

La concepción y eficacia de las Autorizaciones a Proceder

por

HÉCTOR DANIEL MARÍN NARROS

Abogado

Doctor en Derecho

LLM University of California, Berkeley

SUMARIO

- I. CONCEPTO DE AUTORIZACIÓN A PROCEDER.
- II. CONCEPTO DE AUTORIZACIÓN A PROCEDER EN DERECHO ESTADOUNIDENSE.
- III. TRASLACIÓN DEL CONCEPTO DE AUTORIZACIÓN A PROCEDER AL DERECHO ESPAÑOL.
- IV. RECONOCIMIENTO DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL ESTADOUNIDENSE DE LAS AUTORIZACIONES A PROCEDER.
- V. EFECTOS DE LAS AUTORIZACIONES A PROCEDER:
 1. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LAS AUTORIZACIONES A PROCEDER EN DERECHO ESTADOUNIDENSE.
 2. EFICACIA DE LAS AUTORIZACIONES A PROCEDER EN DERECHO INGLÉS.
 3. EFECTOS DE LAS AUTORIZACIONES A PROCEDER EN OTROS ORDENAMIENTOS *CIVIL LAW*.
 4. TRASLACIÓN DE LA EFICACIA DE LAS AUTORIZACIONES A PROCEDER AL DERECHO ESPAÑOL.
- VI. CONCLUSIONES SOBRE LAS AUTORIZACIONES A PROCEDER.
- VII. BIBLIOGRAFÍA.
- VII. JURISPRUDENCIA COMENTADA.

I. CONCEPTO DE AUTORIZACIÓN A PROCEDER

La Autorización a Proceder es una figura precontractual que se utiliza con cierta frecuencia en el tráfico jurídico español, aunque no tiene un reconocimiento expreso en nuestro ordenamiento. Por ello, hay una gran inseguridad jurídica sobre su concepto y sus efectos.

El uso de esta institución precontractual viene motivado en gran medida por la fuerte influencia de los ordenamientos *Common Law* en la contratación internacional. Consecuentemente, en este artículo se va a estudiar la configuración de las Autorizaciones a Proceder en Derecho estadounidense y su correspondiente traslación al ordenamiento español.

II. CONCEPTO DE AUTORIZACIÓN A PROCEDER EN DERECHO ESTADOUNIDENSE

En primer lugar habría que decir que, como sucede con otras figuras precontractuales, las Autorizaciones a Proceder (*Instructions to Proceed, Notice to Proceed* o *Authorizations to Proceed*) también son denominadas en algunas ocasiones como *letters of intent* en el tráfico jurídico (1).

La doctrina estadounidense ha definido las Autorizaciones a Proceder como un instrumento precontractual «donde una parte desea que un potencial socio contractual comience la ejecución antes de la firma del contrato proyectado» (2).

El aspecto distintivo de esta clase de acuerdo precontractual es que, como su propio nombre sugiere, contiene unas instrucciones de iniciar la ejecución parcial de un contrato que aún no se ha suscrito. Esta configuración implica que durante la negociación, y antes de que el contrato definitivo se haya perfeccionado, una de las partes encomienda a la otra el comienzo de la ejecución conforme a unas condiciones básicas contenidas en la Autorización a Proceder. Algunas de las estipulaciones que generalmente se contemplan son (3):

- a) Una instrucción de empezar la ejecución, autorizando el gasto necesario para ello.

(1) Por ejemplo, este es el término que se emplea en la sentencia estadounidense *Quake Construction, Inc. v. American Airlines, Inc.*

(2) En concreto, en inglés: «*where one party desires that a potential contracting partner commence performance prior to the execution of a contract*». Cfr. LAKE y DRAETTA, *Letters of Intent and other Precontractual Documents. Comparative Analysis and Forms*, Butterworths, 2.^a ed., Londres, 1994, pág. 255.

(3) Vid. LAKE y DRAETTA, *op. cit.*, págs. 296 a 298, donde se contiene un ejemplo de Autorización de Proceder.

- b) El precio de la ejecución objeto de la Autorización a Proceder. Dicho precio está usualmente expresado en tarifas relacionadas con una medida de tiempo.
- c) Una limitación del objeto de la ejecución, que también está habitualmente asociado a una medida de tiempo o de coste incurrido.
- d) Una limitación de la responsabilidad en la que puede incurrir la parte que asume la obligación de ejecutar conforme a la Autorización a Proceder.
- e) La deducción de las cantidades que se pagarán al amparo de la Autorización a Proceder de las cantidades que se adeudarán en virtud del contrato definitivo. Aunque este aspecto también puede recogerse en el contrato proyectado.
- f) La deducción del plazo de ejecución empleado en la Autorización a Proceder del plazo de ejecución que se establecerá en el contrato final. Esta particularidad también puede contemplarse en el contrato definitivo.
- g) Las condiciones de resolución y extinción de la Autorización a Proceder. En este sentido, se suele vincular la extinción automática de la Autorización a Proceder a la celebración del futuro contrato, o a la cancelación del proyecto por parte del cliente final.

Frecuentemente, muchos de los aspectos del contrato definitivo no se establecen en la Autorización a Proceder. Por ejemplo, la regulación de las correspondientes penalizaciones o penalidades por incumplimientos (4). No obstante, los usos del comercio pueden aplicarse para interpretar las posibles lagunas de las Autorizaciones a Proceder.

Este tipo de acuerdo precontractual se utiliza habitualmente en algunos sectores, como el de la construcción (5), en un contexto en el que suelen concurrir las siguientes circunstancias:

- a) Una parte ha sido adjudicada a un contrato. Usualmente el contrato es adjudicado por una institución pública.
- b) En virtud del contrato adjudicado, esa parte debe terminar la ejecución en un plazo concreto, constituyendo el cumplimiento del plazo una obligación esencial del mismo.
- c) El adjudicatario necesita subcontratar parte de los trabajos.

(4) A estos efectos, conviene recordar que el término *liquidated damages* responde al concepto de cláusula penal del artículo 1.152 del Código Civil, sustituyendo a los daños causados por el incumplimiento cuando: i) el daño sea difícil de calcular; ii) la compensación se fije en función del incumplimiento de forma razonable. Vid. ROHWER y SKROCKI, *Contracts*, 6.^a ed., Thompson, USA, 2006, págs. 439 a 442. Aunque al igual que sucede en Derecho español, también se pueden configurar como penalizaciones, no sustituyendo la penalización a los daños que se pueden reclamar por el incumplimiento. En ese caso suelen llamarse *penalties*.

(5) Vid. LAKE y DRAETTA, *op. cit.*, pág. 108.

- d) El proyecto es complejo y los contratos del proyecto requieren una larga negociación.

Consecuentemente, el contexto típico de las Autorizaciones a Proceder son contratos relacionados con licitaciones públicas entre el contratista principal y los subcontratistas. El consiguiente traspaso de los requisitos y responsabilidades del contrato principal al subcontratista tiene que realizarse caso a caso (6). Esto usualmente requiere una larga y compleja negociación. Pero la institución pública está interesada en una ejecución a corto plazo. Por esa razón, es relevante que la ejecución de los trabajos comience aunque aspectos importantes del contrato definitivo no hayan sido determinados.

Conforme a lo expuesto, una Autorización a Proceder no es un Acuerdo de Intenciones (*Agreement to Negotiate*) (7), porque las Autorizaciones a Proceder no regulan el proceso de negociación. La Autorización a Proceder establece los términos básicos de la ejecución parcial objeto de la misma.

El principal aspecto controvertido de estos acuerdos precontractuales es si la ejecución parcial faculta a reclamar una compensación al amparo del contrato proyectado (*recovery*), o si se entiende que el contrato definitivo se ha perfeccionado aunque este no haya sido firmado (*restitution*) (8). Uno de los principales elementos que provoca la referida controversia en ambos asuntos es que las Autorizaciones a Proceder pueden ser extremadamente vagas en algunos aspectos y muy concretas en otros (9).

Obviamente, cada Autorización a Proceder debe analizarse individualmente teniendo en cuenta su texto y sus circunstancias. Pero generalmente puede decirse que una Autorización a Proceder se distingue del contrato definitivo en que ambos tienen diferentes objetos, siendo la primera un instrumento precontractual previo que facilita la conclusión del contrato final. Aunque a estos efectos conviene tener en cuenta que la Autorización a Proceder, a diferencia de los Precontratos (*Agreement to Agree*), no contempla la obligación de celebrar un contrato proyectado. La Autorización a Proceder se limita a regular los términos y condiciones de la ejecución parcial en ella prevista. No obstante, y en consonancia con lo que se ha señalado previamente, las Autorizaciones a Proceder suelen extinguirse automáticamente con la perfección del contrato definitivo (10). Por consiguiente, no hay voluntad de las partes de vincularse

(6) Dicha adaptación se le suele llamar *flow down* o *back to back*.

(7) Vid. LAKE y DRAETTA, *op. cit.*, pág. 256.

(8) Vid. LAKE y DRAETTA, *op. cit.*, pág. 255.

(9) Esta contradicción está bien ilustrada en la sentencia estadounidense *Quake Construction, Inc. v. American Airlines, Inc.*

(10) Esta conclusión está recogida en el voto particular del juez Ramos en la sentencia estadounidense *Quake Construction, Inc. v. American Airlines, Inc.*

respecto a dicho contrato definitivo, sino sobre la ejecución parcial objeto de la Autorización a Proceder.

Conforme a lo anteriormente explicado, en Derecho estadounidense las Autorizaciones a Proceder son, en sí mismas, contratos ejecutables judicialmente (*enforceable contracts*) (11), que establecen obligaciones específicas para las partes (12). En este sentido, para la jurisprudencia estadounidense la ejecución parcial es un elemento relevante para determinar si las partes quisieron obligarse contractualmente (13).

