

FUERZA VINCULANTE DE LAS CARTAS DE INTENCIÓN Y MEMORANDOS DE ENTENDIMIENTO Y LOS EFECTOS JURÍDICOS DE SU INCUMPLIMIENTO

BINDING FORCE OF LETTERS OF INTENT AND MEMORANDUM OF UNDERSTANDING AND THE LEGAL EFFECTS OF THEIR BREACH

*Jaime Elgueta Corvillón**

RESUMEN: El presente ensayo tiene como objetivo analizar si las cartas de intención y memorandos de entendimiento engendran o no obligaciones para las partes que los suscriben. Ello, en el entendido de que se trata de convenciones celebradas con miras a la suscripción de un contrato futuro y que, en muchas ocasiones, las partes han declarado expresamente como no vinculantes. Para lo anterior se analizará la naturaleza jurídica y finalidad de estos instrumentos, las ventajas y desventajas que puede acarrear su suscripción, su regulación normativa, para finalizar analizando su obligatoriedad.

PALABRAS CLAVE: Cartas de intención – Memorandos de entendimiento – Fuerza vinculante – Negociación moderna.

* * *

I. INTRODUCCIÓN

Hoy, la complejidad y sofisticación de ciertas transacciones comerciales –especial entre grandes empresas o conglomerados– han cambiado la forma tradicional de hacer negocios. Ya no basta, como antaño, con la ronda de oferta y contraofertas (reguladas en la legislación común) para dar vida a un contrato o transacción. Los negocios son más complejos: requieren la contratación de asesores, abogados, contadores, gastos notariales, viajes, intercambio de

* Ayudante de la Facultad de Derecho. Universidad del Desarrollo.

información y borradores entre las partes, negociación con bancos e instituciones financieras, etc. Lo anterior ha derivado, como es de suponer, en que la forma y actitud que adoptan las partes para afrontar (y resguardarse) en dichos procesos también haya cambiado.

Manifestación de la tendencia que venimos describiendo es la aparición, en la práctica comercial y jurídica, de instrumentos que permiten a las partes negociantes regular el proceso mismo de negociación y, en ciertos aspectos, el contenido del contrato a celebrarse. Este es el caso de las cartas de intención (*letters of intent*), memorandos de entendimiento (*memorandum of understanding*), pactos de exclusividad, cláusulas de confidencialidad, acuerdos de *due diligence*, cláusulas de “declaraciones y garantías”, entre otros.

Si bien todos estos instrumentos difieren en cuanto a su objeto, finalidad, formalidad y efectos, lo cierto es que de alguna manera u otra buscan resguardar la posición de los sujetos de la transacción, declarar ciertas calidades de los objetos o personas involucradas en ella¹, definir aspectos básicos del proceso de negociación (*v.gr.*: deber de actuar de buena fe)², y fijar algunos elementos esenciales del contrato futuro (*v.gr.*: precio a pagarse).

Además, todos ellos se caracterizan por ser instrumentos suscritos *antes* del contrato prometido o futuro.

Siendo estos instrumentos verdaderas convenciones (pues suponen el concurso de voluntades de las partes intervinientes) surge la pregunta acerca de qué tipo de obligaciones generan (si es que generan alguna), y cuál es el efecto de su infracción. Dicho en otros términos, cabe preguntarse si estas convenciones *obligan* o no a las partes (en aplicación del principio *pacta sunt servanda*). La pregunta anterior se complejiza aun más cuando se considera que, en muchos casos, son estos mismos instrumentos los que establecen su carácter no vinculante (*non-binding*).

El presente ensayo busca, por tanto, entregar algunas pautas o directrices que puedan contribuir a responder la pregunta anterior. Para ello, el ensayo se dividirá en los siguientes apartados:

- i) naturaleza jurídica y finalidad de estos instrumentos;
- ii) ventajas y desventajas de suscribirlos;
- iii) regulación normativa;
- iv) diferencias con otras figuras afines y
- v) fuerza vinculante y efectos derivados de su incumplimiento.

Para lo anterior, recurriremos a la legislación, jurisprudencia y doctrina nacional, y a la experiencia y doctrina comparada. Advertimos, eso sí, que el tema en cuestión ha sido escasamente desarrollado en nuestro medio –sin que existan muchos estudios al respecto– por lo que la mayoría de nuestros comentarios se extraen de la experiencia comparada.

¹ BARROS Y ROJAS (2010), p. 512.

² PARRA (2013), p. 7.

Dada la amplitud del tema en cuestión, nuestro estudio se concentrará exclusivamente en las cartas de intención (LOI por sus siglas en inglés) y memorandos de entendimiento (MOU por sus siglas en inglés) –por ser las figuras que mayor estudio han recibido– sin perjuicio de lo cual podemos hacer referencia a otras figuras afines.

