



COMILLAS
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

FACULTAD DE DERECHO

**LA FASE FORMATIVA DEL CONTRATO EN
DERECHO ESPAÑOL Y SUS DIFERENCIAS CON
EL COMMON LAW**

Autor: Luis Villasante del Corral

4º E-1 BL / Grado en Derecho y Diploma in Business Law

Área de Conocimiento: Derecho Civil

Tutor: Corripio Gil-Delgado, María de los Reyes

Columbus, Ohio (Estados Unidos de América)

Abril, 2019

ÍNDICE

1.	INTRODUCCIÓN.....	1
2.	LA FORMACIÓN DEL CONTRATO EN DERECHO ESPAÑOL.....	3
2.1.	El concepto de los tratos preliminares	3
2.1.1.	Delimitación del concepto en nuestra doctrina y jurisprudencia	3
2.1.2.	Efectos jurídicos de los tratos preliminares	6
2.1.3.	La celebración de negocios jurídicos en el contexto de los tratos preliminares	7
2.2.	La responsabilidad precontractual, el papel de la buena fe y el concepto de culpa “in contrahendo”	14
2.2.1.	Carácter contractual o extracontractual de la responsabilidad precontractual.....	14
2.2.2.	La buena fe.....	17
2.2.3.	La indemnización del daño	20
2.3.	El precontrato.....	23
2.3.1.	El concepto de precontrato	23
2.3.2.	Aproximación doctrinal y jurisprudencial.....	23
3.	LOS TRATOS PRELIMINARES Y LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL EN COMMON LAW.....	29
3.1.	Los tratos preliminares en Common law	29
3.1.1.	El principio de libertad de negociación.....	29
3.2.	Supuestos de responsabilidad precontractual en Common law	33
3.2.1.	Enriquecimiento injusto.....	33
3.2.2.	Misrepresentations: Tort of deceit y tort of negligence.....	34
3.2.3.	Specific promise y promissory estoppel	36
3.3.	Acuerdos suscritos en la fase precontractual	38
3.3.1.	Agreements with open terms	38
3.3.2.	Agreements to negotiate o Agreements to agree.....	39
3.4.	El concepto de “fair dealing”	42
4.	CONCLUSIONES.....	46

RESUMEN

El concepto de tratos preliminares abarca todos aquellos contactos y negociaciones que se producen entre las partes negociadoras, bien hasta su ruptura o hasta la celebración de un contrato que las vincule. Los tratos preliminares no están regulados en el derecho positivo español y, en sí mismos, no producen efectos jurídicos entre las partes.

La naturaleza de la responsabilidad precontractual (esto es, si se trata de una responsabilidad contractual o extracontractual), es una cuestión debatida en nuestra doctrina y jurisprudencia, aunque existe acuerdo en que durante la fase de formación del contrato las partes están obligadas a comportarse de buena fe y lealmente. En cuanto a la indemnización del daño, dado que aún no existe contrato no es posible pretender que el perjudicado obtenga los beneficios económicos que podría haberle reportado su ejecución. En su lugar, se tratará de reparar los perjuicios derivados del hecho de la negociación en sí y de su ruptura (interés contractual negativo).

En el derecho anglosajón el deber entre las partes negociadoras de un contrato es muy limitado y los tribunales han reconocido a las partes la libertad de negociar un trato sin el temor de que, en ausencia de un contrato, se declare su responsabilidad precontractual. En el periodo de formación del contrato las partes no se deben ninguna obligación genérica de buena fe.

En *common law* no puede hablarse de un régimen unitario de responsabilidad, sino de supuestos determinados en los que cabe exigir responsabilidad a una parte negociadora: nos referimos principalmente al enriquecimiento injusto, a las declaraciones falsas (*misrepresentations*) y al impedimento promisorio (*promissory estoppel*). En el primer supuesto la medida de la compensación es el interés de restitución (*restitution interest*), mientras que, en el resto de escenarios, la compensación se basa en el interés de confianza (*reliance interest*).

Palabras Clave

Formación del contrato, tratos preliminares, carta de intenciones, responsabilidad precontractual, culpa in contrahendo, buena fe y comportamiento leal.

ABSTRACT

The concept of preliminary dealings embraces all the contracts and negotiations that are initiated by the parties until the breaking of such dealings or until a contract is actually celebrated. The preliminary dealings are not regulated by the Spanish statutory law, and therefore cannot be directly enforced between the parties.

Although the nature of precontractual liability (whether it has a contractual or tortious nature) has been a matter widely discussed by our scholars and case law, there is an agreement that during contract formation the parties are obliged by the principles of good faith and loyalty. Moving into a possible indemnification, and given that there is still no contract, it is impossible for the claimant to aim for the compensation of the profits it could have obtained from its performance. Instead, he could aim for the damages produced by the negotiations and the rupture thereof.

In Common Law jurisdictions, the duties and obligations between the parties are quite limited, and the courts have generally given the parties enough freedom to negotiate without the fear that, in absence of a contract, their precontractual liability could be enforced. During contract formation the parties have no obligation of following any principle of good faith.

In *Common law* we do not find a unique regime of responsibility, but different scenarios in which liability may be imposed upon one of the bargaining parties. We mainly refer to concepts like unjust enrichment, misrepresentations and promissory estoppel. For unjust enrichment the form of compensation is the restitution interest, whilst in the other scenarios the compensation is based on the reliance interest.

Keywords

Contract formation, preliminary dealings, letter of intent, precontractual liability, culpa in contrahendo, good faith and fair dealing.

1. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene por objeto el análisis de la fase formativa del contrato en derecho español y el estudio comparado del derecho anglosajón (*common law*).

En primer lugar, profundizaremos en el análisis de la etapa de formación del contrato en el sistema jurídico español, repasando el extenso desarrollo legislativo que arranca con la promulgación del Código civil en el siglo XIX y que ha sido objeto de profundos estudios doctrinales a lo largo del siglo XX, al objeto de intentar adaptar nuestras tradicionales categorías jurídicas a las exigencias del tráfico jurídico.

