

Concepto y eficacia de los principales acuerdos precontractuales en Derecho estadounidense

por

HÉCTOR DANIEL MARÍN NARROS
Abogado en PricewaterhouseCoopers
LLM por la University of California, Berkeley
Doctor en Derecho

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. LOS *AGREEMENT TO AGREE*:
 - A) CONCEPTO DE *AGREEMENT TO AGREE*.
 - B) EFICACIA DE LOS *AGREEMENT TO AGREE*.
- III. LOS *AGREEMENT TO NEGOTIATE*:
 - A) CONCEPTO DE *AGREEMENT TO NEGOTIATE*.
 - B) EFICACIA DE LOS *AGREEMENT TO NEGOTIATE*.
- IV. LOS *MEMORANDA OF UNDERSTANDING*:
 - A) CONCEPTO DE *MEMORANDUM OF UNDERSTANDING*.
 - B) EFICACIA DE LOS *MEMORANDA OF UNDERSTANDING*.
- V. CONCLUSIONES.
- VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Los acuerdos precontractuales se utilizan frecuentemente en el tráfico jurídico español en infinidad de operaciones distintas que van desde una compleja

compraventa de empresa a un simple precontrato de trabajo. Las figuras que más se utilizan son los precontratos, los acuerdos de intenciones y los *memoranda of understanding*. Los cuales, podrían equipararse a los *agreement to agree*, los *agreement to negotiate* y los *memoranda of understanding* en Derecho estadounidense. Y esos son precisamente los acuerdos precontractuales que se van a analizar en este artículo.

El uso reiterado de estas figuras no es una novedad, puesto que ya en el año 1950 el ilustre profesor DE CASTRO ponía de manifiesto que los tribunales españoles resolvían muchas disputas sobre estas figuras jurídicas (1).

A pesar del usual empleo de los acuerdos precontractuales en el tráfico jurídico, en nuestro ordenamiento no hay un claro concepto y una precisa eficacia de estas figuras. Esto se debe fundamentalmente a que la mayoría de ellos, excepto el precontrato respecto a la promesa de venta, no están regulados. La atipicidad de estos acuerdos ha motivado que tanto la doctrina como la jurisprudencia creen y utilicen diferentes teorías para explicar su funcionamiento en el tráfico jurídico y asignarles efectos.

A su vez, gran parte de estos acuerdos precontractuales son originarios de ordenamientos *Common Law*, como señala la doctrina española (2). Y ello ha implicado que su uso y adaptación al ordenamiento español se realice con una gran dosis de incertidumbre jurídica. Por ello, el propósito de este artículo doctrinal es analizar la configuración y la eficacia de las principales figuras en el ordenamiento estadounidense para facilitar su efectiva incorporación al Derecho español. Se ha elegido el Derecho estadounidense por ser uno de los grandes precursores de las figuras precontractuales y por su amplia influencia en el resto de los ordenamientos. Aunque a estos efectos hay que indicar que en Derecho estadounidense el Derecho de contratos es competencia estatal. En consecuencia, cada estado tiene su propia normativa y jurisprudencia particular. No obstante, hay unas directrices comunes en esta materia provenientes de la jurisprudencia compartida y de fuentes que gozan de predicamento a nivel nacional, como el *Uniform Commercial Code* (3) o el *Restatement of Contracts* (4). Dichas directrices son precisamente el objeto de estudio de este artículo doctrinal, que se basa en una labor de investigación realizada en una *doctoral dissertation* en la University of California, Berkeley.

(1) Cfr. DE CASTRO, «La promesa de contrato», en *Anuario de Derecho Civil*, T. III, Fascículo IV, octubre-diciembre de 1950, págs. 1132 a 1186.

(2) Cfr. JAVIER CAVESTANY, «Letters of intents, precontratos y otros acuerdos preparatorios», en *Expansión*, de 7 de junio de 2010.

(3) Cfr. UNIFORM COMMERCIAL CODE, § 1-201(20), 1-203, 2-179(3), 2-204(3), 2-305(1) (b), 2-309(3) (versión 2003).

(4) Cfr. RESTATEMENT (SECOND) OF CONTRACTS § 21, 27, 33, 87(2), 90 comment b and illustration 10, 201, 205 (1981).

II. LOS AGREEMENT TO AGREE

A) CONCEPTO DE AGREEMENT TO AGREE

El Derecho estadounidense, como sucede con otros muchos ordenamientos, carece de una definición normativa de precontrato o de otro tipo de acuerdos precontractuales. Ni siquiera las fuentes secundarias (*secondary sources*) (5) más relevantes, como el *Uniform Commercial Code* o el *Restatement of Contracts*, contienen una definición.

No obstante, se podría decir que generalmente se entiende por precontrato (*agreement to agree*) (6), aquel que contempla la celebración de un contrato futuro (7). Así se han pronunciado numerosas sentencias estadounidenses, como *Stand Energy Corp. v. Cinergy Services, Inc.* y *Richie Co. LLP v. Lyndon Insurance Group, Inc.*

En ese sentido, uno de los diccionarios jurídicos más seguidos en Estados Unidos proporciona dos definiciones de acuerdos precontractuales utilizando el término *letter of intent* (8). Conforme a una definición, una *letter of intent* es «un acuerdo no ejecutable judicialmente que pretende vincular a las partes a negociar y celebrar un acuerdo futuro; es decir, una propuesta de acuerdo negociada con la intención de que un contrato final será celebrado formalmente y que ninguna parte estará vinculada hasta que el contrato final sea firmado» (9). Según la otra definición, una *letter of intent* es «un acuerdo plenamente ejecutable judicialmente que contiene términos suficientemente detallados así como una adecuada causa, pero dejando algunos detalles que deben de concretarse por las partes» (10).

Como puede observarse, la principal diferencia entre ambas definiciones es que el acuerdo sea ejecutable judicialmente. Y parece desprenderse de

(5) Es decir, fuentes del Derecho que no son directamente aplicables, pero sí muy influyentes a nivel nacional, por el seguimiento que la jurisprudencia y doctrina estadounidenses hacen de ellas.

(6) Esta es la denominación que más emplean los tribunales para referirse al concepto de precontrato que mayoritariamente se usa en el ordenamiento español como precontrato. Cfr. *Stand Energy Corp. v. Cinergy Services, Inc.* y *Richie Co. LLP v. Lyndon Insurance Group, Inc.* Además, este término expresa fielmente el concepto: acuerdo de acordar.

(7) Cfr. LAKE y DRAETTA, *Letters of intent and other Precontractual Documents. Comparative Analysis and Forms*, 2.^a ed., Butterworths, Londres, 1994, pág. 59.

(8) Cfr. BLACK'S LAW DICTIONARY, 8.^a ed., Thompson West, USA, 2004, pág. 74.

(9) En concreto, la definición en inglés dice: «*an unenforceable agreement that purports to bind two parties to negotiate and enter into a contract; esp. a proposed agreement negotiated with the intent that the final agreement will be embodied in a formal written document and that neither party will be bound until the final agreement is executed*».

(10) Específicamente la definición en inglés dice: «*a fully enforceable agreement containing terms that are sufficiently definite as well as adequate consideration, but leaving some details to be worked out by the parties*».

ambas definiciones que ello depende de que el precontrato sea lo suficientemente preciso, y que tenga una causa suficientemente adecuada como para poder ser ejecutado judicialmente. Es decir, es un reflejo de la regla conocida como *all or nothing*, por medio de la cual los tribunales suelen tender a conceder una eficacia equivalente al contrato proyectado o no dar eficacia alguna. Posicionamiento que también sigue en gran medida nuestra jurisprudencia.

Por otro lado, un problema de estas definiciones es que describen al precontrato únicamente por sus efectos. Pero los efectos son asignados por los tribunales a veces sin usar un criterio claro y uniforme. Por ello, el concepto estadounidense de precontrato (o *agreement to agree*) se relaciona con la referencia a la conclusión de un futuro contrato conforme a unas determinadas condiciones. Tal referencia se hace habitualmente a través de cláusulas contractuales que se conocen como *formal contract contemplated* (11), *written memorial* (12) o *subject to contract*. Estas cláusulas son las que claramente establecen que las partes únicamente estarán vinculadas por el contrato cuando estas hayan suscrito el contrato final. Sin perjuicio de lo anterior, dentro de la amplia categoría de los *agreements to agree* usualmente se incluyen los siguientes acuerdos precontractuales (13):

- a) Los incompletos como contrato final, porque les falta algún elemento esencial.
- b) Los que contemplan la obligación de suscribir un contrato formal, también llamados *contract to make a contract* o *agreements that contemplate a future writing* (14).
- c) Los que contienen una condición para concluir el contrato final que está bajo el control de las partes, como la aprobación por su respectivo Consejo de administración.
- d) Los que recogen condiciones para celebrar el contrato proyectado que son ajenas a las partes, como la concesión de un contrato por un tercero a alguna de las partes.
- e) Los que estipulan condiciones para suscribir el contrato futuro que están parcialmente bajo el control de las partes, como la obtención de determinados resultados.

(11) Cfr. ROHWER y SKROCKI, *Contracts in a Nutshell*, 6.^a ed., Thomson West, USA, 2006, pág. 25.

(12) Cfr. SECOND RESTATEMENT OF CONTRACTS, *op. cit.*, § 27.

(13) Cfr. LAKE y DRAETTA, *op. cit.*, págs. 208 a 218.

(14) Cfr. ROHWER y SKROCKI, *op. cit.*, pág. 25.

Como consecuencia de este amplio espectro (15) y de la falta de precisión terminológica, no es infrecuente que a este tipo de acuerdos también se les llame *letters of intent* (16). Típicamente, los *agreements to agree* se usan para (17):

- a) Posponer la firma del contrato final y sus efectos (18).
- b) Cumplir alguna formalidad requerida por el ordenamiento mediante la conclusión del contrato final.
- c) Reducir el riesgo de futuros malos entendidos sobre el contenido de lo acordado (19).
- d) Confirmar la intención de celebrar el contrato proyectado frente a terceros.

Los *agreement to agree* se utilizan para lograr el primer objetivo descrito cuando las partes no están en posición de poder suscribir el contrato final. A veces dicho retraso se debe simplemente a la voluntad de las partes. En esos casos, las partes usan habitualmente cláusulas contractuales para posponer la entrada en vigor. Otras veces, la postergación de los efectos se debe a circunstancias que no están bajo el control de las partes. Parte de la doctrina (20) usualmente pone como ejemplos de estas circunstancias la aprobación de la operación por terceros, como entidades financieras o agencias públicas. Pero este tipo de circunstancias parecen ajustarse mejor al concepto de condición resolutoria, puesto que la obligación nace con la celebración del *agreement to agree*, pero las partes están liberadas de su cumplimiento si tal condición se cumple. Consecuentemente, lo más probable es que cuando un *agreement to*

(15) Algunos tribunales han considerado la prórroga de un arrendamiento como un *agreement to agree*, Cfr. *Walker v. Keith*.

(16) Cfr. *Corpus Juris Secundum, Contracts* V. 17, West Group, 1999, USA, § 60, pág. 510, LAKE y DRAETTA, *op. cit.*, pág. 59.

(17) En este sentido, FARNSWORTH dice que los precontratos tienen «la ventaja de que vinculan a una o a ambas partes a continuar con la operación pero posponen la preparación y la firma de la correspondiente documentación y el respectivo gasto como los honorarios de abogados, indemnizaciones e impuestos». Literalmente en inglés: «*the advantage that it binds one or both parties to carry through the transaction but postpones preparation and execution of the requisite documents and the attendant expense for such items as legal fees, indemnities, and taxes*». Cfr. FARNSWORTH, «Precontractual Liability and Preliminary Agreements: Fair Dealing and Failed Negotiations», *Columbia Law Review*, núm. 87, 1978, pág. 251. A veces, los *agreement to agree* son utilizados para establecer las condiciones del proceso negociador o recoger los acuerdos parciales alcanzados, creando confusión con el resto de acuerdos precontractuales que se utilizan en el tráfico jurídico estadounidense.

(18) Aunque este efecto también puede obtenerse de otras formas, como retrasando contractualmente su entrada en vigor.

(19) Cfr. ROHWER y SKROCKI, *op. cit.*, pág. 25. Este objetivo también puede lograrse, y es más adecuado conforme lo expuesto en este artículo, a través de los *memoranda of understanding*.

(20) Cfr. LAKE y DRAETTA, *op. cit.*, pág. 59.

agree se utiliza de esta manera, su principal función sea facilitar la conclusión del contrato proyectado proporcionando una evidencia de lo ya suscrito.

El segundo objetivo expuesto frecuentemente aparece cuando la normativa impone algún tipo de requisito para tener eficacia en general, o conseguir un determinado efecto.

La tercera finalidad concurre habitualmente cuando las partes tuvieron la intención de celebrar un acuerdo que no contuviera algunos de los aspectos de la relación contractual, y que por ende, no constituyera el contrato final.

El cuarto objetivo suele aparecer cuando las partes necesitan la participación de terceras partes en la operación, como entidades financieras o consultores.

Por consiguiente, puede decirse que en Derecho estadounidense los *agreements to agree* son acuerdos precontractuales que contemplan la obligación de celebrar un futuro contrato. Estos acuerdos precontractuales son usados con el propósito de posponer la celebración del contrato final y sus efectos, de cumplir algún requisito normativo o de reducir el riesgo de malos entendidos respecto a lo acordado. Como puede observarse, esta noción es similar a la llamada teoría tradicional sobre el precontrato del ordenamiento español (21), centrando el objeto del precontrato en la obligación de suscribir el contrato proyectado.