II. NATURALEZA JURÍDICA Y FINALIDAD

DE LAS CARTAS DE INTENCIÓN Y MEMORANDOS DE ENTENDIMIENTO

Las LOI y MOU

“son documentos escritos que definen la intención de las partes de negociar unas pautas generales para la transacción eventual y fijar unos puntos clave de una transacción más compleja que se consolidará en un eventual contrato”³.

Para otros,

“la meta básica de cualquier LOI es fijar los términos primarios de una transacción futura de modo que las partes puedan entenderse mutuamente de forma más clara, y evitarse la posibilidad de sorpresas desagradables en el camino”⁴.

El *Black's Law Dictionary*, por su parte, señala que las LOI son una: “declaración escrita que esboza los acuerdos preliminares de las partes que planean celebrar un contrato u otro tipo de acuerdo”⁵.

Como se puede observar, de las definiciones transcritas se desprenden algunos elementos comunes de las LOI y MOU. Advertimos, eso sí, que las múltiples formas que adoptan estas figuras en la práctica forense, tanto nacional como extranjera, han llevado a concluir que “la naturaleza jurídica de las cartas de intención permanece ambigua”⁶.

A mayor abundamiento, la diferencia misma entre las LOI y MOU ha sido cuestionada por la doctrina⁷.

Dentro de las características comunes que encontramos entre ambas figuras están:

1. En primer lugar, se trata de documentos escritos y suscritos por todas las partes de la transacción. Las partes pueden ser dos o más.
2. En segundo lugar, ambas son suscritas antes del contrato definitivo.

³ PARRA (2013), p. 6.

⁴ MARTIN (2000), p. 3. Traducción propia.

⁵ GARNER (2004), p. 924. Traducción propia.

⁶ PARRA (2013), p. 7.

⁷ *Op. cit.*, p. 9.

3. En tercer lugar, estos instrumentos buscan fijar de antemano ciertas pautas o acuerdos básicos entre las partes en relación con el proceso de negociación o al contrato futuro. En este sentido podemos distinguir:
 - a. Acuerdos relativos al proceso mismo de negociación: Aquí encontramos pactos de exclusividad, confidencialidad, cronogramas de la negociación, entrega y estudio preliminar de documentos, desarrollo de *due diligence*, consagración del deber de actuar de buena fe, distribución de honorarios y gastos, entre otros.
 - b. Acuerdos relativos al contrato o acuerdo a suscribirse en el futuro: Si bien en esta materia las posibilidades son múltiples, de las LOI que hemos podido revisar para la elaboración de este ensayo encontramos que, en cuanto al contrato futuro, estas pueden incluir cláusulas relativas a la forma de determinar el precio o valor de la transacción, condiciones suspensivas, declaraciones y garantías entre las partes, y disposiciones sobre eventuales indemnizaciones en caso que se frustre la celebración del contrato.
4. Finalmente, las LOI y MOU contienen disposiciones sobre su obligatoriedad (*binding*) o no-obligatoriedad (*non-binding*). Aquí, nuevamente, la práctica forense parece abrir un abanico de posibilidades. En efecto, existen casos en que estos instrumentos han sido expresamente declarados como vinculantes por las partes, en otros se ha establecido su no-obligatoriedad y, por último, existen LOI y MOU que contienen algunas cláusulas vinculantes y otras que no lo son.

Por su importancia, este último punto será analizado en detalle más adelante.

III. VENTAJAS Y DESVENTAJAS DE SUSCRIBIR CARTAS DE INTENCIÓN Y MEMORANDOS DE ENTENDIMIENTO

Dentro de las ventajas de suscribir este tipo de instrumentos se han destacado: la posibilidad de ordenar el cronograma o *iter* de la negociación (evitando que las partes vuelvan a discutir puntos ya acordados), la oportunidad de fijar algunos elementos esenciales del contrato o acuerdo futuro, y servir de incentivo para negociar de buena fe y llevar la transacción a buen puerto.

Sin embargo, también se ha advertido sobre las desventajas de celebrar este tipo de actos jurídicos. Quizá la más relevante de ellas es que, si la LOI o MOU no está bien redactada, o lo está en términos imprecisos, una de las partes de la transacción puede quedar inadvertidamente vinculada u obligada en términos que no le favorecen.

Otro riesgo no menor de estos instrumentos es que aún no existe claridad acerca de si ellos son vinculantes o no, incluso en los casos en que se acuerda expresamente su no-obligatoriedad.

A continuación pasaremos revista sobre las ventajas y desventajas aludidas. Dado que el desarrollo de estos instrumentos es aún incipiente en nuestro país, las nociones que a continuación exponemos han sido tomadas de la experiencia comparada. En concreto, nos referimos a la experiencia colombiana (cuya tradición jurídica, siendo similar a la nuestra, puede enriquecer la discusión nacional), y la estadounidense (profusa y experimentada en estas materias).

