



Revista de Derecho Privado  
E-ISSN: 1909-7794  
mv.pena235@uniandes.edu.co  
Universidad de Los Andes  
Colombia

Parra Herrera, Nicolás  
La autorregulación de los tratos preliminares Análisis de las cartas de intención, memorandos de entendimiento y buena fe precontractual  
Revista de Derecho Privado, núm. 50, julio-diciembre, 2013, pp. 1-34  
Universidad de Los Andes  
Bogotá, Colombia

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=360033221003>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica  
Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal  
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto



**LA AUTORREGULACIÓN DE LOS TRATOS PRELIMINARES  
ANÁLISIS DE LAS CARTAS DE INTENCIÓN, MEMORANDOS  
DE ENTENDIMIENTO Y BUENA FE PRECONTRACTUAL**

**NICOLÁS PARRA HERRERA**

Universidad de los Andes

Facultad de Derecho

Revista de Derecho Privado N.º 50

Julio - Diciembre de 2013. ISSN 1909-7794

# La autorregulación de los tratos preliminares

## Análisis de las cartas de intención, memorandos de entendimiento y buena fe precontractual\*

Nicolás Parra Herrera\*\*

### RESUMEN

En Colombia la formación del contrato, por más compleja que sea la negociación, se ha limitado a las categorías de la oferta y la aceptación. La finalidad de este proceso es alcanzar un concurso real de las voluntades de dos o más personas. El Código de Comercio colombiano ha incluido una serie de disposiciones normativas que se refieren a la formación del contrato, por ejemplo, todo lo relativo a la oferta, la aceptación y la duración de la propuesta. En ocasiones la formación del contrato no es tan sencilla como la emisión de una oferta y la aceptación incondicionada de esta. En negocios complejos la aceptación, al condicionarse, se convierte en

### ABSTRACT

In Colombia the formation of agreements is reduced to the categories of offer and acceptance. The purpose of the process of formation of agreements is to achieve consent through the wills of the parties. The Colombian Commercial Code has included a series of normative dispositions that refer to the formation of agreements, for example, offer, acceptance, the duration of offers, and so on. Nevertheless it is my contention that the formation of agreements is not as easy as it looks, and cannot be reduced in all cases to the categories of offer and unconditional acceptance. In complex business and transactions, the acceptance must be conditioned, thus

---

\* Cómo citar este artículo: Parra, N. (Diciembre, 2013). La autorregulación de los tratos preliminares. Análisis de las cartas de intención, memorandos de entendimiento y buena fe precontractual. *Revista de Derecho Privado*, 50.

\*\* Filósofo y abogado, Magna Cum Laude de la Universidad de los Andes. Magíster Cum Laude de Filosofía, Universidad de los Andes. Asociado en Brigard & Urrutia Abogados. Profesor de Filosofía del Derecho, Universidad Jorge Tadeo Lozano. La otra parte de su tiempo lo dedica a temas de ética empresarial y educación. Correo: nparra1988@gmail.com

Agradezco los sugerentes comentarios y correcciones del doctor Mauricio Rengifo Gardeazábal. Igualmente, a Santiago Decastro por su colaboración en la redacción de la sección dedicada al análisis económico del derecho. Cualquier error solo es atribuible a mí.

una nueva oferta, de modo que las partes comienzan a llevar a cabo negociaciones y acuerdos que deben ser autorregulados para evitar la confusión en la formación del contrato y la vinculatoriedad de algunos puntos ya acordados. Uno de los problemas que se han presentado en las tratativas preliminares es que “lo que puede parecer una fase de negociación preliminar a una de las partes puede ser considerado por la ley como un acuerdo vinculante”. Por lo tanto, en el proceso de formación del contrato deben crearse otros mecanismos para darle más certeza a las partes en las negociaciones y autorregular esas relaciones.

**PALABRAS CLAVE:** cartas de intención, memorandos de entendimiento, buena fe precontractual, contratos, tratativas preliminares, análisis económico del derecho.

transforming itself into a new offer. One of the problems this paper tries to resolve is that the preliminary negotiations must be auto-regulated through mechanisms, such as letters of intent, memorandums of understanding and non disclosure agreements that make space for more certainty and legal security in the negotiations that take place in the business world.

**KEYWORDS:** *letters of intent, memorandum of understanding, good faith, agreements, contracts, preliminary negotiations, economic analysis of law.*

## SUMARIO

Introducción – II. CARTAS DE INTENCIÓN Y MEMORANDOS DE ENTENDIMIENTO (NATURALEZA JURÍDICA Y FINALIDAD PRÁCTICA) – A. *Diferencia entre los memorandos de entendimiento y las cartas de intención* – 1. Diferencia entre las cartas de intención, los memorandos de entendimiento, la oferta o el contrato de promesa – B. *La función de las cartas de intención y los memorandos de entendimiento* – C. *La vinculatoriedad de las cartas de intención y su estructura* – D. *Fuentes legales y jurisprudenciales: marco normativo nacional* – 1. Marco normativo internacional – 2. La jurisprudencia norteamericana sobre las cartas de intención y los memorandos de entendimiento – III. LA BUENA FE EN LAS TRATATIVAS PRELIMINARES (NATURALEZA Y FUNCIÓN) – A. *Deberes derivados de la buena fe en las tratativas preliminares* – B. *Los efectos jurídicos de incumplir los deberes derivados de la buena fe en las tratativas preliminares y sus remedios legales* – IV. ACUERDO DE CONFIDENCIALIDAD – A. *Cláusulas de exclusividad* – V. UNA APROXIMACIÓN DESDE EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO A LAS TRATATIVAS PRELIMINARES – A. *Modelo de negociación precontractual y tratativas preliminares* – VI. CONCLUSIÓN – Referencias.

## Introducción

*A manifestation of willingness to enter into a bargain is not an offer if the person to whom it is addressed knows or has a reason to know that the person making it does not intend to conclude a bargain until he has made a further manifestation of assent.*

*Second Restatement of Contracts §26.*

Todo contrato definitivo tiene una etapa previa en la que se gesta su formación. En ocasiones la formación del contrato ya produce obligaciones que vinculan a las partes y limitan su libertad contractual por tener que someterse a algunos parámetros de conducta exigidos por la ley o por la convención. Cuanto más complejo sea el contrato la etapa de formación se vuelve más dispendiosa por tener que buscar apalancamiento de la operación, cumplir con exigencias o trámites administrativos, o simplemente por tener que satisfacer las condiciones estipuladas en las negociaciones para hacer el contrato viable jurídica y financieramente. Incluso, como lo ha sugerido Marcel Fontaine, la urgencia de los negocios supone comenzar a ejecutar el contrato sin que haya existido un contrato definitivo.<sup>1</sup> Por ello las innumerables negociaciones han comenzado a inducir actualmente a las partes a autorregular esa etapa previa a la formación definitiva del contrato.

En Colombia la formación del contrato, por más compleja que sea la negociación, se ha limitado

a las categorías de la oferta y la aceptación. La finalidad de este proceso de formación, según el artículo 1494 del Código civil, es alcanzar un concurso real de las voluntades de dos o más personas.<sup>2</sup> El Código de Comercio colombiano (en adelante C. Co.) ha incluido una serie de disposiciones normativas que se refieren a la formación del contrato, por ejemplo, todo lo relativo a la oferta, la aceptación, la duración de la propuesta.<sup>3</sup> En ocasiones la formación del contrato no es tan sencilla como la emisión de una oferta y su aceptación incondicionada. En negocios complejos la aceptación, al condicionarse, se convierte en una nueva oferta,<sup>4</sup> de modo que las partes comienzan a llevar a cabo negociaciones y acuerdos que deben ser autorregulados para evitar la confusión en la formación del contrato y la vinculatoriedad de algunos puntos ya acordados. Uno de los problemas que se han presentado en las tratativas preliminares es que “lo que puede parecer una fase de negociación preliminar a una de las partes puede ser considerado por la ley como un acuerdo vinculante”.<sup>5</sup> Por lo tanto, en el proceso de formación del contrato deben crearse otros mecanismos para darle más certeza a las partes en las negociaciones y autorregular esas relaciones.

1 Cf. FONTAINE, Marcel y DE LY, Filip. *Drafting International Contracts. An Analysis of Contract Clauses*. New York: Transnational Publishers Inc., p. 1.

2 COLOMBIA. Código Civil. Art. 1494.

3 Ver Código de Comercio colombiano, arts. 845-864.

4 Ver COLOMBIA. Código de Comercio, art. 855.

5 KESSLER, Friedrich. *Culpa in Contrahendo, Bargaining in Good Faith, and Freedom of Contract: A Comparative Study*. En: *Harvard Law Review*, January 1964, vol. 77, n°. 3, p. 413. —

Así, se puede afirmar que la complejidad de algunos negocios ha hecho que en la actualidad no sea suficiente diseñar unos contratos bien estructurados para darle seguridad, certeza y disminuir los riesgos por eventuales contingencias a negocios complejos o someterse sin condición al régimen legal de la oferta/aceptación. En el *iter de los negocios* se ha venido desarrollando y profundizando, tanto doctrinal como jurisprudencialmente el ámbito de negociaciones previas a la celebración de los contratos, como mecanismo de autorregulación de las tratativas preliminares.<sup>6</sup>

Este fenómeno se manifiesta en las siguientes instituciones jurídicas: (i) Cartas de intención (*letter of intent –LOI*) o memorandos de entendimiento (*memorandum of understanding –MOU*), (ii) Buena fe en los tratos preliminares y los deberes derivados de ella (*Preliminary negotiations and Good faith*),<sup>7</sup> (iii) Pactos de exclusividad (*Exclusivity clause*) y cláusulas de confidencialidad (*non disclosure agreements*).

Este texto buscará dar una descripción detallada de las anteriores instituciones jurídicas, tanto en Colombia como en otros países con el fin de responder: (1) ¿cuál es su naturaleza?, (2) ¿cuál es su finalidad práctica y sus efectos jurídicos?, (3) ¿cuál es el marco regulativo aplicable a di-

chas instituciones?, (4) ¿cuáles son los remedios legales existentes en caso de incumplir lo estipulado en los documentos preliminares al contrato? y, finalmente, (5) se redactará una serie de conclusiones que desde una perspectiva económica del derecho permitan entender algunos problemas intrínsecos en la negociación, tanto de las cartas de intención o memorandos de entendimiento como de las cláusulas de exclusividad y confidencialidad, con el propósito de proponer soluciones eficientes a las partes negociantes.

## I. CARTAS DE INTENCIÓN Y MEMORANDOS DE ENTENDIMIENTO (NATURALEZA JURÍDICA Y FINALIDAD PRÁCTICA)

Las cartas de intención, según Marcel Fontaine, son instrumentos jurídicos que han sido desarrollados desde 1977, pero que paulatinamente se han convertido en un tema cardinal de discusión en el derecho de los negocios.<sup>8</sup>

Desde el punto de vista jurídico-general las cartas de intención son una manifestación unilateral de iniciar la negociación de un contrato<sup>9</sup>,

6 Dentro de los estudios más destacables sobre el tema se encuentra: FURMSTON, Michael et al. *Contract Formation and Letters of Intent: A Comparative Assessment*. United States: John Wiley & Sons, 1998.

7 Para un estudio detallado sobre la buena fe en el derecho contractual ver: FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte y MAZEAUD, Denis. *European Contract Law. Materials for Common Frame of Reference: Terminology, Guiding Principles, Model Rules*. Munich: Sellier European Law Publisher, 2008, p. 150-202.

8 A continuación hago referencia a unos desarrollos que, según Fontaine, han sido fundamentales para el entendimiento de las cartas de intención: SIEBOURG, Peter. *Der letter of Intent*. Thesis. Bonn, 1979; *Formation of contracts and precontractual liability*. Paris: ICC Publishing, 1990, 354 p.; KAWAKAMI, Shoji. *Precontractual Liability: Japan*. In: *Reports to the XIIIth Congress International Academy of Comparative Law*. Deventer, Kluwer, 1990, 376 p.; DRAETTA, Ugo y LAKE, Ralph. *Letters of intent and other precontractual documents*. (2ª ed.), Salem, N. H.: Butterworths, 1994, 330 p.; LONCLE, Jean Marc y TROCHON, Jean-Yves. *Pratique des negociations dans les rapprochements d'entreprises*. Paris: EFE, 1997, p. 85-101.