Posteriormente, revisaremos la evolución que esas mismas cuestiones, surgidas en la fase formativa del contrato, han experimentado en el *common law*. El derecho anglosajón cuenta con una importante ventaja, al extraer los principios jurídicos de pronunciamientos judiciales (*case law*) que en este ámbito del derecho de contratos no se ven constreñidos por la necesidad de aplicar ninguna ley (*statute*). Muy al contrario, los tribunales gozan de una amplia discreción para dar la mejor solución posible al caso concreto que se les plantea.

Desde nuestro punto de vista, la mayor rigidez del sistema español presenta un marcado contraste con la capacidad de adaptación del *case law* anglosajón a las nuevas necesidades impuestas por el tráfico jurídico. En particular, nos parece que la teoría de la formación del contrato en derecho español (curso de oferta y aceptación) no se ajusta bien a las exigencias impuestas por las operaciones del siglo XXI. Y es que la creciente complejidad de los negocios exige la progresiva adaptación de nuestro derecho a soluciones ofrecidas por el *common law*, donde el contrato nace de cruce de promesas y declaraciones de las partes.

De esa forma, el interés del estudio reside en observar la evolución de ambos sistemas jurídicos para comprobar su progresiva convergencia. En particular, veremos que desde perspectivas muy alejadas y empleando métodos radicalmente distintos, los conceptos empleados en el Reino Unido y, en mayor medida, en Estados Unidos, van calando en nuestra doctrina y jurisprudencia.

Ciertamente, en sistemas de derecho civil como el español se otorga mucha más importancia a la intención de los contratantes, mientras que en el *common law* se atiende casi exclusivamente a sus manifestaciones externas. Como ejemplo de esto último, la utilización de expresiones como “*subject to contract*” y la introducción de cláusulas de ausencia de efecto vinculante blindan en *common law* la posición de quien firma una carta de intenciones sin voluntad de obligarse, mientras que en derecho español, “*si las palabras parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquéllas*”, como nos recuerda el artículo 1281 del código civil. Y a pesar de partir de regímenes jurídicos tan alejados, no sorprenderá a nadie que hoy en día las cartas de intenciones sujetas a derecho español obedezcan a los mismos estándares que las redactadas por abogados anglosajones.

En cuanto a la metodología empleada, en el análisis del derecho anglosajón nos centraremos en sus expresiones británica y, primordialmente, estadounidense. El motivo de enfocarnos más en el estudio del *case law* de los Estados Unidos es doble:

- Por un lado, el singular dinamismo de la economía americana. Es la jurisdicción más activa en el ámbito de las fusiones y adquisiciones y, naturalmente, la que más casos de estudio nos puede aportar. No resulta extraño que algunas de las citas más antiguas que emplearemos en este estudio son de tribunales británicos, mientras que las sentencias más modernas que tendremos ocasión de revisar (Swatch, Facebook...), se han dictado por tribunales americanos.
- Y el otro motivo es que escribimos este trabajo durante nuestra estancia en el Moritz College of Law de Ohio State University, donde hemos tenido ocasión de cursar materias que nos han ayudado en el análisis de la temática objeto de estudio, como son las asignaturas de *Contracts*, *Legal Negotiations* o *Transactional Practice*.

2. LA FORMACIÓN DEL CONTRATO EN DERECHO ESPAÑOL

2.1. El concepto de los tratos preliminares

2.1.1. *Delimitación del concepto en nuestra doctrina y jurisprudencia*

Se puede negociar sobre muchas cosas y hay muchos tipos de contratos. Por ello, para entender con mayor facilidad el concepto de tratos preliminares utilizaremos como referencia el contrato de compraventa. Y, dentro de esa categoría, nos referiremos en particular al contrato de compraventa de empresa.

La razón de ello es fácil de entender: hay contrato de compraventa cuando efectuamos la compra de una entrada de cine por internet y también hay contrato de compraventa cuando Facebook compra WhatsApp por 19.000 millones de dólares estadounidenses. La diferencia es que en el primer tipo de contratación hay portales online que nos permiten hacer nuestra compra “*en un solo click*” y que, cuando una gran empresa adquiere otra gran empresa, la ejecución del contrato viene precedida de muchos contactos y de largas negociaciones en las que se intercambian numerosos borradores de documentos contractuales. Todas estas actuaciones se engloban en el concepto de tratos preliminares.

Evidentemente, el concepto y la regulación de los tratos preliminares no es algo que esté recogido en nuestro derecho positivo. Más bien al contrario, lo cierto es que en nuestro estudio hemos podido comprobar que en buena parte de la doctrina y en mucha de la jurisprudencia que citan los autores, aplica la que Suárez González denomina como la “*regla del ‘todo o nada’*”¹. Quiere así llamar la atención sobre un enfoque que podríamos calificar como binario: una revisión de la jurisprudencia revela que, o bien la cuestión sometida a escrutinio judicial carece de trascendencia jurídica o, alcanzada una determinada fase en el curso de las negociaciones, despliega plenos efectos jurídicos.

¹ Suárez González, C., “Las fases de formación del contrato. Valor y régimen jurídico”, Ed. Dykinson, Madrid, 2017, pg. 13.

Por ello, en este apartado procederemos a revisar la elaboración del concepto de los tratos preliminares en nuestra doctrina y jurisprudencia.

En primera instancia, algunos autores los definen como “*actos precontractuales en sentido estricto*”², “*no albergando los documentos en que se recogen [...] declaraciones de voluntad [y finalizando] con la conclusión del contrato o bien con la ruptura de los tratos*”³.