1. Las ventajas

- a. En primer lugar, las LOI y MOU sirven para fijar los términos básicos para iniciar o continuar una negociación compleja⁸. Aquí se incluyen acuerdos de confidencialidad, exclusividad, condiciones de un *due diligence*, parámetros para evaluar la compañía o negocio objeto de la transacción, entre otros. Incluso, hay quienes señalan que estos instrumentos pueden servir para “tantear una futura transacción a partir de unas negociaciones que no necesariamente son vinculantes”⁹.
- b. En segundo término, la práctica demuestra que las instituciones financieras y bancarias se ven más dispuestas a financiar una transacción si está respaldada por una LOI o MOU¹⁰.
- c. Luego, para el caso de transacciones complejas que pueden involucrar grandes cantidades de dinero y muchas partes, las LOI y MOU permiten que dichas transacciones resulten menos complejas e intimidantes, ordenando las distintas etapas de la negociación¹¹.
- d. Además, las LOI o MOU suelen contener fórmulas para determinar el precio del objeto negociado¹².
- e. Finalmente, las LOI y MOU sirven como bosquejo o parámetro para redactar el contrato definitivo¹³.

Desde el punto de vista económico, todas las consideraciones anteriores pueden servir como verdaderos incentivos para no abandonar las negociaciones y llevarlas a término.

2. Las desventajas

- a. Una primera (y eventual) desventaja de las LOI y MOU es que pueden obligar “accidentalmente” a una de las partes en términos desventa-

⁸ MARTIN (2000), p. 4.

⁹ PARRA (2013), p. 12.

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ MARTIN (2000), p. 4.

¹² PARRA (2013), p. 12.

¹³ *Ibid.*

- josos en las etapas iniciales de la negociación¹⁴. En otras palabras, la redacción descuidada de estos instrumentos puede acarrear responsabilidades indeseadas para los negociantes, incluso antes de que se firme el contrato definitivo.
- b. En segundo lugar, la experiencia estadounidense demuestra que un tribunal puede interpretar como “vinculante” cláusulas que han sido expresamente declaradas como “no-vinculantes” por las partes¹⁵.
 - c. En línea con lo anterior, actualmente no basta con el texto escrito de la LOI o MOU para determinar si es obligatoria o no. Ello, por cuanto los tribunales extranjeros también han considerado el comportamiento o actitud de las partes durante la transacción para concluir su obligatoriedad, lo que, naturalmente, arroja incertidumbre sobre la materia¹⁶.
 - d. A mayor abundamiento, lo anterior ha devenido en que los abogados (que generalmente redactan estos documentos) presten excesiva importancia a las palabras y términos utilizados, todo ello con el objeto de dejar claramente establecida la intención de las partes. Lo anterior conduce a la elaboración de LOI y MOU más largos y difíciles de entender.
 - e. Finalmente, la importación –a veces irreflexiva– de instituciones y figuras propias de jurisdicciones extranjeras puede ocasionar serios problemas de adaptación y recepción en nuestro ordenamiento jurídico.

IV. REGULACIÓN NORMATIVA

Tratándose de instituciones relativamente recientes en nuestra práctica comercial, no existe actualmente disposición legal que las regule de forma específica.

Sin perjuicio de lo anterior, es evidente que ellas reciben acogida en nuestro ordenamiento jurídico a la luz del principio de autonomía de la voluntad, según el cual “toda obligación reposa esencialmente sobre la voluntad de las partes”¹⁷.

Nuestra jurisprudencia ha sido clara en este sentido al señalar:

“Octavo: (...) resulta pertinente expresar que en el derecho de los contratos en materia civil rige el principio base de la autonomía de la voluntad, según el cual las personas pueden concluir todos los actos y convenciones que no estén expresamente prohibidos por las leyes, lo que se traduce en la libertad contractual en virtud de la cual a las partes pueden decidir libremente si

¹⁴ MARTIN (2000), p. 4.

¹⁵ *Op. cit.*, p. 5.

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ LÓPEZ (2005), p. 241.

contratan o no, qué tipo de contrato celebran, la contraparte con quien se vinculan, el contenido de la convención y las cláusulas que reflejen de mejor forma la voluntad de las mismas. El referido principio de autonomía de la voluntad se expresa en la fuerza obligatoria de los contratos, que se traduce en que los pactos deben honrarse y cumplirse puesto que toda convención legalmente celebrada es una ley para las partes contratantes”¹⁸.

De lo anterior resulta palmario que las LOI y MOU son plenamente lícitas en nuestro ordenamiento jurídico. En efecto, no se trata de convenciones prohibidas por las leyes, sino que son libremente celebradas por las partes negociantes, y su contenido ha sido –también– libremente acordado por los sujetos involucrados.