9 Cf. MARÍN, Héctor Daniel. *Concepción y eficacia de las letters of intent, los memoranda of understanding y los acuerdos de intencio-*

en otras palabras, son documentos escritos que definen la intención de las partes de negociar unas pautas generales para la transacción eventual<sup>10</sup> y fijar unos puntos claves de una transacción más compleja que se consolidará en un eventual contrato.<sup>11</sup> En otros casos, las cartas de intención han sido definidas como documentos de naturaleza precontractual en las cuales las partes intentan organizar la ejecución de un contrato.<sup>12</sup> Esta pluralidad de definiciones sugiere un punto que ha sido de común acuerdo entre los doctrinantes: la naturaleza jurídica de las cartas de intención permanece ambigua. La dificultad de reflexionar sobre estas es, como lo sugiere Fontaine, que estos documentos no encasillan en la teoría general de la formación de los contratos, en la que prima, en la mayoría de los casos, un acuerdo inmediato entre las partes o un concurso sin dificultades de la voluntad de dos o más personas.<sup>13</sup>

A pesar de su naturaleza ambigua, el Grupo de Investigación de Contratos Internacionales (*Working Group on International Contracts*), a

partir de una recolección de alrededor de cien cartas de intención<sup>14</sup> logró determinar algunos rasgos característicos de estas y, como veremos más adelante, su diferencia con contratos de promesa, ofertas y contratos con condición suspensiva.

Una de las características que se puede inferir es que son “documentos que, al menos, obligan a las partes a no discutir nuevamente aquello que ya ha sido acordado, respetar el cronograma sobre futuras negociaciones y actuar de buena fe para llegar a una conclusión exitosa”.<sup>15</sup> Sin embargo, esta caracterización es demasiado general, por eso el Grupo de Investigación de Contratos Internacionales ha sugerido una tipología para entender la naturaleza ambigua de estos documentos. En primer lugar, parten de la premisa que en la negociación de un contrato frecuentemente surgen *acuerdos contractuales* que son preliminares a la conclusión del contrato final. De manera que hay que diferenciar dentro de estos *acuerdos contractuales*, aquellos que son (i) aspectos propios de la negociación o (ii) aspectos propios de la formación progresiva del futuro contrato.

Dentro de los primeros están los pactos de exclusividad, de confidencialidad, de cronogramas

nes. En: Noticias Jurídicas [en línea]. [Consultado en 10.11.12]. Disponible en: <http://noticias.juridicas.com/articulos/45-Derecho%20Civil/200902-75986542314568.html>.

10 En Colombia se ha adoptado una definición más amplia e indeterminada de las cartas de intención, a saber: “la Carta de Intención es un tipo de acuerdo no obligatorio, que no contiene cláusulas de contenido obligacional, sino compromisos que más tarde pueden formalizarse mediante la suscripción de un contrato.” (Secretaría General, Alcaldía Mayor de Bogotá. Concepto 12886 de 2011).

11 Cf. FOSTER REED, Stanley. *The Art of M & A: A Merger Acquisition Buyout Guide*. New York: McGraw Hill, 2007, p. 446.

12 FONTAINE, Marcel y DE LY, Filip. *Op. cit.*, p. 2.

13 Cf. OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo. *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*. Bogotá: Temis, 2009, p. 145.

14 Para efectos metodológicos, el Grupo dividió las cartas de intención en cuatro subgrupos: (i) contratos definitivos con variaciones, (ii) etapas en la negociación, (iii) cartas sin vinculatoriedad jurídica o limitaciones de responsabilidad, y (iv) acuerdo fijo sobre ciertos aspectos de la negociación. Esta tipología no constituye una versión definitiva sobre sus rasgos y características, sino de la manera como se han utilizado y mal-utilizado en la práctica, desdibujando en algunos casos la diferencia con un contrato, una promesa o una manifestación sin ningún efecto jurídico.

15 FONTAINE, Marcel y DE LY, Filip. *Op. cit.*, p. 17.



que deben seguirse en la negociación, estudios preliminares de documentos, debida diligencia (*due dilligence*) e indemnidades en caso de ruptura intempestiva de las negociaciones. Dentro de los segundos figuran pactos sobre la intención clara de contratar, lineamientos generales del futuro contrato, acuerdos parciales alcanzados que serán incorporados al texto definitivo e incluso un borrador casi definitivo del contrato.<sup>16</sup> Sin lugar a dudas, esta tipología no nos resuelve cuándo uno de los anteriores pactos es vinculante y cuándo simplemente se requiere una cláusula de mejores esfuerzos (*best effort clause*)<sup>17</sup> en la que las partes se comprometen a hacer todo lo que esté a su alcance para cumplir el pacto. Por eso es recomendable en la redacción de las cartas de intención distinguir las provisiones vinculantes de aquellas que no lo son, para evitar así confusiones hermenéuticas en eventuales litigios.

Una vez delineados desde el punto de vista jurídico algunos aspectos de las cartas de intención es preciso hacer lo mismo desde el punto de vista económico. En este aspecto, las cartas de intención son documentos que pueden analizarse desde la noción de costos de transacción

y desde la noción de incentivos para contratar.<sup>18</sup>

En el primer sentido, a pesar de que la carta de intención puede analizarse como un costo de transacción por añadir una etapa más dentro de la negociación general del contrato,<sup>19</sup> no obstante sí puede: (i) reducir los eventuales costos de transacción que puedan implicar un eventual litigio por una ruptura injustificada en las negociaciones preliminares (*culpa in contrahendo*) al definir ciertas obligaciones y derechos que si bien pueden no ser vinculantes sí son pautas hermenéuticas para que el juez le dé contenido al principio de buena fe en la etapa precontractual; (ii) reducir los costos de transacción del diseño del contrato final al convenir en unas directrices iniciales de negociación que facilitarán y convertirán en más eficiente el acuerdo final; (iii) reducir el comportamiento oportunista de las partes, bien imponiendo al vendedor el deber de mostrar toda la *información* relevante relativa a los aspectos financieros, económicos y jurídicos de la empresa, bien imponiendo al comprador el deber de *confidencialidad* con el fin de evitar el abuso de la información adquirida para competirle a la compañía objetivo (en adelante *target*) en el mercado. En el segundo sentido, la carta de intención puede ser un incentivo para celebrar el contrato futuro al darle

16 Cf. *Ibid.*, p. 40.

17 Las cláusulas *best effort* son de uso común en el derecho anglosajón y se han venido implementando paulatinamente en los sistemas de derecho civil, en los que predominaban criterios como “el *buen pater familias*” o “el *buen hombre de los negocios*”. En términos generales *best effort clause* hace referencia al grado de esfuerzo que una parte en el desarrollo de una obligación está en capacidad de hacer para el cumplimiento de esa obligación. En este sentido, *best effort* es un criterio subjetivo sobre las capacidades de la parte que tiene que hacer todo lo que esté a su alcance para cumplir con la ejecución de la obligación. (Cf. FONTAINE Marcel y DE LY, Filip. *Op. cit.*, p. 225-230).

18 Es importante distinguir las cartas de intención de las manifestaciones de interés (*Expresion of Interest –EOI*); las últimas consisten en la invitación que hace una parte para contratar con más de un posible contratante.

19 Recordemos el *paper* seminal de Ronald Coase “The Nature of the Firm” con respecto a este punto, en donde afirma que los costos derivados de negociar y concluir contratos pueden aminorarse a partir de la creación de la sociedad, no solo para organizar la producción, sino para reducir los costos de cada contratación individual con cada *stakeholder* o *contratista*. (Cf. COASE, Ronald. *The Nature of the Firm*. En: *The Firm, the Market and the Law*. London: University of Chicago Press, 1988).

seguridad jurídica a las partes, así como un conocimiento más completo al comprador sobre el estado de los negocios o al vendedor respecto a unos precios tentativos sobre la operación.

Por ejemplo, las cartas de intención para la compraventa de acciones u otras operaciones corporativas para adquirir un *target* pueden incluir una fórmula preliminar para determinar el precio, un acuerdo de confidencialidad, una cláusula de exclusividad, obligaciones de informar en su totalidad el estado del negocio o acuerdo de revelación completa (*full disclosure agreement*), obligaciones de hacer cláusulas claras y completas de declaraciones y garantías (*representation and warranties*), obligación de buena conducta en los negocios (*conduct of business clause*)<sup>20</sup> consistente en evitar que el vendedor comience a dilapidar el patrimonio del *target* o lleve a cabo operaciones por fuera del curso natural de los negocios habituales de la empresa.<sup>21</sup>

## A. Diferencia entre los memorandos de entendimiento y las cartas de intención

Por su parte, los memorandos de entendimiento son *prácticamente* indistinguibles de las cartas de intención. Ambos documentos buscan definir la intención general de las partes, los puntos esenciales de una transacción compleja y proveer ciertas garantías en caso de que el negocio colapse durante las negociaciones. Asimismo ambos documentos, por lo general, no son vinculantes, sin embargo, como se verá más adelante, pueden redactarse de tal forma que sí lo sean. La única diferencia discernible entre estos, según la doctrina, es el número de suscriptores: los memorandos de entendimiento pueden tener más de dos partes suscriptoras, mientras que las cartas de intención no.<sup>22</sup> A mi juicio, esta distinción es artificial y pragmáticamente inoperante en el sentido que no hay ninguna prohibición expresa o tácita de que las cartas de intención no puedan tener más de dos partes suscriptoras. Otro sector de la doctrina<sup>23</sup> también trata de diferenciarlos, a mi juicio de manera desacertada, aduciendo que la carta de intención es un documento previo a las tratati-

20 Cf. AMERICAN BAR ASSOCIATION. Model Stock Purchase Agreement: Letter of Intent [en línea]. [Consultado en 09.11.12]. Disponible en: <http://apps.americanbar.org/buslaw/blt/content/departments/2010/09/mspa-letter-of-intent.pdf>

21 *Ibid.* En este documento de la American Bar Association se lee lo siguiente con respecto a la última cláusula: "This sample provision could be modified to require Sellers only to notify Buyer in advance of any extraordinary transactions or conduct outside the ordinary course of business, thereby providing Buyer with the opportunity both to learn promptly of such activities and to alert Sellers if Buyer believes such activities will have a negative effect on their negotiations toward a definitive agreement". "Esta muestra puede modificarse para exigirle a los vendedores notificar previamente al comprador en caso de una transacción extraordinaria o una conducta por fuera del curso ordinario de los negocios y, por tanto, otorgarle al comprador la oportunidad de conocer prontamente esas actividades y permitirle alertar a los vendedores si cree que esas actividades van a tener un impacto negativo en sus negociaciones hacia un acuerdo definitivo".

22 En el artículo *Memorandum of Understanding and Letter of Intent: What's the Difference?* se afirma lo siguiente: "In a Memorandum of Understanding, more than two parties may be involved but for a letter of intent only two parties are involved. Memorandums of understanding imply that all the parties involved have to be signatories, while a letter of intent needs only the party which proposes the agreement to be a signatory." (CUETO, Santiago. *Memorandum of Understanding and Letter of Intent: What's the Difference?* [en línea]. [Consultado 09.11.12]. Disponible en: <http://www.internationalbusinesslawadvisor.com/2010/04/articles/business-transactions/memorandum-of-understanding-and-letter-of-intent-whats-the-difference/>)

23 Ver: CARRASCO PERERA, Ángel. Cartas de intenciones, precontratos, responsabilidad *in contrahendo* y obligatoriedad de los tratos en la jurisprudencia española. En: *Aranzadi Civil-Mercantil*, vol. III, 2005, p. 2.372.

vas preliminares pero dirigido a ellas, mientras que el memorando de entendimiento ya hace parte de las tratativas preliminares, por lo cual aplica la *culpa in contrahendo*, que se analizará más adelante. Este sector de la doctrina española ha fundamentado lo anterior a partir de una providencia del Tribunal Supremo de España en donde se afirma:

El [acuerdo de intenciones] al que han llegado las partes sería demostrativo de un acuerdo entre ellas sobre determinados extremos, que les impediría retractarse, pero han de seguir negociando los restantes hasta la configuración de la sociedad anónima, sin que su libertad contractual se vea mermada porque se seguiría dentro de la zona de los tratos preliminares, que no obligan a la celebración del contrato por su propia naturaleza.<sup>24</sup>

A mi juicio este argumento no solo se fundamenta en una equivalencia artificiosa entre la noción de “acuerdo de intención” y “memorando de entendimiento”, sino, sobre todo, desconoce que las cartas de entendimiento también pueden hacer parte de las tratativas preliminares; todo depende de la manera como se redacte el documento.