A este respecto, convendría mencionar que aunque el requerimiento de los sistemas *Civil Law* sobre la concurrencia de unos determinados elementos esenciales para la existencia de un contrato no es directamente extrapolable a los ordenamientos *Common Law* (14), se constata como las Autorizaciones a Proceder tienen consentimiento (*consent*), causa (*consideration*) y objeto (*subject matter*). Así, el objeto es la ejecución parcial contemplada en ellos. La causa es la promesa de compensación que induce a la otra parte a confiar en ella (15). El consentimiento es la asunción por las partes de las obligaciones y derechos establecidos en la Autorización a Proceder.

Por lo tanto, en Derecho estadounidense las Autorizaciones a Proceder son contratos ejecutables que establecen los términos y condiciones básicos de la ejecución parcial, que se requiere dentro de un proyecto complejo para satisfacer los plazos exigidos en el mismo. En este sentido, las Autorizaciones a Proceder se suscriben mientras las partes están negociando el contrato definitivo del referido proyecto.

III. TRASLACIÓN DEL CONCEPTO DE AUTORIZACIÓN A PROCEDER AL DERECHO ESPAÑOL

Como se ha explicado anteriormente, la Autorización a Proceder consta de un objeto (la ejecución parcial), una causa (la correspondiente promesa de contraprestación para cada parte), y un consentimiento (la válida aceptación de las partes del objeto y la causa). En efecto, las partes acuerdan la ejecución parcial de un proyecto según unas condiciones básicas que incluyen los respectivos plazos de ejecución. Tal objeto es lo suficientemente cierto

(11) Vid. DÍEZ-PICAZO, ROCA TRÍAS y MORALES MORENO, *Los Principios de Derecho Europeo de Contratos*, Civitas, Madrid, 2002, pág. 179.

(12) Vid. LAKE y DRAETTA, *op. cit.*, pág. 256.

(13) Vid. *Winston v. Mediafare Entertainment Corp.; Blanton Enterprises, Inc. v. Burger King Corp.*, y LAKE y DRAETTA, *op. cit.*, pág. 109.

(14) Vid. DÍEZ-PICAZO, ROCA TRÍAS y MORALES MORENO, *op. cit.*, pág. 179.

(15) Vid. FLETCHER y SHEPPARD, *American Law in a Global Context*, Oxford University Press, Nueva York, 2005, págs. 398 y sigs.

y determinado como para satisfacer lo requerido por los preceptos 1.271 a 1.273 del Código Civil. Siguiendo lo dispuesto en el artículo 1.274 del Código Civil, la causa de este contrato oneroso estaría compuesta por la promesa de ejecución por un lado, y por la promesa de compensación por otro. Conforme al precepto 1.262 del Código Civil, el consentimiento sería la aceptación libre y voluntaria del objeto y causa anteriormente descritos. Consecuentemente, en Derecho español las Autorizaciones a Proceder serían contratos según el artículo 1.261 del Código Civil.

La práctica del tráfico jurídico español no difiere de la estadounidense respecto al contenido de las Autorizaciones a Proceder y el contexto en las que estas se celebran. Por lo tanto, el contenido y el contexto previamente descritos también serían aplicables al ordenamiento español. Así, las Autorizaciones a Proceder se suelen utilizar frecuentemente en proyectos relacionados con licitaciones públicas, en los que debido a la importancia del cumplimiento de los plazos y a la complejidad del proyecto, es necesario iniciar la ejecución antes de que se suscriba el contrato definitivo. En consonancia con dicho contenido y contexto, la función de las Autorizaciones a Proceder ha sido calificada por parte de la doctrina como «para-contractual», en el sentido de que, «por la razón que sea, los términos completos del acuerdo no pueden ser cerrados en un plazo perentorio para las partes, debiéndose contentarse estas con “consolidar” la parte ya acordada (que puede ser precisamente la parte más importante) y remitirse para lo demás a una obligación mutua de seguir negociando» (16).

Según lo previamente expuesto, el contenido contractual generalmente está integrado por:

- a) Una instrucción del comienzo de la ejecución. Esta instrucción constituiría la confirmación de la contratación de la ejecución parcial. A este respecto hay que recordar que la voluntad de las partes no es vincularse en cuanto al objeto del contrato definitivo. La instrucción también supone la autorización que sea necesaria para ejecutar los trabajos (17).
- b) Fijación del plazo de ejecución. Comúnmente la finalización del plazo se asocia con una determinada cantidad de gastos incurridos o con el lapso de un concreto periodo temporal.
- c) La autorización a incurrir en gastos. Frecuentemente no se establece un precio cerrado por la ejecución parcial. Entre otras cosas porque tampoco están tan determinados los trabajos a realizar al amparo de la Autorización a Proceder. Aunque el término habitualmente utilizado es

(16) Vid. CARRASCO PERERA, «Las cartas de intenciones», en *Fusiones y adquisiciones de empresas*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2004, pág. 90.

(17) Dicha autorización puede ser necesaria en varios supuestos, como en los casos en que los trabajos se realicen en la propiedad de quien emita la instrucción del comienzo de los trabajos como consecuencia, entre otros, del artículo 348 del Código Civil.

de «gastos», las Autorizaciones a Proceder sí se basan frecuentemente en unas tarifas acordadas respecto a los trabajos a realizar que incluyen el beneficio empresarial. Pero al ser tarifas, la compensación a pagar depende de los trabajos efectivamente realizados. Entonces, se podría decir que el precio por la ejecución parcial comúnmente es determinable pero no determinado.

- d) Una limitación de responsabilidad contractual. Cada vez es más frecuente que las partes intenten limitar la responsabilidad en la que pueden incurrir por incumplir el contrato.
- e) La deducción del plazo de ejecución de la Autorización a Proceder del acordado en el contrato definitivo. En este sentido, lo que se pretende evitar es que el subcontratista disponga de un plazo adicional. Hay que tener en cuenta que una de las principales razones para suscribir la Autorización a Proceder es la dificultad de cumplir los plazos. Esta deducción generalmente también se contempla en el contrato definitivo. La finalidad de prever la mencionada deducción con carácter previo es precisamente vincular a las partes sobre este aspecto antes de que se celebre el contrato final, impidiendo que las partes se retracten sobre los plazos de ejecución acordados y que nuevamente se tenga que negociar sobre los mismos.
- f) La deducción de lo abonado en virtud de la Autorización a Proceder de lo que se deberá pagar al amparo del contrato definitivo. En efecto, los trabajos objeto de la Autorización a Proceder formarán parte del objeto del futuro contrato. En consecuencia, lo que se pretende con esta cláusula es evitar una doble compensación por el mismo trabajo. Como sucede en el caso de los plazos, esta particularidad sobre los pagos suele estipularse igualmente en el contrato definitivo. El objetivo nuevamente es vincular a las partes con anterioridad para evitar que se desvinculen de lo acordado, teniéndose que renegociar el precio de los trabajos.
- g) Las condiciones de extinción de la Autorización a Proceder. Usualmente se contempla de forma innecesaria la facultad de resolver la Autorización a Proceder en caso de incumplimiento grave de la otra parte. Esta previsión es innecesaria porque dicha facultad ya está recogida en el precepto 1.124 del Código Civil. Además, se suele establecer que la Autorización a Proceder se extingue automáticamente al celebrarse el contrato definitivo o cuando se resuelva el contrato principal por parte de la entidad pública (18).

(18) Cláusula que responde al riesgo que afronta el contratista principal por la prerrogativa de la entidad pública de poder resolver unilateralmente el contrato al amparo del artículo 194 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público. Habitualmente las partes son suficientemente sofisticadas y prevén que la resolución de la Autorización a

De lo expuesto, puede constatarse que muchos aspectos importantes del contrato definitivo y de la relación contractual, como son las recepciones de los trabajos, la forma de pago o el mecanismo de resolución de disputas, no se estipulan en la Autorización a Proceder. Estas omisiones, junto con el objeto de la Autorización a Proceder, permiten inferir la clara voluntad de las partes de no estar vinculadas por el contrato final que aún no han suscrito.

A su vez, puede observarse como hay una cierta vinculación entre el contrato definitivo y la Autorización a Proceder en cuanto al objeto y la vigencia. Así, el contrato definitivo retrotraería sus efectos a la fecha de celebración de la Autorización a Proceder, deduciéndose correlativamente las cantidades abonadas y los plazos empleados en la Autorización a Proceder. Aunque tal vinculación no supone en ningún caso que la Autorización a Proceder implique una obligación de celebrar el contrato definitivo, porque las partes no han asumido tal obligación dentro del clausulado de la Autorización a Proceder. Así, la voluntad de las partes conforme a dicho clausulado, los actos posteriores y el contexto, es de vincularse solo respecto a lo acordado en la Autorización a Proceder. En caso contrario, las partes habrían concluido directamente el contrato definitivo. Como previamente se ha apuntado, la indeterminación de los elementos esenciales del contrato definitivo no permite considerar que este se ha perfeccionado. Además, el objeto de la Autorización a Proceder es una parte del objeto del contrato final, generalmente delimitado por un plazo o una cantidad de gasto. Por consiguiente, la Autorización a Proceder tiene un objeto distinto del contrato definitivo. Aunque la Autorización a Proceder también puede considerarse parte integrante de los tratos preliminares del contrato proyectado, puesto que se celebra en las negociaciones sobre su conclusión (19).