En relación con lo dicho, hemos encontrado un pronunciamiento de la Corte Suprema que, si bien de forma incipiente, parece admitir la procedencia y licitud de este tipo de pactos:

“Undécimo: Que a mayor abundamiento, no puede dejar de advertirse en la actualidad la existencia de un sinnúmero de operaciones mercantiles que escapan a la teoría clásica de los contratos, que pretenden afianzar o reforzar comercialmente una operación, con la finalidad, entre tantas, de contribuir al mejor posicionamiento de una parte ante la otra, y que de acuerdo a su destino, podrán contener estipulaciones con carácter vinculantes, dependiendo de la existencia de obligaciones entre sus cláusulas, en cuyo caso, se apartan de las cartas de intención propiamente dichas¹⁹ o de declaración de buena voluntad y constituyen ya sea declaraciones unilaterales de voluntad, precontratos o bien contratos definitivos, debiendo ceñirse las obligaciones, en el primer caso, a las disposiciones de quienes las hayan otorgado, con respeto al orden público y a derechos de terceros, según las reglas generales aplicables a los contratos”²⁰.

Por tanto, no cabe duda que las LOI y MOU constituyen actos jurídicos plenamente válidos en nuestro sistema legal.

V. DIFERENCIAS CON OTRAS FIGURAS AFINES

Habiendo definido y caracterizado las LOI y MOU, conviene ahora explicar sus diferencias con otras figuras con las que podrían fácilmente confundirse.

¹⁸ Corte Suprema (2015): Rol 9997-2015, Sociedad Inversiones PPC S.A. con Importadora y Distribuidora Sensación Limitada.

¹⁹ El sentido que la sentencia da al concepto de “carta de intención” es diverso del que hemos utilizado en este ensayo.

²⁰ Corte Suprema (2011a): Rol 5484-2009, Banco BICE con Inmobiliaria e Inversiones El Pellín Limitada y otros.

1. Deberes emanados de la buena fe durante las tratativas preliminares

Desde que Ihering desarrolló la teoría de la culpa *in contrahendo*, los ordenamientos jurídicos (ya sea a través de la doctrina, la jurisprudencia, o la legislación) han ido asimilando la idea de que durante la etapa previa a la celebración de un contrato nacen ciertos deberes y obligaciones para las partes negociantes, cuya infracción puede acarrear responsabilidad²¹.

Nuestro país no ha escapado a esta tendencia, y hoy se acepta de forma prácticamente unánime que durante la fase previa a la celebración de un contrato en –particular en los casos de ruptura unilateral e injustificada de las negociaciones– se gatilla responsabilidad para la parte infractora²².

Así también lo ha entendido la jurisprudencia²³.

Con respecto al fundamento jurídico de esta responsabilidad hay quienes lo encuentran en las normas de la responsabilidad extracontractual (artículo 2314 del *Código Civil*)²⁴, mientras que otros lo derivan del principio general de la buena fe (artículo 1546 del *Código Civil*)²⁵.

Debemos aclarar, eso sí, y con el objeto de armonizar lo dicho con el principio de libertad contractual (o libertad de conclusión), en virtud del cual “las partes son libres para contratar o para no contratar”²⁶, que:

“el ilícito precontractual no consiste en haberse resistido a celebrar el contrato, sino haber negociado de mala fe o con grave desaprensión respecto de los intereses de la otra parte, sea con ocasión de la ruptura de negociaciones o de la celebración del contrato”²⁷.

Dentro de los deberes precontractuales que se derivan de la buena fe la doctrina menciona los siguientes: deber de protección y seguridad de la integridad y propiedad de la contraparte, deberes de lealtad, deberes de información, deberes para evitar la ineficacia del acto por nulidad u otra causa, deber de negociar de buena fe, deber de secreto o confidencialidad, entre otros²⁸.

A los anteriores debemos agregar los deberes impuestos por la propia ley durante la etapa previa a la contratación, en particular respecto de los deberes de información, a los que la doctrina ha denominado “deberes pre-

²¹ BARRIENTOS (2010), p. 8 y ss.

²² CELIS (2004), p. 13 y ss.; RAMOS (2008), p. 6 y ss.; RODRÍGUEZ (2011), p. 196 y ss.; BARROS (2010), p. 1000 y ss.; y ROSENDE (1979), p. 78 y ss.

²³ Corte Suprema (2011b): Rol N° 1872-2010, David Jiménez Mira con Antonio Armijo Cerda y Corte Suprema (2012): Rol N° 218-2011, Cristián Urrea Fuentes con CorpBanca.

²⁴ BARRIENTOS (2010), p. 10.

²⁵ RAMOS (2008), p. 11 y ROSENDE (1979), p. 69.

²⁶ LÓPEZ (2005), p. 269.

²⁷ BARROS (2010), p. 1007.

²⁸ BARRIENTOS (2010), p. 20 y ss. y BARROS (2010), p. 1001.

contractuales de información típicos”²⁹. Quizá el caso más emblemático se da en las relaciones de consumo reguladas por la ley N° 19.496³⁰.

Las similitudes entre los deberes emanados de la buena fe durante la etapa de negociación y las obligaciones emanadas de las LOI y MOU saltan a la vista. En efecto, en virtud de ambos se suelen imponer deberes correlativos a las partes, como lo son los deberes de información, confidencialidad, actuar de buena fe, entre otros. Además, en ambos casos nos situamos en la fase previa a la celebración del contrato definitivo.