### 1. Diferencia entre las cartas de intención, los memorandos de entendimiento y la oferta o el contrato de promesa

La oferta es una institución jurídica que consiste en la invitación a una o más personas deter-

minadas para celebrar un contrato.<sup>25</sup> Puede ser escrita o verbal; si es escrita, la duración es de seis días que se cuentan desde la fecha de la propuesta,<sup>26</sup> si es verbal, la duración es inmediata, es decir, la persona a la cual se dirige la oferta debe aceptar en el acto en que la escucha.<sup>27</sup> Un punto importante que permite establecer una diferencia entre la oferta y las cartas de intención y los memorandos de entendimiento es que la oferta en el sistema jurídico colombiano es obligatoria,<sup>28</sup> pues se ha adoptado la teoría de la obligatoriedad de la oferta desarrollada por la doctrina alemana.<sup>29</sup> Esto implica que la oferta es irrevocable en el término que señala el proponente o el consagrado por la ley, y su vigencia persiste a pesar de la muerte o incapacidad del proponente.<sup>30</sup>

Las cartas de intención, por su parte, no tienen necesariamente que seguir la irrevocabilidad de la oferta, puesto que la amplia autonomía que tienen las partes les permite diferenciar en el documento legal qué cláusulas son vinculantes

24 ESPAÑA. TRIBUNAL SUPREMO. Sentencia de 3 de junio 1998 (rj 3715).

25 OSPINA FERNÁNDEZ. *Op. cit.*, p. 146.

26 COLOMBIA. Código de Comercio. Art. 851. Incluso el art. 852 C. Co. señala que si el destinatario no reside en el mismo lugar que el proponente a la oferta se le sumará el término de la distancia según el medio de comunicación empleado. Esta ha indeterminado la duración de la oferta a distancia, especialmente porque la norma no fue redactada teniendo en cuenta las tecnologías de la información.

27 *Ibid.*, p. 850.

28 COLOMBIA. Código de Comercio. Art. 846.

29 OSPINA. *Op. cit.*, p. 151-155 y Bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil alemán) art. 145 y 146: “Wer einem anderen die Schließung eines Vertrags anträgt, ist an den Antrag gebunden, es sei denn, dass er die Gebundenheit ausgeschlossen hat”.

30 La irrevocabilidad de la oferta no debe entenderse como si un juez obligara al oferente a celebrar el contrato al cual invitó al aceptante, pero sí cabría una indemnización de perjuicios por esa razón.

y cuáles no; qué disposiciones pueden ser modificadas antes de que sean aceptadas y cuáles no. Esta autorregulación evita estar bajo la camisa de fuerza de las disposiciones, en ocasiones anacrónicas, del Código de Comercio sobre la formación del contrato. Sin embargo, aún en la oferta no nacen obligaciones contractuales porque es un acto unilateral, mientras que de cierta redacción de las cartas de intención que se hayan hecho conjuntamente pueden surgir obligaciones contractuales.

En cuanto a la promesa, en Colombia esta es un contrato si se cumple con lo establecido en el art. 89 de la Ley 53 de 1887: (i) debe ser por escrito, (ii) el contrato al que se refiere no debe ser ineficaz por no cumplir con los requisitos del art. 1511 C. C., (iii) debe contener un plazo o condición que fije la época en la que ha de celebrarse el contrato definitivo y (iv) que se determine el contrato lo suficiente, de manera que para perfeccionarlo solo falte la tradición de la cosa o las formalidades legales. Además de estos requisitos la Corte Suprema de Justicia ha restringido su alcance al sostener que solo se pueden hacer contratos de promesa sobre contratos solemnes y reales.<sup>31</sup>

31 La Corte Suprema de Justicia ha sostenido lo siguiente para enfatizar que el contrato de promesa es sobre contratos solemnes o reales: "solo resulta viable frente a contratos reales o solemnes (Pérez Vives), pues la consensualidad descarta la promesa misma, porque si está en rigor debe contener los elementos del contrato prometido, el acuerdo sobre los mismos necesariamente estaría perfeccionando el contrato que se quería prometer. En otras palabras, la promesa y el contrato consensual prometido se confundirían. De ahí que el ordinal 4o del artículo 89 de la ley 153 de 1887, expresamente descarte esa posibilidad cuando consagra como requisito del contrato de promesa, que se determine de tal suerte el contrato, que para perfeccionarlo solo falte "la tradición de la cosa" (contrato real) "o las formalidades legales" (contrato solemne), quedando así excluido el contrato consensual." (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil y Agraria. Sentencia del 27 de marzo de 1998. M. P.: José Fernando Ramírez Gómez. Exp. 4798).

Si cumple con estos requisitos, entonces el contrato de promesa genera la obligación de hacer, es decir, de celebrar el contrato prometido. Un punto que ha sido debatido por algunos doctri- nantes es si en el requisito (iii) el plazo es sus- pensivo o extintivo. A mi juicio, resulta evidente que se trata de un plazo suspensivo, ya que si fuera extintivo el contrato prometido podría ser exigido desde la celebración misma de la pro- mesa.<sup>32</sup> La diferencia entre la promesa, tal como está delineada en el ordenamiento jurídico co- lombiano, y las cartas de intención es que la pri- mera es un contrato que incluye la obligación de hacer, mientras que las segundas no son un contrato. Otra diferencia importante es que la promesa está limitada a contratos solemnes o reales en el sistema jurídico colombiano, mien- tras que las cartas de intención tienen tal ampli- tud que pueden referirse prácticamente a cual- quier contrato o negocio jurídico.

## ***B. La función de las cartas de intención y los memorandos de entendimiento***

Si bien ya nos adelantamos en algunos pactos que pueden incluirse en las cartas de intención, a partir del juicio de análisis que sobre estas hace Marcel Fontaine y su grupo no está demás definir de manera clara las funciones de los dos documentos anunciados.

Las funciones de las cartas de intención y de los memorandos de entendimiento no necesi-

32 Para más información sobre este debate ver: BONIVENTO JIMÉNEZ, Javier. El contrato de promesa. Santiago de Chile: Ediciones Librería del Profesional, 1996; GUERRERO, Juan Francisco. La promesa de contrato. [En línea]. [Consultado el 02 abril, 2013]. Disponible en: [www.dgalegal.com/doc/Promesa%20Contrato.pdf](http://www.dgalegal.com/doc/Promesa%20Contrato.pdf)

riamente son de la *esencia*, es decir, las partes pueden pactar estipulaciones en estos documentos para acoplarlos a sus necesidades. Una de las razones principales de la carta de intención es tantear una futura transacción a partir de unas negociaciones que no necesariamente son vinculantes; a esto se le puede denominar la *función expresiva de la intención*. Sin embargo, en caso de que no sean vinculantes, sí generan una obligación moral que incentiva a las partes a sentirse comprometidas cuando los términos de la negociación están escritos. En segundo lugar, las cartas de intención son documentos que suelen hacerse cuando hay un negocio complejo que implique dejar por escrito las expectativas del comprador y del vendedor para darle seguridad y viabilidad al negocio principal; a esto se le llama la *función de seguridad en la negociación*. En tercer lugar, pueden ayudar a motivar a futuros acreedores o inversionistas a proveer financiamiento; esto se conoce como la *función de incentivar el apalancamiento*. En cuarto lugar, los documentos sirven como bosquejo para diseñar y redactar el contrato definitivo; a esto se denomina la *función de agreement's sketch*. En quinto lugar, cuando se trata de un futuro contrato de compraventa de acciones (*Stock Purchase Agreement -SPA*) o de la compra de una compañía bajo cualquier modalidad se suelen incluir unas fórmulas para determinar el precio del *target*, esto es la *función de valoración*.<sup>33</sup> En sexto lugar, en estos documentos se pueden pactar ciertas condiciones que las partes deben cumplir, por ejemplo, la exclusividad para que el vendedor solo negocie con el comprador, el

tiempo para llevar a cabo la debida diligencia, el tiempo para cerrar la negociación (*termination date*), la confidencialidad de la información que recibe el comprador,<sup>34</sup> la no-publicidad de la compra sin el consentimiento de la otra parte, *inter alia*, esto se conoce como la *función determinativa de las condiciones*.<sup>35</sup> Es claro que estos documentos preliminares no solo hacen parte de las prácticas cotidianas de los negocios para darles seriedad y firmeza, sino que tienen funciones más complejas.

### C. La vinculatoriedad de las cartas de intención y su estructura

Generalmente las cartas de intención no son vinculantes, sin embargo ello no impide que las partes puedan hacerlas vinculantes jurídicamente.<sup>36</sup> Respecto de lo anterior hay dos teorías de la vinculatoriedad: (i) la teoría unitaria y (ii) la teoría fragmentaria. La primera aduce que las partes pueden convenir en que la totalidad del documento sea vinculante, mientras que la segunda afirma que pueden convenir que solo unas cláusulas sean vinculantes. Para evitar

34 Esto se puede hacer en la carta de intención, pero suele hacerse en un documento anexo denominado cláusula de confidencialidad que sí es vinculante para las partes, pues sería muy perjudicial para el vendedor, que el comprador, en caso de dar por terminadas las negociaciones, utilice o difunda la información obtenida sobre el funcionamiento de la compañía *target*.

35 Cf. AMERICAN BAR ASSOCIATION. Model Stock..., *op. cit.*

36 Un sector de la doctrina extranjera ha sostenido que "un problema común al usar cartas de intención, *heads of agreement* y memorándums de entendimiento es que las partes no estipulan el alcance hasta el cual quieren estar vinculados por el documento. Si quieren dejar constancia del estado de negociaciones en el documento pero no quieren que tenga ningún efecto vinculante, pueden hacer y estipular este hecho en el documento". (SCOTT, Alden. When is a letter of intent binding? DLA Piper Australia, 2011. (Traducción mía).

33 Cf. AMERICAN BAR ASSOCIATION. Model stock..., *op. cit.*, p. 1.



conflictos hermenéuticos posteriores en caso de disputas legales es recomendable, como queda ilustrado en el modelo de la American Bar Association de las cartas de intención, que se separen en dos partes de la siguiente manera: (a) cláusulas no-vinculantes (*non-binding provisions*) y (b) cláusulas vinculantes (*binding provisions*).<sup>37</sup> En la primera parte se recomienda que se incluya (i) una definición general de la transacción intentada, (ii) el precio de compra o la forma para valorar el precio, \*(iii) acuerdos laborales y de no-competencia (*non-competence clauses*) y (iv) otros términos dentro de los que se pueden incluir, siguiendo el modelo de la American Bar Association, condiciones de declaraciones y garantías (*representation and warranties*) y otras protecciones a favor del vendedor (*indemnities*).

En la segunda parte se recomienda incluir (i) acceso a la información financiera, jurídica y del funcionamiento de la empresa (*due diligence*); (ii) pactos de exclusividad para que el vendedor solo negocie con el comprador y (iii) pactos de seguir el curso ordinario de los negocios (*conduct of business*), que consisten en la obligación del vendedor de no hacer operaciones por fuera del curso ordinario de los negocios que puedan poner en riesgo el patrimonio de la sociedad; (iv) pactos de confidencialidad o una referencia al anexo de la cláusula de confidencialidad; (v) asignación de algunos costos intrínsecos de la negociación; (vi) aclaración sobre los efectos de

la carta de intención con el fin de que un posterior intérprete sepa qué condiciones son vinculantes y cuáles no<sup>38</sup>; (vii) acuerdos misceláneos tales como: ley aplicable en caso de controversias en el *iter de los negocios*, jurisdicción y condiciones para modificar la carta de intención por medio de acuerdos verbales u otrosíes.

Un punto que es ampliamente discutido es si se deben pactar cláusulas de indemnizaciones (*remedies*) en caso de incumplir algunas de las cláusulas vinculantes y, sobre todo, qué tipo de indemnizaciones es recomendable pactar.

*Prima facie* hay tres alternativas para redactar indemnizaciones, no todas ellas recomendables: (i) resarcimiento por los daños, (ii) obligación de hacer, a saber, llevar a cabo el acuerdo intentado y (iii) que un tercero lleve a cabo el acuerdo en lugar de la parte que incumplió. Solo la primera de ellas es recomendable, y para evitar contingencias se sugiere pactar una cláusula en la cual se establezcan diferentes sumas por perjuicios causados en el *iter* de la negociación, cada una referida a una etapa de la negociación, de manera tal que entre más avanzado esté el negocio mayor será el monto indemnizatorio. Las otras dos alternativas no son recomendables.<sup>39</sup>

37 La American Bar Association trae dos modelos de cartas de intención, uno de ellos lo denomina *the extended form* y al otro *the short form*. Para efectos didácticos utilizaré *the extended form* como arquetipo, ya que incluye cláusulas más complejas que serán discutidas luego en el texto.

38 Esta cláusula suele escribirse de la siguiente manera: "*The provisions of Paragraphs 1 through 4 of this letter are intended only as an expression of interest on behalf of Buyer, are not intended to be legally binding on any party or Acquired Company, and are expressly subject to the negotiation and execution of an appropriate Definitive Agreement. In addition, nothing in this letter should be construed as an offer or commitment on the part of Buyer to submit a definitive proposal.*" (AMERICAN BAR ASSOCIATION. Model Stock..., *op. cit.*).