B) EFICACIA DE LOS *AGREEMENT TO AGREE*

Debido a la falta de normativa (22), la eficacia de los *agreements to agree* es determinada fundamentalmente por pronunciamientos judiciales. Como la doctrina estadounidense señala, los efectos de los acuerdos precontractuales rara vez se deciden aplicando las normas referentes a la oferta y su aceptación. Sus efectos habitualmente se deciden en controversias sobre la intención de vincularse, la vaguedad de lo establecido, la facultad de representación de quien suscribe el acuerdo precontractual, la aplicación del *Statute of Frauds* o la interpretación del lenguaje utilizado en el acuerdo precontractual (23).

Los posibles efectos de cualquier acuerdo precontractual pueden resumirse en (24):

(21) Cfr. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. I, 6.^a ed., Civitas, Madrid, 2007, pág. 395; ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil, II, Derecho de Obligaciones*, 13.^a ed., Edisofer, S. L., Madrid, 2008, págs. 443 y 444.

(22) Cfr. ROHWER y SKROCKI, *op. cit.*, pág. 26.

(23) Cfr. FARNSWORTH, *op. cit.*, pág. 252, y ROHWER y SKROCKI, *op. cit.*, pág. 26.

(24) Cfr. «Special study for corporate counsel using letters of intent in business transactions», en *Executive Legal Summary*, núm. 287, William A. Hancock ed., Business Laws, Inc. 2003, págs. 101.004 y 101.005.

- a) No crear obligaciones contractuales.
- b) Originar algunas obligaciones contractuales vinculantes (25).
- c) Constituir el contrato final (26).

Algunos autores sugieren que hay cuatro fundamentos legales para imponer responsabilidades en virtud de cualquier tipo de acuerdo precontractual (27):

- a) Enriquecimiento injusto (*unjust enrichment*) derivado de las negociaciones.
- b) Dolo (*misrepresentation*) durante las negociaciones.
- c) Promesas concretas realizadas durante las negociaciones.
- d) Obligaciones generales resultantes de las negociaciones en sí mismas.

(25) Cfr. *Anderson Chemical Co. Inc. v. Portals Water Treatment, Inc., Venture Associates Corp. v. Zenith Data Systems Corp., John Wood Group USA, Inc. v. ICO, Inc.* Aunque hay que tener en cuenta que algunas sentencias han descartado esta posibilidad. Así, en *Richie Co. LLP v. Lyndon Insurance Group, Inc.*, el tribunal indicaba: «donde las partes han acordado que un *agreement to negotiate* o *letter of intent*, en su integridad, no es un documento legalmente vinculante, los tribunales de Minnesota han rechazado ejecutar una cláusula individual del documento como una promesa contractual independiente» («*where the parties have agreed that an “agreement to negotiate” or letter of intent, in its entirety, is not a binding legal agreement, Minnesota courts have refused to enforce an individual provision of the letter as a freestanding “contract” promise*»).

(26) Los tribunales suelen concluir que se ha suscrito el contrato final conforme al concepto de acuerdo precontractual propuesto por FARNSWORTH. Según el citado autor, estos acuerdos «establecen la mayoría de los términos del contrato y las partes acuerdan estar vinculadas por dichos términos» («*sets out most of the terms of the deal, and the parties agree to be bound by these terms*»). Esos son los criterios que los tribunales suelen aplicar para determinar la eficacia. Además, FARNSWORTH señala que estos acuerdos responden a la distribución de funciones entre los directivos y los abogados. Este autor propone dos niveles de eficacia que los tribunales no suelen seguir. En el primer nivel, las partes tienen la obligación de negociar los términos pendientes de concretar. A este respecto, FARNSWORTH comenta «un incumplimiento de la obligación de negociar justamente justificará, si es grave, el rechazo de la otra parte de ejecutar el acuerdo y, si el incumplimiento no es subsanado, en resolver el propio acuerdo y reclamar daños por el incumplimiento total del acuerdo en sí mismo. Los daños por dicho incumplimiento se basarán en los sufridos por la parte perjudicada y no estarán limitados al daño emergente» («*a breach of the duty to negotiate fairly will, if material, justify the other party in refusing to perform under the agreement and, if the breach is not cured, in terminating the agreement itself and claiming damages for total breach of the agreement itself. Damages for such breach would be based on the injured party's under the agreement and would not be limited to reliance damages*»). Aunque FARNSWORTH enfatiza que únicamente en casos excepcionales habrá un incumplimiento total. En el segundo nivel de eficacia, si las partes no son capaces de concluir el contrato final, las partes están vinculadas por el «acuerdo original y el resto de términos se regirán por lo dispuesto de forma supletoria por los tribunales» («*original agreement and the other matters are governed by whatever terms a court will supply*»). Por consiguiente, el fundamento de la responsabilidad en el segundo nivel de eficacia es el incumplimiento del contrato final. Cfr. FARNSWORTH, *op. cit.*, págs. 255 a 270. Esta postura parece correcta por cuanto conviene diferenciar entre la eficacia de la obligación de negociar de buena fe prevista en un *agreement to negotiate* y la eficacia de la obligación de suscribir el contrato final contemplada en un *agreement to agree*.

(27) Cfr. FARNSWORTH, *op. cit.* pág. 222.

Las principales figuras jurídicas que utilizan los tribunales para determinar la eficacia son (28):

1. *Promissory estoppel*. Esta doctrina jurídica considera que surge responsabilidad cuando concurren los siguientes elementos (29):

- a) Una clara y concreta promesa emitida por una de las partes.
- b) La promesa debe originar una expectativa en la que la otra parte confíe.
- c) La parte perjudicada debe razonablemente confiar en dicha promesa.
- d) Daños concretos y graves que se deben de producir por la confianza en la promesa.

2. *Restitution*. Esta figura jurídica se subdivide en dos categorías:

- a) Contratos implícitos de hecho (*implied-in fact contracts*). También se les llama *common counts* o *quantum valebat* cuando se refieren a la entrega de bienes, o *quantum meruit* cuando comprenden servicios. En estos casos, la obligación surge del contrato no expreso que las partes han suscrito. Se considera que hay un contrato porque una de las partes ha solicitado un beneficio, ya sea en forma de entrega de un bien o de prestación de un servicio, la otra parte ejecuta lo necesario para la obtención de dicho beneficio, y la parte que lo solicitó acepta dicho beneficio (30).

(28) Hay que tener en cuenta que el incumplimiento de acuerdos precontractuales que se consideran contratos vinculantes en sí mismos pueden implicar la condena a abonar daños de penalización (*punitive damages*), cuando el incumplimiento es especialmente contrario al ordenamiento (principalmente por dolo, fraude o coacción), y por ello se hace merecedor de un «castigo». Cfr. ROHWER y SKROCKI, *op. cit.*, pág. 417, y *Venture Associates Corp. v. Zenith Data Systems Corp.*

(29) Cfr. *Pop's Cones, Inc. v. Resorts International Hotel, Inc.* Pero otras sentencias solo consideran tres elementos: 1. Era la promesa una que quien la hizo podría razonablemente esperar que originara una acción u omisión de algo concreto y relevante en relación a la promesa. 2. Produjo la promesa esa acción u omisión. 3. Puede la injusticia únicamente ser evitada con el cumplimiento de la promesa. Cfr. *Gruen Industries, Inc. v. Biller*. No obstante, no hay consecuencias prácticas en dicha diferencia. Probablemente la principal diferencia es la exigencia de una promesa clara y concreta. Pero como la carga de la prueba a este respecto se ha flexibilizado, el enfoque y el resultado del tribunal siguiendo una u otra lista de elementos es muy similar.

(30) Los *implied-in-fact contracts* son descritos por la jurisprudencia como «una forma de un contrato ejecutable; basado en una tácita promesa, que se infiere en todo o en parte de la conducta de las partes y no solo de sus palabras (...) Un *implied-in-fact contract* no se transcribe en palabras de promesa con suficiente claridad, de tal manera que el tribunal debe examinar e interpretar el comportamiento de las partes para llenar de contenido del contrato no expreso» (*«one form of an enforceable contract; it is based on a tacit promise, one that is inferred in whole or in part from the parties conduct, not solely from their words (...) A contract implied in fact is not put into promissory words with sufficient clarity, so a fact finder must examine and interpret the parties' conduct to give definition to their unspoken agreement»*). Cfr. *Commerce Partnership 8098 Limited Partnership v. Equity Contracting Co., Inc.*

- b) Contratos implícitos en Derecho (*implied-in law contract*). También se les conoce como *quasi contracts*. En estos supuestos, se entiende que la obligación surge de la aceptación del beneficio no solicitado (31).

Como puede observarse, la principal diferencia entre uno y otro tipo de contrato implícito es el requerimiento previo del beneficio. Aunque en la práctica la distinción no es tan clara (32). Por esa razón, ambas doctrinas en muchas ocasiones se solapan y se aplican a los mismos hechos. Consecuentemente, los litigantes suelen alegar ambas categorías de *restitution*. La jurisprudencia usualmente analiza los siguientes aspectos para determinar si hay responsabilidad bajo esta doctrina (33):

- i) No hay un contrato formal o petición de inicio de ejecución (pero sí puede haber una solicitud del beneficio).
- ii) La ejecución se realizó de buena fe.
- iii) La parte que ejecuta tiene que conceder un beneficio a la otra parte.
- iv) La otra parte conoce el citado beneficio.
- v) La otra parte ha aceptado o retenido el beneficio conferido.
- vi) Las circunstancias son tales que no sería equitativo para el demandado retener el beneficio sin pagar un justo precio por ello.
- vii) El resto de acciones legales han sido agotadas.
- viii) La parte que ha ejecutado no ha recibido ninguna compensación por su trabajo.

A este respecto, hay que señalar que los tribunales valoran todos estos aspectos, aunque los elementos de la acción son los puntos iii), iv), v) y vi) (34).

(31) Los *implied-in-law contract* son definidos por la jurisprudencia como «no estar basados en la conclusión, mediante un proceso de deducción de los hechos, de un acuerdo entre las partes. Un contrato implícito en Derecho es una ficción legal, una obligación creada por la ley sin tener en cuenta el consentimiento de las partes a través de sus palabras o conducta (...) Esta ficción fue creada como una acción donde una parte se ha enriquecido injustamente, donde la parte que ha recibido el beneficio en esas circunstancias resulta injusto que lo retenga sin abonar una compensación» («*not being based upon the finding, by a process of implication from the facts, of an agreement between the parties. A contract implied-in-law is a legal fiction, an obligation created by the law without regard to the parties' expression of assent by their words or conduct (...) This fiction was adopted to provide a remedy where one party was unjustly enriched, where that party received a benefit under circumstances that made it unjust to retain it without giving compensation*»). Cfr. *Commerce Partnership 8098 Limited Partnership v. Equity Contracting Co., Inc.*

(32) Cfr. *Commerce Partnership 8098 Limited Partnership v. Equity Contracting Co., Inc.* Desde el punto de vista práctico, la diferenciación no es tan relevante, ya que los tribunales aplican el mismo test para determinar que hay responsabilidad, y los daños derivados de dicha responsabilidad suelen ser los mismos.

(33) Cfr. *Watts v. Watts, Commerce Partnership 8098 Limited Partnership v. Equity Contracting Co., Inc.*

(34) Cfr. *Commerce Partnership 8098 Limited Partnership v. Equity Contracting Co., Inc.*

3. *Culpa in contrahendo*. Es una acción en equidad (*equitable remedy*) para los supuestos en los que no se concluye el contrato tras las correspondientes negociaciones (35). Por consiguiente, se considera una acción de responsabilidad extracontractual (36). Esta acción, cuya configuración es muy similar a la correspondiente acción disponible en Derecho español y otros ordenamientos continentales, únicamente está disponible en determinados territorios o estados como Puerto Rico (37) o Louisiana (38). La política legislativa de esta figura jurídica (*policy*) es proteger la confianza y la reciprocidad que puede generarse en una negociación. La justificación de esta figura es que los tratos preliminares pueden generar una relación social, que puede crear una legítima confianza de las partes. Siguiendo algunas sentencias, puede decirse que los elementos que los tribunales valoran para determinar que hay responsabilidad por *culpa in contrahendo* son (39):

- a) El inicio de las negociaciones.
- b) El desarrollo de las mismas.
- c) El sentido de las negociaciones.
- d) La conducta de las partes durante los tratos preliminares.
- e) La fase en que las negociaciones terminan.
- f) Las razonables expectativas de las partes respecto a la conclusión del contrato.

Cuando el análisis de estos elementos indica que una legítima confianza existe, los tribunales entienden que existe una obligación de continuar la negociación de buena fe derivada de la relación social (40). Esta obligación se incumple mediante la ruptura injustificada de las negociaciones. El interés principal es evitar el abuso de una de las partes en las negociaciones (41). Sin perjuicio de lo anterior, hay que tener en cuenta que esta doctrina se aplica restrictivamente (42).

4. Inducción de infracción contractual (43). La aplicación de esta doctrina legal requiere la existencia de un válido contrato, la intención de interferir, la

(35) Cfr. *Shelley v. Trafalgar House Public Ltd. Co.*

(36) Cfr. *Shelley v. Trafalgar House Public Ltd. Co.*

(37) Cfr. *Ysiem Corp. v. Commercial Net Lease Realty, Inc., Sloan Const. Co. v. American Renovation and Const. Co.*

(38) Cfr. *West Baton Rouge Parish School Bd. v. T. R. Ray, Inc., Unit Two Architects, Inc. v. Modica.*

(39) Cfr. *Producciones Tommy Muniz, Inc. v. COPAN, Shelley v. Trafalgar House Public Ltd. Co.*

(40) Siguiendo el concepto de *culpa in contrahendo* propuesto por IHERING.