En consonancia con lo anterior, hay que matizar que en la mayoría de los casos donde hay Autorizaciones a Proceder suele concluirse el contrato definitivo. Entre otras razones, porque en la práctica resulta más costoso y complicado contratar con un tercero la parte de los trabajos no cubiertos en la Autorización a Proceder. Por un lado, por los costes que ya se han incurrido en las negociaciones y en la ejecución de la otra parte. Por otro lado, porque supone empezar de nuevo el proyecto respecto a ese tercero. Aunque hay que tener en cuenta que este ejercicio también esconde en algunos casos una práctica que, según la doctrina y la jurisprudencia estadounidense, debería considerarse ilegal: abusar de los costes de negociación en los que ha incurrido la otra parte (20). Limitación que podría aplicarse en Derecho español mediante figuras

Proceder tendrá lugar cuando la resolución del contrato principal recaiga sobre el objeto de la Autorización a Proceder, asumiendo el subcontractista las consecuencias que se acuerden respecto a la resolución del contrato principal.

(19) Cfr. LAKE y DRAETTA, *op. cit.*, pág. 108.

(20) Vid. *Venture Associates Corp. v. Zenith Data Systems Corp.*, y SCHWARTZ y SCOTT, «Precontractual Liability and Preliminary Agreements», en *Harvard Law Review*, núm. 120, 2007, pág. 703.

como el abuso de derecho del artículo 7.2 del Código Civil o la doctrina de los actos propios (21).

En este sentido, también es curioso constatar como en la práctica del tráfico jurídico, las Autorizaciones a Proceder no suelen contemplar la posibilidad de que el contrato definitivo no se concluya. Esta previsión sí se recoge con cierta frecuencia en Derecho estadounidense (22). Esta omisión seguramente es una consecuencia del temor de negociar la posibilidad de que el contrato definitivo no se celebre y de la dificultad de acordar las correspondientes consecuencias. En efecto, desde un punto de vista comercial, suele ser poco recomendable discutir sobre la posibilidad del fracaso de las negociaciones. Pero, desde una perspectiva jurídica, esa es la mejor forma de conseguir certidumbre jurídica sobre los efectos de tal fracaso. Normalmente las decisiones dentro de los operadores del tráfico jurídico la toman personas con un perfil comercial, contando con el asesoramiento de sus respectivos departamentos legales. La consecuencia de esta estructura organizativa es que los intereses comerciales suelen primar sobre los jurídicos. Por lo tanto, el hecho de que no se regule la posibilidad de que no se celebre el contrato definitivo, no debería interpretarse como un indicio de que la voluntad de las partes era estar vinculadas por un contrato que no han suscrito. Y es que la voluntad de las partes es precisamente la contraria por todos los factores que anteriormente se han explicado.

Por consiguiente, podría concluirse que en Derecho español las Autorizaciones a Proceder son contratos independientes y autónomos, aunque estén asociados a un proyecto mayor y su correspondiente contrato. En virtud de las Autorizaciones a Proceder, una parte asume iniciar la ejecución de una porción de ese proyecto conforme a unas condiciones determinadas, y la otra parte se obliga a abonar la correspondiente compensación por dicha ejecución.

IV. RECONOCIMIENTO DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL ESTADOUNIDENSE DE LAS AUTORIZACIONES A PROCEDER

Como se ha anticipado previamente, tanto la doctrina como la jurisprudencia estadounidense se han pronunciado expresamente sobre las Autorizaciones a Proceder. Así los autores LAKE y DRAETTA definen las Autorizaciones a Proceder como «una *letter of intent* en la que una parte requiere a otra comenzar la ejecución de un contrato que está siendo negociado» (23). Según estos autores,

(21) Reconocida jurisprudencialmente en multitud de sentencias como las SSTS de 25 de octubre de 2000 y de 4 de noviembre de 2008.

(22) Vid. FARNSWORTH, «Precontractual Liability and Preliminary Agreements: Fair Dealing and Failed Negotiations», en *Columbia Law Review*, núm. 87, 1978, pág. 252.

(23) En concreto en inglés «*letters of intent one party request the other party to commence performance of a contract under negotiation*». A pesar de utilizar el término *letter of*

las Autorizaciones a Proceder se suelen emplear en determinados sectores de actividad industrial, como el de la construcción.

Otros autores, como el profesor FARNSWORTH, denominan a este tipo de acuerdos, *stop-gap agreements* (24). Tales acuerdos, según FARNSWORTH, se suelen suscribir mientras las partes están negociando un contrato de obra. Estos acuerdos no dejarían términos abiertos para ser negociados posteriormente. Aunque en posible contradicción con dicha conclusión, el citado autor sostiene que estos acuerdos pertenecen al régimen de los tratos preliminares. Esta proposición parece equivocada porque, conforme se ha explicado, las Autorizaciones a Proceder contienen todos los elementos para ser consideradas contratos, tanto en Derecho estadounidense como en Derecho español.

Los tribunales estadounidenses también se han pronunciado expresamente sobre las Autorizaciones a Proceder. Al respecto hay cuatro sentencias especialmente ilustrativas que van a ser analizadas con detenimiento en este artículo: *Frank Horton & Co. v. Cook Electric Co.*, *Green v. Interstate United Management Services Corp.*, *Quake Construction v. American Airlines* y *Marshall Contractors, Inc. v. Brown University*. Dicho estudio va a realizarse siguiendo el patrón estadounidense que analiza con detalle los hechos y el razonamiento del tribunal.

En la sentencia *Frank Horton & Co. v. Cook Electric Co.*, el tribunal concluyó que una *letter of intent* (en lo sucesivo, «el Acuerdo»), era un contrato. Tal *letter of intent* era una Autorización a Proceder según lo propuesto en este artículo (25). En este caso, Cook (el demandado), participó en tres licitaciones públicas para la construcción de un sistema de comunicaciones en las instalaciones de misiles de las Fuerzas Aéreas estadounidenses en Lincoln, Beale y Larson (en lo sucesivo, «los proyectos»). Horton (el demandante), se encargaba

intent, estos autores reconocen que estos documentos se denominan *instructions to proceed o authority to proceed*. Cfr. LAKE y DRAETTA, *op. cit.*, pág. 108.

(24) Cfr. FARNSWORTH, *op. cit.*, pág. 252.

(25) En particular el Acuerdo decía: «*This Letter of Intent is issued in anticipation of the execution of a definitive construction contract for cable placement and materials between the Cook Electric Company, represented by *** [ACE] and the Frank Horton Company pursuant to which the Contractor shall furnish certain construction services and materials as may be required, in accordance with previously accepted fixed price offers by ACE *** relative to the missile intercommunication systems for the Larson, Lincoln and Beale complexes. It is contemplated that our contract with your Firm will be executed within 60 days. However, in order to meet the requirements of the time schedule, it is recognized that the necessary equipment readying and subsequent movement thereof to Site locations be taken at this time to insure prompt delivery of the cable construction services and materials in the amounts shown... Union labor will be required on the job, and the Contractor will be required to guarantee such work with the International Brotherhood of Electrical Workers at both International and Local levels... In accepting this Letter of Intent, it is understood that the Contractor is bound by the same terms and provisions governing ACE under Contract...Please indicate your acceptance of the above terms by reply letter*

. Cfr. *Frank Horton & Co. v. Cook Electric Co.*

de la instalación subterránea del cableado de comunicación. Horton presentó sus ofertas de subcontratación de dichos trabajos a Cook para los proyectos mencionados.

Cook recibió tales ofertas y envió el Acuerdo a Horton. Horton lo suscribió y empezó a trabajar. Entonces, Cook envió una nueva carta confirmando el precio y la inclusión de los trabajos de Horton en sus ofertas al Gobierno estadounidense para los proyectos. Horton era por tanto un subcontratista nominado en los proyectos. Cook también envió un telegrama insistiendo en la necesidad de alcanzar unos acuerdos con los sindicatos locales en determinadas fechas. Posteriormente, Cook notificó a Horton que estaba incumpliendo la obligación de alcanzar dichos acuerdos y le concedió un periodo de gracia. Horton intentó celebrar los referidos acuerdos con los sindicatos locales.

Mientras tanto, Cook fue informado que otra compañía iba a ser adjudicataria de uno de los contratos de los Proyectos e intercambió una oferta telegráfica, *letter of intent* y la correspondiente aceptación para los trabajos del cableado subterráneo de los tres proyectos. Después, Horton consiguió suscribir los acuerdos con los sindicatos locales, pero cuando Cook intentó confirmar tales celebraciones con los sindicatos locales, estos contestaron que dichos acuerdos no habían sido concluidos. Posteriormente, Cook resolvió la relación contractual con Horton y no permitió a Horton continuar con los trabajos.

El tribunal de primera instancia determinó que existía un contrato legalmente vinculante entre Cook y Horton. El Tribunal estimó que Cook había resuelto sin justa causa y concedió una compensación por los daños. Cook recurrió argumentando que tal contrato no se había perfeccionado porque no había habido consentimiento. Según Cook únicamente había habido unos tratos preliminares de un posible contrato formal.

En segunda instancia el tribunal concluyó que el Acuerdo era un contrato. Al respecto el tribunal consideró que:

- a) Había una oferta de Horton sobre los trabajos y una aceptación de Cook.
- b) El Acuerdo además indicaba el tiempo, el lugar y la forma en la que debían ejecutarse los trabajos.
- c) El Acuerdo incorporaba el contenido contractual del contrato principal entre Horton y el Gobierno mediante una referencia al mismo.
- d) Horton comenzó la ejecución sin oposición de Cook tras la firma del Acuerdo.
- e) El contrato definitivo se basaría en los términos y condiciones del Acuerdo.

Además, el tribunal precisó que el hecho de que un acuerdo precontractual contemple la suscripción de un contrato futuro, no impide que el acuerdo sea un contrato en sí mismo cuando contiene los elementos requeridos a todo contrato.