39 Sin embargo hay sistemas jurídicos, como el suizo, en que la indemnización puede ser sobre todo el contrato cuando en el *iter* de la negociación se haya producido un acuerdo sobre los puntos funda-

A mi juicio, en el sistema jurídico colombiano es más aconsejable una cláusula de indemnidad para fijar un monto que sea proporcional<sup>40</sup>, y no una cláusula que obligue a celebrar el contrato futuro en caso de un incumplimiento a la carta de intención. La *razón lógica* de lo anterior es que la obligación que contiene una carta de intención no puede ser la de celebrar el contrato futuro, de lo contrario sería o un contrato de promesa de celebrar un contrato futuro o un acuerdo sobre algo que desnaturalizaría las cartas de intención. Más bien, las cartas de intención deben contener, *inter alia*, la obligación de llevar a cabo *todos los pasos necesarios* tendientes a la celebración del contrato. La *razón jurídica* de incluir cláusulas de indemnidad, determinando el monto de la indemnización en proporción al estado de las negociaciones, es evitar la inseguridad jurídica de estar sometidos al arbitrio de un juez o tribunal, y una eventual negación o fijación por un monto mucho menor de los perjuicios al esperado.

mentales. En este sentido el Código federal suizo de las obligaciones sostiene que "Si las partes han llegado a un acuerdo sobre todos los puntos principales, el contrato debe ser considerado como alcanzado, incluso cuando los puntos secundarios han sido reservados. En ausencia de acuerdo sobre los puntos secundarios, el juez puede fijarlos teniendo en cuenta la naturaleza del asunto." (Ver: Federal Act on the Amendment of the Swiss Civil Code. Art. 2: "1. *Where the parties have agreed on all the essential terms, it is presumed that the contract will be binding notwithstanding any reservation on secondary terms. 2. In the event of failure to reach agreement on such secondary terms, the court must determine them with due regard to the nature of the transaction. 3. The foregoing is subject to the provisions governing the form of contracts.*" [Consultado 03.04.13]. Disponible en: <http://www.admin.ch/ch/e/rs/2/220.en.pdf>.

40 Con el término proporcional me refiero a daños que tengan que ver con costos incurridos en el *iter* de la negociación, como por ejemplo: estudios previos, la debida diligencia financiera y jurídica, conceptos o valoraciones del negocio, el tiempo de las reuniones y de los viáticos e incluso afectaciones a la reputación de la empresa, etc.

## D. Fuentes legales y jurisprudenciales: marco normativo nacional

Las cartas de intención y los memorandos de entendimiento son instituciones que se han trasplantado a Colombia de instituciones jurídicas del derecho anglosajón, tendencia que se ha intensificado en los últimos años. Por esa razón no existe actualmente un reconocimiento legal en nuestro ordenamiento jurídico de ninguno de estos dos documentos.<sup>41</sup> La fuente normativa, por tanto, no puede ser otra distinta que el *principio de la autonomía de la voluntad*<sup>42</sup> que se deriva, como lo ha precisado la Corte Constitucional<sup>43</sup>, no solo de su acepción contractual en el art. 1602 del Código Civil<sup>44</sup>, sino de manera más general de la libre iniciativa privada consagrada en el art. 333 de la Constitución Política<sup>45</sup>

41 Incluso en España las cartas de intención tampoco están reguladas. (Cf. MARÍN, Héctor. *Op. cit.*).

42 La Corte Constitucional ha precisado con respecto al postulado de la autonomía privada: "la autonomía de la voluntad privada se manifiesta de la siguiente manera: (i) En la existencia de una libertad para contratar o no, siempre que dicha decisión no se convierta en un abuso de la posición dominante o en una práctica restrictiva de la competencia; (ii) En el logro o consecución no solo del interés particular sino también del interés público o bienestar común; (iii) En el control a la producción de efectos jurídicos o económicos, con el propósito de evitar el abuso de los derechos; (iv) En el papel del juez consistente en velar por la efectiva protección de los derechos de las partes, sin atenerse exclusivamente a la intención de los contratantes y (v) A la sujeción de la autonomía de la voluntad a los parámetros éticos de la buena fe". (Corte Constitucional. Sentencia T-468 de 2003. M. P.: Rodrigo Escobar Gil).

43 Para un estudio detallado del principio de la autonomía de las partes y su fuente constitucional ver: Corte Constitucional. Sentencia C-186 de 2011. M. P.: Humberto Antonio Sierra Porto.

44 COLOMBIA. Código civil. Art. 1602: "Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales".

45 COLOMBIA. Constitución Política. Art. 333: "La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley".

y otros. Es cierto que hay algunas providencias de las altas Cortes que se refieren de manera indirecta a las cartas de intención, sin embargo no se ha profundizado lo suficiente en la jurisprudencia nacional, mucho menos en la legislación, en estas instituciones jurídicas. Quizás la sentencia más emblemática sobre el tema de la Corte Suprema de Justicia sugiere lo siguiente:

[E]s obvio que en caso de aceptación, todos los actos, tratos o conversaciones preliminares llevados a cabo con el fin de perfeccionar el acuerdo de voluntades, en un momento dado resultarían trascendentales, no solo para desentrañar la verdadera intención de las partes, sino para ver cuáles fueron las reglas de juego, inclusive jurídicas, a las que se iban a someter, conductas que, desde luego, cobrarían mayor relieve si después de ocurrida la propuesta, así como su aceptación por el destinatario, aparecen ratificadas de modo expreso o tácito.<sup>46</sup>

Esta providencia de la Corte Suprema nos permite entender que todos los actos, negociaciones, conversaciones preliminares tienen dos funciones: (i) *desvelan la intención de las partes*, es decir, le permiten al juez entender la causa del negocio y las intenciones de las partes y (ii) *establecen las reglas de juego —jurídicas y no-jurídicas—* a las que las partes se someten voluntariamente. Por providencias como la comentada, algunos doctrinantes señalan que “independientemente de estar caracterizada dicha fase [preliminar] por su no obligatoriedad, las partes deben proceder de acuerdo con el

principio de buena fe, y también podrá tenerse en cuenta para interpretar el eventual negocio celebrado”.<sup>47</sup> En pocas palabras, todos los documentos que se redacten previo al negocio o al contrato sirven, entre otras cosas, como pauta hermenéutica para resolver eventuales disputas jurídicas y como criterio de conducta acompañado de la buena fe que, en el sistema jurídico colombiano, no solo se consagra en el art. 83 superior, sino también en materia comercial en el art. 863 del C. Co.<sup>48</sup>

## 1. Marco normativo internacional

Debido al precario desarrollo que han tenido estas instituciones en el sistema jurídico colombiano es necesario acudir a otras fuentes, como las internacionales, y la referencia a algunas jurisprudencias de otros países que sí han tratado estas figuras jurídicas. El valor interpretativo de las negociaciones y tratativas preliminares, así como lo que he denominado la función hermenéutica de las cartas de intención se pueden constatar en la *Convención sobre Compraventa Internacional*, cuyo artículo 8.3. expresa que “Para determinar la intención de una parte o el sentido que habría dado una persona razonable deberán tenerse debidamente en cuenta todas las circunstancias pertinentes del caso, *en particular las negociaciones*, cualesquiera prácti-

46 COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia de agosto 12 del 2002. Exp. núm. 6151. M. P.: José Fernando Ramírez Gómez.

47 OVIEDO, Jorge. Tratos preliminares y responsabilidad precontractual. En: Universitas, Enero-junio 2008, n°. 115, p. 83-116. Ver también: OVIEDO, Jorge Albán. La formación del contrato: tratos preliminares, oferta, aceptación. Bogotá: Temis, 2008.

48 El art. 863 del C. Co. afirma lo siguiente: “Las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el período precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen”.



cas que las partes hubieran establecido entre ellas, los usos y el comportamiento ulterior de las partes”.<sup>49</sup> También los *Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales* (2004) —en adelante Principios Unidroit— consagran en los arts. 4.1, 4.2. y 4.3. que los contratos deberán interpretarse conforme a las intención de las partes y para ello se tiene que tener en cuenta “las negociaciones previas entre [las partes]”. Además de agregar en el art. 4.8. que la *buena fe* y la *lealtad negocial* es un criterio relevante para integrar el contrato y darle contenido semántico. Estos dos instrumentos jurídicos internacionales apuntan a lo mismo: mostrar que las negociaciones previas entre las partes siempre deben tenerse en cuenta como criterio interpretativo en caso de que posteriormente hayan celebrado un contrato.

## 2. La jurisprudencia norteamericana sobre las cartas de intención y los memorandos de entendimiento

Sin embargo, en la jurisprudencia norteamericana de la Corte Suprema de Justicia y de algunos tribunales estatales no solo se les asigna a las cartas de intención y documentos similares un valor interpretativo, sino que en algunos casos se ha llegado a sostener que son jurídicamente vinculantes, por lo cual obligan *independientemente de la celebración o no de un contrato posterior*. Un primer caso para analizar es *Compu-*

*ter Systems of America vs. IBM*.<sup>50</sup> Pero antes de adentrarnos en esa tarea, es pertinente resaltar un principio en el derecho norteamericano con respecto a la *intención de las partes*, pues no debe entenderse en términos subjetivos sino objetivos, a saber: “No es, por tanto, importante si [P] tenía la expectativa de que la carta fuera el acuerdo definitivo; la fuerza vinculante de un documento depende de expresiones compartidas y públicas”.<sup>51</sup> Según este principio, se acoge la *teoría objetiva o conductual* sobre las intenciones, lo cual es fundamental para determinar cuándo una carta de intención es vinculante y cuándo no. Por supuesto que cuando las partes acuerdan con claridad ese elemento en la carta, no habrá debate respecto de su vinculatoriedad. Incluso la regla general, siguiendo la doctrina dominante en Estados Unidos inaugurada por Arthur Corbin, sostiene que acuerdos en principio (*agreements in principle*) que hacen referencia a posteriores acuerdos formales no son vinculantes. Sin embargo, el caso que voy a reseñar, justamente omitió una referencia clara a ese respecto y se decidió como si fuera vinculante.

El caso *Computer Systems of America vs. IBM* consistió en que los primeros habían acordado darle en *leasing* un sistema de computadores a IBM. Una carta de acuerdo estipulaba condiciones como: la duración del *leasing*, el precio y otros detalles sobre la entrega de los computa-

49 ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Convención de las Naciones Unidas sobre contratos de compraventa internacional de mercaderías. 2010.

50 *Computer System of America, Inc. vs. International Bus. Mach. Corp.*, 578 F. Supp. 558 (D. Mass. 1983).

51 UNITED STATES SUPREME COURT OF APPEALS. *Skycom Corp. vs. Telstar Corp.* No. 86-1206. 1987 (traducción mía).

dores. Sin embargo, en la carta se hacía referencia a que el acuerdo firmado era dependiente de un acuerdo contractual satisfactoriamente celebrado. Ambas partes concedieron que querían estar vinculadas por la carta de acuerdo inicial, y la Corte concluyó que de la carta de acuerdo no era posible llegar a la inferencia de que no era vinculante para las partes, es decir, le dio fuerza vinculante a un documento similar a una carta de intención sin que se hubiera pactado expresamente la vinculatoriedad.

Otro caso paradigmático pero en el que la Corte llegó a conclusiones diferentes es *Reprosystem, B.V. v. SCM Corp.*<sup>52</sup> Durante mucho tiempo las partes negociaron la venta de una filial subsidiaria de SCM y elevaron los acuerdos a un documento que denominaron *agreement in principle* y que fue definitivo, hasta el punto que las partes se felicitaron por el negocio celebrado. Sin embargo, SCM Corp. revisó el rendimiento de la filial supuestamente vendida y se dio cuenta que era mucho más rentable que lo que habían pensado. Si bien en primera instancia se adoptó la teoría subjetiva según la cual las partes sí se habían obligado, en segunda instancia el *ad quem* sostuvo que las partes estaban negociando con miras a celebrar un contrato formal, por lo tanto no estaban vinculadas. En otras palabras: “como cuestión de derecho una negociación con miras a un contrato definitivo deja a las partes no vinculadas hasta que exista un

cierre”.<sup>53</sup> En otra providencia la Corte Suprema de apelaciones de los Estados Unidos<sup>54</sup> revisó estos dos casos y creó la siguiente regla jurisprudencial implícita: cuando se trata de un negocio grande como el de SCM Corp. el juez respeta cualquier evidencia en el documento preliminar que aluda a la celebración de un futuro contrato más formal, mientras que si se trata de un negocio pequeño como el *leasing* entre IBM y CSA sí se pueden tomar los documentos previos como vinculantes. En esta última oportunidad la Corte sintetizó el panorama con respecto a la vinculatoriedad de los acuerdos previos a la celebración del contrato al afirmar: “si las partes acuerdan, punto por punto, sobre todos los términos del contrato, si entienden que la ejecución de un documento formal puede ser un prerequisite para estar vinculados, no hay contrato hasta que ese documento esté ejecutado. Por otro lado, si se acuerda que un documento formal será preparado para memorizar una negociación que las partes ya han llevado a cabo, la negociación es vinculante y ejecutable aunque el documento no lo haya sido”.<sup>55</sup>

Las anteriores son, por tanto, las reglas que se han desarrollado jurisprudencialmente sobre documentos preliminares y su vinculatoriedad. A continuación desarrollaré la noción de buena fe que es, entre otras cosas, un criterio de conducta en el sistema jurídico colombiano que permea todas las tratativas preliminares, y que

52 SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. *Reprosystem, B.V. v. SCM Corp.*, 727 F.2d 257 (2d Cir.), cert. denied, 469 U.S. 828, 105 S.Ct. 110, 83 L.Ed.2d 54 (1984).