(41) Cfr. *Producciones Tommy Muniz, Inc. v. COPAN*. Aunque tiene que señalarse que el mismo interés es tenido en cuenta aplicando otras doctrinas jurídicas. Cfr. *Venture Associates Corp. v. Zenith Data Systems Corp.*

(42) Cfr. *Shelley v. Trafalgar House Public Ltd. Co.*

(43) Esta denominación es la empleada en el artículo 14 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal. En Derecho estadounidense se denomina *tort of interference with*

efectiva intromisión y la generación de un daño (44). La principal sentencia que ha estimado esta acción es *Pennzoil, Inc. v. Texaco, Inc.*

Como puede observarse, los elementos de cada doctrina jurídica son distintos. Pero puede decirse que con independencia de la figura jurídica que finalmente se aplique al correspondiente acuerdo precontractual, los tribunales estadounidenses atienden al lenguaje del mismo, la conducta de las partes, su conocimiento como participantes del tráfico jurídico, el tipo de transacción y las cantidades de dinero involucradas en ella. Es decir, los mismos aspectos que suele valorar la jurisprudencia española (45).

A este análisis jurisprudencial hay que sumar algunas posiciones doctrinales interesantes. Así, desde la perspectiva económica de la materia *Law & Economics*, SCHWARTZ y SCOTT sugieren también tener en cuenta (46) para determinar si hay responsabilidad en virtud de un acuerdo precontractual:

- a) Que las partes hayan acordado la clase de proyecto.
- b) Que las partes hayan acordado una división operativa de facultades para realizar las inversiones que requiere el proyecto.
- c) Que las partes acuerden de forma básica el orden de las acciones que se deben de realizar dentro del proyecto (47).

Como parte de la doctrina señala (48), hay una gran inseguridad sobre la cantidad de daños que pueden obtenerse al amparo de las doctrinas jurídicas mencionadas. Sin embargo, hay un gran consenso sobre la ausencia de un derecho a reclamar la obligación de dar o hacer contemplada en el acuerdo precontractual (49). Siguiendo a FARNSWORTH, puede decirse que la compensación por

contract y tiene su origen en la sentencia inglesa *Lumley v. Gye*, 2 E. & B. 216 (1856). Cfr. LAKE, R. B. - DRAETTA, U., *op. cit.*, pág. 139, y VIGURI PEREA, A., *Los tratos preliminares: las cartas de intenciones y otros documentos legales precontractuales*, PPU, Barcelona, 1994, pág. 75. Esta acción, como su propio nombre (*tort*) indica, es de responsabilidad extracontractual. Al respecto, el último autor mencionado entiende que en Derecho estadounidense la responsabilidad por los acuerdos precontractuales es extracontractual. Cfr. VIGURI PEREA, A., *op. cit.*, pág. 174.

(44) Cfr. VIGURI PEREA, A., *op. cit.*, págs. 75 y 76.

(45) Cfr. SSTs de 24 de mayo 1980, de 25 de junio 1993 y de 13 de octubre 2005, entre otras muchas.

(46) Cfr. SCHWARTZ y SCOTT, «Precontractual Liability and Preliminary Agreements», en *Harvard Law Review*, v. 120, enero de 2007, pág. 704.

(47) En consecuencia, de acuerdo con estos autores una desviación del orden de inversión acordado es un incumplimiento que faculta a la parte agraviada a reclamar el lucro cesante. Aunque dicha compensación estaría limitada al beneficio que se habría obtenido de dicha transacción. Cfr. SCHWARTZ y SCOTT, *op. cit.*, pág. 704.

(48) Cfr. FARNSWORTH, *op. cit.*, pág. 223.

(49) Cfr. SCHWARTZ y SCOTT, *op. cit.*, pág. 675. A este respecto conviene tener en cuenta que en Derecho contractual estadounidense excepcionalmente se concede la ejecución de una obligación de hacer (*specific performance*), porque se entiende que es una condena

una ruptura de las negociaciones puede incluir los costes incurridos durante la misma (*out-of-pocket costs*), cualquier empeoramiento de la situación que sufra la parte agraviada y las oportunidades que se hayan perdido como resultado de la ruptura de la negociación (es decir, el lucro cesante). Aunque según el citado autor (50), las doctrinas de enriquecimiento injusto (*unjust enrichment*), dolo (*misrepresentation*) y *promissory estoppel* no cubren generalmente el lucro cesante (51). La principal razón es la dificultad de calcular dichos daños cuando el contrato final no se ha concluido.

Generalmente se entiende que en el caso de enriquecimiento injusto (*unjust enrichment*) la compensación se limita al *restitution interest*. Tal compensación incluye el beneficio que la otra parte injustamente ha recibido. Es interesante señalar que aunque ésa sea la intención, dicho beneficio puede no coincidir con el daño efectivamente creado y que debería ser compensado.

El *restitution interest* puede ser calculado mediante la mejora experimentada por la parte que recibe el beneficio, o a través del precio razonable que habría pagado el demandado a un tercero por los servicios o bienes comparables a los que debía prestar o entregar el demandante. En este sentido, puede comentarse una diferencia entre la doctrina de enriquecimiento injusto (*unjust enrichment*) y el contrato implícito de hecho (*implied-in-fact contract*): en la segunda el demandante no tiene que probar el beneficio del demandado (52).

FARNSWORTH también indica que la compensación debería estar integrada por los daños de confianza (*reliance damages*) (53) cuando la responsabilidad provenga de dolo (*misrepresentation*), *promissory estoppel* o de obligaciones generales surgidas de las negociaciones. Como él dice, la finalidad de dicha compensación es dejar a la parte agraviada en la misma situación que estaba antes del incumplimiento. Por consiguiente, dichos daños de confianza (*reliance damages*) (54) deberían incluir, dependiendo de las circunstancias particulares

de esclavitud, cuyo grado de cumplimiento es muy difícil, sino casi imposible de controlar. En los raros casos que se aplica son supuestos de obligaciones de carácter personalísimo o *intuitu personae*, a través de multas coercitivas. Cfr. ROHWER y SKROCKI, *op. cit.*, págs. 442 y 443. Principio que no se aplica en Derecho español en virtud del artículo 1098 del Código Civil y 708 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

(50) Cfr. FARNSWORTH, *op. cit.*, pág. 223.

(51) Aunque hay que tener en cuenta que hay sentencias que no excluyen esta posibilidad. Cfr. *Arcadian Phosphates, Inc. v. Arcadian Corp.*

(52) Cfr. FARNSWORTH, *op. cit.*, pág. 223.

(53) Otros autores también sostienen que deben concederse *reliance damages*, aunque en un sentido más limitado, excluyendo el lucro cesante. Así, SCHWARTZ y SCOTT comentan: «no hay necesidad de proteger las expectativas del que recibió la promesa, lo cual sería muy difícil en cualquier caso para proyectos que nunca superaron la fase preliminar» («*there is no need to protect the promisee's expectation, which would be difficult to do in any event for projects that never get past the preliminary stage*»). Cfr. SCHWARTZ y SCOTT, *op. cit.*, pág. 704.

(54) Hay que tener en cuenta que este autor maneja un concepto amplio de *reliance damages* que incluye el lucro cesante. Sin embargo, generalmente se entiende que los *reliance*

de cada caso, los costes incurridos en la negociación, los daños provenientes del empeoramiento de la situación de la parte agraviada y de las oportunidades perdidas (55). Este autor a su vez propone algunos aspectos para determinar si tal lucro cesante debe concederse. Por ejemplo, el coste de atender varias oportunidades simultáneamente (56).

Sin perjuicio de todo lo expuesto hasta ahora, debe de tenerse en cuenta que los tribunales estadounidenses suelen listar los elementos para determinar qué tipo de acuerdo precontractual es y qué efectos tiene, pero los tribunales no especifican cómo valoran dichos elementos (57).

Al igual que ocurre con los acuerdos precontractuales en general, los tribunales estadounidenses se preocupan más por determinar los efectos de los *agreements to agree*, que de perfilar un concepto del mismo. Como podría presuponerse, los efectos de los *agreements to agree* dependen de lo dispuesto en el *agreement to agree* y de sus circunstancias particulares. Y es que, si bien esto sucede en cualquier ordenamiento, no conviene olvidar que dar una solución concreta teniendo en cuenta las particularidades del caso es una de las grandes premisas de los ordenamientos *Common Law*. Así podría decirse que los efectos que generalmente asignan los tribunales a los *agreements to agree* se pueden dividir en (58):

- a) Un contrato vinculante equivalente al contrato proyectado (59). Los tribunales suelen conceder dicho efecto cuando «las partes acuerdan todos

damages, como su propio nombre indica, únicamente incluyen los daños incurridos confiando en las promesas de la otra parte. Cfr. SCHWARTZ y SCOTT, *op. cit.*, pág. 704, y ROHWER y SKROCKI, *op. cit.*, págs. 437 y 438. Por tanto, dichos daños no incluirían los perjuicios que no se han producido, como el lucro cesante.

(55) Cfr. FARNSWORTH, *op. cit.*, págs. 224 a 229. Según este autor, hay algunas razones para no conceder el daño de las oportunidades perdidas, como el exceder el objetivo de la ley o la dificultad de probar los daños derivados de dichas oportunidades. Sin embargo, FARNSWORTH sugiere que hay determinados casos en los que tales daños sí deberían compensarse. En ese sentido, también se ha pronunciado parte de la jurisprudencia como *Hunter v. Hayes*.

(56) Pero como FARNSWORTH reconoce, en un estado avanzado de las negociaciones una parte puede razonablemente esperar que se negocie en exclusividad. Además, la exclusividad, o *no shop clause*, se incorpora habitualmente en los acuerdos precontractuales.

(57) Cfr. SCHWARTZ y SCOTT, *op. cit.*, pág. 676. Esto también puede constatarse en la jurisprudencia estadounidense que es analizada en este artículo.

(58) Cfr. *Adjustrite Systems, Inc. v. Gab Business Services, Inc.*, siguiendo otras sentencias como *Arcadian Phosphates, Inc. v. Arcadian Corp.* A este respecto debe destacarse el conflicto entre las políticas legislativas (*policy*) de no obligar a las partes a algo que no han acordado y de proteger a quien legítimamente confió en la promesa de celebrar el contrato. Cfr. *Adjustrite Systems, Inc. v. Gab Business Services, Inc.* Este conflicto, aunque no sea tan expreso, también existe en el ordenamiento español y quizá debería ser tenido más en cuenta por nuestra jurisprudencia y doctrina.

(59) En palabras de FARNSWORTH, «las partes están sometidas al régimen del contrato final» (*«the parties are subject to the regimen of the ultimate agreement»*). Cfr. FARNSWORTH, *op. cit.*, pág. 251.

los aspectos que requieren negociación (incluyendo el estar vinculados), pero acuerdan recoger tales acuerdos en un documento más formal» (60). La clave para determinar este efecto es que todos los aspectos esenciales del contrato proyectado están acordados y que la celebración del contrato posterior responde a una mera formalidad. Este grado de eficacia tiene su análoga aplicación en ordenamiento español (61). A este tipo de *agreements to agree* a veces se les califica como *fully binding preliminary agreement* («acuerdo preliminar totalmente vinculante») (62).

- b) Obligaciones vinculantes dependiendo fundamentalmente de lo establecido en el *agreement to agree* y la voluntad de las partes (63). Los tribunales usualmente suelen determinar que en los *agreements to agree* existe una obligación de negociar de buena fe (64). Algunas veces los tribunales se refieren a este tipo de *agreement to agree* como *binding preliminary commitment* (65) («acuerdo preliminar vinculante»). Habitualmente, los tribunales señalan que no hay *fully binding preliminary agreement* («acuerdo preliminar totalmente vinculante») a menos que todos los términos esenciales del contrato proyectado hayan sido acordados (66). Los tribunales han considerado que los *agreements to agree* pueden «hacer nada más que obligar a cada parte a actuar conforme al marco que fue acordado» (67).
- c) Un contrato vinculante sujeto a determinadas condiciones resolutorias o suspensivas. Consecuentemente, cuando se establecen condiciones resolutorias, una parte puede estar liberada del cumplimiento si uno de

(60) En particular, la frase que repiten los tribunales es «*when the parties agree on all the points that require negotiation (including whether to be bound) but agree to memorialize their agreement in a more formal document*». Cfr. *Gorodensky v. Mitsubishi Pulp Sales (MC), Inc.*

(61) Cfr. Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *op. cit.*, págs. 392 y sigs.; ALBALADEJO GARCÍA, M., *op. cit.*, págs. 448 y sigs.

(62) Cfr. *Adjustrite Systems, Inc. v. Gab Business Services, Inc.*

(63) Cfr. *John Wood Group USA, Inc. v. ICO, Inc.*

(64) Especialmente cuando los *agreement to agree* dejan algunos aspectos sujetos a negociación. Pero los tribunales requieren una aceptación de mutuo compromiso de negociar de buena fe para concluir el contrato final. Cfr. *Adjustrite Systems, Inc. v. Gab Business Services, Inc.*

(65) Cfr. *Gorodensky v. Mitsubishi Pulp Sales (MC), Inc.*

(66) Cfr. *Hoxeng v. Topeka Broadcomm, Inc.* Particularmente ilustrativa a este respecto es la sentencia *Walker v. Keith*, que señala: «los tribunales no deben utilizar sus poderes para establecer derechos contractuales que las partes, teniendo oportunidad de hacerlo, no los definieron» («*courts should not expend their powers to establish contract rights which the parties, with an opportunity to do so, have failed to define*»). Pero debe tenerse en cuenta que hay una tendencia a interpretar los aspectos abiertos cuando la voluntad de las partes es vincularse. Dicha tendencia se basa algunos artículos de las *secondary sources* como el *Uniform Commercial Code* y el *Restatement of Contracts*.