Sin perjuicio de lo anterior, ambas figuras no pueden confundirse. Quizá la diferencia más importante es que las LOI y MOU suponen una convención o acuerdo entre las partes, mientras que los deberes precontractuales operan precisamente en ausencia de convención.

Otra diferencia es que, como veremos, las LOI y MOU no son siempre vinculantes, mientras que los deberes emanados de la buena fe, sí. Ello en el entendido de que la buena fe constituye un principio de orden público y, por tanto, es indisponible para las partes.

2. Oferta de celebrar un contrato

La oferta de celebrar un contrato es “el acto jurídico unilateral por el cual una persona propone a otra celebrar una determinada convención”³¹. Su regulación se encuentra en el *Código de Comercio* a propósito de la formación del consentimiento.

La primera diferencia entre las LOI y MOU y la oferta es que las primeras son convenciones, es decir, actos jurídicos bilaterales –pues suponen la manifestación de la voluntad de todas las partes negociantes–. La oferta, por el contrario, es un acto jurídico unilateral, pues supone únicamente la voluntad del oferente.

En segundo lugar, y de conformidad al artículo 100 del *Código de Comercio*, el oferente puede quedar obligado a indemnizar ciertos gastos aún cuando se haya retractado tempestivamente de su oferta³². En cambio, y como ya hemos adelantado, las LOI y MOU no necesariamente son vinculantes para las partes, por lo que no siempre existe la obligación de indemnizar en caso de incumplimiento.

²⁹ DE LA MAZA (2010), p. 84.

³⁰ Véase título III de la mencionada ley.

³¹ VIAL (2006), p. 63.

³² Dispone el artículo en comento: “La retractación tempestiva impone al proponente la obligación de indemnizar los gastos que la persona a quien fue encaminada la propuesta hubiere hecho, y los daños y perjuicios que hubiere sufrido. Sin embargo, el proponente podrá exonerarse de la obligación de indemnizar, cumpliendo el contrato propuesto”.

3. Promesa de celebrar un contrato

El contrato de promesa está regulado en el artículo 1554 del *Código Civil*. En él se señala que la promesa de celebrar un contrato no produce obligación alguna, salvo que se cumplan los requisitos que la misma disposición menciona. Se trata, por tanto, de un contrato nominado que engendra obligaciones de hacer (en concreto, celebrar el contrato prometido).

La primera diferencia que salta a la vista entre el contrato de promesa y las LOI y MOU es que el primero es un contrato nominado, mientras que las segundas son convenciones que aún no han sido reguladas por el legislador.

En segundo lugar, el contrato de promesa engendra una obligación de hacer (celebrar el contrato prometido), mientras que las LOI y MOU no están restringidas a este tipo de obligaciones. De hecho, estas últimas podrían engendrar otro tipo de obligaciones, como sería la de no divulgar cierta información obligación de no hacer.

Finalmente, se ha discutido si el contrato definitivo que se acuerda celebrar en el contrato de promesa debe ser real o solemne, o si se extiende también a los contratos consensuales. Esta discusión no parece existir en el caso de las LOI y MOU, las cuales pueden referirse “prácticamente a cualquier contrato o negocio jurídico”³³.

4. Declaraciones y garantías

En los procesos de negociación complejos, por ejemplo, la venta de una industria o empresa –a través de la enajenación de activos o acciones– u otros, es frecuente que las partes (sobre todo la parte vendedora) haga declaraciones acerca de la “calidad y origen de la cosa vendida, los pasivos de la empresa y las materias más diversas”³⁴. Ello, con el objeto de “otorgar seguridad al adquirente en orden a cuál es la real situación económica, financiera, patrimonial y legal de la empresa”³⁵.

Este tipo de declaraciones incluyen aseveraciones acerca de la vigencia de la sociedad, dominio de los bienes enajenados, permisos ambientales, servidumbres, contingencias laborales, tributarias o judiciales, entre otros.

Estas declaraciones, según la doctrina, son “incorporadas” al contrato y, por tanto, dan lugar a obligaciones propiamente contractuales³⁶. Se rigen, por tanto, por el estatuto de la responsabilidad contractual³⁷. Sin embargo, aún no existe consenso respecto a qué acciones proceden en caso de su incum-

³³ PARRA (2013), p. 11.

³⁴ BARROS Y ROJAS (2010), p. 513.

³⁵ ALCALDE (2008), p. 243.

³⁶ BARROS Y ROJAS (2010), p. 513.

³⁷ ALCALDE (2008), p. 254.

plimiento (acción por vicios redhibitorios, nulidad por dolo o error, acción autónoma de indemnización de perjuicios, rebaja del precio, entre otros).