53 Ibid. Traducción mía.

54 Cf. SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. *Skycom Corp. vs. Telstar Corp.* Op. cit.

55 Ibid. Traducción mía.

le da más contenido a los acuerdos y manifestaciones de intención que expresen las partes para celebrar un eventual contrato; además, proporciona criterios para la *autorregulación en las tratativas preliminares*.

### III. LA BUENA FE EN LAS TRATATIVAS PRELIMINARES (NATURALEZA Y FUNCIÓN)

A primera vista la buena fe cumple con dos funciones distintivas: en primer lugar, *objetivamente* el concepto de buena fe moraliza hasta cierto punto las relaciones contractuales y protege a las partes frente a las eventuales inequidades que puedan surgir del principio de la autonomía de las partes;<sup>56</sup> en segundo lugar, *subjetivamente* la buena fe protege los errores de una de las partes. A partir de estas funciones, la buena fe se ha venido caracterizando como un concepto que encierra una dualidad subjetivo/objetivo.<sup>57</sup> Sin embargo esta dualidad, que como veremos ha sido adoptada por la Corte Suprema de Justicia colombiana, no logra encasillar un término tan polisémico como la buena fe. Haciendo un análisis lingüístico podemos determinar tres referencias del término *buena fe*: (i) como una norma o parámetro que sirve para interpretar

una situación jurídica o un acto jurídico<sup>58</sup>, (ii) como una fuente de obligaciones<sup>59</sup> o (iii) como un error o una creencia falsa sobre la existencia de una situación jurídica.<sup>60</sup>

En las jurisprudencias de la Corte Suprema de Justicia colombiana se ha mantenido la naturaleza bifronte del concepto de la buena fe al afirmar que, por un lado, la buena fe subjetiva se refiere a una creencia o estado psicológico, mientras que, por otro, la buena fe objetiva hace referencia a la probidad, corrección o lealtad. La buena fe subjetiva “propende por el respeto —o tutela— de una determinada apariencia que ha sido forjada con antelación, o por una creencia o confianza específicas que se han originado en un sujeto, en el sentido de estar actuando con arreglo a derecho, sin perjuicio de que se funden, en realidad, en un equívoco, todas con evidentes repercusiones legales”.<sup>61</sup> La buena fe objetiva “se traduce en una regla —o norma— orientadora del comportamiento (directiva o modelo tipo conductual) que atañe al dictado de precisos deberes de conducta que, por excelencia, se proyectan en la esfera pre-negocial y negocial en procura de la satisfacción y salvaguarda de intereses ajenos (deberes de información;

56 Cf. FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte y MAZEAUD, Denis. *Op. cit.*, p. 156.

57 El concepto de buena fe surge del derecho romano y especialmente de un reconocimiento explícito que hace Cicerón en su libro *De los Oficios*. Por su parte, en el derecho anglosajón surgió oficialmente solo hasta 1981, como una doctrina independiente del *caveat emptor*, cuando se redactó la *Second Restatement of Contracts*. En la sección § 205 se decía: “Every contract imposes upon each party a duty of good faith and fair dealing in its performance and its enforcement”.

58 Por ejemplo, esa es la manera como se caracteriza en el párr. 2. del art. 4.8 de los Principios UNIDROIT la buena fe, y en el art. 5:102 y 6:102 de los Principios Europeos de Derecho Contractual.

59 Uno podría sostener que en el Código de Comercio colombiano el art. 863 hace referencia a la buena fe en esta acepción semántica. Asimismo los Principios Europeos de Derecho Contractual incluyen en el art. 1.201 la obligación de actuar de buena fe.

60 Cf. FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte y MAZEAUD, Denis. *Op. cit.*, p. 163.

61 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 2 de agosto de 2001. M. P.: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. Exp: 6146.

de claridad o precisión; de guarda material de la cosa; de reserva o secreto, etc.)”.<sup>62</sup> Para efectos de este texto me concentraré más en la vertiente objetiva de la buena fe que hace referencia directa a la etapa precontractual.

Si bien la buena fe en las tratativas preliminares ha sido definida por algunos doctrinantes como un actuar de “rectitud y honradez en el trato y supone un criterio o manera de proceder a la cual las partes deben atenerse en el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas y en la celebración, interpretación y ejecución de los negocios jurídicos”<sup>63</sup>, en términos objetivos debe ser entendida, según lo sugerí más arriba, como un concepto técnico jurídico que sirve de estándar o parámetro para analizar las conductas y relaciones que se dan en el tráfico jurídico.<sup>64</sup> Sin embargo, cuando se alude a la buena fe en las tratativas preliminares esta se debe entender como una obligación que recae en las partes que han entrado a negociar, y cualquier distanciamiento de las partes frente a este deber implica la responsabilidad de una parte de indemnizar a la otra parte con base en la noción de *culpa in contrahendo*. La función de la buena fe es, por tanto, complementar en la etapa

precontractual los acuerdos de las partes que se consignen, bien sea en las cartas de intención u otro tipo de comunicaciones, para iniciar la etapa negocial con deberes secundarios que deben cumplirse por las partes. Esto evita, entre otras cosas, rupturas injustificadas en las negociaciones, así como ocultamiento de información relevante que debe ser conocida por una de las partes.

En tribunales internacionales cuando se ha tocado el tema de la buena fe se ha llegado a la conclusión:

la obligación [a la buena fe] no garantiza que el contrato final sea concluido si las dos partes se comportan concorde con su obligación, como diferencias de buena fe que se dan en el curso de la negociación de asuntos abiertos que previenen alcanzar el contrato final. También es posible que ambas partes pierdan el interés si las circunstancias cambian y mutuamente abandonarán el acuerdo (...) el Acuerdo y específicamente negociar por la buena fe estipulada en él, será válida, vinculante y ejecutable bajo los principios generales del derecho.<sup>65</sup>

En otras palabras, la buena fe en las tratativas preliminares no es simplemente un principio de conducta sino una obligación de la que se derivan deberes en la etapa precontractual.<sup>66</sup>

62 Ibid.

63 Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. La doctrina de los actos propios: un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1963, p. 137.

64 La Corte Constitucional ha sostenido que “La buena fe es reconocida como un principio general de derecho a través del cual se adopta el valor ético y social de la confianza. Este principio se encuentra consagrado expresamente en el artículo 83 de la Carta Política y, por su intermedio, se le impone a los particulares y a las autoridades públicas el deber moral y jurídico de ceñir sus actuaciones a los postulados que la orientan —lealtad y honestidad—. (Corte Constitucional. Sentencia C-982 de 2001. M. P.: Rodrigo Escobar Gil).

65 INTERNATIONAL COURT OF ARBITRATION. Case No. 8540 [en línea]. [Consultado 12.11.12]. Disponible en: <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=2&do=case&id=644&step=FullText>.

66 En el derecho anglosajón comportarse siguiendo el postulado de buena fe no es imperativo, pues las partes pueden renunciar a ella, como lo sugiere Farnsworth: “las Cortes en los Estados Unidos han reconocido que las partes tienen libertad de negociar, sin riesgo de incurrir en responsabilidad precontractual afirmando a su vez que el deber de buena fe o *fair dealing* no se extiende a las negociaciones preliminares. (FARNSWORTH, Allan. Contracts. 3rd edition. New York:

## A. Deberes derivados de la buena fe en las tratativas preliminares

En lo que se ha denominado la *etapa precontractual* hay una serie de deberes que se derivan del postulado general de la buena fe consagrado en el art. 863 del C. Co. tales como: (i) el deber de información, (ii) el deber de confidencialidad, (iii) el deber de protección y conservación, y finalmente (iv) el deber de no abandonar sin justa causa las negociaciones. A continuación explicaré con detalle cada uno de estos deberes y cómo la jurisprudencia nacional ha venido modulando su alcance.

(i) *Deber de información.* Informar no es otra cosa que dar noticia sobre aspectos relevantes —jurídicos, financieros o de otra índole— que el comprador deba conocer sobre la cosa o la sociedad que pretende adquirir. Sin embargo la pregunta inevitable es ¿hasta qué punto una información es relevante y cuando no? El *criterio de relevancia* puede entenderse como toda información que *pueda* afectar la decisión del comprador. De manera que el criterio no exige que la información, en efecto, afecte la decisión del comprador, sino tan solo que sea *meramente posible* que lo haga. Algunos doctrinantes sugieren, tomando otro criterio, que “se debe informar todo aquello que contribuya a fortalecer el consentimiento”.<sup>67</sup> Ahora bien, el deber de información no implica una actitud pasiva por

parte del receptor, de ahí que nuestra legislación<sup>68</sup> le imponga unas cargas de prontitud para llevar a cabo de manera suficiente procedimientos como la debida diligencia, mejor conocida en el mundo anglosajón como *due diligence*.<sup>69</sup> Este deber de información es una carga que pretende contrarrestar los problemas de *asimetría de información*, como se verá más adelante en la sección sobre el análisis económico del derecho de las tratativas preliminares. Es claro que el vendedor, por lo general, tiene una posición dominante al comienzo de las negociaciones al tener a su disposición toda la información sobre el objeto que se está negociando, por ello la buena fe le impone el deber de evitar un *comportamiento oportunista* para aprovecharse de esa asimetría de información.

La Corte Suprema de Justicia ha sostenido que

dentro de los deberes de corrección y lealtad que se exigen a toda persona que emprenda tratos negociales, se encuentra el que atañe con las informaciones o declaraciones que está llamado a suministrar, cuando a ellas hay lugar, en relación con el objeto, circunstancias o particularidades del acuerdo en camino de consumación, y cuya importancia, si bien variable, resulta substancial para efectos de desbarazar el consentimiento del destinatario de artificios o vicios que lo afecten.<sup>70</sup>

Aspen Law & Business, 1999, p. 194-195).

67 RENGIFO, Ernesto. El deber precontractual de información [en línea]. [Consultado 12.11.12]. Disponible en: <http://www.garridorengifo.com/bienvenidos/doc/EI%20Deber%20Precontractual%20de%20Informacion.pdf>

68 Art. 19 del Código de Comercio.

69 Cf. CASTRO, Marcela. Due Dilligence en los negocios internacionales. Revista de Derecho Privado. No. 25. Octubre de 2000. p. 129-140.

70 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia de 4 de abril del 2001. M. P.: Jorge Antonio Castillo Rugeles.



La finalidad del deber de información, según esta modulación jurisprudencial, es perfeccionar el consentimiento y evitar vicios que lo afecten bien sea por error *in substantia*<sup>71</sup> o por *dolo dirimente*<sup>72</sup> que pueden implicar una nulidad relativa<sup>73</sup> al eventual contrato. Así lo ha determinado también los *Principios Unidroit* cuyo art. 3.8 consagra lo siguiente: “Una parte puede anular el contrato si fue inducida a celebrarlo mediante maniobras dolosas de la otra parte, incluyendo palabras o prácticas, o *cuando dicha parte omitió dolosamente revelar circunstancias que deberían haber sido reveladas conforme a criterios comerciales razonables de lealtad negocial*”.<sup>74</sup> Según la segunda hipótesis la violación al deber de información puede tener como consecuencia la nulidad por vicios en el consentimiento.

Otra fuente relevante en términos hermenéuticos pero jurídicamente inaplicable es el anteproyecto del *Código Europeo de Contratos* en donde se regula el deber de información en el art. 7.1: “En el curso de las negociaciones, cada una de las partes tiene el deber de informar a la otra sobre toda circunstancia de hecho y de derecho de la que tenga o deba tener conocimiento y que permita a la otra darse cuenta de la validez del contrato y del interés en concluirlo.” Este artículo permite entender que el criterio y el alcance del deber de información en las tratativas preliminares es: (a) toda información que se

conozca o que se *deba conocer* y (b) que dicha información complete o perfeccione el consentimiento y el interés de las partes.