(67) Cfr. *Anderson Chemical Co. Inc. v. Portals Water Treatment, Inc.*, que en concreto en inglés indica: «*does nothing more than require each party to proceed with the framework as set out (in it)*».

los sucesos previstos en el *agreement to agree* ocurre. Sin embargo, cuando se incorporan condiciones suspensivas no hay contrato hasta que dicha condición se cumple (68). Esta configuración de los *agreement to agree* puede darse en los siguientes escenarios:

- i) El acontecimiento previsto está fuera del control de las partes. Por ejemplo, en operaciones en las que están involucradas las autoridades que velan por el cumplimiento del Derecho de la competencia.
 - ii) El suceso se encuentra dentro del ámbito de control de las partes. Por ejemplo, la aprobación por su respectivo Consejo de administración.
 - iii) El acontecimiento es parcialmente controlado por las partes, como cuando el contrato está sujeto a concluir otro acuerdo entre las partes o alcanzar determinado número de ventas o ingresos. Pero para tener este efecto, el *agreement to agree* debe de recoger claramente la voluntad de las partes en este sentido.
- d) Acuerdos nada vinculantes (69). Los tribunales determinan que no hay ningún efecto legal, ni siquiera una obligación de negociar de buena fe, cuando la voluntad de las partes es no vincularse (70).

(68) Cfr. *May Metropolitan Corporation v. May Oil Burner Corporation*. Hay que tener en cuenta que el resultado sería el opuesto si se recoge una condición resolutoria. Cfr. *Hunneman Real Estate Corp. v. Norwood Realty, Inc.*

(69) Esta postura es concordante con el primer enfoque que tuvieron los ordenamientos *Common Law* respecto a este tema. Según esa primera perspectiva, no se les concedía ningún efecto a los acuerdos precontractuales, porque se consideraba absurdo acordar celebrar un contrato proyectado cuando las partes no habían determinado todos los aspectos para estar contractualmente vinculadas. Así, en *Ridway v. Wharton*, 6 Clark's H.L. Cases 238 (1856), Lord Wensleydale dijo: «un contrato para estar finalmente concluido debe comprender todos los aspectos que las partes pretendieron introducir en el contrato. Un acuerdo de concluir un contrato sobre unos aspectos que posteriormente se determinaran es una contradicción en sus propios términos (...) Hasta que tales aspectos han sido acordados un hombre es perfectamente libre de retirarse de las negociaciones» («*An agreement to be finally settled must comprise all the terms which the parties intend to introduce into the agreement. An agreement to enter into an agreement upon terms to be afterwards settled between the parties is a contradiction in terms (...) Until those terms are settled he is perfectly at liberty to retire from bargain*»). Algunos países con ordenamientos *Common Law* todavía siguen esta primera corriente jurisprudencial, como es el caso de Inglaterra. Cfr. SCHWARTZ y SCOTT, *op. cit.*, pág. 664. Este principio todavía se considera como una regla básica del Derecho contractual (*one of the basic rules of contract law*) en algunas sentencias, como *Rosenfield v. United States Trust Co.* El problema con este enfoque es que no tiene en cuenta que las partes acordaron algo. En consecuencia, es razonable pensar que una de las partes confió legítimamente en lo acordado. Por consiguiente, hay determinados casos en los que es completamente injusto no conceder efecto alguno a los *agreements to agree*.

(70) Cfr. *Adjustrate Systems, Inc. v. Gab Business Services, Inc.*

El criterio para asignar unos efectos u otros depende principalmente de dos factores:

- a) Si las partes pretendieron estar vinculadas con la firma del *agreement to agree*, o si la voluntad de las partes era vincularse con la firma del contrato final. Esta es una cuestión fáctica que debe probar la parte que lo alegue (71).
- b) Si el *agreement to agree* contiene todos los elementos esenciales que debe recoger el contrato final. Generalmente se entiende que un término es esencial cuando así puede inferirse de la voluntad de las partes y de la interpretación del *agreement to agree* (72).

No hay unas normas concretas para asignar los efectos en estas situaciones. Sin embargo, hay algunas directrices que los tribunales suelen seguir al respecto:

- a) El *agreement to agree* no se considera no ejecutable judicialmente simplemente porque no estipula todos los posibles aspectos, o porque no anticipa cualquier contingencia que pueda surgir (73).
- b) El *agreement to agree* no deja de ser vinculante porque haya algunos términos que tengan que precisarse en el futuro (74), o porque se deje algo para que se concrete en el futuro acuerdo (75). En este sentido, el *Uniform Commercial Code* o el *Restatement of Contracts* establecen que los *agreements to agree* pueden ser ejecutables judicialmente, incluso si relegan importantes aspectos al contrato final (76).
- c) Una mera referencia a suscribir un contrato futuro en un *agreement to agree* que contiene todos los términos esenciales del contrato proyectado no imposibilita la existencia del contrato final, incluso si las partes no firman dicho contrato (77).
- d) Una propuesta o un acuerdo precontractual sujeto a la celebración de un contrato formal, cuando tal suscripción es una condición esencial de eficacia, no es vinculante (78).
- e) La voluntad de las partes se interpreta atendiendo a las circunstancias del caso. Así, en casos de arrendamientos, los tribunales han considerado

(71) Cfr. *Telemeter v. Teleprompter Corp.*

(72) Cfr. CORBIN, *Corbin on Contracts*, West Publishing Company, USA, 1993, edición revisada por Joseph M. Perillo, § 2.8.

(73) Cfr. *Rocklin v. Eanet*.

(74) Cfr. *Eno v. Prime Mfg. Co.*

(75) Cfr. *May Metropolitan Corporation v. May Oil Burner Corporation*.

(76) Cfr. SECOND RESTATEMENT OF CONTRACTS, *op. cit.*, §27 y 33 y UNIFORM COMMERCIAL CODE, *op. cit.*, §2.204(3) y su comentario 2-305(1)(b)(2003), *Coan v. Holbrook, Quake Construction, Inc. v. American Airlines, Inc., Chicago Investment Corp. v. Dolins*.

(77) Cfr. *Vise v. Foster*.

(78) Cfr. *Adams v. Hazen, Cranfill v. Swann Petroleum Co.*

circunstancias como el nombre del acuerdo precontractual (79), si las condiciones pactadas son las habituales de los contratos de arrendamiento (80) o la indicación de la transmisión de la posesión (81). Aunque dichas circunstancias son valoradas conjuntamente con otros aspectos, y por lo tanto, no son determinantes.

- f) Una cláusula negando la voluntad de vincularse puede que no tenga efectos legales (82). Algunas sentencias han considerado que tal cláusula no surtía efectos si otras circunstancias demostraban que el contrato se había concluido (83). Dichas sentencias han sido muy criticadas, puesto que una cláusula negando el carácter vinculante es probablemente la mejor prueba en ese sentido. Así, algunas sentencias han concluido que una clara estipulación en un acuerdo precontractual excluyendo su carácter vinculante imposibilita otorgar efectos legales al acuerdo precontractual, salvo que sea un caso de mala fe (84).
- g) Hay una tendencia a estimar que cuando todos los términos han sido acordados se ha concluido el contrato, aunque se contemple la obligación de suscribir el contrato proyectado (85).
- h) Cuando se ha acordado claramente un derecho u obligación, pero se dejan algunos aspectos por determinar, los tribunales suelen entender que tal derecho u obligación existe, estableciendo ellos los términos que faltaban por concretar (86).
- i) Los usos del comercio (*comparative business conditions*) pueden utilizarse para interpretar las lagunas, cuando es claro qué usos deben aplicarse (87).
- j) En caso de prórroga de arrendamientos, se suele exigir un método objetivo para colmar las lagunas que permita ejecutar las prórrogas (88).

(79) Cfr. *Feeley v. Michigan Ave. Nat'l Bank*.

(80) Cfr. *Byrd Companies, Inc. v. Birmingham Trust Nat'l Bank*.

(81) Cfr. *In re Wonderfair Stores, Inc.*

(82) Cfr. SECOND RESTATEMENT OF CONTRACTS, *op. cit.*, § 21.

(83) Cfr. *Itek Corp. v. Chicago Aerial Indus., Inc.*

(84) Cfr. *R.G. Group, Inc., v. Horn & Hardart Co., Arcadian Phosphates, Inc. v. Arcadian Corp.*

(85) Cfr. *Jack Baker, Inc. v. Office Space Development Corp.*

(86) Cfr. *Sumners v. Hohenberger*.

(87) Cfr. *Walker v. Keith*.

(88) Cfr. *Jackson v. Pepper Gasoline Co.* Al respecto algunas sentencias han considerado que la decisión por un árbitro es un método objetivo. Cfr. *Walker v. Keith*. No obstante, otras sentencias han ejecutado prórrogas por un precio razonable. Cfr. *Edwards v. Tobin*. Otras han incluso ejecutado este tipo de acuerdos en cumplimiento de la voluntad de las partes, cuando la cláusula establecía que la prórroga se regulará por los mismos términos del arrendamiento, pero la «renta será determinada mensualmente». Cfr. *Cassinari v. Mapes*.

- k) No hay contrato final cuando una parte colma las lagunas de forma diferente a lo estipulado (89), o añade términos a los previamente acordados (90).

KNAPP propone los siguientes elementos como indicadores de falta de voluntad de vincularse, una vez que el *agreement to agree* ha sido concluido (91):

- a) Que el contrato proyectado requiera formalizarse por escrito conforme a lo establecido en el *Statute of Frauds*. Aunque conviene tener en cuenta que este criterio sobre la formalidad puede carecer de sentido en Estados Unidos, y de ahí la aplicación de la regla del todo o nada (*all or nothing*), puesto que normalmente la única formalidad conforme al *Statute of Frauds* es otorgar el contrato por escrito. Y dicha formalidad ya se cumple con el *agreement to agree*.
- b) Que el contrato proyectado verse sobre grandes cantidades de dinero.
- c) Que el futuro contrato tenga numerosos aspectos que deban acordarse.
- d) Que el contrato previsto no es uno típico o habitual del tráfico jurídico para que el se pueda emplear un modelo estándar.
- e) Que las partes no quieran iniciar la ejecución antes de la firma del contrato proyectado.

A su vez, KNAPP sugiere los siguientes aspectos como señales de voluntad de quererse vincular (92):

- a) Que ninguna norma requiera un contrato formal para su eficacia o, si lo hace, que las partes hayan cumplido tal requisito de alguna otra manera (93).
- b) Que el contrato proyectado sea relativamente simple sin implicar obligaciones a largo plazo.
- c) Que el contrato formal contemplado sea un modelo estándar.
- d) Que las partes hayan iniciado la ejecución.

(89) Cfr. *Rounsavell v. Pease*.

(90) Cfr. *McIntire v. Industrial Sec. Corp.*

(91) Cfr. KNAPP, «Enforcing the Contract to Bargain», en *New York University Law Review*, núm. 44, 1962, págs. 673 a 682.

(92) Cfr. KNAPP, *op. cit.*, pág. 683.

(93) La regla general en Estados Unidos es que no se requiere mayor formalidad que la documentación por escrito del contrato, cuando se sobrepasa determinada cantidad que viene establecida en la respectiva norma estatal *Statute of Frauds*. Al no ser una norma federal, dicho requisito puede variar de un Estado a otro.

Los efectos de incumplir las obligaciones vinculantes establecidas en un *agreement to agree* evidentemente dependen de la obligación incumplida. Si el *agreement to agree* es considerado un *fully binding preliminary agreement*, su infracción es equivalente al incumplimiento del contrato final, y por ende, las posibles acciones y daños son los mismos. Si el *agreement to agree* contiene algunas obligaciones vinculantes, el incumplimiento de tales obligaciones tendrá los efectos que se expondrán respecto a los acuerdos de intenciones (*agreements to negotiate*). Evidentemente, si el *agreement to agree* no recoge ninguna obligación vinculante, este carece de efectos.

De todo lo expuesto, puede concluirse que en Derecho estadounidense los precontratos (*agreements to agree*) se caracterizan por contemplar la ejecución de un contrato proyectado. Su eficacia sustancialmente se resume en constituir el contrato final si contempla de forma suficientemente precisa los elementos esenciales y las partes tenían una voluntad de vincularse por dicho contrato final.

III. LOS AGREEMENT TO NEGOTIATE

A) CONCEPTO DE AGREEMENT TO NEGOTIATE

Según diversas fuentes, la figura equivalente en Derecho estadounidense a los acuerdos de intenciones son los *agreement to negotiate* (94). Aunque varias de tales fuentes se refieren a ellos como *letters of intent* (95). A este respecto, algunas sentencias han señalado que el objeto básico de los acuerdos de intenciones es proporcionar a las partes la forma en que estructurar su acuerdo, sin perfeccionar el contrato proyectado (96).

Conforme al concepto de las mencionadas fuentes se deben destacar los siguientes rasgos (97):

(94) Cfr. MENÉNDEZ MATO, J. C., *La oferta contractual*, Aranzadi, Pamplona, 1998, págs. 29 y sigs.

(95) Cfr. BLACK'S LAW DICTIONARY, *op. cit.*, pág. 924, *Corpus Juris Secundum*, *op. cit.*, § 60, pág. 510, y LAKE y DRAETTA, *op. cit.*, págs. 5 y 6.