Por su parte, Suárez González nos ofrece una definición más completa, si bien conservando la noción del tronco común (la fase de tratos preliminares) que al final se bifurca: o bien se rompen los tratos o bien se entra en una nueva fase en la que las partes se vinculan jurídicamente:

[...] denominamos como tratos precontractuales a aquellos contactos que se producen entre las partes, dirigidos a la celebración de un futuro contrato, y que van desde el primer acercamiento o comentario entre las mismas o a través de intermediarios, hasta un momento final que se producirá bien cuando el contrato al que se refieren tales datos se celebra, o bien cuando se ha producido el desistimiento del mismo.⁴

Pero si trascendemos la mera definición para adentrarnos en los rasgos característicos del concepto, veremos que se trata de una materia más compleja de lo que a primera vista pueda parecer.

De entrada, hay una complejidad fáctica, ya que hay múltiples actos que pueden englobarse en este concepto: meras conversaciones, intercambio de información escrita, borradores de contratos que son sucesivamente editados por las partes y sus asesores, reuniones y un largo etcétera. Esa gran variedad de expresiones de los tratos preliminares hace que sea en la mayor parte de los casos inviable (como parece pretender algún autor) el buscar el típico concurso de “*oferta y aceptación sobre la cosa y la causa*”⁵. Más correcto es el enfoque de Osorio Morales y Osorio Serrano, cuando hablan del intercambio de “*ofertas y propuestas mutuas, que acaban por*

² Véase Menéndez Mato, J.C., “La oferta contractual”, Pamplona 1998, p. 84.

³ Cuadrado Pérez, C., “Oferta, aceptación y conclusión del contrato”, Bolonia 2003, p. 33.

⁴ Suárez González, C., “Las fases...”, ob. cit. Pg. 17.

⁵ Gómez Calero, J., “Derecho mercantil 2. Obra colectiva coordinada por Jiménez Sánchez, G.J., 4ª edición, Barcelona 1998, p. 218.

coincidir sin que sea posible determinar, en la mayor parte de los casos, quien es el oferente y quien es el aceptante”⁶.

Juana Marco Molina⁷ pone como ejemplo de esa dificultad el litigio suscitado por la compraventa por parte del Estado español de las bodegas del “Grupo Rumasa” a “Freixenet S.A.”⁸:

Tuvo que ser el Tribunal Supremo quien, de modo voluntarista, decidiese si la oferta había partido del Estado o de Freixenet, decisión que, en última instancia, mediatizaba el propio contenido contractual, puesto que, en función de cuándo y cómo se entendiese celebrado el contrato, se consideraba o no incorporada a él la estipulación relativa al deber de Freixenet (compradora) de asumir el pasivo de Rumasa.

Así pues, no conviene simplificar un escenario que, como decimos, suele ser difuso, como reconoce nuestro Tribunal Supremo⁹:

[...] hay que afirmar que dichas operaciones se desenvuelven en un área nebulosa y desde luego evanescente, pues las mismas hay que enfocarlas desde un punto de vista muy amplio -ideas, especulaciones, planteamientos- pero que siempre tendrán un denominador común, como es no suponer acto jurídico alguno, ya que de dichas referidas operaciones no se derivan, de manera inmediata, efectos jurídicos mensurables.

No obstante, si queremos avanzar en el análisis, lo que sí convendrá es distinguir la noción de tratos preliminares de figuras conexas. Aunque más adelante elaboraremos este tema con mayor profundidad, vale la pena destacar aquí el razonamiento que efectúa nuestro Tribunal Supremo en una sentencia de 10 de octubre de 1980¹⁰, que en su definición del concepto distingue los tratos preliminares de la oferta:

Aun siendo frecuente que el proceso formativo del contrato se inicie con manifestaciones de voluntad, o, mejor, exploraciones, contenidas en tratos preliminares o conversaciones previas que los interesados mantienen sin fuerza vinculante antes de decidirse a la

⁶ Osorio Morales; J. y Osorio Serrano, J.M., “Curso de derecho civil II, Derecho de obligaciones, contratos y responsabilidad por hechos ilícitos”, 2ª edición, Valencia, 2001, p. 266.

⁷ Marco Molina, J., “El proceso de formación...”, ob. cit., p. 18.

⁸ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera), Sec. 1ª, 26 de marzo de 1993.

⁹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera), de 16 de diciembre de 1999, núm. 1.091.

¹⁰ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera), de 10 de octubre de 1980, núm. 292.

celebración del negocio y mediante las cuales se comunican sus respectivas aspiraciones, tal fase preparatoria es bien distinta de la oferta en cuanto declaración de voluntad de naturaleza recepticia, como tal dirigida al otro sujeto y emitida con un definitivo propósito de obligarse si la aceptación se produce.¹¹

Una vez asentado el concepto y volviendo nuevamente a nuestra doctrina, vemos que ciertos autores introducen en sus comentarios elementos adicionales que resultan de interés de cara a presentar cuestiones que iremos tratando con mayor detalle después.

Así, Díez Picazo observa que los tratos preliminares pueden llevarlos a cabo tanto los interesados como sus auxiliares¹². El comentario es relevante porque una de las razones por las que típicamente los tratos preliminares no cristalizan en una auténtica oferta ni aceptación es porque, al menos en las transacciones de cierta envergadura, los intercambios de información, documentos, reuniones, etc., los realizan empleados o asesores sin facultades de vincular a sus principales en el negocio jurídico que intentan desarrollar.

Por su parte, Rivero Hernández observa que muchos de los actos que preceden a la ejecución de un contrato son “*susceptibles de generar gastos*”¹³. Alonso Pérez, por su lado, completa el razonamiento al decir, en relación a esos gastos, “*que alguien ha de soportar[los] si no se llega a concluir el contrato*”¹⁴. Este razonamiento lo recordaremos después, al hablar de la indemnización de los daños causados por quien lesiona los intereses de la otra parte en el contexto de la negociación de un contrato.

2.1.2. Efectos jurídicos de los tratos preliminares

Tanto la doctrina española¹⁵ como nuestra jurisprudencia consideran que los tratos preliminares no implican, por sí mismos, la creación entre las partes de una relación

¹¹ El art. 1254 del Código civil dispone lo siguiente: “El contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio.”