(ii) *Deber de confidencialidad*. El deber de secreto, por lo general, se estipula en un acuerdo de confidencialidad que es un documento anexo a la carta de intención o al memorando de entendimiento, y que tiene como finalidad imponer una obligación de reservarse la información obtenida en las negociaciones previas para evitar su divulgación o su utilización en aras de obtener un beneficio en el mercado.<sup>75</sup> La razón de este deber no es otro distinto a que en las negociaciones previas el vendedor puede revelar cierta información técnica, financiera, de mercadeo o de otro tipo que involucre el *know how* del negocio con el fin de incentivar al posible comprador, quien tiene el deber de confidencialidad con respecto a esta información.<sup>76</sup> En el derecho norteamericano se han presentado casos en los que las partes no estipulan expresamente qué información es confidencial y cuál no, y a pesar de eso los tribunales consideran que ambas partes tenían el deber de confidencialidad

71 Art. 1511 del Código Civil.

72 Art. 1515 del Código Civil.

73 Art. 900 del Código de Comercio.

74 Principios UNIDROIT. *Cursivas mías*.

75 En Colombia la Ley 256 de 1996 sobre competencia desleal consagra en el art. 16 como un acto de competencia desleal: “la divulgación o explotación, sin autorización de su titular, de secretos industriales o de cualquiera otra clase de secretos empresariales a los que se haya tenido acceso legítimamente pero con deber de reserva, o ilegítimamente...”.

76 Al redactar esta cláusula no solo se recomienda que incluya la obligación de abstenerse de divulgar la información confidencial (obligación negativa), sino también las formas y los estándares de seguridad que deben adoptarse para evitar que la información sea accedida por personal no autorizado. En este sentido se recomienda una redacción similar a esta: “La información relevante aquí revelada no podrá ser divulgada por ningún medio, ni directa ni indirectamente, a terceros sin la previa autorización escrita de la parte reveladora. La parte reveladora tendrá la obligación de mantener la información confidencial bajo el mismo o mayor estándar de seguridad y cuidado con el que protege su información personal frente a personal no autorizado.”

sobre toda la información proporcionada así no hubiera sido catalogada como confidencial.<sup>77</sup>

Los *Principios Unidroit*, por su parte, también consagran un deber de confidencialidad en el art. 2.1.16.: “Si una de las partes proporciona información como confidencial durante el curso de las negociaciones, la otra tiene el deber de no revelarla ni utilizarla injustificadamente en provecho propio, independientemente de que con posterioridad se perfeccione o no el contrato. Cuando fuere apropiado, la responsabilidad derivada del incumplimiento de esta obligación podrá incluir una compensación basada en el beneficio recibido por la otra parte”.<sup>78</sup> El *Anteproyecto del Código Europeo de Contratos* en el art. 8 plasma una disposición muy similar: “Las partes tienen el deber de hacer un uso reservado de las informaciones que obtengan de manera confidencial en el transcurso de las negociaciones”.

Por lo tanto, el *deber de confidencialidad* se entiende incluido independientemente de la suscripción de un documento como el acuerdo de confidencialidad, sin embargo es aconsejable para evitar contingencias añadir en la carta de intención una cláusula expresa de confidencialidad, que es una obligación jurídicamente vinculante. En caso de no cumplirse esa obligación, el

perjudicado puede solicitar una indemnización<sup>79</sup> por los perjuicios causados por la revelación de la información.

(iv) *Deber de protección y conservación*. Este deber no ha sido desarrollado suficientemente por la doctrina o la jurisprudencia. Algunos sostienen que debe entenderse a partir de una interpretación analógica con el *deber de mitigación de riesgos en la etapa contractual*<sup>80</sup>, es decir, el deber que tiene una parte no solo de conservar la cosa y evitar cualquier detrimento patrimonial que se le cause en el *iter negocial*, sino también de velar por su protección y los daños que le pueden ser inducidos *por causa de* las negociaciones.

(v) *Deber de no terminar las negociaciones injustificadamente*. En este punto es necesario establecer una distinción entre el principio de la autonomía privada que les permite a las partes no contratar si así lo desean, y el principio de buena fe materializado en la confianza que se le puede dar a la contraparte de que eventualmente se va a celebrar el contrato. Este deber se incluye en la segunda parte, puesto que terminar las negociaciones sin justa causa puede dar lugar a indemnizar a la contraparte.<sup>81</sup> Los *Principios Unidroit*

77 *Seager vs. Copydex. Ltd.* 1967. 2 All ER 415.

78 Los *Principios europeos de los contratos* también incluyen una disposición prácticamente idéntica en el art. 2:302 titulado *quiebra de confidencialidad*: “Si en el transcurso de las negociaciones una parte comunica a la otra alguna información confidencial, la segunda tiene la obligación de no divulgar dicha información y de no utilizarla para sus propios fines, con independencia de que el contrato llegue a celebrarse o no...”.

79 Art. 934 del Código de Comercio.

80 Jorge Oviedo utiliza la *Convención sobre compraventa internacional de mercaderías* para sostener que el art. 77 puede interpretarse analógicamente para la etapa precontractual. Dicho artículo consagra: “La parte que invoque el incumplimiento del contrato deberá adoptar las medidas que sean razonables, atendidas las circunstancias, para reducir la pérdida, incluido el lucro cesante, resultante del incumplimiento. Si no adopta tales medidas, la otra parte podrá pedir que se reduzca la indemnización de los daños y perjuicios en la cuantía en que debía haberse reducido la pérdida.” (Cf. OVIEDO. *Op. cit.*, p. 100).

81 Este deber se le atribuye a Salleilles.

establecen en el art. 2.1.15. lo siguiente: “(2) la parte que negocia o interrumpe las negociaciones de mala fe es responsable por los daños y perjuicios causados a la otra parte. (3) En particular, se considera mala fe que una parte entre en o continúe negociaciones cuando al mismo tiempo tiene la intención de no llegar a un acuerdo.” De manera que el deber de no interrumpir injustificadamente las relaciones supone una *coherencia entre la intención y la conducta desplegada en las negociaciones*. Esta coherencia genera ciertas expectativas en la contraparte con respecto al futuro de las negociaciones, razón por la cual disociar la intención del acto en el *iter negocial* supone una mala fe y una obligación de indemnizar a la parte perjudicada.

### ***B. Los efectos jurídicos de incumplir los deberes derivados de la buena fe en las tratativas preliminares y sus remedios legales***

La violación de los deberes antes mencionados tiene como consecuencia directa la *culpa in contrahendo*.<sup>82</sup> En la doctrina no hay unanimidad sobre si la violación a la buena fe, que hace parte de la etapa precontractual, supone una responsabilidad extracontractual o contractual.<sup>83</sup> Los primeros sugieren que únicamente

después de la celebración de un contrato puede hablarse de responsabilidad contractual, por lo tanto todo daño derivado de las relaciones previas al contrato debe ser responsabilidad extracontractual (*aquilliana*). Mientras que los segundos sostienen que hay obligaciones específicas en la etapa precontractual que se derivan del documento escrito que consigna la intención de negociar o del postulado de buena fe y los deberes que de ella se derivan. Hay doctrinantes que, a partir de un estudio de derecho comparado, sostienen una tercera alternativa a la manera como se aborda la responsabilidad precontractual:

Pre-contractual liability is qualified as: (1) contractual or quasi-contractual liability imposed for breach of the implied agreement to act fairly at the pre-contractual stage (e.g., this position is adhered to by German and English law); (2) tort liability (e.g., in French law); or (3) liability for breach of a promissory estoppel (common law systems).<sup>84</sup>

Según esta clasificación, en Colombia nos asemejaríamos al sistema francés, puesto que la responsabilidad en las tratativas preliminares

82 Esta noción se le atribuye a Rudolph von Ihering por su texto: *Culpa in contrahendo, oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen*. 1861. Su origen reside en que Ihering descubrió un vacío en la teoría clásica de la formación del contrato, como un encuentro entre las mentes, pues pensó en situaciones donde un error o negligencia de una de las partes contratantes hace más onerosa la prestación para otra, y por tanto se adquiere el derecho de reclamar por los daños causados (interés negativo) en el curso de la etapa precontractual (Ver: KESSLER, Friedrich. *Op. cit.*, p. 401-449).

83 En el derecho alemán se ha positivizado lo que la doctrina denomina responsabilidad precontractual en el art. §241 y §311 del *Bürgerliches*

*Gesetzbuch (BGB)*: “§241 “(2) El contenido de la relación obligatoria puede obligar a que cada parte tenga en consideración los derechos, bienes jurídicos e intereses de la otra parte”. El art. §311 afirma lo siguiente: “(2) Una relación obligatoria con deberes según lo previsto en el §241, apartado 2, nace también mediante: 1. La iniciación de negociaciones contractuales. 2. La preparación de un contrato mediante el cual una parte concede a la otra, con vistas a una eventual relación negocial, la posibilidad de poder influir en sus derechos, bienes jurídicos e intereses, o se los confía, o bien, 3. Contactos análogos de carácter negocial”. Estos dos artículos configuran el ámbito de la responsabilidad precontractual.

84 KUCHER, Alyona. Pre-contractual Liability: Protecting the Rights of the Parties Engaged in Negotiations. NYU paper doc. 2004 [en línea]. [Consultado en 12.11.12]. Disponible en: <http://centers.law.nyu.edu/jeanmonnet/archive/fellowsforum/Kucher-paper.rtf>.



se equipara a una responsabilidad extracontractual. La Corte Suprema de Justicia ha sostenido lo siguiente al respecto: “la responsabilidad en que podrían incurrir las partes de este proceso no era de naturaleza contractual sino extracontractual, y más concretamente precontractual”.<sup>85</sup> En otras providencias ha reiterado la tesis *extracontractual* afirmando que “como en la etapa precontractual “no existe todavía contrato”, ello implica que en esa fase el tipo de responsabilidad que surge es la común para “delitos y las culpas” (C. C., art. 2341), mas no la derivada de una relación contractual”.<sup>86</sup> De manera que en Colombia se utiliza la tesis según la cual toda violación a los deberes derivados de la buena fe y de otras condiciones en las tratativas preliminares que sean indicativas de un distanciamiento del postulado de buena fe son cobijadas por la responsabilidad extracontractual.

En la jurisprudencia colombiana la equiparación de la responsabilidad precontractual a la extracontractual tiene como efecto práctico que solo será indemnizable lo que se denomina *el interés negativo*. El interés negativo consiste “en la pérdida que se origina al violar la expectativa que se tenía en no ser lesionado en el ejercicio de la libertad contractual, por haber confiado en la conclusión del contrato que no se celebre o que sea declarado nulo. Por su parte, el interés positivo consiste en el interés en la celebración y ejecución del contrato que conlleva el daño

emergente y el lucro cesante”.<sup>87</sup> Lo relevante es que en el interés negativo no cabe el lucro cesante por las pérdidas dejadas de percibir, sino únicamente por aquellas pérdidas que se hayan materializado efectivamente.<sup>88</sup> La Corte Suprema de Justicia ha señalado que únicamente puede pedirse el *interés negativo* por una “responsabilidad precontractual”:

Los participantes perjudicados tienen derecho a una indemnización cuya medida ya no se encadena con el interés de cumplimiento o interés positivo —exigible únicamente en la hipótesis de contratos efectiva y válidamente celebrados—, sino que vendrá dada por el que comúnmente se llama “interés negativo o de confianza”, ordenado por definición hacia el restablecimiento de la situación patrimonial negativa en la que puedan encontrarse aquellos por la confianza que tuvieron en que el curso normal de la negociación no se interrumpiría (...) por el primero de aquellos conceptos —daño emergente— el damnificado podrá demandar el reembolso de los gastos ocasionados con motivo de tales negociaciones, mientras que a título de ganancias frustradas habrá lugar a reclamar beneficios ciertos que se hayan dejado de percibir en razón de las actuaciones

85 COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia de 28 de junio de 1989. M. P.: Rafael Romero Sierra.

86 COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia de 11 de mayo de 1970.

87 OVIEDO, Jorge. *Op. cit.*, p. 109.

88 Esta posición es compartida por los *Principios Europeos de Contratos* según los cuales se sostiene lo siguiente: “Las pérdidas de las que responde la persona que actuó de manera contraria a la buena fe incluyen los gastos en que se haya incurrido (...); el trabajo realizado (...) y las pérdidas sufridas en transacciones que se hayan llevado a cabo basándose en el contrato que se esperaba celebrar (...). En algunos casos también puede compensarse la pérdida de oportunidades. No obstante, la parte perjudicada no puede reclamar que se le devuelva a la posición en la que se encontraría de haberse celebrado correctamente el contrato. No resulta de aplicación el artículo 9:502.” (LANDO, Ole y BEALE, Hugh. *Principios de derecho europeo de contratos. Partes I y II*. Edición española a cargo de Pilar Barres Benlloch, José Miguel Embid Irujo y Fernando Martínez Sanz. Madrid: Colegios Notariales de España, 2003, p. 268).

precontractuales que no progresaron debido al retiro injustificado de la otra parte, este último teniendo en cuenta, obviamente, que no se trata del lucro cesante por incumplimiento de la propia relación negocial proyectada.<sup>89</sup>

Quizás una de las excepciones al interés negativo sería la violación de un deber derivado como el de confidencialidad, pues en este caso el afectado no solo tiene derecho, siguiendo las directrices de los *Principios Unidroit* y de los *Principios europeos de contratos*, a una indemnización por la pérdida incurrida por confiar en la negociación, sino también a una indemnización recíproca al beneficio obtenido por la otra parte al divulgar o utilizar la información. Por lo tanto el incumplimiento de deberes derivados de la buena fe sí tiene efectos jurídicos y puede ser óbice para exigir una indemnización en los términos antes descritos.