(96) Cfr. *John Wood Group USA, Inc. v. ICO, Inc.*

(97) Cfr. *Special study for corporate counsel using letters of intent in business transactions*, *op. cit.*, págs. 101.002 a 101.003, LAKE y DRAETTA, *op. cit.*, págs. 12 a 17, *Corpus Juris Secundum*, *op. cit.*, § 60, pág. 510. En este sentido, los tribunales han señalado «cuando un contrato va necesariamente precedido de un costoso trabajo de preparación, un acuerdo de intenciones puede beneficiar a ambos comprador y vendedor. Aunque mucho trabajo quede pendiente, y virtualmente todos sus detalles queden abiertos, el comprador asegura al vendedor una atención exclusiva mientras progresa la concreción de los aspectos de la transacción. Ninguna parte se compromete al objeto de la transacción. Pero las partes han acordado trabajar en ello. Mientras la conclusión del contrato es incierto, esta es más probable y el miedo a esfuerzos perdidos o duplicados se reduce» («When a deal necessarily preceded by costly groundwork, a letter of intent may benefit both the purchaser and the seller. Although much

- a) Los acuerdos de intenciones «son pasos iniciales hacia el contrato definitivo» (98).
- b) Los acuerdos estos son entendimientos preliminares de las partes.
- c) Los acuerdos de intenciones son instrumentos precontractuales (99).
- d) El término *letter of intent* o *agreement to negotiate* no alude al contrato definitivo perfeccionado y vinculante, salvo que las circunstancias particulares sugieran lo contrario (100).
- e) Los operadores del tráfico jurídico, la doctrina y la jurisprudencia utilizan otras denominaciones para la misma figura, como *heads of agreement*, *heads of term*, *memorandum of understanding*, *protocol*, *letter of understanding* o *term sheet* (101).
- f) Los *agreement to negotiate* regulan el proceso negociador (102). La planificación de la negociación puede incluir fechas de sus hitos, ámbito de la negociación, obligación de realizar una *due diligence*, etc. Habitualmente los acuerdos de intenciones contienen serios compromisos que pueden considerarse vinculantes contractualmente, como la obligación de negociar de buena fe, la obligación de no negociar con terceros durante cierto tiempo conocida como *no-shop clause*, obligacio-

work remains to be done, indeed virtually all of the details remain open, the buyer secures the seller's undivided attention as long as progress continues in ironing out the points of the transaction. Neither party has committed himself to the exchange. Both have agreed to work toward it. While success is not certain, it is more likely and the fear of wasted or duplicative effort is reduced»). Cfr. *John Wood Group USA, Inc. v. ICO, Inc.*

(98) Cfr. LAKE y DRAETTA, *op. cit.*, pág. 6.

(99) Vid. LAKE y DRAETTA, *op. cit.*, pág. 6.

(100) Vid. *A/S Apothekerness Laboratorium for Specialpraeparater v. I.M.C. Chemical Group, Inc., Rennick v. O.P.T.I.O.N. Care, Inc.* Además, muchos de los acuerdos de intenciones remarcen su carácter no vinculante con cláusulas como *this is not a binding agreement*, o condiciones como la aprobación por parte del Consejo de administración. Cfr. LAKE y DRAETTA, *op. cit.*, págs. 265 a 295. Aunque conviene aclarar que dicho carácter no vinculante se refiere al contrato proyectado y no a determinadas obligaciones y derechos que puedan venir recogidos en el acuerdo de intenciones. Como previamente se ha dicho, la jurisprudencia estadounidense ha reconocido el carácter vinculante y ejecutable de tales derechos y obligaciones en numerosos pronunciamientos, como en *Anderson Chemical Co. Inc. v. Portals Water Treatment, Inc.* y *John Wood Group USA, Inc. v. ICO, Inc.*

(101) Cfr. BLACK'S LAW DICTIONARY, *op. cit.*, pág. 924; LAKE y DRAETTA, *op. cit.*, pág. 5; *Channel Home Centers, Division of Grace Retail Corp. v. Grossman*. Estos diferentes términos han provocado lo que algunos autores han calificado como «anarquía terminológica» (*terminological anarchy*). Cfr. LAKE y DRAETTA, *op. cit.*, pág. 9. Al respecto, los citados autores consideran que la denominación *letter of intent* no se refiere a un único acuerdo precontractual que pueda diferenciarse del resto. Así, para ellos la mencionada denominación no puede considerarse un término jurídico en sentido estricto, porque el amplio ámbito de aplicación que tiene para agentes del tráfico jurídico, doctrina y tribunales no permite limitar su uso a una particular finalidad precontractual. Cfr. LAKE y DRAETTA, *op. cit.*, págs. 6 a 7.

(102) Cfr. *A/S Apothekerness Laboratorium for Specialpraeparater v. I.M.C. Chemical Group, Inc.*

nes de confidencialidad o la asunción de los costes de la negociación. El propósito es distribuir el riesgo del fracaso de las negociaciones y su correspondiente coste.

- g) Los *agreements to negotiate* pueden establecer el derecho a romper las negociaciones abonando una cierta compensación llamada *walk-away fee* (103).

Este tipo de uso es utilizado frecuentemente en la práctica del tráfico jurídico estadounidense y ha sido reconocido por la jurisprudencia y doctrina estadounidense. Así, según el profesor FARNSWORTH, en un *agreement to negotiate* las partes se obligan a continuar el proceso de negociación para alcanzar el contrato definitivo. Este autor también indica que tales acuerdos de intenciones no son vinculantes como el contrato proyectado (104).

Por todo lo expuesto, puede concluirse que en Derecho estadounidense los *agreements to negotiate* son contratos autónomos y vinculantes que regulan el proceso negociador del contrato proyectado, clarificando las obligaciones y los derechos de las partes durante la negociación.

B) EFICACIA DE LOS *AGREEMENT TO NEGOTIATE*

Como previamente se ha mencionado, en Derecho estadounidense el principal uso de los *agreements to negotiate* es proporcionar los términos y condiciones de la negociación del futuro contrato. Conforme a dicha utilización de los *agreements to negotiate*, las partes quieren clarificar el escenario de las negociaciones y las posibles responsabilidades que se deriven de ellas. Consecuentemente, las partes persiguen tener certeza sobre cómo la negociación va a tener lugar, protegiendo sus intereses con diversas cláusulas, como las que regulan las obligaciones de confidencialidad, la obligación de negociar de buena fe o la prohibición de negociar con terceros. Tal certidumbre únicamente puede conseguirse otorgando eficacia contractual vinculante y ejecutable a las citadas cláusulas, tal y como hacen los tribunales estadounidenses en reiteradas ocasiones (105). Consecuentemente, en Derecho estadounidense los *agreements to negotiate* son contratos (106), ya que las partes han negociado sobre su conducta durante la negociación, limitando su libertad de actuación.

(103) Cfr. *Empro Manufacturing Co. Inc. v. Ball-Co Manufacturing, Inc.*

(104) Aunque ello no impide que los *agreement to negotiate* puedan recoger algunos aspectos concretos del contrato proyectado con cierto detalle. Cfr. FARNSWORTH, *op. cit.*, pág. 251.

(105) Cfr. *Channel Home Centers, Division of Grace Retail Corp. v. Grossman*.

(106) En este sentido, la sentencia *Flight Systems, Inc. v. Electronic Data Systems Corp.*, ilustrativamente dice: «un acuerdo de negociar de buena fe es un contrato» (*an agreement of negotiate in good faith is a contract*).

Y tal limitación se considera suficiente causa (*consideration*) para dar eficacia contractual vinculante a los mismos (107). El consentimiento del *agreement to negotiate* reside en el acuerdo de las partes sobre el contenido del *agreement to negotiate*. En este sentido, la jurisprudencia estadounidense ha clarificado que la obligación de negociar de buena fe no se tiene por qué interpretar como una voluntad de no otorgar eficacia contractual, y que por ende, no excluye tal posibilidad (108).

La eficacia de los *agreements to negotiate* depende de su contenido concreto. Dicho contenido se centra en las obligaciones que el proceso negociador conlleva. Como previamente se ha dicho, algunas de tales obligaciones son de confidencialidad, de negociar de buena fe entre las partes, de no negociar con terceros, de suministrar la información y documentación necesaria para perfeccionar el contrato definitivo, la obligación de realizar una *due diligence*, de recabar determinadas aprobaciones institucionales o internas, de hacer un efectivo esfuerzo para alcanzar la conclusión del contrato incluyendo la asunción de determinados gastos, hitos del proceso negociador, personas autorizadas... La principal obligación es negociar de buena fe. Obligación que puede parecer redundante en Derecho español, aunque conviene recordar que en Derecho estadounidense la regla general es que tal obligación no existe en las relaciones precontractuales (109). Por esa razón tiene sentido que las partes quieran establecer expresamente la obligación de negociar de buena fe en los *agreements to negotiate*.

El incumplimiento de tal obligación ha sido descrito por algunos tribunales como «renunciar a la operación, abandonando las negociaciones, o insistiendo

(107) Aunque la *consideration* se puede considerar el equivalente al concepto de Derecho español de causa (vid. LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E., «Sobre la causa de los contratos», en *Centenario del Código Civil*, Universidad Popular, Enrique Tierno Galván, Madrid, 1989, págs. 293 a 313), podría argumentarse que no hay identidad plena. No obstante, resulta ilustrativo reseñar que la limitación de libertad de actuación ha sido considerada como *consideration* para otorgar eficacia contractual vinculante desde el siglo XIX. Cfr. *Hamer v. Sidway*.

(108) Cfr. *Hunneman Real Estate Corp. v. Norwood Realty, Inc.* Muchas sentencias reconocen expresamente la eficacia contractual vinculante de la obligación de negociar de buena fe. Cfr. *Locke v. Warner Bros., Inc.*

(109) Según FARNSWORTH, la regla general es que «una parte de unas negociaciones precontractuales puede romperlas sin incurrir en ningún tipo de responsabilidad en cualquier momento y por cualquier motivo-cambio de opinión, cambio de circunstancias, una mejor operación o por ninguna razón» («*a party to a precontractual negotiations may break them off without liability at any time and for any reason-a change of heart, a change of circumstances, a better deal-or for no reason at all*»). Según este autor, hay diversas razones para esta regla general. En primer lugar, a diferencia de lo que sucede con las relaciones laborales, la sociedad es indiferente al resultado de las negociaciones comerciales. En segundo lugar, es difícil determinar cuando surge la obligación de negociar de buena fe cuando las partes no lo acuerdan. Finalmente, la obligación de negociar de buena fe puede suponer un desincentivo a las partes para entrar en negociaciones con pocas probabilidades de éxito. Cfr. FARNSWORTH, *op. cit.*, págs. 221, 242 y 243.

en condiciones que no se adecuan a lo previamente acordado» (110). Correlativamente, los tribunales consideran que esta obligación no se incumple cuando «las partes abandonan la transacción siempre y cuando se ha hecho un esfuerzo de buena fe para cerrar la operación y no se ha insistido en condiciones que no se ajustan a lo previamente acordado» (111).

Por lo tanto, la obligación de negociar de buena fe limita la facultad de romper las negociaciones a discreción. Siguiendo algunas sentencias (112) puede decirse que la referida limitación se compone de tres elementos: i) previos acuerdos sobre los términos del contrato proyectado, ii) no tratar de sabotear la operación, iii) no tratar de obtener ventaja de los costes incurridos por la otra parte en el proceso de negociación. Además, parte de la doctrina entiende que la obligación de negociar de buena fe implica que las partes deben tratar el contenido de los acuerdos preliminares, si hay un incumplimiento, y qué daños deberían compensarse. Sin perjuicio de lo anterior, estos autores entienden las partes no deberían estar obligadas a continuar con la operación (113).

No obstante, no conviene olvidar que el contenido específico de las obligaciones, y en consecuencia sus particulares efectos, depende de lo establecido en el *agreement to negotiate* (114). Consecuentemente, cuando la voluntad de las partes es vincularse contractualmente, el *agreement to negotiate* es contractualmente vinculante. Pero a su vez, hay que tener en cuenta que dicha eficacia contractual se refiere al *agreement to negotiate* y no al contrato contemplado en él, ya que se trata de contratos diferentes (115).

La acción ejercitable en el caso de incumplimiento de estas obligaciones contractuales depende de la naturaleza de las mismas (116). Pero los tribunales

(110) En concreto en inglés «*renouncing the deal, abandoning the negotiations, or insisting on conditions that do not conform to the preliminary agreement*». Cfr. *A/S Apothekerness Laboratorium for Specialpraeparater v. I.M.C. Chemical Group, Inc.*

(111) En concreto en inglés «*parties abandon the transaction as long as they have made a good faith effort to close the deal and have not insisted on conditions that do not conform to the preliminary writing*». Cfr. *Adjustrate Systems, Inc. v. Gab Business Services, Inc.*

(112) Cfr. *Venture Associates Corp. v. Zenith Data Systems Corp.*

(113) Cfr. SCHWARTZ y SCOTT, *op. cit.*, pág. 704. A estos efectos, convendría aclarar que estos autores describen desde su punto de vista jurídico económico el alcance que debería tener la obligación de negociar de buena fe.