¹² Díez Picazo, L. “Fundamentos de derecho civil patrimonial, introducción, teoría del contrato”, Vol I, 6ª edición, 2008, Thomson, Madrid, p. 188.

¹³ Rivero Hernández, F., “Elementos de derecho civil, II. Derecho de obligaciones, AA.VV., 3ª Edición revisada y puesta al día”, Madrid, 2003, p. 378.

¹⁴ Alonso Pérez, M., “La responsabilidad precontractual”, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 1971, p. 884.

¹⁵ Véase Díez Picazo, L. “Fundamentos..., op cit., p. 189.

de la que se deriven efectos jurídicos de forma inmediata. Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 1999, antes citada, afirma que los tratos preliminares “[...] siempre tendrán un denominador común, como es no suponer acto jurídico alguno, ya que de dichas referidas operaciones no se derivan, de manera inmediata, efectos jurídicos mensurables”.

2.1.3. La celebración de negocios jurídicos en el contexto de los tratos preliminares

Una vez asentado el concepto de que los tratos preliminares, en sí mismos, no producen efectos jurídicos entre las partes y aunque más adelante tendremos la ocasión de ver que los tratos preliminares pueden desembocar, además de en un auténtico contrato, en escenarios intermedios que tengan un significado jurídico particular (en este trabajo nos referiremos al precontrato), ahora conviene dedicar unas líneas a comentar ciertos actos o negocios jurídicos que las partes pueden llevar a cabo en el marco de las negociaciones, esto es, en el contexto de los tratos preliminares.

Para introducir este punto, emplearemos la aportación de Aznar Giner, quien en su monografía¹⁶ afirma que el contexto de los tratos preliminares:

es susceptible de producir efectos entre las partes y respecto de terceros aun cuando se abandonen las negociaciones y, por tanto, no se concluya el contrato.

Piénsese en el contrato de confidencialidad que se firma para acceder a información de una sociedad que se pretende adquirir. Aun cuando la venta no se concluya al no llegar a un acuerdo, la obligación de confidencialidad subsistirá.

A la hora de interpretar las palabras de Aznar Giner no debemos caer en el error de pensar que los tratos preliminares, *per se*, generan efectos jurídicos de ningún tipo entre las partes negociadoras. Y es que en el ejemplo que indica el citado autor estamos, simple y llanamente, ante alguna de las numerosas facetas o expresiones de las distintas etapas de formación de un negocio jurídico complejo.

¹⁶ Aznar Giner, E., “Las negociaciones o tratos preliminares al contrato. Doctrina y jurisprudencia”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pg. 20.

a) Los acuerdos de confidencialidad

En efecto, ese tipo de operaciones suelen iniciarse con la entrega de información potencialmente sensible. Dicha entrega (en ocasiones intercambio) de información viene precedida de la firma de un acuerdo de confidencialidad (muy conocido por su denominación en inglés *non-disclosure agreement* o sus siglas “NDA”). Evidentemente, la parte que recibe información confidencial está obligada a mantenerla confidencial, a mantenerla en un círculo muy estrecho de individuos que necesitan conocerla (“*need to know*”) para evaluar la operación que se plantea y a destruirla o devolverla a solicitud de quien la entrega. Evidentemente, el acuerdo de confidencialidad es un auténtico contrato, plenamente vinculante y eficaz, cuyo incumplimiento obliga a la indemnización de los daños y perjuicios causados, en sus propios términos.

Pero es que en el contexto de las negociaciones llegan a celebrarse muchos otros tipos de negocios jurídicos, incluso algunos cuya finalidad es evitar reclamaciones posteriores. Destacaríamos aquí las denominadas cartas de proceso (“*process letters*”).

b) Las cartas de proceso

En las cartas de proceso, el representante del vendedor en un proceso de venta (el asesor financiero o banco de inversión), más allá de explicar los pasos que configurarán dicho proceso, aclara que la comunicación no constituye una oferta para la venta y se reserva el derecho a alterar el procedimiento, incluso dando por finalizado el mismo si el vendedor alcanza un acuerdo de venta o de exclusividad de negociación con un potencial comprador.

Por su parte, mediante la contrafirma de la carta, los interesados en formar parte del proceso adquieren obligaciones tales como seguir las reglas del proceso (por ejemplo, la de no contactar a los ejecutivos de la empresa bajo ningún concepto), renunciando a efectuar reclamaciones contra el vendedor y contra el asesor financiero para el caso

de que el proceso termine por cualquier causa y reconociendo que los gastos en los que incurran durante el proceso son de su exclusiva cuenta y cargo¹⁷.

Cabe mencionar que en los procesos de compraventa de empresas normalmente hay, ya no una, sino dos cartas de proceso. La primera cubre la fase que lleva a los oferentes a formular ofertas indicativas o *non-binding offers* y la segunda carta regula la segunda (y definitiva) fase, que culmina con auténticas “ofertas vinculantes” o *binding offers* por parte de los candidatos. Es la aceptación por parte del vendedor de una de dichas ofertas vinculantes la que genera el contrato de compraventa. Con este propósito, el vendedor habrá sometido a los interesados un borrador de contrato de compraventa (*share purchase agreement* o SPA) que los compradores revisarán a fin de incorporar aquellos cambios que juzguen necesarios para estar en disposición de firmarlo. Como decíamos, en su oferta vinculante el potencial comprador incluye el precio que está dispuesto a pagar y el contrato que recoge los demás términos y condiciones en los que está dispuesto a obligarse.

c) Las cartas de intenciones

Decíamos al inicio de este capítulo que hay muchos tipos de contratos y negocios jurídicos, algunos muy simples (comprar un coche) y otros muy complejos (siguiendo en el sector del automóvil, la creación de una *joint venture* entre un fabricante de automóviles y otro de baterías para desarrollar juntos coches eléctricos). En este apartado nos centraremos en el estudio de aquellos negocios jurídicos de mayor complejidad cuya negociación se prolonga típicamente durante meses y que obliga a las partes a dedicar una cantidad considerable de recursos materiales y de gestión.