Según Barros y Rojas, las “declaraciones” son “afirmaciones de hechos que han sido importantes en la decisión de una de las partes de contratar”, y su infracción da lugar a la indemnización de perjuicios o la rescisión del contrato, cumplidas ciertas condiciones³⁸. Las “garantías”, por su parte

“se traducen en promesas de verdad que una parte hace a la otra, de lo que se sigue que si los hechos afirmados no corresponden a la realidad quien los ha afirmado incumple una obligación contractual y debe indemnizar al acreedor”³⁹.

Según los autores, estas últimas darían lugar a una responsabilidad estricta⁴⁰.

Como vemos, la figura de las “declaraciones y garantías” se asimila mucho a la de las LOI y MOU. En efecto, ambas se celebran con miras a la celebración de un contrato definitivo y en la etapa precontractual. Ambas, además, constituyen convenciones entre las partes.

La diferencia entre ambas figuras, sin embargo, es al menos doble:

En primer lugar, se diferencian por su objetivo o finalidad. Como hemos dicho, las “declaraciones y garantías” tienen por objeto asegurar la calidad o estado de ciertos bienes o personas. El objeto de las LOI y MOU, por otro lado, es mucho más extenso, ya que abarca cuestiones que van desde el proceso mismo de negociación hasta el contrato definitivo (por ejemplo, la determinación del precio).

Una segunda diferencia entre las figuras en cuestión es que, mientras las “declaraciones y garantías” tienen por objetivo preciso “responsabilizar” al declarante en caso que las declaraciones sean falsas; las LOI y MOU no engendran, necesariamente, obligaciones para las partes.

VI. FUERZA VINCULANTE Y EFECTOS DERIVADOS DE SU INCUMPLIMIENTO

Como ya hemos señalado, las LOI y MOU son instrumentos mediante los cuales las partes dejan constancia de sus acuerdos preliminares en relación con un contrato futuro. Estos acuerdos pueden referirse al proceso de negociación o al contrato definitivo.

Siendo “convenciones” en el sentido estricto de la palabra, cabe preguntarse si estos instrumentos de negociación engendran o no obligaciones

³⁸ BARROS Y ROJAS (2010), pp. 513-514.

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ *Op. cit.*, pp. 519 y 525.

para las partes que lo suscriben. Dicho en otras palabras, se debe responder a la pregunta de si estos instrumentos “obligan” en los términos del artículo 1545 del *Código Civil* y a la luz del principio *pacta sunt servanda*.

En relación con este tema, se aprecian al menos tres modalidades que pueden adoptar las LOI y MOU:

- i) aquellas en que todas las cláusulas son vinculantes u obligatorias (*binding*);
- ii) aquellas en que ninguna de las cláusulas es vinculante u obligatoria (*non-binding*);
- iii) y aquellas en que algunas cláusulas son vinculantes y otras no.

Si bien podría parecer que, en virtud del principio de autonomía de la voluntad, las partes son libres para determinar o no la “obligatoriedad” de las cláusulas, lo cierto es que este tema no parece lo suficientemente zanjado ni en la doctrina ni en la jurisprudencia.

En nuestro medio el tema no parece haber sido discutido ampliamente. Sin perjuicio de lo anterior, existen pronunciamientos jurisprudenciales que dan indicios de que estos instrumentos serían legítimos en nuestro ordenamiento jurídico.

Así, la Excelentísima Corte Suprema ha señalado:

“Décimo: Que el principio de la autonomía de la voluntad, como los que de ella derivan, permite sostener premisas previas a continuar con el análisis: Por una parte se reconoce a toda persona la posibilidad de concluir los contratos que estime pertinente y con quien lo crea apropiado y por otra que las exigencias de un contrato definitivo no pueden limitar aquellos que la ley no prohíbe concluir para su preparación o en forma anticipada. Se sigue de estas premisas, que el establecimiento por la ley de un tipo determinado de contrato preparatorio no impide como tampoco excluye la posibilidad concluir otros que de mejor manera satisfaga las necesidades de las partes. En efecto, la regulación del contrato de promesa, no impide dar nacimiento a otras convenciones preparatorias, con mayor razón si no existen razonamientos que sustente su exclusividad en tal sentido, cuanto no sea la simple afirmación del hecho. Podrá ser posible que el contrato de promesa no llegue a celebrarse por requerir mayores especificaciones de las que se carece en un momento determinado, sin que esto impida comprometer las voluntades de las partes y asegurar la realización de un contrato con posterioridad por medio de otro acto o convención. No se observan razones en la legislación para impedir la celebración de otras convenciones, de las que derivan los efectos consiguientes ante el hecho del incumplimiento, como tampoco concurren obstáculos legales que no permitan exigir lo que la ley dispone para la retractación unilateral, intempestiva y tácita de una oferta, por su trasgresión expresa posterior”⁴¹.

⁴¹ Corte Suprema (2012): Rol N° 218-2011, Cristián Urrea Fuentes con CorpBanca.

Como vemos, la Corte Suprema parece entender que los contratos preparativos (dentro de los cuales encontramos las LOI y MOU) son legítimos en nuestro ordenamiento jurídico en virtud del principio de autonomía de la voluntad, y que las partes son libres para determinar sus efectos.