(114) Cfr. *A/S Apothekerness Laboratorium for Specialpraeparater v. I.M.C. Chemical Group, Inc.*

(115) Cfr. *Flight Systems, Inc. v. Electronic Data Systems Corp.*

(116) Tal y como se ha explicado anteriormente, las acciones ejercitables son, a parte de instar la ejecución del contrato vinculante, *promissory estoppel*, *restitution* y *culpa in contrahendo*. La primera consiste en una promesa que crea una legítima expectación en quien la recibe y confiando razonablemente en ella se le provoca un daño concreto. Cfr. *Hoffman v. Red Owl Stores, Inc., Pop's Cones, Inc. v. Resorts International Hotel, Inc., United Parcel Service Co. v. Rickert*. *Restitution* es la figura jurídica por la se da eficacia a un contrato implícito en virtud de la ley (*implied-in-law contract*) o de actos u omisiones de las partes (*implied-in-fact contract*). Cfr. *Commerce Partnership 8098 Limited Partnership v. Equity Contracting Co.*

estadounidenses únicamente ejecutan las obligaciones cuando estas están suficientemente detalladas (117). En concreto, los tribunales exigen a los demandantes probar los siguientes hechos para admitir una acción por incumplimiento de la obligación de negociar de buena fe (118):

- a) Ambas partes han manifestado una voluntad de estar vinculadas por el *agreement to negotiate*.
- b) Las obligaciones del *agreement to negotiate* son lo suficientemente detalladas para ser ejecutadas.
- c) Tiene *consideration*. A estos efectos hay que tener en cuenta que la simple limitación de la libertad de actuación se considera suficiente *consideration*.
- d) El *agreement to negotiate* fue incumplido de mala fe.

La doctrina estadounidense se pronuncia en igual sentido (119). Aunque convendría precisar que cuando los tribunales estadounidenses ejecutan las obligaciones de un *agreement to negotiate* son reacios a conceder una ejecución no dineraria, porque conforme al ordenamiento estadounidense es difícil que se produzca un daño irreparable por el incumplimiento de las mismas, y particularmente de la obligación de negociar de buena fe (120). Por consiguiente, la regla general es que las partes no tienen derecho a instar la ejecución del contrato definitivo o de las obligaciones concretas del *agreement to negotiate* (121).

Teóricamente pueden concederse los mismos daños que en el caso de que se incumpliera el contrato final. Pero tal condena es muy improbable, puesto que el demandante tiene que probar que el contrato se habría suscrito de no haberse producido el incumplimiento de la obligación concreta, que normalmente será

Inc., y KNAPP, CRYSTAL y PRINCE, *Problems in Contract Law. Cases and Materials*, 5.^a ed., Aspen Publishers, USA, 2003, págs. 117, 126 y 127. La culpa in contrahendo es una doctrina jurídica equiparable a la española que se aplica en Estados o territorios de tradición jurídica continental como Louisiana o Puerto Rico. Cfr. *Producciones Tommy Muniz, Inc. v. COPAN, Shelley v. Trafalgar House Public Ltd. Co.*

(117) Cfr. *John Wood Group USA, Inc. v. ICO, Inc.*

(118) Cfr. *Flight Systems, Inc. v. Electronic Data Systems Corp.*

(119) En este sentido, FARNSWORTH comenta: «si el *agreement to negotiate* es ejecutable, entonces la parte será responsable si la no conclusión del contrato contemplado deriva del incumplimiento de la obligación de negociar. Si, a pesar de continuar la negociación por ambas partes, el acuerdo final no es alcanzado, las partes no están vinculadas por ningún acuerdo» («if the agreement to negotiate is enforceable, a party will be liable if a failure for reach the ultimate agreement results from a breach of that party's obligation to negotiate. If, despite continued negotiation by both parties, ultimate agreement is not reached, the parties are not bound by any agreement»). Cfr. FARNSWORTH, *op. cit.*, pág. 251.

(120) Cfr. *Hoxeng v. Topeka Broadcomm, Inc.*

(121) Cfr. *Adjustrite Systems, Inc. v. Gab Business Services, Inc., Gorodensky v. Mitsubishi Pulp Sales (M/C), Inc.*

la obligación de negociar de buena fe (122). Únicamente en esas excepcionales circunstancias los tribunales estadounidenses concederían el lucro cesante (*expectation damages*), consistente en el beneficio que se hubiera obtenido de haber concluido del contrato proyectado (123).

Habitualmente lo que sucede es que las negociaciones se rompen por la mala fe del demandado, insistiendo el demandante inútilmente en las negociaciones porque este ha sido engañado. En estos casos, los tribunales solamente conceden los daños emergentes (*reliance damages*) (124).

Por tanto, siguiendo a FARNSWORTH, puede decirse que «cada parte de un *agreement to negotiate* espera ser compensado razonablemente por su legítima confianza, incluidas las oportunidades perdidas, en los compromisos de la otra parte de negociar de acuerdo con el estándar de negociación del tráfico jurídico. Dicho estándar requiere al menos tres cosas de las partes. Primero, el estándar impone a las partes a negociar efectivamente y a abstenerse de imponer condiciones indebidas. Segundo, el estándar obliga a las partes a informar, tan suficientemente como sea necesario, a la otra parte sobre negociaciones paralelas para permitirle hacer ofertas competitivas. Tercero, el estándar exige a la parte a que continúen negociando hasta que se alcance un *impasse*, o hasta que esté justificado por cualquier otra causa romper las negociaciones» (125).

De todo lo expuesto, puede concluirse que en Derecho estadounidense los acuerdos de intenciones o *agreements to negotiate*, obligan contractualmente a las obligaciones concretas contempladas en ellos. Pero los acuerdos de intenciones no obligan a ejecutar el contrato proyectado, que generalmente se entiende no perfeccionado. Dicha eficacia se traduce en una ejecución dineraria sustitutoria,

(122) Cfr. *John Wood Group USA, Inc. v. ICO, Inc.*

(123) Al respecto, los tribunales estadounidenses han considerado que tal lucro cesante era previsible para el demandado cuando la no celebración del contrato proyectado se deriva de su mala fe. Cfr. *Venture Associates Corp. v. Zenith Data Systems Corp.*, *John Wood Group USA, Inc. v. ICO, Inc.* Pero algunas sentencias han rechazado tal posibilidad. Cfr. *Gorodensky v. Mitsubishi Pulp Sales (MC), Inc.*, siguiendo otras sentencias. A efectos aclaratorios se debería precisar que los tribunales estadounidenses se refieren a *consequential damages* y *loss of profit* como sinónimos. Cfr. *Venture Associates Corp. v. Zenith Data Systems Corp.*

(124) Cfr. *Venture Associates Corp. v. Zenith Data Systems Corp.*, *John Wood Group USA, Inc. v. ICO, Inc.* Aunque es poco habitual que un tribunal estadounidense condene a abonar los *expectation damages* porque es muy difícil satisfacer la carga probatoria al respecto. Cfr. *Vestar Development II, LLC v. General Dynamics Corp.*

(125) En concreto en inglés «*each party to an agreement to negotiate reasonably expects to be compensated for its justifiable reliance, including lost opportunities, on the other's undertaking to negotiate in accordance with a standard of fair dealing. That standard ordinarily requires at least three things of a party. First, it requires the party actually to negotiate and to refrain from imposing improper conditions. Second, it requires the party to disclose enough about any parallel negotiations as is necessary to allow its counterpart a reasonable opportunity to make competing proposals. Third, it requires the party to continue negotiations until impasse has been reached, or until it is justified on some other ground in breaking the negotiations*». Cfr. FARNSWORTH, *op. cit.*, pág. 284.

porque en Derecho estadounidense, como previamente se ha explicado, no se suele condenar a ejecuciones no dinerarias. La condena usualmente es a los daños emergentes provocados por el incumplimiento de las específicas obligaciones, o el lucro cesante, cuando puede demostrarse que se habría concluido el contrato de no haberse producido el incumplimiento de tales obligaciones. Lo cual es bastante infrecuente y normalmente está referido a la obligación de negociar de buena fe.

IV. LOS MEMORANDA OF UNDERSTANDING

A) CONCEPTO DE MEMORANDUM OF UNDERSTANDING

La denominación *memorandum of understanding* es utilizada frecuentemente en el tráfico jurídico estadounidense. Sin embargo, algunas destacadas fuentes como el *Corpus Iuris Secundum* o el diccionario jurídico *Black Law*, no recogen ninguna definición de dicho término. No obstante, tales fuentes sí contienen definiciones de las *letter of intent* que aluden a figuras precontractuales cuya finalidad es contemplar los acuerdos que se han ido alcanzando durante las negociaciones.

En igual sentido se pronuncia la jurisprudencia estadounidense, que ha reconocido expresamente en reiteradas sentencias, como *Gruen Industries, Inc. v. Biller* y *United Steel Workers v. Magellan Midstream Holdings*, que los *memoranda of understanding* son acuerdos precontractuales destinados a contemplar los acuerdos parciales que se han ido alcanzado durante las negociaciones sobre un contrato proyectado (126). Conforme la citada jurisprudencia, tales acuerdos precontractuales son independientes del contrato proyectado, incluso aunque recojan con suficiente detalle los elementos esenciales del mismo. Y ello porque los *memoranda of understanding* generalmente condicionan de forma expresa la eficacia de los acuerdos parciales a la firma del contrato definitivo. Además, estas sentencias han precisado que el contrato definitivo no tiene que contener necesariamente lo recogido en el *memorandum of understanding*, puesto que las partes pueden tener razones justificadas para desvincularse de los acuerdos previamente alcanzados.

En igual sentido se ha pronunciado la doctrina estadounidense, como ROHWER y SKROCKI, aunque empleando el término *letter of intent*, al comentar que «hay circunstancias en las que las partes desean tener un documento escrito que proporcionará un registro de las negociaciones que han tenido lugar hasta la fecha incluso aunque ningún contrato se haya alcanzado» (127). Según estos

(126) Cfr. *United Steel Workers v. Magellan Midstream Holdings*.

(127) Cfr. ROHWER y SKROCKI, *op. cit.*, pág. 27. En concreto en inglés «*there are circumstances in which the parties wish to have a writing that will provide a record of the negotiations that have taken place to date even though no contract has been reached*».

autores (128), hay una necesidad en transacciones complejas donde se requiere el consentimiento de varias partes, (aunque sea dentro de cada una de las partes contractuales), de profundizar en determinados aspectos antes de que se pueda alcanzar el acuerdo en otros elementos. Tales aspectos deben ser acordados antes de que las partes contractuales puedan intentar recabar el consentimiento de sus Consejos de administración, de los prestamistas, de autoridades urbanísticas o de las autoridades del Derecho de la competencia. Para obtener tales consentimientos es preciso contar con un documento que describa la transacción aunque no haya contrato sobre la misma.

De conformidad con lo anterior, los citados autores afirman (129) que con la suscripción de estos acuerdos precontractuales no hay contrato, porque las partes no han prestado su consentimiento para vincularse contractualmente.

Siguiendo a la doctrina y jurisprudencia estadounidenses, puede concluirse que las figuras precontractuales que son utilizadas con la finalidad de recoger los acuerdos parciales durante las negociaciones se caracterizan por (130):

1. Ser utilizados en negociaciones complejas y largas (131). Como consecuencia de ello, los *memoranda of understanding* se usan para recoger y fijar los particulares aspectos acordados durante la negociación. Dos razones explican esta tendencia: a) la dificultad de recordar los acuerdos parciales cuando las negociaciones son largas; b) la intención de crear compromisos morales sobre los acuerdos parciales y las representaciones que se han efectuado durante las negociaciones.

(128) Cfr. ROHWER y SKROCKI, *op. cit.*, pág. 27.

(129) Cfr. ROHWER y SKROCKI, *op. cit.*, pág. 27.

(130) Estas características ilustrativamente se constatan en el acuerdo precontractual de la sentencia *Anderson Chemical Co. Inc. v. Portals Water Treatment, Inc.* En ese mismo sentido, FARNSWORTH dice: «usualmente las partes esperan que la documentación de los acuerdos que han alcanzado en una determinada fase facilite las siguientes negociaciones. Tal documentación puede evitar malos entendidos, sugerir formulas para alcanzar posteriores acuerdos, y suministrar las bases de un borrador del texto definitivo. Las partes también pueden prever que el documento puede informar a otros del progreso de las negociaciones» («usually the parties expect that a record of the understandings that they have reached at a particular stage will facilitate further negotiations. Such a record may prevent misunderstandings, suggest formulas for reaching further agreements, and provide a basis for drafting a definitive text. The parties may also anticipate that it will inform others of the progress of the negotiations»). Cfr. FARNSWORTH, *op. cit.*, pág. 258. Cfr. *Gruen Industries, Inc. v. Biller; United Steel Workers v. Magellan Midstream Holdings*.

(131) Cfr. ROHWER y SKROCKI, *op. cit.*, pág. 27. Habitualmente se usan en fusiones y adquisiciones, pero también se emplean en otras transacciones como ventas de bienes, arrendamiento de servicios, financiaciones, contratos de garantía, operaciones inmobiliarias. Cfr. *Corpus Juris Secundum, op. cit.*, § 60, pág. 510; LAKE y DRAETTA, *op. cit.*, pág. 3. Asimismo, los *memoranda of understanding* se usan en las negociaciones colectivas laborales. Cfr. *United Steel Workers v. Magellan Midstream Holdings, Potomac Edison Company v. State Corporation Commission*.

2. También emplearse para reflejar el estado de las negociaciones (132). Frecuentemente las partes están interesadas en poder demostrar a terceros cómo se encuentran las negociaciones para conseguir asistencia o financiación de la posible operación. Este documento es particularmente útil para obtener préstamos de instituciones financieras o para obtener aprobaciones de la transacción de instituciones gubernamentales. A su vez, los *memoranda of understanding* pueden utilizarse para crear una posible prueba de la legítima confianza de las partes en la conclusión del contrato que se estaba negociando.
3. Ayudar a las partes a prever lo que pueden necesitar en el caso de que el contrato proyectado finalmente se perfeccione.
4. Poder constituir las bases del contrato definitivo, sirviendo de instrumento interpretativo de la voluntad de las partes.
5. Contener acuerdos parciales sobre aspectos del contrato proyectado. Usualmente la voluntad de las partes es no obligarse a cumplir dichos acuerdos parciales hasta que el contrato proyectado se ha celebrado.