En esos últimos casos, es frecuente que los negociadores intenten plasmar por escrito el avance de los tratos o su entendimiento, más o menos preliminar, respecto al proceso que seguirán hasta alcanzar un acuerdo definitivo. Fruto del predominio anglosajón en los negocios internacionales, este tipo de documento suele recibir un nombre inglés, siendo las acepciones más comunes “Letter of Intent”, “Memorandum

¹⁷ Más adelante, en el capítulo de *common law*, veremos cómo el reembolso de los gastos realizados por una de las partes contratante es posiblemente la reclamación más frecuente cuando el proceso de formación del contrato culmina sin acuerdo entre las partes.

of Understanding” y “Heads of Agreement” o “Heads of Terms”, empleándose igualmente con frecuencia sus acrónimos LoI, MoU y HoT. En español utilizamos la expresión de “carta de intenciones”.

En este apartado trataremos la problemática jurídica de las cartas de intenciones sometidas a derecho español. Evidentemente, la práctica anglosajona tiene mucha más experiencia a la hora de tratar con este tipo de documentos y su análisis resulta mucho más enriquecedor, pero ello lo abordaremos en el siguiente capítulo.

Las cartas de intenciones se redactan de inicio como un documento unilateral (tienen normalmente el típico aspecto de una carta), que adquiere naturaleza o carácter bilateral mediante la firma “en prueba de aceptación” de su destinatario. Así, como indica Ángel Carrasco¹⁸, no contienen solo *“manifestaciones de parte del oferente, sino declaraciones o ‘compromisos’, incluso con eficacia vinculante, que necesariamente deben asumir ambas partes.”*

En todo caso, más allá del último inciso de la cita de Ángel Carrasco, es importante señalar que ese carácter bilateral (el hecho de que sean firmadas por ambas partes) no las convierte en “contratos”. Ni siquiera en “precontratos”. De hecho, la práctica impone que el documento incluya una cláusula que aclare que la carta de intenciones no es vinculante o, en su caso, que distinga qué apartados son vinculantes y cuáles no lo son. Siguiendo nuevamente a Carrasco Perea¹⁹:

El carácter más señero de esos documentos es la pretensión de las partes de no quedar comprometidos por sus palabras respecto de su conducta negociadora futura; especialmente, respecto de su posibilidad de poder retroceder libremente de la negociación empezada, sin que la otra parte pueda imputarle haber roto un compromiso vinculante o haber traicionado una confianza legítima y protegible.

De esta forma, aunque pueda resultar contradictorio, las partes podrían quedar más protegidas de su riesgo de vinculación firmando una carta de intenciones que disponga

¹⁸ Carrasco Perea, A., en “Adquisiciones de Empresas”, capítulo II (Las cartas de intenciones), Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pg. 126.

¹⁹ Carrasco Perea, A., en “Adquisiciones...” ob. cit., pg. 129.

el carácter no vinculante de sus tratos, que si no firman nada. Como señala Navares González²⁰,

[l]a carta de intenciones [...] identifica el objeto inicial de la negociación pero, desde un punto de vista negativo, impide que los pasos intermedios sean considerados como acuerdos contractuales, tanto por el hecho de que en la carta de intenciones se fijan los puntos mínimos sobre los que debe existir un acuerdo, con lo que, de no llegarse a realizar sobre todos ellos no se generará ningún tipo de vínculo obligatorio, como porque la propia carta de intenciones [...] excluye su fuerza obligatoria.

En todo caso, las dificultades en la interpretación de las cartas de intenciones pueden provenir del doble juego que, cada uno de los firmantes, pretenda imponer: por un lado, ambos coincidirán en su voluntad de no vincularse en absoluto o, como mucho, de adquirir un compromiso “de mínimos”. Sin embargo, cada firmante podría aspirar a negociar cláusulas que sí comprometan a la parte contraria. Así, por ejemplo, los negociadores suelen coincidir en otorgar carácter vinculante a la obligación de confidencialidad, pero es el comprador quien puede intentar imponer al vendedor una obligación de exclusividad en la negociación.

Por lo demás, una cláusula típica de las cartas de intenciones es la que regula la forma de repartir los costes incurridos durante la negociación. Aquí lo típico es que la carta diga que cada parte paga los gastos en los que incurra y esta es una cláusula que puede perjudicar al potencial comprador si al final no hay acuerdo entre las partes. En todo caso, ese tipo de cláusulas de reparto de costes no librarán a quien incumple de su obligación de indemnizar y ello en aplicación del principio de buena fe y del régimen de culpa in contrahendo que tendremos ocasión de analizar en el siguiente apartado 2.2.

A fin de delimitar mejor la figura de la carta de intenciones y lo importante que es atender a su contenido y a los actos coetáneos y posteriores desarrollados por las partes (sin quedarnos en su denominación), a continuación revisaremos un par de sentencias y un caso que se sometió a arbitraje.

²⁰ Navares González, S.G., “La función de la carta de intenciones en la interpretación de los contratos celebrados por la empresa”, en *Iustitia*, nº 9, 2011, pg. 240.

En la primera referencia jurisprudencial, vemos que el Tribunal Supremo (sentencia 736/1994, de 19 de julio), recalifica un pretendido precontrato en carta de intenciones:

lo que existió entre la demandada y el Sr. Braulio, fueron unos acuerdos básicos iniciales, una carta de intenciones o pactos preparatorios de un contrato que no llegó a perfeccionarse. Ya resulta sorprendente -dice- que un contrato de la entidad económica del que es objeto de este pleito, en el que se habla de miles de millones de pesetas [...], no se le dé forma documental, aunque sea en documento privado, y se pretenda concretarlo en el intercambio de unas cartas; pero es que en las cartas que obran en autos [...] se habla de ofertas, de proyectos que esperan la conformidad de la contraparte, de mantenimiento de la oferta, sin que se hubiera acreditado que el contrato llegara a perfeccionarse por el consentimiento de ambas partes.

