiere el análisis de los términos oferta y aceptación. Ver J. GREIDER & W. BEADLES. "Law and the Life Insurance Contract". 4ta Edición. 1979. p. 109-23.; R. KEETON, nota 13, supra § 2.3.

³¹² Otra solución es que los suscriptores hagan que una promesa vinculante condicionada por una cláusula "market out". Ver nota 120, supra.

³¹³ *Dunhill Sec. Corp. v. Microthermal Applications Inc.*, 308 F. Supp. 195 (S.D.N.Y. 1969).