Según lo expuesto, puede concluirse en Derecho estadounidense que los *memoranda of understanding* son acuerdos precontractuales que son usados en negociaciones largas y complejas, recogiendo los acuerdos parciales que las partes han ido alcanzando durante las mismas.

B) EFICACIA DE LOS *MEMORANDA OF UNDERSTANDING*

En Derecho estadounidense, como sucede en otros ordenamientos, los particulares efectos dependen del contenido concreto del documento y de las específicas circunstancias. Sin perjuicio de lo anterior, en este ordenamiento sí pueden encontrarse unas directrices generales sobre sus efectos.

En primer lugar, los tribunales estadounidenses se plantean si el documento precontractual constituye en sí mismo el contrato definitivo. Tal conclusión no suele alcanzarse, siendo excepcionales los casos que finalmente se resuelven de esa manera. En este sentido, parte de la doctrina rechaza rotundamente la posibilidad de que las partes hayan celebrado contrato alguno cuando suscriben este tipo de acuerdos precontractuales (133). La jurisprudencia estadounidense suele fijarse en la mención al carácter vinculante del mismo, si contiene suficientemente determinados los elementos esenciales, la remisión a una posterior formalización, complejidad e importancia de la transacción contemplada y la

(132) Cfr. ROHWER y SKROCKI, *op. cit.*, pág. 27.

(133) Cfr. ROHWER y SKROCKI, *op. cit.*, págs. 27 y 28.

conducta de las partes (134). En la mayoría de los casos, los *memoranda of understanding* no constituyen el contrato definitivo, porque hay varios aspectos del contrato proyectado que tienen que concretarse tras una mayor negociación. Esa indeterminación suele ser interpretada por los tribunales estadounidenses como falta de voluntad de vincularse. En ese sentido, varias sentencias han concluido que los *memoranda of understanding* no tienen eficacia contractual (135). Además, algunas sentencias han señalado que los *memoranda of understanding* no satisfacen los requisitos del *Statute of Frauds* para tener eficacia contractual para la venta de títulos valores (136). Además, los *memoranda of understanding* suelen contener un lenguaje que expresa o implícitamente permite inferir la falta de voluntad de vincularse contractualmente (137).

La segunda cuestión que se plantean los tribunales estadounidenses es si las partes están vinculadas por los acuerdos parciales contenidos en el *memorandum of understanding*. La premisa de la que parten de los tribunales es que las partes están vinculadas por los acuerdos preliminares y parciales y por lo que pueda razonablemente inferirse de ellos (138).

Pero esta plasmación de lo acordado se considera una consumación de la negociación, no existiendo ningún contrato hasta que el contrato definitivo se firma (139). Estos acuerdos parciales están condicionados a acordar la integridad del contrato.

El efecto de los *memoranda of understanding* es por tanto no permitir que las partes se desvinculen de los acuerdos ya alcanzados, salvo que haya circunstancias excepcionales que lo permitan o las partes así lo acuerden. Por ejemplo, cuando se produce un cambio sustancial en las circunstancias una vez que se suscribió el *memorandum of understanding*. Este efecto ha sido descrito por los tribunales estadounidenses como que a las partes «no les está permitido rechazar la conclusión del contrato, abandonar las negociaciones, o insistir en condiciones que no se adecúan a los acuerdos preliminares» (140). Así, los tribunales han considerado en algunos casos que los *memoranda of understanding* sí reúnen

(134) Cfr. *Hoxeng v. Topeka Broadcomm, Inc., Hunneman Real Estate Corp. v. Norwood Realty, Inc.*

(135) Cfr. *Richie Co. LLP v. Lyndon Insurance Group, Inc.*

(136) Cfr. *Anderson Chemical Co. Inc. v. Portals Water Treatment, Inc.*

(137) Así ROHWER y SKROCKI dicen que estos acuerdos precontractuales típicamente contienen expresiones «esto no es acuerdo vinculante» («*this is not a binding agreement*»). Cfr. ROHWER y SKROCKI, *op. cit.*, pág. 28.

(138) Cfr. *Roig v. Electrical Research Products*. Este efecto también puede ser consecuencia de la obligación de negociar de buena fe. Cfr. *Teachers Insurance & Annuity Association of America v. Tribune Co., Burbach Broadcasting Co. of Delaware v. Elkins Radio Corp.*

(139) Cfr. *Dolge v. Masek*, y ROHWER y SKROCKI, *op. cit.*, págs. 27 y 28.

(140) En concreto en inglés «*barred from renouncing the deal, abandoning negotiations, or insisting on conditions that do not conform to the preliminary agreement*». Cfr. *Burbach Broadcasting Co. of Delaware v. Elkins Radio Corp.*

los elementos de las acciones para reclamar daños por el incumplimiento de la obligación de continuar negociando de buena fe (141).

En consonancia con lo anterior, los efectos de los *memoranda of understanding* pueden resumirse en:

1. Constituir el contrato definitivo. Este efecto únicamente se concede cuando la voluntad de las partes era la de vincularse de esa forma y los elementos esenciales del contrato proyectado están lo suficientemente detallados. En el caso de que el *memorandum of understanding* se considere un contrato definitivo, su incumplimiento y sus correspondientes consecuencias son iguales a las de cualquier contrato.
2. Crear algunas obligaciones vinculantes. El efecto concreto de los *memoranda of understanding* sería prohibir a las partes insistir en condiciones contrarias o inconsistentes con lo previamente acordado (142). En ese sentido, el contrato definitivo se basará en los acuerdos parciales alcanzados en el *memorandum of understanding*. Además, si se determina que los *memorandum of understanding* imponen una obligación de negociar de buena fe, los tribunales estadounidenses usualmente consideran que las partes no pueden rechazar la conclusión del contrato o abandonar las negociaciones, salvo que se deba a una causa justificada. Sin perjuicio de lo anterior, debe indicarse que los tribunales únicamente imponen dichas limitaciones cuando la obligación de negociar de buena fe está suficientemente precisada. Así, algunas sentencias han considerado que no se puede ejecutar un resumen de las negociaciones que contiene una manifestación de suscribir un contrato definitivo en el futuro (143).

V. CONCLUSIONES

Conforme a lo expuesto, puede observarse que los principales acuerdos precontractuales en Estados Unidos son los *agreements to agree*, los *agreements to negotiate* y los *memoranda of understanding*. Todos ellos se suscriben en el proceso de negociación, aunque en momentos diferentes y con finalidades distintas.

Así, los *agreements to negotiate* se celebran generalmente al inicio del proceso negociador con la finalidad de establecer las obligaciones y derechos de las partes en esta fase. Esto es especialmente importante en Derecho estado-

(141) Cfr. ROHWER y SKROCKI, *op. cit.*, pág. 28.

(142) Como FARNSWORTH dice: «pueden hacer más difícil a la otra parte retractarse de las concesiones» («it may make it harder for the other party to withdraw concessions»). FARNSWORTH, *op. cit.*, pág. 258.

(143) Cfr. *Richie Co. LLP v. Lyndon Insurance Group, Inc.*, citando otras sentencias.

unidense por la falta de obligación de negociar de buena fe. Pero su contenido no se ciñe exclusivamente a contemplar dicha obligación, sino que también suele recoger otros aspectos, como hitos de la negociación, una obligación de confidencialidad, etc. En concordancia con lo anterior, la jurisprudencia y doctrina estadounidense generalmente estima que no implican la obligación de suscribir el contrato definitivo, y que su incumplimiento puede generar, cuando concurran los respectivos requisitos, los daños de confianza (*reliance damages*).

Los *memoranda of understanding* suelen celebrarse en un momento posterior, cuando las partes ya han ido alcanzando acuerdos parciales sobre la operación. Consecuentemente, no suelen considerarse como el contrato definitivo, salvo que contengan todos sus elementos y las circunstancias señalen que había una verdadera voluntad de vincularse como si fuera tal contrato. Pero la jurisprudencia y doctrina americana suele entender que crean una obligación de negociar de buena fe y que las partes no pueden retractarse de los acuerdos parciales alcanzados, salvo que haya una causa justificada.

Por su parte, los *agreements to agree* se asemejan más a nuestro concepto tradicional de precontrato. Estos acuerdos precontractuales se caracterizan por contemplar una obligación de suscribir un contrato definitivo. La posición mayoritaria es que no pueden ejecutarse judicialmente por ser la mencionada obligación indeterminada (*indefiniteness*), pudiendo originar a lo sumo, unos daños de confianza (*reliance damages*) por la ruptura injustificada de las negociaciones.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Derecho Civil, II, Derecho de Obligaciones*, 13.ª ed., Edisofer, S. L., Madrid, 2008.
- *Black's Law Dictionary*, 8.ª ed., Thompson, USA, 2004.
- CALAMARI, J. D. - PERILLO, J. M. - BENDER, H.: *Cases and Problems on Contracts*, 5.ª ed., Thomson West, USA, 2003 § 1, 3, 4, 8, 13.
- *Corpus Juris Secundum, Contracts*, Thomson West, USA, 1999, 17, § 57, 59, 60, 61.
- CORBIN, A. L.: *Corbin on Contracts*, West Publishing Company, USA, 1993, ed. revisada por JOSEPH M. PERILLO, § 1, 2, 3.
- DE CASTRO Y BRAVO, F.: «La promesa de contrato», en *Anuario de Derecho Civil*, T. III, fasc. IV, octubre-diciembre de 1950, págs. 1132 a 1186.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. I, 6.ª ed., Civitas, Madrid, 2007.
- FARNSWORTH, E. A.: «Precontractual Liability and Preliminary Agreements: Fair Dealing and Failed Negotiations», en *Columbia Law Review*, núm. 87, 1978, págs. 217 a 294.
- FLETCHER, G. P. - SHEPPARD, S.: *American Law in a Global Context*, Oxford University Press, Nueva York, 2005.
- FULLER L. L. - EISENBERG, M.: *Basic Contract Law*, 7.ª ed., West Publishing Company, USA, 2001, § 12.

- KNAPP, C. L.: «Enforcing the Contract to Bargain», en *New York University Law Review*, núm. 44, 1962, págs. 673 y sigs.
- KNAPP C. L. - CRYSTAL, N. M. - PRINCE, H. G.: *Problems in Contract Law. Cases and Materials*, 5.^a ed., Aspen Publishers, USA, 2003, § 2, 3, 6, 7.
- LAKE, R. B. - DRAETTA, U.: *Letters of intent and other Precontractual Documents. Comparative Analysis and Forms*, 2.^a ed., Butterworths, Londres, 1994.
- LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E.: «Sobre la causa de los contratos», en *Centenario del Código Civil*, Universidad Popular Enrique Tierno Galván, Madrid, 1989, págs. 293 a 313.
- MENÉNDEZ MATO, J. C.: *La oferta contractual*, Aranzadi, Pamplona, 1998.
- ROHWER, C. D. - SKROCKI, A. M.: *Contracts in a Nutshell*, 6.^a ed., Thomson West, USA, 2006.
- SCHWARTZ, A. - SCOTT, R. E.: «Precontractual Liability and Preliminary Agreements», en *Harvard Law Review*, núm. 120, enero de 2007, págs. 661 a 707.
- «Special study for corporate counsel using letters of intent in business transactions», en *Executive Legal Summary*, William A. Hancock ed., Business Laws, Inc, núm. 287, 2003.
- VIGURI PEREA, A.: *Los tratos preliminares: las cartas de intenciones y otros documentos legales precontractuales*, PPU, Barcelona, 1994.

VII. JURISPRUDENCIA CONSULTADA

TRIBUNALES FEDERALES DE DISTRITO ESTADOUNIDENSES (144)

1. *Anderson Chemical Co. Inc. v. Portals Water Treatment, Inc.*, 768 F. Supp. 1568 (M.D. Ga. 1991).
2. *Hoxeng v. Topeka Broadcomm, Inc.*, 911 F. Supp. 1323 (D. Kan. 1996).
3. *Shelley v. Trafalgar House Public Ltd. Co.*, 977 F. Supp. 95 (D.P.R. 1997).
4. *Gorodensky v. Mitsubishi Pulp Sales (MC), Inc.*, 92 F. Supp. 2d 249 (S.D.N.Y. 2000).
5. *Paramount Brokers, Inc. v. Digital River, Inc.*, 126 F. Supp. 2d 939, 946 (D. Md. 2000).
6. *Abt. Associates, Inc. v. JHPIEGO Corp.*, 104 F. Supp. 2d 523 (D. Md. 2000).
7. *Sloan Const. Co. v. American Renovation and Const. Co.*, 313 F. Supp. 2d 24 (D.P.R. 2004).

(144) Las sentencias se enumeran siguiendo el método de cita establecido en *The blue-book. A uniform system of citation*, *The Harvard Law Review Association*, 18.^a ed., USA, 2006. Es decir, nombre de las partes del proceso, el volumen de la colección, la colección y la página donde comienza decisión. Entre paréntesis el juzgado federal de distrito (primera instancia), circuito (apelación federal) o juzgado estatal y el año de la decisión.

8. *United Steel Workers v. Magellan Midstream Holdings*, 2007 WL 3245420 (D. Kan. 2007).

TRIBUNALES FEDERALES ESTADOUNIDENSES DE APELACIÓN

9. *A.E. Staley Mfg. Co. v. Northern Cooperatives*, 168 F. 2d 892 (C.C.A. 8th Cir. 1948).

10. *Walker v. Keith*, 382 S.W. 2d 198 (Kent. Ct. App. 1964).

11. *Frank Horton & Co. v. Cook Electric Co.*, 356 F. 2d 485 (7th Cir. 1966).