En el segundo ejemplo el Tribunal Supremo recorre el trayecto inverso, al recalificar una pretendida carta de intenciones en un auténtico contrato²¹:

La Audiencia ha considerado que se trataba de un documento de intenciones sobre un futuro contrato de mediación en la venta de determinadas parcelas [...], no obstante lo cual el examen del documento y de los pactos que en el mismo se contienen, en relación con la forma en que se había determinado el precio anterior de venta [...] revela que, como sostienen las actoras, se trataba realmente de una obligación firme de pago [...]. La interpretación conjunta del contrato que impone el artículo 1285 del Código Civil a efectos de obtener la común intención de los contratantes, como elemento primordial de interpretación incorporado al artículo 1281, lleva a considerar que efectivamente la intención de los contratantes fue establecer tal obligación con carácter definitivo [...] y no - como sostiene la Audiencia- a una mera intención de las partes sobre la posible celebración de un contrato ulterior.

Después de ese somero análisis de nuestra jurisprudencia, no quisiéramos concluir este apartado relativo a las cartas de intenciones sin comentar brevemente un laudo dictado por la corte internacional de arbitraje CCI el 13 de junio de 2013 en relación a la responsabilidad por incumplimiento de ciertas obligaciones incluidas en una carta de intenciones. Y es que, si con anterioridad hemos descrito la posible coexistencia de auténticos negocios jurídicos en el contexto de los tratos preliminares, también

²¹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera), de 19 de noviembre de 2010, núm.748.

puede darse el caso de que una carta de intenciones incluya, entre otras cláusulas meramente indicativas, auténticos compromisos de naturaleza contractual y obligado cumplimiento.

Los hechos son los siguientes²²: en el contexto de la negociación de una compraventa de empresa, las partes suscribieron una carta de intenciones (LoI) que establecía un periodo de exclusividad para negociar el contrato definitivo, aunque los principales elementos del contrato (objeto, precio y régimen de responsabilidad del vendedor) ya quedaron establecidos en el documento. Es importante resaltar que La LoI, que estaba sometida a derecho español, no especificaba si su contenido era o no vinculante.

Cuando restaban nueve días para la terminación del periodo de exclusividad, la vendedora informó a la compradora de la existencia de otra oferta. Entonces la compradora reaccionó remitiendo un borrador de contrato de compraventa a la vendedora, estrictamente basado en el contenido de la carta de intenciones. La vendedora rechazó el borrador de contrato, explicando que no estaba obligada a venderle la compañía y planteando ciertas objeciones al borrador presentado. A dos días de expirar el plazo de exclusividad, la compradora remitió un nuevo borrador de contrato de compraventa, reflejando las objeciones planteadas por la vendedora, únicamente en la medida en que dichos comentarios se correspondían con el contenido de la carta de intenciones. La vendedora volvió a rehusar el nuevo borrador de contrato de compraventa.

En su demanda arbitral la compradora solicitó que se declarase que la vendedora había incumplido sus obligaciones bajo la LoI y que se condenara a la vendedora a otorgar el contrato de compraventa o a compensar los daños sufridos por el incumplimiento *“mediante el pago del interés contractual positivo (el que se derivaría del cumplimiento de la LoI y la consiguiente adquisición de la compañía) [...]”*. A tal fin alegaba el carácter vinculante de la LoI, que establecía los elementos esenciales del contrato definitivo.

²² Seguimos la exposición de Mendiola Jiménez, A. y Montes Saralegui, L., en su artículo “Responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones incluidas en una carta de intenciones”, La Ley, 2016, pg. 335 y ss.

Pues bien, a pesar de que a juicio de los árbitros la LoI no constituye un contrato de compraventa, ni un precontrato ni una promesa, el tribunal concedió la indemnización del interés contractual positivo como compensación de daños por el incumplimiento de la vendedora. Dicha resolución se funda, según describen en su artículo Mendiola Jiménez y Montes Saralegui:

en la convicción de que, de no haber sido por el incumplimiento de las obligaciones del vendedor de respetar la confidencialidad y el periodo de exclusividad del comprador, la parte vendedora hubiese mantenido su interés por concluir el contrato de compraventa y este se hubiera formalizado. Su frustración imputable a dichos incumplimientos provocó que el comprador perdiese los beneficios inherentes a dicha adquisición.²³

La compensación se basa en la diferencia entre el precio pactado en la LoI y el valor de mercado de la compañía (se entiende que fue finalmente vendida al tercero que formuló una oferta alternativa) y, según se indica en el resumen del artículo, alcanzó los ¡102 millones de euros!

2.2. La responsabilidad precontractual, el papel de la buena fe y el concepto de culpa “in contrahendo”

En este epígrafe nos referiremos a aquellos supuestos en los que la conducta de alguna de las partes involucradas en la negociación, por su carácter antijurídico, es susceptible de generar algún tipo de responsabilidad. Hablamos pues de actos lesivos que tienen lugar en el contexto de la preparación de un contrato.

2.2.1. Carácter contractual o extracontractual de la responsabilidad precontractual

Parece lógico defender que no es posible proclamar la responsabilidad contractual de quien vulnera los derechos de aquel con quien entabló tratos preliminares, una vez concluido que dichos tratos no implican la existencia de un contrato. Por ello, autores

²³ Mendiola Jiménez, A. y Montes Saralegui, L., “Responsabilidad por incumplimiento...”, ob. cit., pg. 344.

como Suárez González²⁴ consideran que la responsabilidad en la que se pueda incurrir solo puede ser de índole extracontractual.

Sin embargo, un repaso de la doctrina e incluso de nuestra jurisprudencia nos hace ver que estamos ante una materia muy discutida.