En consecuencia, esta sentencia refleja como los tribunales estadounidenses entienden que las Autorizaciones a Proceder son contratos autónomos cuyo incumplimiento puede generar una condena a compensar los daños y perjuicios originados.

Otras sentencias se pronuncian de la misma forma, como *Saul Bass & Associates v. United States* o *Green v. Interstate United Management Services Corp.* En la última sentencia citada, Interstate (la demandada), comenzó unas negociaciones con Green (el demandante), para la construcción y arrendamiento de unas instalaciones industriales de preparación de comida en los suburbios de Pittsburgh. Green presentó una oferta para construir dichas instalaciones en una ubicación alternativa en North Versailles Township. Green alegó que siguiendo una autorización de Interstate, Green y sus socios adquirieron una opción de compra sobre tal ubicación. En una carta posterior, Interstate indicó que ellos aceptarían la oferta de Green para la construcción y arrendamiento de las instalaciones en el sitio alternativo, e instaron a Green a intentar comprar (26) dicho terreno.

Siguiendo lo indicado en la carta, Green celebró acuerdos para adquirir el terreno y financiar el proyecto. Green alegó que representantes de Interstate aprobaron oralmente el acuerdo de arrendamiento que Green les envió. Después de una evaluación independiente del proyecto, Interstate concluyó que el arrendamiento no era aceptable y rechazó su aprobación. Entonces Interstate se negó a firmar el contrato de arrendamiento.

En este caso el tribunal de segunda instancia falló a favor de Green confirmando su derecho a compensación al amparo de la relación contractual que había entre las partes. El tribunal limitó la compensación al daño emergente (*reliance damages*). Consecuentemente, el tribunal consideró que la Autorización a Proceder era un contrato y otorgó a la parte agraviada la indemnización correspondiente a cualquier incumplimiento contractual.

Las consecuencias jurídicas pueden ser diferentes cuando, a pesar de que la Autorización a Proceder se ha suscrito, la ejecución no se ha iniciado. En esos casos, la fuerte presunción de que existe un contrato no se aplica (27). Ese es el caso de la sentencia *Quake Construction v. American Airlines*. En esta disputa, American Airlines (la demandada), contrató a Jones para preparar las especificaciones de la licitación (28), aceptar la correspondiente oferta y adjudicar el contrato para el proyecto de expansión de las instalaciones de American Airlines en el aeropuerto internacional O'Hare. Quake (el demandante), recibió una invi-

(26) En concreto en inglés «*pursue acquisition*».

(27) Vid. LAKE y DRAETTA, *op. cit.*, pág. 109.

(28) Lo que sería el equivalente al pliego de cláusulas administrativas particulares y al pliego de prescripciones técnicas de los artículos 99 y 100 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

tación a participar en la licitación respecto a las instalaciones de los empleados y a la tienda de mantenimiento automotriz. Quake presentó sus ofertas. Jones comunicó oralmente a Quake que le había sido adjudicado el contrato para dicha parte del proyecto y requirió a Quake que le suministrara el número de licencia de los subcontratistas que fuera a utilizar en el proyecto. Quake notificó a Jones que sus subcontratistas no permitirían que se usaran sus números de licencia si no se les presentaba el correspondiente subcontrato firmado. Para inducir a Quake a concluir dichos subcontratos y a sus subcontratistas a proporcionar sus números de licencia, Jones envió a Quake una *letter of intent* con instrucciones a proceder (29), (en adelante, «la *Letter*»).

La *Letter* contenía una cláusula de resolución. Muchos detalles del proyecto se regulaban en la *Letter*. La *Letter* incorporaba al contenido contractual por referencia determinados documentos que establecían más detalles del proyecto. Se mantuvieron posteriores negociaciones y algunos cambios sobre el proyecto fueron acordados. Sin embargo, ningún contrato formal se suscribió entre las partes. Poco después, American Airlines informó a Quake que su participación en el proyecto había terminado. Jones confirmó dicha comunicación.

(29) En concreto el citado documento decía: «We have elected to award the contract for the subject project to your firm as we discussed on April 15, 1985. A contract agreement outlining the detailed terms and conditions is being prepared and will be available for your signature shortly.

Your scope of work as the general contractor includes the complete installation of expanded lunchroom, restroom and locker facilities for American Airlines employees as well as an expansion of American Airlines existing Automotive Maintenance Shop. The project is located on the lower level of "K" Concourse. A sixty (60) calendar day period shall be allowed for the construction of the locker room, lunchroom and restroom area beginning the week of April 22, 1985. The entire project shall be complete by August 15, 1985.

Subject to negotiated modifications for exterior hollow metal doors and interior ceramic floor tile material as discussed, this notice of award authorizes the work set forth in the following documents at a lump sum price of \$1,060,568.00.

- a) Jones Brothers Invitation to Bid dated March 19, 1985.
- b) Specifications as listed in the Invitation to Bid.
- c) Drawings as listed in the Invitation to Bid.
- d) Bid Addendum # 1 dated March 29, 1985.

Quake Construction Inc. shall provide evidence of liability insurance in the amount of \$5,000,000 umbrella coverage and 100 per 100 performance and payment bond to Jones Brothers Construction Corporation before commencement of the work. The contract shall include MBE, WBE and EEO goals as established by your bid proposal. Accomplishment of the City of Chicago's residency goals as cited in the Invitation to Bid is also required. As agreed, certificates of commitment from those MBE firms designated on your proposal modification submitted April 13, 1985, shall be provided to Jones Brothers Construction Corporation.

Jones Brothers Construction Corporation reserves the right to cancel this letter of intent if the parties cannot agree on a fully executed subcontract agreement». Cfr. *Quake Construction v. American Airlines*.

En este caso el Tribunal Supremo del Estado de Illinois sostuvo que aunque la voluntad de las partes era ambigua, la *Letter* era vinculante, pero la concreta voluntad de las partes debía determinarse en un nuevo juicio por el juzgado de primera instancia (30). Dicho tribunal también matizó que una Autorización a Proceder puede contener una condición suspensiva o resolutoria, por lo que en esos casos la Autorización a Proceder podría ser ineficaz a pesar de ser un contrato. Curiosamente, el Tribunal no se pronunció de forma definitiva sobre si la *Letter* era un contrato.

Tal aspecto era analizado por el voto particular del juez Stamos, quien sostenía que la *Letter* podría interpretarse como un contrato que obligaba a negociar (31).

Esta sentencia es interesante porque ni la sentencia del Tribunal Supremo del Estado de Illinois, ni la de los tribunales de primera y segunda instancia, excluyeron la posibilidad de que la Autorización a Proceder fuera un contrato vinculante, o que la parte agraviada tuviera derecho a ser compensada aunque la ejecución prevista en la Autorización a Proceder no se había iniciado. Además, esta sentencia permite constatar el contexto y la naturaleza de las Autorizaciones a Proceder en el tráfico jurídico estadounidense.

Otro caso ilustrativo sobre las Autorizaciones a Proceder y sus efectos es la sentencia *Marshall Contractors, Inc. v. Brown University*. En este caso el Tribunal Supremo de Rhode Island fue el que resolvió un litigio que surgió en torno a una Autorización a Proceder.

El demandado, Brown University (en adelante, «Brown»), solicitó al demandante, Marshall Contractors, Inc. (en lo sucesivo, «Marshall»), y a otros tres potenciales contratistas, presentar ofertas para el diseño y construcción de una nueva facultad de la universidad.

La oferta de Marshall fue seleccionada por Brown, quien autorizó a Marshall a proceder con el desarrollo del diseño de su oferta y a empezar los trabajos en la universidad a pesar de que no se había suscrito contrato alguno. Por lo tanto, este documento es acorde con el concepto de Autorización a Proceder propuesto en este artículo.

Se realizaron los planes finales del diseño de la construcción y Brown informó a Marshall de su intención de suscribir un contrato por un importe de \$ 6.988.114. Posteriormente Brown autorizó a Marshall a proceder con la construcción e incorporó cambios a los planes de construcción que incrementaron la base de la compensación a \$ 7.157.051. Además, Brown listó los trabajos que

(30) El respectivo *District Court*.

(31) Aunque debe de precisarse que el juez Stamos consideraba esta Autorización a Proceder como un contrato que contenía la obligación de negociar a pesar de que la *Letter* no recogía ninguna cláusula en ese sentido. A su vez, el juez Stamos se planteaba si la *Letter* podía ser un contrato sujeto a condición resolutoria. Cfr. *Quake Construction v. American Airlines*.

fueron aceptados o acordados, manifestando que «cualquier cambio sobre lo acordado supone una petición de modificación del futuro contrato» (32). Pero posteriormente se produjeron comunicaciones entre las partes señalando las áreas de desacuerdo y sometiendo la conclusión del contrato al acuerdo sobre los aspectos controvertidos.

Peticiones de cambio fueron enviadas por Marshall. Hubo un constante desacuerdo sobre el alcance del objeto del proyecto, pero la construcción continuó sin interrupción. Las partes no celebraron el contrato proyectado y Marshall demandó a Brown reclamando la compensación por los trabajos que no estaban incluidos en el alcance original del proyecto. Marshall alegó enriquecimiento injusto, *quantum meruit* (la doctrina de *restitution* para los servicios), mala fe y coacciones.

El Tribunal se centró en la cuestión sobre si el Juzgado de Primera Instancia erró en su conclusión sobre la existencia de un contrato implícito (*implied-in-fact contract*). El Tribunal definió el concepto de contrato implícito como «una forma expresa de contrato en la que los elementos del contrato se encuentran y están determinados por las relaciones y las comunicaciones entre las partes, en vez de en un único documento escrito» (33). En consonancia con el referido concepto, el Tribunal indicó que la principal diferencia entre un contrato expreso y uno implícito es la forma en que se manifiesta el consentimiento.