12. *In re Wonderfair Stores, Inc.*, 511 F. 2d 1206, 1211 (9th Cir. 1975).

13. *Gruen Industries, Inc. v. Biller*, 608 F. 2d 274 (7th Cir. 1978).

14. *Unit Two Architects, Inc. v. Modica*, 376 So. 2d 979 (La. App. 1st Cir. 1979).

15. *Telemeter v. Teleprompter Corp.*, 592 F. 2d 49 (2^d Cir. 1979).

16. *Producciones Tommy Muniz, Inc. v. COPAN*, 113 D.P.R. 517 (D.P.R. 1982).

17. *R.G. Group, Inc., v. Horn & Hardart Co.*, 751 F. 2d 69 (2d Cir. 1984).

18. *Green v. Interstate United Management Services Corp.*, 748 F. 2d 827 (3rd Cir. 1984).

19. *Winston v. Mediafare Entertainment Corp.*, 777 F. 2d 78 (2nd Cir. 1986).

20. *Channel Home Centers, Division of Grace Retail Corp. v. Grossman*, 795 F. 2d 291 (3^d Cir. 1986).

21. *Knight v. Sharif*, 875 F. 2d 516 (5th Cir. 1989).

22. *Arcadian Phosphates, Inc. v. Arcadian Corp.*, 884 F. 2d 69 (2^d Cir. 1989).

23. *Venture Associates Corp. v. Zenith Data Systems Corp.*, 96 F. 3d, 275, (7th Cir. 1996).

24. *Rennick v. O.P.T.I.O.N. Care, Inc.*, 77 F. 3d 309 (9th Cir. 1996).

25. *Flight Systems, Inc. v. Electronic Data Systems Corp.*, 112 F. 3d 124 (3^d Cir. 1997).

26. *Adjustrite Systems, Inc. v. Gab Business Services, Inc.*, 145 F. 3d, 543 (2nd Cir. 1998).

27. *Vestar Development II, LLC v. General Dynamics Corp.*, 249 F. 3d 958 (9th Cir. 2001).

28. *Burbach Broadcasting Co. of Delaware v. Elkins Radio Corp.*, 278 F. 3d 401 (4th Cir. 2002).

29. *Richie Co. LLP v. Lyndon Insurance Group, Inc.*, 316 F. 3d at 758 (8th Cir. 2003).

30. *Ysiem Corp. v. Commercial Net Lease Realty, Inc.*, 328 F. 3d 20 (1st Cir. 2003).

TRIBUNALES ESTATALES ESTADOUNIDENSES DE DISTRITO

31. *Rounsavell v. Pease*, 45 Wis. 506 (Wis. 1878).
32. *Adams v. Hazen*, 123 Va. 304, 96 S.E. 741 (1918).
33. *Edwards v. Tobin*, 132 Or. 38, 284 P. 562, 68 A.L.R. 152 (1930).
34. *Rosenfield v. United States Trust Co.*, 290 Mass. 210, 217, 195 N.E. 323 (1935).
35. *May Metropolitan Corporation v. May Oil Burner Corporation*, 290 N.Y. 260, 49 N.E. 2d 13 (1943).
36. *Eno v. Prime Mfg. Co.*, 314 Mass. 686, 50 N.E.2d 401, 58 U.S.P.Q. (BNA) 681 (1943).
37. *Christenson v. Ohrman*, 159 Kan. 565, 156 P. 2d 848 (1945).
38. *Coan v. Holbrook*, 327 Mass. 221, 97 N.E. 2d 649 (1951).
39. *Rocklin v. Eanet*, 200 Md. 351, 89 A. 2d 572 (Md. 1952).
40. *Dolge v. Masek*, 70 Nev. 314, 268 P. 2d 919 (Nev. 1954).
41. *Hoffman v. Red Owl Stores, Inc.*, 133 N.W. 2d 267 (Wis. 1965).
42. *Saul Bass & Associates v. United States*, 505 F. 2d 1386 (Ct. Cl. 1974).
43. *Cassinari v. Mapes*, 542 P. 2d 1069 (Nev. 1975).
44. *Earhart v. William Low Co.*, 25 Cal. 3d 503 (1979).
45. *West Baton Rouge Parish School Bd. v. T. R. Ray, Inc.*, 367 So. 2d 332 (La. 1979).
46. *Chicago Investment Corp. v. Dolins*, 107 Ill. 2d 120, 89 Ill.Dec. 869, 481 N.E. 2d 712 (1985).
47. *Teachers Insurance & Annuity Association of America v. Tribune Co.*, 670 F. Supp. 491 (S.D.N.Y. 1987).
48. *Blanton Enterprises, Inc. v. Burger King Corp.*, 680 F. Supp. 753, (D.S.C. 1988).
49. *Jack Baker, Inc. v. Office Space Development Corp.*, 664 A. 2d 1236, 1238 (D.C. 1995).
50. *Tibor Mach. Products, Inc. v. Freudenberg-NOK General Partnership*, 967 F. Supp. 1006 (N.D. Ill. 1997).
51. *United Parcel Service Co. v. Rickert*, 996 S.W. 2d 464 (Ky. 1999).

TRIBUNALES ESTATALES ESTADOUNIDENSES DE APELACIÓN

52. *Hamer v. Sidway*, 124 NY 538, 27 N.E. 256 (N.Y. Ct. App. 1891).
53. *Cranfill v. Swann Petroleum Co.*, 254 S.W. 582 (Tex. Civ. App. Amarillo 1923).
54. *Roig v. Electrical Research Products*, 57 F. 2d 639 (1st Cir. 1932).
55. *McIntire v. Industrial Sec. Corp.*, 158 So. 849 (La. Ct. App. 1935).
56. *Jackson v. Pepper Gasoline Co.*, 133 S.W. 2d, 91, (Ky. Ct. App. 1939).

57. *Vise v. Foster*, 247 S.W. 2d 274 (Tex. Civ. App. Waco 1952).
58. *Apablaza v. Merritt & Co.*, 176 Cal. App. 2d 719, 1 Cal. Rptr. 500 (2d Dist. 1959).
59. *Summers v. Hohenberger*, 356 S.W. 2d 804 (Tex. Civ. App. San Antonio 1962).
60. *National Scientific Personnel Bureau, Inc.*, 180 A. 2d 500 (Mun. Ct. App. D.C. 1962).
61. *Simplicio v. National Scientific Personnel Bureau, Inc.*, 180 A. 2d 500 (Mun. Ct. App. D.C. 1962).
62. *Walker v. Keith*, 382 S.W. 2d 198 (Kent. Ct. App. 1964).
63. *Itek Corp. v. Chicago Aerial Indus., Inc.*, 248 A. 2d 625 (Del. 1968).
64. *Hunter v. Hayes*, 533 P. 2d 952 (Colo. Ct. App. 1975).
65. *Byrd Companies, Inc. v. Birmingham Trust Nat'l Bank*, 482 So. 2d 247 (Ala. 1985).
66. *Feeley v. Michigan Ave. Nat'l Bank*, 141 Ill. App. 3rd 187, 490 N.E. 2d 15, 95 Ill. Dec. 542 (1986).
67. *Pennzoil Inc. v. Texaco Inc.*, 729 S.W. 2d 768 (Tex. Civ. App. 1987).
68. *A/S Apothekerness Laboratorium for Specialpraeparater v. I.M.C. Chemical Group, Inc.*, 678 F. Supp. 193 (N.D. Ill. 1988).
69. *Commerce Partnership 8098 Limited Partnership v. Equity Contracting Co., Inc.*, 695 So. 2d 383 (Fla. Dist. Ct. App. 1997).
70. *Locke v. Warner Bros., Inc.*, 57 Cal. App. 4th 354 (Cal. Ct. App. 1997).
71. *Pop's Cones, Inc. v. Resorts International Hotel, Inc.*, 307 N.J. Super. 461 (N.J. Super. Ct. App. Div. 1998).
72. *I.C.C. Protective Coatings, Inc. v. A.E. Staley Mfg. Co.*, 695 N.E. 2d 1030 (Ind. Ct. App. 1998).
73. *Auerbach v. Great Western Bank*, 74 Cal. App. 4th 1172, 1191 (1999).
74. *John Wood Group USA, Inc. v. ICO, Inc.*, 26 S.W. 3d 13 (Tex. Ct. App. 2000).
75. *Stand Energy Corp. v. Cinergy Services, Inc.*, 760 N.E. 2d 453 (Ohio App. Ct. 2001).
76. *Hunneman Real Estate Corp. v. Norwood Realty, Inc.*, 765 N.E. 2d 800 (Mass. Ct. App. 2002).

TRIBUNALES SUPREMOS ESTATALES ESTADOUNIDENSES

77. *Quake Construction v. American Airlines*, 141 Ill. 2d 281 (Supreme Court of Illinois, 1990).
78. *Marshall Contractors, Inc. v. Brown University*, 692 A. 2d 665 (R.I. Sup. Ct. 1997).

79. *United Steel Workers v. Magellan Midstream Holdings y Potomac Edison Company v. State Corporation Commission*, 667 S.E. 2d 772 (Va. Sup. Ct. 2008).

TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL

- 80. STS de 24 de mayo 1980 (RJ 1980/1963).
- 81. STS de 25 de junio 1993 (RJ 1993/5384).
- 82. STS de 13 de octubre 2005 (RJ 2005/7235).

RESUMEN

ACUERDOS PRECONTRACTUALES ESTADOS UNIDOS

Los principales acuerdos precontractuales en USA son los agreements to negotiate (acuerdos de negociar), los memoranda of understanding y los agreements to agree (acuerdos de acordar). Aunque las denominaciones de estas figuras precontractuales se suelen utilizar de forma indistinta por los operadores del tráfico jurídico, los tribunales y la doctrina.

Los agreements to negotiate se caracterizan por regular el proceso negociador. Dentro de las obligaciones que contemplan se encuentran la de confidencialidad, la de negociar de buena fe, negociar en exclusividad por un cierto tiempo, los hitos del proceso... Estas obligaciones han sido consideradas vinculantes reiteradamente por los tribunales estadounidenses cuando hay una verdadera voluntad de vincularse y la obligación es lo suficientemente determinada como para poder ejecutarse. En ese sentido, se ha considerado vinculante la obligación de negociar en exclusiva. Los tribunales generalmente conceden una indemnización compuesta por los daños de confianza (reliance damages) en los casos de incumplimiento de las obligaciones vinculantes. Tales daños usualmente incluyen los gastos incurridos durante la negocia-

ABSTRACT

PRECONTRACTUAL AGREEMENTS UNITED STATES

The main types of precontractual agreements in the USA are agreements to negotiate, memoranda of understanding and agreements to agree, although the names are generally used interchangeably by businesspeople, courts and legal scholars.

Agreements to negotiate regulate the negotiating process. The obligations they envisage include the obligation of confidentiality, the obligation to negotiate in good faith, the obligation to negotiate on an exclusive basis for a certain time and the milestones in the process. These obligations have been repeatedly regarded as binding by US courts when there is a true desire to create a binding agreement and the obligation is specific enough to be discharged. In this sense, the obligation to negotiate on an exclusive basis has been regarded as binding. Courts generally grant reliance damages in cases of breach of binding obligations. Such damages usually include the expenses incurred during negotiation but not the loss of the profit the planned contract could have earned. Also, they do not generally encompass any loss of profit from lost opportunities. Similarly,

ción, pero no el lucro cesante que podría haber generado el contrato proyectado. A su vez, tampoco suelen comprender el lucro cesante de las oportunidades perdidas. De la misma manera, los tribunales mayoritariamente entienden que estos acuerdos no obligan a suscribir el contrato proyectado, ni pueden considerarse como el contrato definitivo.

Los memoranda of understanding suelen contemplar los acuerdos parciales que se alcanzan durante la negociación. Su principal efecto conforme a la jurisprudencia estadounidense es impedir que las partes se retracten de dichos acuerdos parciales o insistan en términos incoherentes con la negociación para romperla. Al igual que sucedía con los agreements to negotiate, los incumplimientos de estos contratos suelen generar los daños de confianza anteriormente descritos. Asimismo, tampoco obligan a concluir el contrato definitivo, aunque pueden servir para acreditar el estado de las negociaciones para reclamar una posible indemnización por una ruptura injustificada de las mismas.

Los agreements to agree se caracterizan por establecer la obligación de suscribir un contrato proyectado. Tal obligación se considera inenajenable en Estados Unidos. Por ello, la jurisprudencia suele aplicar la regla del todo o nada (all or nothing), considerando, o que se ha suscrito el contrato definitivo cuando las circunstancias y el clausulado del contrato así lo sugieren, o que no hay obligación alguna.

the courts mainly feel that such agreements do not obligate the parties to sign the planned contract and cannot be regarded as the definitive contract.

Memoranda of understanding usually cover the partial agreements reached during negotiation. Their main effect pursuant to US case law is to prevent the parties from going back on partial agreements or insisting on terms inconsistent with negotiations thus far with a view to severing negotiations. Like agreements to negotiate, memoranda of understanding, if breached, generally give rise to reliance damages as described above. Moreover, memoranda of understanding create no obligation to conclude the definitive contract, although they can be used as proof of the state of negotiations in order to sue for damages due to an ungrounded severance of negotiations.

Agreements to agree establish the obligation to sign a planned contract. Such obligations are regarded as unenforceable in the United States. Therefore case law tends to apply the all-or-nothing rule, finding that either the definitive contract has been signed when the circumstances and terms of the contract so suggest or that there is no obligation whatsoever.

(Trabajo recibido el 4-9-2011 y aceptado para su publicación el 29-11-2011)