En la jurisprudencia norteamericana existe un fallo paradigmático de Richard Posner sobre el interés positivo o lo que se denomina en el derecho anglosajón *benefit of the bargain rule*. El caso *Venture Associates Corp. v. Zenith Data Systems Corp.*<sup>90</sup> versaba sobre la adquisición por parte de Venture de ZDS. Con ese propósito se decidió firmar una carta de intención con el fin de iniciar las negociaciones formalmente y pactar unas condiciones respecto de la adquisición. Sin embargo el tribunal elaboró la conocida *Venture Rule* que consiste en lo siguiente:

89 COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil, Sentencia de 23 de noviembre de 1989. M. P.: José Alejandro Bonivento Fernández.

90 UNITED STATES COURTS OF APPEALS. Seventh Circuit. *Venture Associates Corp. v. Zenith Data Systems Corp.*, 96 F.3d 275. 1996.

[I]f the plaintiff can prove that had it not been for the defendant's bad faith the parties would have made a final contract, then the loss of the benefit of the contract is a consequence of the defendant's bad faith, and, provided that it is a foreseeable consequence, the defendant is liable for that loss—liable, that is, for the plaintiff's consequential damages.<sup>91</sup>

Detrás de esta regla jurisprudencial elaborada por Richard Posner se encuentra una lectura económica de las tratativas preliminares, pues con el fin de desincentivar la mala fe de los negociantes se los expone, aunque de manera remota, a tener que pagar por lo que la contraparte dejó de percibir por no celebrar el contrato definitivo por causa de la mala fe de la otra parte.

#### IV. ACUERDO DE CONFIDENCIALIDAD

El acuerdo de confidencialidad puede ser definido como un contrato en el cual una o las dos partes se obligan a mantener en reserva la información obtenida que, en el caso de una compraventa de acciones o de una operación de adquisición de empresa, es: estados financieros, información técnica, estrategias de mercado, *know-how*, estados jurídicos y todo otro tipo de información que se obtenga en el *disclosure* durante la debida diligencia y las negociaciones.

Generalmente los *sujetos* que quedan cobijados por el acuerdo de confidencialidad son todos los representantes (*representatives*) o afiliados de

91 Ibid.

la otra parte. El objeto que debe quedar en reserva es toda la información revelada durante el *iter negocial*, denominada técnicamente material de evaluación (*evaluation material*). Generalmente se introduce una cláusula en la cual se deje constancia expresa de que el único uso del material de evaluación será la inspección para efectos de la negociación del contrato final o de la transacción. También se establece que la única excepción a la anterior es si la parte propietaria de la información autoriza expresamente su uso para otros propósitos. Otra contingencia que suele preverse en el diseño del acuerdo de confidencialidad es que si una autoridad judicial, por medio de mandato judicial, obliga a la parte que recibe la información que la revele, esa parte tendrá que avisar inmediatamente a la propietaria de la información. Asimismo se pacta una cláusula según la cual si hay una ruptura de negociaciones, la parte que recibió la información tiene el deber de devolver o destruir toda esa información dentro de un plazo pactado. Tampoco podrá hacer copias ni otro tipo de sustitutos de la información obtenida. Finalmente, una cláusula que es de mucha utilidad para el vendedor (quien suministra la información), es titulada *completeness and accuracy of evaluation material*, que no es otra cosa que reservarse el derecho de qué información suministrar y cuándo hacerlo. La utilidad, como se verá más adelante, es que le permite al vendedor tener una posición dominante por causa de la *asimetría de información* que se mantiene entre él y el comprador, y que puede ser un factor definitivo para la determinación del precio. El documento de la American Bar Association in-

cluye una cláusula referida a indemnizaciones, según la cual las partes aceptan que la compensación en dinero no es suficiente y por tanto se le puede obligar a la parte que incumplió el acuerdo de confidencialidad a hacer o dejar de hacer algo (*injuctions*) sin que haya que probar ningún daño actual o irreparable.<sup>92</sup>

Este documento puede tener independencia de la carta de intención e incluso es considerado vinculante jurídicamente para las partes, razón por la cual no solo se tiene derecho a la indemnización pactada, sino también a todo lo derivado de la responsabilidad *contractual*, puesto que este documento se equipara a un *contrato preliminar* que incluye obligaciones y derechos para las partes. De manera que la acción de responsabilidad contractual con el fin de cumplir el contrato o rescindirlo, más la indemnización de perjuicios, es viable en este caso.

### A. Cláusulas de exclusividad

Las cláusulas de exclusividad son relevantes principalmente porque, por lo general, son una de las prioridades del comprador en una operación de adquisición de una compañía. La razón es sencilla: esta cláusula, al excluir a otros potenciales compradores, le otorga al comprador una posición dominante en la negociación con el fin de establecer un precio más favorable a sus intereses. Según el modelo de la American Bar Association se pactan las consecuencias en caso de un incumplimiento, que varían desde

92 Cf. AMERICAN BAR ASSOCIATION. Confidentiality Agreement, 2010.

los gastos en los que incurrió el comprador durante las negociaciones (como los consultores financieros y jurídicos) hasta un *break-up fee*, en caso de que el vendedor decida terminar las negociaciones por una oferta de un tercero.

Se puede observar que en las negociaciones previas el comprador tiene el incentivo de pactar en la carta de intención una cláusula de exclusividad para adquirir una posición más dominante en la negociación, mientras que el vendedor busca revelar lo menos posible de información para mantener la asimetría de información en la negociación a su favor, y pactar, si lo desea, algunos remedios, representaciones y garantías en la carta de intención para limitar su responsabilidad eventual. Para entender mejor estos incentivos en sistemas de cooperación y competencia es pertinente hacer un análisis económico de las tratativas preliminares para concluir y dar algunas respuestas en aras de volver más eficiente el *iter negocial o precontractual*.

A pesar de este breve barrido sobre la naturaleza, la función, el marco regulatorio y los remedios legales relativos a las cartas de intención, memorandos de entendimiento y todo lo referente a la buena fe contractual, esta etapa precontractual o negocial debe ser abordada también desde una perspectiva económica. La razón de ello es que actualmente no hay suficientes fuentes legales o jurisprudenciales para dar una versión definitiva de las tratativas preliminares, por eso la corriente conocida como *análisis económico del derecho* de la que son principales ejemplos Ronald Coase, Richard Posner, Robert Cooter y Thomas Ullen, entre

otros, da una justificación económica para autorregular las tratativas preliminares con el fin de proporcionar seguridad jurídica a los negocios.

## V. UNA APROXIMACIÓN DESDE EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO A LAS TRATATIVAS PRELIMINARES

A continuación se llevará a cabo un análisis económico del derecho, para entender y buscar una solución eficiente al comportamiento oportunista de las partes negociantes: el vendedor tiene el incentivo de no revelar toda la información para tener control sobre la negociación en el sentido que la información asimétrica está a su favor y puede incidir en el valor de la compañía, mientras que el comprador busca una revelación total de la información, así como pactar una cláusula de exclusividad.

### A. MODELO DE NEGOCIACIÓN PRECONTRACTUAL Y TRATATIVAS PRELIMINARES

Una forma de representar de manera formal esta situación de intereses contrapuestos es mediante un *modelo de la teoría de juegos basado en decisiones conjuntas y equilibrio negociado*<sup>93</sup>. Para incorporar un componente de negociación en un juego no-cooperativo se incluyen *nodos de decisión conjunta* en el modelo. Un nodo de decisión conjunta es una descripción abreviada de la negociación entre las partes sobre algún aspecto en particular (ej. lle-

93 Cf. WATSON, Joel. *Strategy*. New York: Norton & Company, 2008.

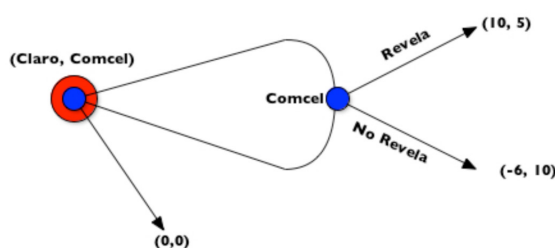
var a cabo una fusión entre dos empresas). Por tanto, un nodo de decisión conjunta representa una situación donde las partes llevan a cabo negociaciones y establecen un contrato. En el árbol de decisiones las decisiones conjuntas se presentarán como un doble círculo para diferenciarlas de los nodos de decisión individual. Las distintas ramas representan las alternativas disponibles entre las partes. Adicionalmente, en cada nodo de decisión conjunta se designa una “decisión por defecto” o *statu quo*. Si las partes no llegan a ningún acuerdo se implementa la decisión por defecto.

A modo de ejemplo supongamos una negociación entre dos sociedades: Claro y Comcel. En primer lugar, Claro (comprador), que tiene un gran interés en adquirir Comcel (vendedor) le informa a dicha sociedad el interés en la transacción. Las partes inician negociaciones para determinar las condiciones. Una vez lleguen a un acuerdo, cada parte buscará adoptar un *comportamiento oportunista* para maximizar su propio beneficio. Por un lado, a Claro le favorece que Comcel le conceda una cláusula de exclusividad para asegurar que no se presente ningún otro comprador potencial. Además, buscará que le revele toda la información relevante de la compañía para analizar los detalles de la sociedad que va a adquirir (elimina información asimétrica) y poder determinar si hay vicios ocultos que puedan afectar la adquisición. Comcel, por su parte, intentará evitar cualquier tipo de cláusula que limite su posibilidad de venta exclusivamente a Claro y tendrá interés en entregar el mínimo posible de información, pues en caso de no lle-

varse a cabo la transacción su competidor conocerá información privilegiada de su negocio.

Sin las tratativas preliminares (incluyendo todos los documentos que he analizado en este escrito) y el principio de buena fe, el comportamiento oportunista de las partes haría casi imposible llevar a cabo la transacción, pues una de ellas saldría menos favorecida con el acuerdo (Claro, si recibe poca información y luego encuentra vicios ocultos; Comcel, si entrega información esencial sobre su negocio y no se lleva a cabo la transacción). Las tratativas preliminares, junto con el principio de la buena fe, mitigarán este comportamiento estratégico de las partes. Esto llevará a situaciones eficientes, donde tanto comprador como vendedor enfrentarán costos al incurrir en comportamientos oportunistas.

Modelo de Negociación Precontractual y Tratativas Preliminares



Como puede observarse en el modelo, en el *nodo de decisión conjunta* (punto rojo/azul) Claro y Comcel conjuntamente determinan que se llevará a cabo una fusión por absorción, donde Claro será la sociedad absorbente y Comcel la sociedad *target*. Si las partes deciden no llevar a cabo el acuerdo se llegará a la “decisión por defecto” y la fusión no se realizará dejándolas en el mismo lugar en que estaban antes de iniciar negociaciones (matriz de *pay-offs* (0,0)). Si, por



el contrario, las partes deciden llevar a cabo la fusión, hay dos posibilidades.

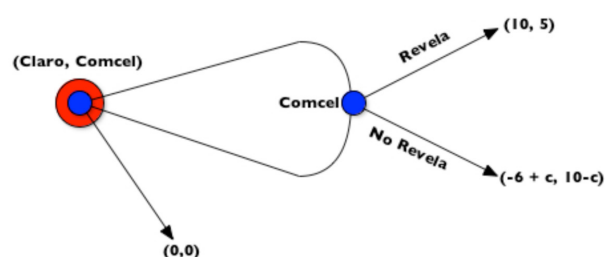
**Escenario 1.1 – No revelar información relevante (non-disclosure):** luego de acordar llevar a cabo la fusión Comcel podrá, aprovechándose de la información asimétrica, esconder información de gran relevancia para el comprador Claro (escoge la estrategia “No Revela”). Este comportamiento oportunista generaría un beneficio de, por decir algo, 10 millones de dólares para Comcel y una pérdida de 6 millones de dólares para Claro, pues los accionistas de Comcel reciben un precio mucho más alto por la compra y Claro encontrará luego vicios ocultos que reducen el valor del *target*, lo que vuelve esto un mal negocio para el comprador. Por tanto, en este escenario la matriz de *pay-offs* es (-6, 10).

**Escenario 1.2 – Revelar información relevante (disclosure):** una vez se llegue a un acuerdo sobre la fusión y se tome la decisión conjunta de seguir adelante, Comcel efectivamente revela toda la información sobre su negocio (escoge “Revela”). En este escenario Comcel solo recibe un beneficio, digamos, de 5 millones de dólares (en vez de los 10 millones del escenario anterior), pues al destapar los problemas y vicios de la compañía el comprador pagará un menor precio por adquirirla. Por otro lado, Claro recibe un beneficio de 10 millones de dólares, a diferencia de la pérdida del escenario anterior, pues logra eliminar asimetrías de información y conoce todos los vicios del *target*, lo que hará que su oferta tenga en cuenta esos problemas reduciendo así el monto a pagar. En este escenario la matriz de *pay-offs* es (10, 5).