El Tribunal concluyó que no había un contrato implícito entre las partes por tres razones. Primero, las comunicaciones entre las partes, incluyendo la Autorización a Proceder, contemplaban una negociación y no un contrato definitivo. Segundo, los continuos desacuerdos entre las partes sobre el alcance del proyecto, que era manifiesto por las comunicaciones entre ellas, impedían la posibilidad de que se hubiera producido un consentimiento. Tercero, el Tribunal consideró inconcebible que las partes hubieran suscrito un contrato tan complejo por su naturaleza y por un importe tan grande sin haber acordado previamente el alcance de su objeto.

Este caso es interesante por varias razones. La sentencia refleja como el concepto sugerido de Autorización a Proceder es utilizado en el tráfico jurídico estadounidense. En este sentido, la sentencia clarifica que la existencia de una Autorización a Proceder, aceptada y ejecutada, no implica que se haya concluido, ni siquiera de forma implícita, el contrato definitivo. A su vez, esta sentencia muestra como los tribunales distinguen las Autorizaciones a Proceder de los contratos definitivos.

(32) En concreto en inglés «any changes from this point shall become a Change Order to the forthcoming contract».

(33) Así, en inglés «form of express contract wherein the elements of the contract are found in and determined from the relations of, and the communications between the parties, rather than for a single expressed written document».

De la doctrina y jurisprudencia estadounidenses expuestas, puede concluirse que ambas reconocen que las Autorizaciones a Proceder son contratos independientes con su propia eficacia contractual distinta de la del contrato definitivo.

V. EFECTOS DE LAS AUTORIZACIONES A PROCEDER

1. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LAS AUTORIZACIONES A PROCEDER EN DERECHO ESTADOUNIDENSE

Los efectos de las Autorizaciones a Proceder han sido resumidos por parte de la doctrina en dos consecuencias jurídicas. Por un lado, la Autorización a Proceder puede interpretarse en algunos y excepcionales casos como la suscripción del contrato final. Por otro lado, el trabajo realizado puede compensarse aunque el contrato proyectado no se celebre (34). No obstante, la eficacia de las Autorizaciones a Proceder en Derecho estadounidense es compleja y depende de varios factores que van a ser analizados a continuación.

Según lo expuesto, las Autorizaciones a Proceder son contratos. Las principales cuestiones sobre las Autorizaciones a Proceder giran en torno al ámbito de su eficacia y la interpretación de los aspectos abiertos o no regulados en la Autorización a Proceder. El hecho de que existan elementos abiertos o no regulados, no excluye la consideración de las Autorizaciones a Proceder como contratos plenamente vinculantes y ejecutables, conforme a la tendencia actual de colmar las lagunas seguida por la jurisprudencia estadounidense y por relevantes fuentes secundarias (*secondary sources*) como el *Uniform Commercial Code* (35).

El hecho de que las Autorizaciones a Proceder sean contratos plenamente vinculantes y eficaces, no implica que puedan ser interpretados como el contrato definitivo al que puede aludirse en la Autorización a Proceder (salvo que la tendencia anteriormente mencionada de colmar lagunas se aplique de forma extrema y en contradicción con la voluntad de las partes y la naturaleza de las Autorizaciones a Proceder explicadas en este artículo). El contrato proyectado y la Autorización a Proceder son diferentes contratos y deben ser tratados de distinta manera. Aunque algunos autores como LAKE y DRAETTA entienden que el inicio de la ejecución debe interpretarse como la suscripción del contrato definitivo (36). Las Autorizaciones a Proceder son contratos vinculantes y eficaces que tienen un único objetivo: comenzar la ejecución de unos trabajos que serán

(34) Cfr. LAKE y DRAETTA, *op. cit.*, pág. 109.

(35) En este sentido, FARNSWORTH indica que hay una creciente tendencia judicial a aceptar términos abiertos sobre una sorprendentemente gran variedad de aspectos. Cfr. FARNSWORTH, *op. cit.*, págs. 246 y 247.

(36) Cfr. LAKE y DRAETTA, *op. cit.*, pág. 109.

objeto de un futuro contrato conforme a unos términos y condiciones básicos. Pero dichos términos y condiciones se refieren a la ejecución parcial y no al acuerdo total que es necesario para celebrar el contrato definitivo.

Sin embargo, hay un posible escenario en el que el contrato definitivo y la Autorización a Proceder parecen coincidir: cuando las partes suscriben una Autorización a Proceder, los trabajos han sido completamente ejecutados, pero las partes no han concluido el contrato definitivo. Incluso en esas circunstancias, se podría diferenciar la Autorización a Proceder y el contrato definitivo. En esos casos, puede que los tribunales estadounidenses determinen que el contrato definitivo existe, pero no debido a que la Autorización a Proceder se firmó. Los tribunales en estos supuestos alcanzarán dicha conclusión porque el contrato final (es decir, los trabajos completos), han sido totalmente ejecutados sin la oposición de la parte que posteriormente está argumentando que no existe un contrato plenamente vinculante y eficaz (37).

Además, el contenido de la Autorización a Proceder y del contrato definitivo es diferente. El contenido del contrato final (aunque no esté formalizado por escrito), está compuesto por la totalidad de los acuerdos que las partes han alcanzado después de que la Autorización a Proceder se perfeccionó. Dichos acuerdos existirán en la mayoría de los casos porque, debido a la ambigüedad y a la brevedad de la Autorización a Proceder, es muy improbable que los trabajos puedan ejecutarse completamente sin alcanzar nuevos acuerdos sobre los mismos.

Por consiguiente, el ámbito de eficacia de la Autorización a Proceder es la ejecución de los trabajos previstos en ella. Tal ejecución sería parcial respecto al alcance de todo el proyecto. Pero dicha ejecución también sería necesaria para cumplir con los plazos impuestos en el proyecto. Así, la ejecución parcial constituye el objeto de la Autorización a Proceder, que es en sí misma un contrato. La Autorización a Proceder no es una mera preparación de la ejecución de los trabajos o de la celebración del contrato definitivo. Consecuentemente, la ejecución parcial satisface los requisitos de la *Statute of Frauds* aplicable y permite considerar a la Autorización a Proceder como un contrato independiente plenamente vinculante y eficaz.

En consonancia con lo anterior, los efectos de las Autorizaciones a Proceder en Derecho estadounidense se limitan al objeto descrito y se diferencian de los efectos del contrato definitivo. Por lo tanto, los efectos de la Autorización a Proceder son para una parte la obligación de pagar la contraprestación fijada

(37) Aunque conviene remarcar que la ejecución parcial de un posible contrato vinculante no es siempre una prueba determinante de que dicho contrato existe. Vid. *Adjustrite Systems, Inc. v. Gab Business Services, Inc.* Lo relevante es la voluntad de las partes, siendo difícil de probar que no existía la intención de celebrar un contrato cuando el proyecto se ha ejecutado total o casi totalmente.

por la ejecución parcial de los trabajos objeto de la Autorización a Proceder. Para la otra parte, los efectos son la realización de los trabajos contemplados en la Autorización a Proceder. Las consecuencias del incumplimiento de dichas obligaciones son las mismas que los incumplimientos de cualquier contrato, debiéndose compensar los daños que se generen. En este sentido, la doctrina *restitution* es frecuentemente alegada y utilizada para conceder los daños ocasionados por los incumplimientos de las Autorizaciones a Proceder (38).

Por lo tanto, en Derecho estadounidense las Autorizaciones a Proceder obligan a la ejecución parcial de los trabajos conforme a lo establecido en ellas, y al pago de la correspondiente contraprestación por tales trabajos según lo establecido en la Autorización a Proceder. En el supuesto de incumplimiento de tales obligaciones, se concederían los mismos daños que por cualquier otro incumplimiento contractual.

2. EFICACIA DE LAS AUTORIZACIONES A PROCEDER EN DERECHO INGLÉS

La configuración y la eficacia de las Autorizaciones a Proceder en Derecho inglés no difieren mucho de lo explicado respecto al Derecho estadounidense. En este sentido, LAKE y DRAETTA precisan que la principal diferencia entre el Derecho estadounidense y el Derecho inglés respecto a las Autorizaciones a Proceder, es que en este último ordenamiento el inicio de la ejecución sin otros hechos o circunstancias no es suficiente evidencia de la voluntad de las partes de vincularse contractualmente (39).

No hay muchos pronunciamientos jurisprudenciales sobre las Autorizaciones a Proceder (40). Según parte de la doctrina, los tribunales, atendiendo a la totalidad de las circunstancias, tienden a determinar que hay contratos perfeccionados en estos casos aún cuando no hay una manifestación expresa en ese sentido (41).

A este respecto puede citarse dos sentencias con conclusiones dispares: *Turriff Construction Ltd. v. Regalia Knitting Mills Ltd.* [1972] E.G.D. 257 y

(38) Vid. *Marshall Contractors, Inc. v. Brown University* o el voto particular del juez Stamos en la sentencia *Quake Construction, Inc. v. American Airlines, Inc.* Así, en la sentencia *Earhart v. William Low Co.*, el Tribunal Supremo de California, aplicando la doctrina *restitution*, concedió daños por los costes de personal y material en que se había incurrido confiando en la ejecución solicitada en una Autorización a Proceder. A estos efectos conviene recordar que la doctrina *restitution* es la que sostiene la existencia de un contrato, aunque no se haya concluido expresamente con base a los hechos del caso («*implied-in-fact contract*»), o al imperativo de la ley («*implied-in-law contract*»). Vid. *Commerce Partnership 8098 Limited Partnership v. Equity Contracting Co., Inc.*

(39) Cfr. LAKE y DRAETTA, *op. cit.*, pág. 109.