Sin perjuicio de lo anterior, nuestra doctrina ha puesto en tela de juicio la posibilidad de que las LOI y MOU no engendren obligaciones para las partes. Preguntándose, precisamente, por la posibilidad de celebrar LOI y MOU no vinculantes, un autor señala: “¿produce el efecto querido por las partes el acuerdo de que no resultarán obligadas de ninguna manera mientras estén negociando?”, a lo que el mismo autor responde:

“a la luz de lo mencionado, creo que la respuesta es negativa, por cuanto por más que se busque eliminar cualquier posibilidad de resultar obligado, no es posible sustraerse al deber fundamental de conducirse de buena fe en dicha etapa, el que por su propia naturaleza impone inmediatamente obligaciones específicas según el caso (...) en consecuencia, si dichas obligaciones se infringen, darán lugar a la responsabilidad del caso (concurriendo los demás requisitos), aunque en el respectivo instrumento se indique lo contrario. Ello, por cuanto el principio de buena fe es de orden público, ya que apunta a exigencias básicas de comportamiento para el adecuado desarrollo social, lo que no es disponible por la voluntad de las partes, a lo menos en cuanto a la condonación del dolo futuro o de la culpa grave que importaría dicha cláusula”⁴².

Como se puede apreciar, para cierta parte de la doctrina la posibilidad de celebrar acuerdos no vinculantes estaría limitada, al menos, por las exigencias básicas derivadas de la buena fe. Entre ellas encontramos la prohibición de condonar el dolo futuro (artículo 1465 del *Código Civil*). A esta limitación podríamos agregar la prohibición de infringir cualquier otra norma de orden público y el derecho de terceros.

Además, y basándonos en la experiencia estadounidense, podemos decir que ante un eventual escenario judicial por infracción a las cláusulas de una LOI o MOU, las partes siempre podrán acreditar –durante la secuela del juicio– que su verdadera intención fue quedar obligadas por ellas, sin perjuicio de que hayan pactado expresamente que no eran vinculantes. Ello guarda armonía con la regla de interpretación de los contratos establecida en el artículo 1560 del *Código Civil*⁴³. Debemos advertir, sin embargo, que los tribunales deben ser extremadamente cautelosos a la hora de privilegiar una voluntad oculta por sobre la declarada.

Finalmente, conviene efectuar un pequeño repaso de lo que ha sido el desarrollo jurisprudencial estadounidense en la materia.

⁴² FERNÁNDEZ (2011).

⁴³ “Art. 1560. Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras”.

Al respecto podemos decir que, en la especie, se distinguen dos momentos en la jurisprudencia americana, cuyo hito divisor es el fallo *Texaco, Inc v. Pennzoil, Inc* de 1987. Previo a esta sentencia, los tribunales estadounidenses habían concedido amplia libertad a las partes para negociar sin riesgo de incurrir en responsabilidad precontractual, en el entendido que, según las reglas de formación del consentimiento, previo a la aceptación de la oferta el oferente es libre para revocarla⁴⁴.

Resumidamente, los hechos del caso fueron los siguientes: Pennzoil Inc y Getty Oil comenzaron negociaciones para la adquisición de esta última por parte de Pennzoil. Para ello, las partes firmaron un MOU. Sin perjuicio de lo anterior, y sin previo aviso, la junta de directores de Getty Oil decidió poner término unilateral a las negociaciones y fusionarse con Texaco Inc, quien había hecho una mejor oferta. Tras ello, Pennzoil demandó a Texaco por haber intervenido en contrato ajeno. La Corte otorgó a Pennzoil una indemnización por alrededor de USD 10 billones. Texaco apeló. El asunto finalmente fue resuelto entre las partes por la suma de USD 3 billones aproximadamente.

Desde la sentencia aludida la forma de ver las LOI y MOU cambió radicalmente, pues comenzó a ser parte de la conciencia jurídica que estos instrumentos generaban verdaderas obligaciones para las partes –con su consecuente responsabilidad–. Esto, como señala un autor, produjo un auge en las demandas por supuesta infracción a las LOI y MOU⁴⁵.

Para determinar si un LOI o MOU es vinculante, la jurisprudencia estadounidense ha echado mano a una serie de criterios, entre los cuales se encuentran: la intención de las partes, los términos empleados en el acuerdo (es decir, si contiene o no cláusulas que explícitamente declaran la no-obligatoriedad), el contexto de las negociaciones, la ejecución parcial del acuerdo definitivo, si han quedado asuntos relevantes por definir, y si las negociaciones en cuyo contexto se suscriben las LOI o MOU son de aquellas que suelen culminar en acuerdos escritos⁴⁶.

Como podemos ver, la respuesta a la pregunta sobre la fuerza vinculante de las LOI y MOU sigue abierta. En efecto, en el Derecho Comparado (USA) aún existe controversia al respecto. En nuestro medio, por su parte, ha existido escaso desarrollo en la materia, sin que puedan observarse tendencias doctrinales y pronunciamientos jurisprudenciales concluyentes.