Por un lado, hay que reconocer que la caracterización de la responsabilidad precontractual como “extracontractual” cuenta con la evidente ventaja de que estamos ante un supuesto en el que no existe un contrato.

Así, muchos son los autores que consideran que la responsabilidad precontractual encuentra su fuente en el artículo 1902 del Código civil. Un ejemplo de esa posición lo encontramos en Castán, quien al tratar de la ruptura de los tratos preliminares afirma que “*es lícito el disentimiento por cualquiera de las partes, si bien cuando concurren los elementos de la culpa y del daño, podría surgir la obligación del resarcimiento, en fuerza de los principios de la culpa extracontractual (culpa ‘in contrahendo’).*”²⁵

También Suárez González incide en ese mismo principio, al afirmar que: “*quienes intervienen en los tratos preliminares tienen la facultad legítima de no celebrar el futuro contrato, pues precisamente para ello se realizan los estudios, informes, investigaciones, comprobaciones, etc.*”²⁶. Esta aportación nos parece relevante, porque la idea de que las partes tienen la “facultad legítima” de desistir de las negociaciones está en la misma base de la concepción de los *preliminary dealings* en *common law*, como analizaremos en el capítulo 3 minuciosamente.

Por otra parte, lo cierto es que también nuestra jurisprudencia venía siendo unánime a la hora de catalogar la denominada responsabilidad precontractual como “extracontractual”. Una de las sentencias más citadas por los autores es la dictada por el Tribunal Supremo el 16 de diciembre de 1999, a la que nos hemos referido con anterioridad:

²⁴ Suárez González, C., “Las fases...”, ob. cit. Pg. 32.

²⁵ Castán Tobeñas, “Derecho Civil Español, común y foral”, Tomo III, 17ª edición, Ed. Reus, Madrid, 2008.

²⁶ Suárez González, C., “Las fases...”, ob. cit. Pg. 30.

Pues bien, de dichos tratos sociales o "contratos sociales" -denominación germánica- puede y debe derivarse una cierta responsabilidad -responsabilidad precontractual o culpa "in contrahendo"-, y se plasma tal aserto en la sentencia de esta Sala, de 16 de mayo de 1.988 cuando en ella se dice que la culpa "in contrahendo", al faltar relación contractual, se nos ofrece como aquiliana, puesto que no puede negarse que exista una violación del principio "neminem ledere". A lo que hay que añadir que dicha responsabilidad extracontractual se puede derivar directamente de dicha tesis jurisprudencial o a través de la teoría del abuso del derecho, como determina cierta doctrina española. Pero tanto en uno u otro caso lleva a desembocar ineludiblemente a la entrada en juego del artículo 1.902 del código Civil.²⁷

Aprovechamos esa cita jurisprudencial para introducir la noción de "culpa in contrahendo". Se trata de una tesis que nace a mediados del siglo XIX en Alemania, gracias a los estudios de R. von Jhering sobre el error en el proceso de formación de la voluntad. En aquel tiempo, la doctrina alemana sostenía que un contratante solo puede quedar vinculado en los estrictos términos que desee por lo que, si la voluntad expresada difiere de la querida, el contrato sería nulo.

Pues bien, a pesar de que podría llegar a considerarse la "culpa in contrahendo" como una tercera vía (en el sentido de que es algo distinto a la responsabilidad contractual y a la extracontractual) y no obviando que incluso en España existe una extensa monografía al respecto²⁸, coincidimos con Suárez González cuando sostiene que "*la responsabilidad precontractual o la llamada culpa 'in contrahendo' no es una fuente específica de las obligaciones que no pueda integrarse en las otras fuentes de obligaciones recogidas en el propio Código Civil en su artículo 1.089*²⁹".

Esa misma idea la resaltan otras sentencias del Tribunal Supremo citadas por Aznar Giner³⁰, que parafraseando la ya analizada de 16 de diciembre de 1999 concluyen lo

²⁷ El art. 1902 de nuestro Código civil proclama que "El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado".

²⁸ Para un estudio en profundidad de la culpa in contrahendo se puede consultar el trabajo de la Dra. Clara Asúa: Ver Asúa González, C., "La culpa in contrahendo", Ed. Ellacuría, S.A.L., Erandio (Vizcaya), 1989.

²⁹ El art. 1.089 del Código Civil impone que: "Las obligaciones nacen de la ley, de los contratos y cuasi contratos y de los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia".

³⁰ Aznar Giner (en su trabajo "Las negociaciones...", ob. cit., pg. 93) menciona las de 16 de mayo de 1988, 15 de noviembre de 1993 y 26 de febrero de 1994.

siguiente: “[...] la culpa ‘in contrahendo’, al faltar relación contractual, se nos ofrece como aquiliana, puesto que no puede negarse que exista una violación del principio ‘nemimnen leadere’[...]”.

Sin embargo, no falta algún autor que busca encajar la responsabilidad precontractual en la categoría de responsabilidad contractual, incluso alegando que se puede extender la responsabilidad contractual a escenarios en los que, entre el causante ya la víctima del daño, ha existido “una relación de contacto social”³¹, a nuestro juicio tiene más sentido centrarse en la apelación que de forma mayoritaria hace nuestra doctrina a la buena fe y a la exigencia de un comportamiento leal.

2.2.2. La buena fe

Como decíamos antes, dista de haber unanimidad en nuestra doctrina a la hora de buscar un punto de apoyo donde poder situar el régimen de responsabilidad de las partes en la fase de formación del contrato. Vemos a los comentaristas hablar incluso de posiciones intermedias, de *tertium genus*...

Sin embargo, donde coinciden muchos autores a la hora de intentar trascender las dificultades que ofrece encuadrar esa responsabilidad en uno de los dos géneros conocidos (contractual y extracontractual) es en su apelación a la buena fe y al comportamiento leal. De esta forma, el común denominador parece ser que durante la fase de formación del contrato las partes vienen obligadas a comportarse de buena fe y lealmente.