(40) Vid. LAKE y DRAETTA, *op. cit.*, pág. 109.

(41) Vid. LAKE y DRAETTA, *op. cit.*, pág. 109.

British Steel Corp. v. Cleveland Bridge & Engineering Co. [1984] 1 All E.R. 504 Comm. L. R. 55.

En la primera sentencia, las partes suscribieron una *letter of intent* por la que una parte se obligaba a pagar por un trabajo que comenzó antes de la conclusión del subcontrato formal. De esta configuración de la *letter of intent* podemos observar como el concepto explicado en este artículo de Autorización a Proceder también se usa en Derecho inglés. Respecto a los efectos, el Tribunal inglés concluyó que mediante la *letter of intent* se había perfeccionado un contrato auxiliar al contrato definitivo plenamente vinculante. Por lo tanto, el Tribunal obligó a las partes a su cumplimiento como hubiera hecho respecto a cualquier otro contrato. En consecuencia, le otorgó los mismos efectos que los postulados en este artículo.

En la segunda sentencia citada, el demandado Cleveland Bridge & Engineering Co. (en adelante, Cleveland), informó al demandante British Steel Corp., (en lo sucesivo, British), de su intención de suscribir un subcontrato con ellos para el suministro y entrega de fundiciones de acero. El documento fijaba el precio y autorizaba la ejecución de los trabajos, quedando pendientes la preparación y suscripción del subcontrato formal. Después Cleveland envío un plan de entregas. A este respecto puede apreciarse nuevamente como el documento analizado en la sentencia responde al concepto de Autorización a Proceder postulado en este artículo.

A pesar de las controversias entre las partes sobre los plazos de entrega, la calidad y las condiciones del subcontrato formal, British entregó todas las fundiciones de acero menos una. Pero Cleveland se negó a pagar argumentando que los daños por el retraso en las entregas excedía el precio de las fundiciones de acero.

En este caso el Tribunal inglés concluyó que no existía un contrato, pero concedió una indemnización a British al amparo de la doctrina *quantum meruit*. Denominación también empleada en Derecho estadounidense para la doctrina *restitution* respecto a los servicios (42). En Derecho inglés la mencionada doctrina se emplea cuando una parte ha recibido un beneficio en virtud de un contrato nulo o inexistente (43).

Por consiguiente, puede concluirse que en Derecho inglés las Autorizaciones a Proceder son contratos que suelen celebrarse entre el contratista principal y el subcontratista antes de la celebración del subcontrato, con la finalidad de que el subcontratista empiece la ejecución de los trabajos. Como consecuencia de dicha configuración, las Autorizaciones a Proceder obligan contractualmente a lo establecido en ellas. En los casos que los tribunales ingleses han estimado que no había voluntad de las partes de obligarse contractualmente, los tribu-

(42) Vid. LAKE y DRAETTA, *op. cit.*, pág. 115.

(43) Vid. *Peter Lind & Co. v. Mersey Docks and Harbour Bd.* [1972] 2 Lloyd's Rep. 234.

nales han indemnizado de igual manera a la parte agraviada que ha ejecutado los trabajos bajo la doctrina de responsabilidad extracontractual conocida como *quantum meruit*.

3. EFECTOS DE LAS AUTORIZACIONES A PROCEDER EN OTROS ORDENAMIENTOS *CIVIL LAW*

En los ordenamientos de tradición jurídica europea continental, como el francés o el italiano, comúnmente llamados como *Civil Law*, las Autorizaciones a Proceder pertenecen a la fase de negociación y a la fase de ejecución de un contrato (44). A su vez, generalmente se conceden indemnizaciones por los trabajos ejecutados aunque el contrato definitivo no se celebre (45).

Siguiendo a LAKE y DRAETTA (46) podría decirse que, conforme a los principios generales de los ordenamientos *Civil Law*, la parte que ha suscrito una Autorización a Proceder tiene una legítima expectativa indemnizable respecto a la conclusión del contrato definitivo. Dicho derecho de compensación es más probable de ser concedido cuando la parte que recibe las instrucciones de comenzar los trabajos no tiene otra opción que iniciar la ejecución para poder suscribir el contrato final. En estos casos, la celebración de las Autorizaciones a Proceder es una condición para proseguir con las negociaciones.

En los supuestos en que se indemniza, la compensación estaría compuesta por los daños por el trabajo ejecutado más un lucro razonable si las negociaciones fracasan y el contrato definitivo no se firma.

Para los citados autores, la utilidad de las Autorizaciones a Proceder en dichos ordenamientos es asegurar la compensación por los trabajos realizados porque, en el supuesto de que no se suscriba el referido documento, es muy improbable que la parte que inicie los trabajos sea indemnizada. Aunque estos autores matizan que una aceptación de los trabajos ya se entendería como Autorización a Proceder implícita, facilitando la indemnización (47).

A los efectos de este artículo, es interesante comprobar que LAKE y DRAETTA predicen que en los ordenamientos *Civil Law*, las Autorizaciones a Proceder tienen una eficacia general que consiste en indemnizar los trabajos ejecutados con independencia de que se considere que un contrato se ha suscrito. Dicha indemnización abarcaría el daño emergente y, en su caso, un razonable lucro por la ruptura injustificada de las negociaciones.

(44) Vid. LAKE y DRAETTA, *op. cit.*, pág. 108.

(45) Vid. LAKE y DRAETTA, *op. cit.*, pág. 109.

(46) Cfr. LAKE y DRAETTA, *op. cit.*, págs. 116 a 118.

(47) Cfr. LAKE y DRAETTA, *op. cit.*, pág. 117.

4. TRASLACIÓN DE LA EFICACIA DE LAS AUTORIZACIONES A PROCEDER AL DERECHO ESPAÑOL

En consonancia con el estudio de Derecho comparado y el concepto de Autorización a Proceder comentado anteriormente, las Autorizaciones a Proceder obligan contractualmente a lo establecido en ellas conforme al artículo 1.089 del Código Civil. Las obligaciones concretas serán las que se recojan expresamente en el texto de la Autorización a Proceder, junto con las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley según el precepto 1.258 del Código Civil. No obstante, podrían predicarse unos efectos concretos inherentes al concepto propuesto en este artículo.

Así, las Autorizaciones a Proceder obligarían a una parte a ejecutar los trabajos y a la otra a abonar la correspondiente compensación. La naturaleza de estas obligaciones conllevaría conforme al artículo 1.258 del Código Civil, que la parte que se obliga a pagar la contraprestación también facilite en lo que sea posible la ejecución de los trabajos, así como que suministre la información necesaria para los que mismos se realicen.

En el contexto habitual en el que se celebran las Autorizaciones a Proceder, la obligación de suministrar información podría traducirse en muchos casos en transmitir las especificaciones técnicas del proyecto que resulten aplicables a los trabajos. Por su parte, la obligación de facilitar la ejecución generalmente consistirá en la ayuda necesaria para obtener los permisos y autorizaciones que se requieran para realizar los trabajos.

Por otro lado, la parte obligada a ejecutar los trabajos debe realizar los mismos conforme a la Autorización a Proceder y demás condiciones que le sean aplicables, actuando con la diligencia suficiente para poder cumplir los plazos del proyecto. A su vez, podría argumentarse que es igualmente consustancial a la naturaleza de la Autorización a Proceder la obligación de negociar de buena fe, tanto respecto a los términos que necesiten concreción de la Autorización a Proceder, como sobre la conclusión del contrato definitivo.

La principal cuestión respecto a la eficacia de las Autorizaciones a Proceder es qué consecuencias tendría el incumplimiento de las obligaciones descritas. En los casos en los que la ejecución parcial no ha comenzado, la parte obligada a la ejecución de los trabajos tendría derecho al daño emergente compuesto por los gastos en que incurrió para negociar el contrato y preparar la ejecución, así como el lucro cesante integrado por el beneficio que habría obtenido de haber ejecutado el trabajo previsto en la Autorización a Proceder, en el supuesto de que efectivamente se le haya provocado dicho daño. En el caso que la parte agravada sea la parte obligada a abonar la contraprestación, dicha parte tendrá derecho a una compensación equivalente a los gastos de negociación incurridos junto con el exceso de coste razonable en que haya incurrido por tener que contratar a un tercero para ejecutar tales trabajos.

En los casos que los trabajos se hayan ejecutado totalmente conforme a lo exigido en la Autorización a Proceder, la parte incumplidora de la obligación de pago debería abonar la contraprestación correspondiente a dichos trabajos, según lo establecido en la Autorización a Proceder. Si la parte incumplidora es quien ejecuta los trabajos, esta debería compensar a la otra parte pagando el coste razonable en que haya incurrido la otra parte en subsanar la deficiente ejecución.

Si la Autorización a Proceder se ha ejecutado parcialmente, habría que discernir la causa de la resolución de los trabajos, ya que puede ser imputable a una deficiente ejecución o a un retraso en los pagos. En ambos casos, la parte correctamente ejecutada y aceptada debería compensarse según lo estipulado en la Autorización a Proceder. Pero la falta de aceptación de los trabajos no debería ser causa justificada para no abonar lo correctamente realizado. Por ello, se podría entender que la parte receptora de los trabajos estaría obligada a aceptar los trabajos ejecutados en un plazo razonable desde su puesta a disposición.

En estos casos, si la causa fue el impago, la parte incumplidora debería abonar, además de lo previamente expuesto, el correspondiente interés por el retraso junto con el lucro cesante de los trabajos que se habrían ejecutado en virtud de la Autorización a Proceder, siempre que se pueda justificar la resolución por dicha causa y la existencia de tales daños. En el resto de los casos, la parte incumplidora debería pagar el exceso de coste razonable de ejecución por un tercero de los trabajos según los artículos 1.098 del Código Civil y 706 de la LEC.