Como se advierte en el modelo anterior, si bien ambas partes pueden aumentar el valor con el acuerdo, el comportamiento oportunista y los incentivos incompatibles conllevan a una situación ineficiente: Comcel tendrá incentivos para esconder información y recibir un precio mucho más alto. Anticipando las consecuencias, Claro se niega a llevar a cabo la fusión, pues sabe que Comcel tendrá interés en no revelar información relevante, lo que le implicaría pérdidas si realiza la compra. Por esta razón, el resultado sin este tipo de acuerdos preliminares en la etapa precontractual es ineficiente, pues el resultado es no llevar a cabo la fusión con una matriz de *pay-offs* (0,0), habiendo un escenario socialmente óptimo pues tiene una matriz de *pay-offs* (10,5).

La implementación de acuerdos precontractuales y el principio de buena fe mitigan los problemas de comportamiento oportunista y de información asimétrica. Las partes involucradas establecen “sanciones” para la parte que incumpla las obligaciones o actúe de mala fe. Esto hará que estos acuerdos impongan verdaderos costos (c) a la parte oportunista llevando a que el resultado de la negociación sea eficiente.

Modelo de Negociación Precontractual y Tratativas Preliminares



**Escenario 2.1 – No revelar información relevante (non-disclosure):** a diferencia del modelo anterior, en este escenario cuando las partes deciden conjuntamente llevar a cabo la fusión y el vendedor, en este caso Comcel, decide de mala fe no revelar alguna información delicada sobre algunos problemas de la compañía surgen costos ( $c$ ) (ej. indemnizaciones) contra la parte que actúa de forma oportunista. En este caso, los acuerdos preliminares impondrán una sanción a Comcel, que representará una transferencia de utilidad constituida por el costo de la sanción ( $c$ ). Claro recibirá una indemnización ( $+c$ ) que deberá ser pagada por Comcel ( $-c$ ). Así, la matriz de *pay-offs* cuando se escoge “No Revelar” será  $(-6+c, 10-c)$ .

**Escenario 2.2 – Revelar información relevante (disclosure):** con la implementación de tratativas preliminares y la aplicación del principio de buena fe se logra el resultado eficiente, pues se hace más oneroso para las partes incurrir en comportamientos oportunistas o de mala fe y se alinean los incentivos individuales y sociales.

$$\pi_{Revelar} > \pi_{No Revelar} = 5 > 10 - c$$

Es decir, cuando el beneficio de comportarse estratégicamente (escoger “no revelar”) es menor al de comportarse honestamente (“revelar”); en otras palabras, cuando la sanción ( $c$ ) elimina el incentivo de comportarse de manera oportunista o de mala fe. Para este caso particular, la sanción debe ser mayor a 5 millones de dólares ( $c > 5$ ) para asegurar un *equilibrio eficiente de negociación*. Cuando esto sucede, el equilibrio siempre será el de llevar a cabo la fusión y, ade-

más, que Comcel cumpla con la obligación de entregar toda la información relevante, llevando al resultado eficiente donde ambas partes se ven beneficiadas  $(10, 5)$ , a diferencia de la “decisión por defecto” de  $(0, 0)$  que era el resultado cuando no hay acuerdos precontractuales.

En conclusión, las tratativas preliminares y el principio de buena fe mitigan los problemas de comportamiento oportunista y de asimetrías de información. De no existir estos acuerdos el resultado en las relaciones contractuales sería ineficiente: no llevar a cabo una fusión mutuamente beneficiosa. Las tratativas preliminares y postulados como la buena fe aseguran que el equilibrio de negociación sea eficiente y el resultado socialmente óptimo.

## VI. CONCLUSIÓN

Como vimos, el análisis económico permite entender cómo se vuelven más eficientes las tratativas preliminares a partir de una posible judicialización (*enforceability*) de los tribunales. Desde el ámbito jurídico la doctrina no ha desarrollado *in extenso* el tema de las tratativas preliminares, en especial todo lo relativo a las cartas de intención, memorandos de entendimiento, acuerdos de confidencialidad y otros documentos que se redactan en el *iter negocial* o precontractual de los negocios. En Colombia solo contamos con jurisprudencia y el postulado de buena fe precontractual. Aún así los modelos de teoría de juegos nos permiten entender, a grandes rasgos, cómo mitigar los costos de los comportamientos oportunistas en el proce-

so de fusión. El segundo *Restatemente of Contracts* en el parágrafo 26 afirma que entrar en tratativas preliminares no implica cerrar una negociación, todo lo contrario, pero yo sugiero que no por ello debemos asumir una postura *a priori* según la cual las tratativas preliminares no son vinculantes, pues esa regla aplicada de manera absoluta no ayudaría a contrarrestar el comportamiento oportunista de las partes. Este comportamiento es un factor determinante que siempre se tiene que tener en cuenta en un proceso de fusiones y adquisiciones, pues es una de las etapas iniciales que definirán el *modo* en el que se desarrollarán la negociación y la futura contratación.

En general, las tratativas preliminares se han venido desarrollando cada vez más, no solo porque su uso ha aumentado en el mundo de los negocios, sino también por las controversias jurídicas que se han presentado respecto de la naturaleza y los efectos jurídicos de estos documentos. En la actualidad se exige una mayor precisión, tanto doctrinal como jurisprudencial del tema, con el fin de evitar la inseguridad jurídica y facilitar el tráfico de los negocios, en especial, de la adquisición de compañías. La intención de este escrito era comenzar a organizar y esquematizar los documentos preliminares a los contratos y alertar sobre la existencia de un vacío jurídico que debe ser abordado: el punto entre la negociación sin efectos jurídicos y la negociación con efectos jurídicos, o mejor, entre una relación contractual y una relación negocial.

Considero, al igual que Fontaine, que en la redacción de cartas de intención o memorandos de

entendimiento de negocios complejos, las partes deben autorregular sus relaciones e incluir: (i) los contenidos de las negociaciones y los contenidos parciales del negocio definitivo, (ii) los criterios que determinan cuándo hay una ruptura injustificada en las negociaciones para así facilitar la prueba en un eventual proceso judicial, (iii) los remedios e indemnizaciones a que dan lugar una ruptura injustificada de las negociaciones y (iv) unas breves consideraciones respecto de los efectos que tendrán las cartas de intención que se hayan desarrollado en la etapa de negociación cuando el contrato definitivo se suscriba.<sup>94</sup> Estas autorregulaciones son un primer paso para darle seguridad jurídica a una práctica cada vez más frecuente y menos regulada.

## Bibliografía

- AMERICAN BAR ASSOCIATION. Model Confidentiality Agreement. 2010.
- AMERICAN BAR ASSOCIATION. Model Stock Purchase Agreement: Letter of Intent. 2010a.
- AMERICAN LOW INSTITUTE. BONIVENTO JIMÉNEZ, Javier. El contrato de promesa. Santiago de Chile: Ediciones Librería del Profesional, 1996.
- CARRASCO PERERA, Ángel. Cartas de intenciones, precontratos, responsabilidad in contrahendo y obligatoriedad de los tratos en la jurisprudencia española. En: Aranzadi Civil, vol. III, 2005, p. 2.372.

94 Cf. FONTAINE, Marcel y DE LY, Filip M. Op. cit., p. 44.



- CASTRO, Marcela. Due diligence en los negocios internacionales. En: Revista de Derecho Privado, n°. 25, octubre de 2000.
- COASE, Ronald. The Nature of the Firm. En: The Firm, the Market and the Law. London: University of Chicago Press, 1988.
- COLOMBIA. Alcaldía Mayor de Bogotá. Concepto 12886 de 2011.
- COLOMBIA. Código Civil.
- COLOMBIA. Código de Comercio.
- COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 256 de 1996.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-186 de 2011. M. P.: Humberto Antonio Sierra Puerto.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-982 de 2001. M. P.: Rodrigo Escobar Gil.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-468 de 2003. M. P.: Rodrigo Escobar Gil.
- COLOMBIA. CORTE DE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil y Agraria. Sentencia del 27 de marzo de 1998. M. P. José Fernando Ramírez Gómez. Exp. 4798.
- COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia de 11 de mayo de 1970.
- COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia de 23 de noviembre de 1989. M. P.: José Alejandro Bonivento Fernández.
- COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia de 28 de junio de 1989. M. P.: Rafael Romero Sierra.
- COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia de agosto 12 del 2002. M. P.: José Fernando Ramírez Gómez. Exp. 6151.
- CUETO, Santiago. Memorandum of Understanding and Letter of Intent: What's the Difference? [en línea]. [Consultado 09.11.12]. Disponible en: <http://www.internationalbusinesslawadvisor.com/2010/04/articles/business-transactions/memorandum-of-understanding-and-letter-of-intent-whats-the-difference/>
- DEUTSCHLAND. Deutsches Bürgerliches Gesetzbuch (BGB).
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. La doctrina de los actos propios: un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1963.
- ESPAÑA. TRIBUNAL SUPREMO. Sentencia de 3 de junio 1998 (RJ 3715).
- FARNSWORTH, Allan. Contracts. 3rd edition. New York: Aspen Law & Business, 1999.
- FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte y MAZEAUD, Denis. European Contract Law. Materials for

- Common Frame of Reference: Terminology, Guiding Principles, Model Rules. Munich: Sellier European Law Publisher, 2008, p. 150-202.
- FONTAINE, Marcel y DE LY, Filip. Drafting International Contracts. An Analysis of Contract Clauses. New York: Transnational Publishers Inc., 2006.
- FOSTER REED, Stanley. The Art of M&A: A Merger Acquisition Buyout Guide. New York: McGraw Hill, 2007.
- GUERRERO, Juan Francisco. La promesa de contrato [en línea]. [Consultado 02.04.13]. Disponible en: [www.dgalegal.com/doc/Promesa%20Contrato.pdf](http://www.dgalegal.com/doc/Promesa%20Contrato.pdf).
- INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW. Principios Unidroit sobre contratos comerciales internacionales. 2010.
- KESSLER, Friedrich. Culpa in Contrahendo, Bargaining in Good Faith, and Freedom of Contract: A Comparative Study. En: Harvard Law Review. January 1964, vol. 77, n.º. 3, p. 401-449.
- KUCHER, Alyona. Pre-contractual Liability: Protecting the Rights of the Parties Engaged in Negotiations [en línea]. NYU paper doc. 2004. Disponible en: <http://centers.law.nyu.edu/jeanmonnet/archive/fellowsforum/Kucher-paper.rtf>.
- LANDO, Ole; BEALE, Hugh. Principios de derecho europeo de contratos, partes I y II. Edición española a cargo de Pilar Barres Benlloch, José Miguel Embid Irujo y Fernando Martínez Sanz. Madrid: Colegios Notariales de España, 2003.
- MARÍN, Héctor Daniel. Concepción y eficacia de las letters of intent, los memoranda of understanding y los acuerdos de intenciones. EN: Noticias Jurídicas [en línea]. Disponible en: <http://noticias.juridicas.com/articulos/45-Derecho%20Civil/200902-75986542314568.html>.
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Convención de las Naciones Unidas sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías. 2010.
- OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo. Teoría general del contrato y del negocio jurídico. Bogotá: Editorial Temis, 2009.
- OVIEDO, Jorge. Tratos preliminares y responsabilidad precontractual. En: Vniversitas. Enero-junio 2008, n.º. 115 , p. 83-116.
- Principios Europeos de Contratos.
- RENGIFO, Ernesto. El deber precontractual de información [en línea]. Disponible en: <http://www.garridorengifo.com/bienvenidos/doc/El%20Deber%20Precontractual%20de%20Informacion.pdf>.
- SCHWEIZ. Zivilgesetzbuches (ZGB).

SCOTT, Alden. When is a letter of intent binding?  
DLA Piper Australia, 2011.

Second Restatement of Contracts.

UNITED STATES. COURTS OF APPEALS. Seventh  
Circuit. Venture Associates Corp. v. Zenith  
Data Systems Corp., 96 F.3d 275. 1996.

UNITED STATES. DISTRICT COURT MASSACHU-  
SETTS. Computer System of America, Inc. vs.

International Bus. Mach. Corp., 578 F. Supp.  
558 (D. Mass, 1983).

UNITED STATES. SUPREME COURT OF APPEALS.  
Reprosystem, B.V. v. SCM Corp., 727 F.2d 257  
(2d Cir.), cert. denied, 469 U.S. 828, 105  
S.Ct. 110, 83 L.Ed.2d 54 (1984).

UNITED STATES. SUPREME COURT OF APPEALS.  
Skycom Corp. vs. Telstar Corp. No. 86-1206,  
1987.