VII. CONCLUSIONES

De lo expuesto en este ensayo podemos concluir:

1. Las LOI y MOU constituyen herramientas de uso común y frecuente en la negociación moderna.

⁴⁴ MARTIN (2000), p. 2.

⁴⁵ *Op. cit.*, p. 3.

⁴⁶ *Op. cit.*, pp. 6-7.

2. El objetivo de estos instrumentos es regular y fijar las pautas del proceso de negociación de un contrato definitivo, así como zanjar elementos claves de dicho contrato. Sin perjuicio de lo anterior, la naturaleza jurídica de estas figuras sigue siendo ambigua.
3. La suscripción de LOI y MOU tiene ventajas y desventajas. Por lo anterior, habrá que analizar caso a caso si conviene o no suscribirlas.
4. Actualmente no existe regulación normativa específica para estos instrumentos. Sin embargo, su procedencia ha de ser admitida –en principio– en virtud del principio de autonomía de la voluntad.
5. No deben confundirse las LOI y MOU con otros actos o principios jurídicos, como son el deber de actuar de buena fe durante las tratativas preliminares de un negocio, la oferta, la promesa, y las “declaraciones y garantías”.
6. Finalmente, no existe acuerdo en la doctrina y jurisprudencia (tanto local como extranjera) acerca de si estos instrumentos generan siempre obligaciones para las partes. El tema parece discutido aun en los casos en que las partes han acordado expresamente que sus cláusulas no son vinculantes.

BIBLIOGRAFÍA

- ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique (2008): “La cláusula de “declaraciones y garantías” en la venta de una empresa: naturaleza jurídica y efectos”, en *Revista Actualidad Jurídica* (Universidad del Desarrollo), año IX N° 17.
- BARRIENTOS ZAMORANO, Marcelo (2010): “Responsabilidad en el ámbito de las negociaciones y de las tratativas preliminares”, charla dictada el martes 16 de noviembre de 2010 en el Colegio de Abogados de Chile.
- BARROS BOURIE, Enrique (2010): *Tratado de responsabilidad extracontractual* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- BARROS BOURIE, Enrique y ROJAS COVARRUBIAS, Nicolás (2010): “Responsabilidad por declaraciones y garantías contractuales”, en Departamento de Derecho Privado Universidad de Concepción (coord.), *Estudios de Derecho Civil V* (Santiago, Editorial LegalPublishing).
- CELIS RODRÍGUEZ, Rubén (2004): *Responsabilidad extracontractual* (Santiago, Librotecnia).
- DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo (2010): “Tipicidad y atipicidad de los deberes precontractuales de información”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° XXXIV.
- FERNÁNDEZ RUIZ, Gonzalo (2011): “¿Es posible no asumir obligaciones cuando se negocia?”, comentario legal publicado en el diario “El Mercurio Legal” con fecha 4 de noviembre de 2011.

- GARNER A, Bryan (2004): *Black's Law Dictionary* (Octava Edición, United States of America, Thomsom West).
- LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge (2005): *Los contratos parte general* (Cuarta Edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile) Tomo 1.
- MARTIN, Jay (2000): "Carefully crafted letters of intent as a means to an end", *Corp. Coun. Rev.*, XIX, N° 1.
- PARRA HERRERA, Nicolás (2013): "La autorregulación de los tratos preliminares. Análisis de las cartas de intención, memorandos de entendimiento y buena fe precontractual", *Revista de Derecho Privado*, N° 50, diciembre de 2013.
- RAMOS PAZOS, René (2008): *De la responsabilidad extracontractual* (Cuarta Edición, Santiago, LegalPublishing).
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo (2011): *Nuevas tendencias de la responsabilidad* (Santiago, LegalPublishing).
- ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo (1979): *Algunas consideraciones sobre la responsabilidad precontractual* (Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso).
- VIAL DEL RÍO, Víctor (2006): *Teoría general del acto jurídico* (Quinta Edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

JURISPRUDENCIA

- Corte Suprema (2015): Rol 9997-2015, Sociedad Inversiones PPC S.A. con Importadora y Distribuidora Sensación Limitada.
- Corte Suprema (2012): Rol N° 218-2011, Cristián Urrea Fuentes con CorpBanca.
- Corte Suprema (2011a): Rol 5484-2009, Banco Bice con Inmobiliaria e Inversiones El Pellín Limitada y otros.
- Corte Suprema (2011b): Rol N° 1872-2010, David Jiménez Mira con Antonio Armijo Cerda.

Normas

- Código Civil*, 30 de mayo de 2000 (fija texto refundido, coordinado y sistematizado).
- Código de Comercio*, 23 de noviembre de 1865.
- Ley N° 19.496 sobre Protección de los Derechos de los Consumidores, 7 marzo de 1997.