En todos los casos mencionados, también cabría indemnizar todos los daños provocados por la resolución y que la otra parte haya podido tener conocimiento o prever, como los costes de resolver subcontratos, pedidos, penalizaciones impuestas al amparo de un contrato principal, el trabajo en ejecución, etc.

Sin embargo, las Autorizaciones a Proceder no producirían una obligación de suscribir el contrato proyectado, ya que tal obligación no se asumió expresamente en la Autorización a Proceder, ni puede derivarse de la naturaleza de las obligaciones contempladas en ella. En efecto, de la naturaleza de la obligación de ejecutar unos trabajos de un proyecto limitados temporalmente o por el coste incurrido, o incluso de la iniciación de los mismos (48), no puede deducirse de buena fe que las partes estén obligadas a concluir el contrato definitivo del proyecto. En caso contrario, se estaría vulnerando el límite que las partes expresamente establecieron en la Autorización a Proceder y se estaría coartando su libertad contractual. En consonancia con la ausencia de obligación de concluir el contrato, las partes no deberían ser condenadas a abonar el lucro cesante que

(48) Así, CARRASCO PERERA excluye la posibilidad de que el inicio de la ejecución deje sin efectos la cláusula de no vinculatoriedad contenida habitualmente en los acuerdos precontractuales. Cfr. CARRASCO PERERA, «Las cartas de intenciones», en *Fusiones y adquisiciones de empresas*, *op. cit.*, pág. 90.

se habría obtenido de perfeccionar el contrato definitivo. El posible lucro cesante debería estar circunscrito en cualquier caso al alcance de los trabajos que se hubieran podido realizar al amparo de la Autorización a Proceder.

Cuestión distinta es que posteriormente se incurra en una responsabilidad extracontractual respecto al contrato definitivo por una ruptura injustificada de las negociaciones. En ese supuesto, el daño sería provocado por otro hecho: la referida ruptura injustificada.

Puede observarse cómo las compensaciones propuestas por los incumplimientos de las Autorizaciones a Proceder son compatibles con los postulados de enfoque económico de los profesores SCHWARTZ y SCOTT sobre responsabilidad precontractual, puesto que en las Autorizaciones a Proceder se concreta la clase de proyecto, la división operativa de facultades para realizar las inversiones y el orden de acciones dentro del proyecto (49). Aunque hay que resaltar que la responsabilidad sería contractual y no precontractual conforme a lo que se ha explicado anteriormente. Consecuentemente, según los autores citados sería económicamente eficiente compensar los daños según se ha explicado en este artículo.

Por último, habría que mencionar que la referida naturaleza de trato preliminar respecto al contrato definitivo también produciría unos efectos particulares. Así, la Autorización a Proceder constituiría un acto previo al contrato final que puede ser tenido en cuenta en su interpretación y que además puede utilizarse para reflejar el estado de las negociaciones del contrato definitivo. Así, en el caso de que se rompan injustificadamente las negociaciones del contrato proyectado, podría generarse un daño independiente, y por ende acumulable, al anteriormente comentado. Al respecto la jurisprudencia ha aclarado que la vulneración del principio de buena fe o la ruptura injustificada de las negociaciones no originan un derecho de indemnización *per se*, ni tampoco implican la existencia de un contrato o un precontrato (50). Siguiendo numerosas sentencias (51), como la STS de 14 de junio de 1999, puede decirse que los requisitos para conceder tal indemnización son:

- a) Existencia de una razonable y justificada confianza respecto a la celebración del contrato.
- b) La ausencia de justificación para romper las negociaciones.
- c) La existencia de daño real para una de las partes.
- d) Una relación de causalidad entre la ruptura de las negociaciones y el daño experimentado por una de las partes.

(49) Cfr. SCHWARTZ y SCOTT, *op. cit.*, pág. 704.

(50) Vid. SAP de Navarra, de 31 de julio de 1999.

(51) Vid. STS de 26 de febrero de 1994, STS de 5 de abril de 1999. SAP de Madrid, de 13 de septiembre de 2000 y SAP de León, de 8 de febrero de 2002.

Estos requisitos también son exigidos por nuestra doctrina, como GARCÍA RUBIO (52), ASÚA GONZÁLEZ (53) o PASCUAL ESTEVILL (54). A estos efectos hay que indicar que el requisito relevante es la confianza frustrada, sin que sea preciso que haya una intención de dañar, ni una actuación dolosa o negligente (55).

Asimismo, es necesario aclarar que esta indemnización alcanza «solo y exclusivamente el llamado “interés contractual negativo” y nunca el “interés contractual positivo”, entendiendo por uno y por otro lo siguiente: *a*) el segundo, el positivo, como equivalente a la prestación que hubiera sido prometida; y *b*) el primero, el negativo, como el daño que ha de ser resarcido como consecuencia de lo estéril de los tratos preliminares, comprendiendo este los gastos y desembolsos por quien los hizo y relacionados causalmente con tales tratos previos» (56). En igual sentido se pronuncia PAZ GARCÍA y OTERO CRESPO, aunque consideran incluido dentro del interés negativo «la frustración de ganancias o lucros cesantes, que se concretan sustancialmente en la pérdida de otras oportunidades de contratar con un tercero» (57).

Según lo expuesto, puede concluirse que las Autorizaciones a Proceder obligan a ejecutar y abonar los trabajos conforme a lo previsto en ellas. En el supuesto de incumplimiento de dichas obligaciones, las partes tendrán derecho a reclamar los correspondientes daños que estarían limitados a los daños emergentes (y el lucro cesante, en su caso), relacionados con la Autorización a Proceder y no con el contrato final. Asimismo, la posterior ruptura injustificada de las negociaciones del contrato final podría originar una indemnización del interés negativo, acumulable a la compensación proveniente del incumplimiento de la Autorización a Proceder.

(52) Cfr. GARCÍA RUBIO, *La responsabilidad precontractual en el ordenamiento español*, Tecnos, 1.^a ed., Madrid, 1991, págs. 130 y sigs., aunque esta autora se centra en los aspectos específicos de este tipo de responsabilidad, y cataloga esta responsabilidad como abuso de derecho.

(53) Cfr. ASÚA GONZÁLEZ, *La culpa in contrahendo*, Servicio Editorial Universidad del País Vasco, 1.^a ed., Erandi, 1989, págs. 155 a 157 y 276 a 282; pero esta autora se centra en dos elementos concretos que pueden ser alternativos: la creación de una legítima expectativa de la conclusión del contrato, bien mediante dolo o imprudencia, y el carácter injustificado de la ruptura.

(54) Cfr. PASCUAL ESTEVILL, *Derecho de daños*, T. II, Bosch, 2.^a ed., Barcelona, 1995, págs. 1096 y sigs.; aunque este autor destaca la infracción del principio de que a nadie le está permitido lesionar los intereses de otro, siendo fundamental el haber quebrado una legítima confianza generada por el comportamiento de la parte que rompe las negociaciones.

(55) Vid. PAZ GARCÍA y OTERO CRESPO, «La responsabilidad precontractual en el Derecho contractual europeo», en *InDret*, abril de 2010, pág. 42.

(56) Cfr. SAP de León, de 8 de febrero 2002, SAP de Madrid, de 24 de noviembre de 2005.

(57) Vid. PAZ GARCÍA y OTERO CRESPO, *op. cit.*, págs. 42 y 43. Aunque las citadas autoras tienen mayores dudas sobre si también serían compensables los daños derivados del negocio frustrado. Es decir, en este caso, el lucro cesante derivado del contrato proyectado.

VI. CONCLUSIONES SOBRE LAS AUTORIZACIONES A PROCEDER

Siguiendo todo lo explicado anteriormente, puede concluirse sobre las Autorizaciones a Proceder que:

I. Las Autorizaciones a Proceder son contratos en sí mismas.

En efecto, las Autorizaciones a Proceder tienen unos elementos contractuales propios, independientes y diferentes de los elementos del contrato definitivo. Su objeto es la ejecución parcial, su causa son las promesas de contraprestación económica y de ejecución respectivamente, y el consentimiento es la suscripción por ambas partes de la Autorización a Proceder.

Sin perjuicio de dicho carácter autónomo, hay una cierta vinculación entre la Autorización a Proceder y el contrato definitivo. En este sentido, la Autorización a Proceder se extingue generalmente cuando se suscribe el contrato final, absorbiendo dicho contrato la ejecución realizada en virtud de la Autorización a Proceder mediante la retroacción de sus efectos y la correspondiente deducción de los plazos y las cantidades a pagar por la ejecución de los trabajos. A su vez, la Autorización a Proceder permite acreditar el estado de las negociaciones del contrato proyectado, permitiendo en su caso reclamar el interés negativo por una ruptura injustificada de las negociaciones.

II. Las Autorizaciones a Proceder se suelen celebrar en un contexto particular, en el cual un contratista principal es adjudicatario en una licitación pública cuyos plazos de ejecución son muy importantes. El contratista principal necesita subcontratar parte de los trabajos objeto de la licitación pública. El proyecto es complejo y las negociaciones sobre el mismo son largas. Por ello, surge la necesidad de iniciar la ejecución de los trabajos aunque no se haya concluido el subcontrato definitivo.

III. Las Autorizaciones a Proceder tienen un contenido contractual determinado, que está integrado por diversos derechos y obligaciones. Así, puede constatarse como en el tráfico jurídico español y de los países *Common Law*, las Autorizaciones a Proceder suelen contener unas condiciones contractuales concretas. Dicho contenido responde a la necesidad previamente escrita. Dentro de las obligaciones que se suelen recoger en las Autorizaciones a Proceder destacan: i) la promesa de ejecutar parte de los trabajos del proyecto, generalmente limitando tal ejecución por el coste incurrido o por el tiempo empleado; ii) la autorización a ejecutar y a incurrir en gastos en relación con dicha ejecución; iii) la limitación de responsabilidad contractual en la que se puede incurrir; iv) deducción de los correspondientes plazos y gastos

del tiempo de ejecución y del pago que se contemplarán en el contrato definitivo; v) vinculación de la vigencia de la Autorización a Proceder con la celebración del contrato final y la vigencia del proyecto.

IV. Las Autorizaciones a Proceder obligan a lo dispuesto en ellas. Es decir, a ejecutar parcialmente el proyecto y a abonar la correspondiente contraprestación. En caso de incumplimiento de tales obligaciones contractuales, se debería indemnizar el respectivo daño emergente y, en su caso, el lucro cesante. Aunque dichos daños siempre están circunscritos a la Autorización a Proceder y no al contrato definitivo.

Como todo contrato, las Autorizaciones a Proceder obligan a lo estipulado en ellas, siempre que no sea contrario a las leyes, a la moral y al orden público. Por consiguiente, las Autorizaciones a Proceder obligan a ejecutar parcialmente el proyecto y a pagar su correspondiente contraprestación según lo establecido en ellas. A su vez, y como consecuencia de su naturaleza, también puede concluirse que las Autorizaciones a Proceder obligan a negociar de buena fe el contrato definitivo y la concreción de los aspectos indeterminados de la Autorización a Proceder.

En el supuesto de que dichas obligaciones se incumplan, la parte agraviada podrá reclamar los correspondientes daños emergentes, y en su caso, el lucro cesante. Tales daños dependerán de quién es la parte incumplidora y del grado de ejecución de los trabajos. Así, si la parte incumplidora es la que debe abonar la contraprestación, esta debe abonar, además de los correspondientes intereses moratorios, los trabajos ejecutados. Dichos trabajos serían el daño emergente si se han ejecutado en su totalidad. Si los trabajos no han sido ejecutados en su integridad, la parte incumplidora debería compensar dicho daño emergente y el lucro cesante según lo expuesto en este artículo. Tal lucro cesante estaría compuesto por el beneficio que se habría obtenido de haber ejecutado en su totalidad los trabajos contemplados en la Autorización a Proceder.

Si la parte incumplidora es quien debe ejecutar los trabajos, esta debe indemnizar los daños originados por su ejecución defectuosa, junto con los gastos extras razonables de sustitución por otro subcontratista como daño emergente. Aunque en todos los casos cabría compensar otros daños causados por el incumplimiento y la resolución, como las penalizaciones que puedan sufrirse en virtud de un contrato principal, los costes de resolución de subcontratos, etc.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ASÚA GONZÁLEZ: *La culpa in contrahendo*, Servicio Editorial Universidad del País Vasco, 1.^a ed., Erandi, 1989, págs. 155 a 157 y 276 a 282.
- CARRASCO PERERA: «Las cartas de intenciones», en *Fusiones y adquisiciones de empresas*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2004, pág. 90.
- DÍEZ-PICAZO, ROCA TRÍAS y MORALES MORENO: *Los Principios de Derecho Europeo de Contratos*, Civitas, Madrid, 2002, pág. 179.
- FARNSWORTH: «Precontractual Liability and Preliminary Agreements: Fair Dealing and Failed Negotiations», en *Columbia Law Review*, núm. 87, 1978, págs. 217 a 294.
- FLETCHER y SHEPPARD: *American Law in a Global Context*, Oxford University Press, Nueva York, 2005, págs. 398 y sigs.
- GARCÍA RUBIO: *La responsabilidad precontractual en el ordenamiento español*, Tecnos, 1.^a ed., Madrid, 1991, págs. 130 y sigs.
- LAKE y DRAETTA: *Letters of Intent and other Precontractual Documents. Comparative Analysis and Forms*, Butterworths, 2.^a ed., Londres, 1994.
- PASCUAL ESTEVILL: *Derecho de daños*, T. II, Bosch, 2.^a ed., Barcelona, 1995, págs. 1096 y sigs.
- PAZ GARCÍA y OTERO CRESPO, «La responsabilidad precontractual en el Derecho contractual europeo», en *InDret*, abril de 2010.
- ROHWER y SKROCKI: *Contracts*, 6.^a ed., Thompson, USA, 2006.
- SCHWARTZ y SCOTT: «Precontractual Liability and Preliminary Agreements», en *Harvard Law Review*, núm. 120, 2007, págs. 661 a 707.

VII. JURISPRUDENCIA COMENTADA

- *Frank Horton & Co. v. Cook Electric Co.*, 356 F.2d 485 (7th Cir. 1966).
- *Turriff Construction Ltd. v. Regalia Knitting Mills Ltd.* [1972] E.G.D. 257.
- *Saul Bass & Associates v. United States*, 505 F.2d 1386 (Ct. Cl. 1974).
- *Earhart v. William Low Co.*, 25 Cal.3d 503 (1979).
- *Green v. Interstate United Management Services Corp.*, 748 F.2d 827 (3rd Cir. 1984).
- *British Steel Corp. v. Cleveland Bridge & Engineering Co.* [1984] 1 All E.R. 504.
- *Winston v. Mediafare Entertainment Corp.*, 777 F.2d 78 (2nd Cir. 1986).
- *Blanton Enterprises, Inc. v. Burger King Corp.*, 680 F. Supp. 753 (D.S.C. 1988).
- *Quake Construction v. American Airlines*, 141 Ill.2d 281 (Supreme Court of Illinois, 1990).
- STS de 26 de febrero de 1994 (RJ 1994/1198).
- *Venture Associates Corp. v. Zenith Data Systems Corp.*, 96 F.3d, 275 (7th Cir. 1996).

- *Adjustrite Systems, Inc. v. Gab Business Services, Inc.*, 145 F.3d, 543 (2nd Cir. 1998).
- STS de 5 de abril de 1999 (RJ 1999/1873).
- STS de 14 de junio de 1999 (RJ 1999/4105).
- SAP de Navarra, de 31 de julio de 1999 (AC 1999/1906).
- SAP de Madrid, de 13 de septiembre de 2000 (JUR 2000/279377).
- STS de 25 de octubre de 2000 (RJ 2000/8813).
- SAP de la Audiencia Provincial de León, de 8 de febrero de 2002 (JUR 2002/11375).
- STS de 4 de noviembre de 2008 (RJ 2008/6928).

RESUMEN

AUTORIZACIÓN A PROCEDER

La autorización a proceder es una de las figuras precontractuales que más se está utilizando en el tráfico jurídico para operaciones complejas con plazos relativamente breves de ejecución. Su empleo responde fundamentalmente al interés de poder ejecutar el proyecto en el plazo que viene establecido a pesar de que la conclusión de los contratos que sustentan dicha operación puedan requerir incluso un mayor lapso temporal debido a su complejidad.

A pesar de su frecuente uso, esta institución precontractual está rodeada de múltiples aspectos controvertidos. Una de las causas de dicha controversia es la ausencia de una regulación sobre esta figura. Y ello ha motivado que la doctrina y la jurisprudencia generalmente no le proporcionen un tratamiento específico e incluso ignoren su existencia como una figura precontractual autónoma y con entidad propia.

De un análisis de los elementos de la autorización a proceder y de su finalidad puede concluirse que esta figura es un contrato autónomo cuya principal característica es obligar a la ejecución de una prestación concreta a cambio de la correspondiente obligación de compensar dicha

ABSTRACT

AUTHORIZATION TO PROCEED

Authorization to proceed is currently one of the precontractual concepts that is seeing the heaviest use in complex transactions featuring relatively short completion periods. It is employed fundamentally when there is some interest in being able to get a project done by its established deadline even if the underlying contracts are so complex as to require an even longer time to conclude.

Despite the frequent use of authorization to proceed, this precontractual institution is surrounded by a great many controversial points. One of the roots of controversy is the absence of any regulation of the concept. And because of that, doctrine and case-law generally accord it no specific treatment and even ignore its existence, as an autonomous precontractual concept existing on its own.

It may be concluded, from an analysis of the component elements and purpose of authorization to proceed, that this concept is an autonomous contract whose main feature is that it obligates a party to provide a specific performance in exchange for the appropriate obligation to compensate for that performance. Indeed, authorizations to proceed have certain contractual elements of their own that are independent

ejecución. En efecto, las autorizaciones a proceder tienen unos elementos contratuales propios, independientes y diferentes de los elementos del contrato definitivo. Su objeto es la ejecución parcial, su causa son las promesas de contraprestación económica y de ejecución respectivamente, y el consentimiento es la suscripción por ambas partes de la autorización a proceder.

En consonancia con el mencionado análisis, hay que concluir que las autorizaciones a proceder obligan a lo dispuesto en ellas. Es decir, a ejecutar parcialmente el proyecto y a abonar la correspondiente contraprestación. En caso de incumplimiento de dichas obligaciones contractuales, se debería indemnizar el respectivo daño emergente y, en su caso, el lucro cesante. Aunque dichos daños siempre están circunscritos a la autorización a proceder y no al contrato definitivo.

and different from the elements of the definitive contract. Their purpose is partial performance; their cause is a promise of economic consideration and a promise of performance; and their consent is the signing by both parties of the authorization to proceed.

In consonance with the analysis, it must be concluded that authorizations to proceed bind the parties to do as stated, that is, to perform the project partially and to pay the appropriate consideration. When these contractual obligations are not fulfilled, the respective indirect or consequential damages and any loss of profit must be paid, although the damages will always be restricted to the scope of the authorization to proceed, not the definitive contract.

(Trabajo recibido el 13-3-2011 y aceptado para su publicación el 27-3-2012)