Aunque hay ciertos autores³² que llegan a invocar la aplicación analógica del art. 1258 del Código Civil³³, lo que a mi juicio no parece acertado ya que para ello hay que partir necesariamente de la existencia de un contrato, donde hay una coincidencia

³¹ Aznar Giner, en su trabajo “Las negociaciones...”, ob. cit., pg. 89, se refiere así a Pantaleón Prieto.

³² Aznar Giner, en “Las negociaciones...”, ob. cit., pg. 57, se refiere en particular a García-Granero Colomer, A.V., Instituciones de derecho privado, tomo II, obligaciones y contratos, volumen 1º, Madrid, 2002, pg. 334 y 335) y a García Rubio, P., (La responsabilidad precontractual en el derecho español, Madrid, 1991, pg. 41 y ss.).

³³ Dice el art. 1258 del Código Civil que: “Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley”.

notable es en proclamar la aplicación del artículo 7.1 del Código Civil, conforme al cual: “*Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe*”.

Aquí el argumento es que, incluso sin cuestionar la libertad de desistimiento de las negociaciones, no es menos cierto que durante el periodo de formación del contrato las partes negociadoras deberían observar una serie de deberes. La doctrina destaca los siguientes:

a) Información

Sostiene García-Granero Colomer³⁴ que durante la negociación de un contrato las partes están obligadas a proporcionar información y también se les debe imponer la obligación de no ocultar información relevante. Hay sin embargo algún autor que modula esa posición, al punto de afirmar que cada parte debe velar por sus propios intereses y que, más que una obligación de comunicar las circunstancias desconocidas por la otra parte, la buena fe obligaría simplemente a entregar y no ocultar aquella información que haya sido solicitada por la contraparte³⁵.

b) Confidencialidad

Afirman igualmente los autores antes citados que la buena fe exige que la información recibida se mantenga reservada y que sea objeto de guardia y custodia con la debida diligencia, desde luego en la medida en que se trate de información confidencial.

No obstante, en nuestra opinión tampoco en este caso la aplicación del artículo 7 del Código Civil sería nuestro único recurso. En efecto, si por ejemplo el receptor de información confidencial (piénsese incluso en auténticos secretos comerciales), procediera a su divulgación, estaríamos ante un supuesto claro de aplicación del 1902 del Código Civil.

³⁴ García-Granero Colomer, A.V. (Instituciones...), ob. cit., pg. 335

³⁵ García Rubio, P., “La responsabilidad precontractual en el derecho español”, Ed. Tecnos, Madrid, 1991, pg. 45.

c) Limitación a las negociaciones con terceros

Aunque ya García Rubio³⁶ indica que entablar negociaciones con más de una parte no es contrario al principio de buena fe, Aznar Giner³⁷ sostiene que “*si se ha recibido de la contraparte información suficiente [...] o las conversaciones se hallan muy avanzadas [, entonces] la buena fe parece aconsejar la no llevanza o continuación de negociaciones paralelas*”. De forma similar, García-Granero Colomer considera conveniente informar a la otra parte de que se está negociando en paralelo con terceras partes. Francamente, nos inclinamos a pensar que, en ausencia de una obligación de exclusiva, en estos dos supuestos no estaríamos hablando de auténticas obligaciones jurídicas, sino más bien de imperativos del comportamiento ético, sin trascendencia jurídica.

d) No abandonar injustificadamente las negociaciones

Aquí la doctrina empieza reconociendo lo contradictorio del planteamiento: si se reconoce sin discusión la posibilidad de dar por finalizadas las negociaciones, ¿por qué se limitaría esa facultad de desistimiento? Pues bien, Cuadrado Pérez³⁸ nos recuerda que esa facultad no puede traspasar los límites de la buena fe y nos da algunos ejemplos de conductas prohibidas, que a nuestro juicio son acertados:

- (i) Iniciar una negociación sin interés real de concluirla;
- (ii) Continuar la negociación a sabiendas de que no se va a concluir el contrato;
- (iii) Abandonar la negociación injustificadamente, es decir, sin causa alguna.

Los autores que defienden esas tesis se apoyan también en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Alguno cita la sentencia del 14 de junio de 1999, que exige para que podamos calificar la ruptura de tratos preliminares como generadora de responsabilidad precontractual ciertas connotaciones que, de hecho, equivalen a los requeridos “*para la presencia de responsabilidad extracontractual*”. Por nuestra

³⁶ García Rubio, P., “La responsabilidad...”, ob. cit., pgs. 55 y 56.

³⁷ Aznar Giner, en “Las negociaciones...”, ob. cit., pg. 78.

³⁸ Cuadrado Pérez, C., “Oferta...”, ob. cit., p. 56.

parte, citaremos una sentencia más reciente del propio Tribunal Supremo³⁹, en el mismo sentido:

en la responsabilidad precontractual por ruptura injustificada de las negociaciones, aparte de a la producción del daño y a su relación de causalidad, hay que atender, correlativamente, a la necesaria creación de una razonable confianza en la conclusión del contrato proyectado y al carácter injustificado de la ruptura de las negociaciones. [...]

La responsabilidad precontractual por ruptura injustificada de las negociaciones encuentra amparo en aquellos casos donde el negocio proyectado se asienta en la razonable confianza derivada de los tratos preliminares y resulta que se incumplen los deberes de lealtad y buena fe.

Así pues, la existencia de una confianza digna de tutela y protección (es común citar como el mejor ejemplo de ello el avanzado estado de las negociaciones) es lo que conduce a que el abandono de una parte sea merecedor de reproche, al defraudar las expectativas legítimas de la otra parte.

En particular, dice García Rubio⁴⁰ que en estos casos la responsabilidad vendría avalada por la teoría del abuso de derecho, ya que el derecho a abandonar la negociación daña un interés digno de protección e implica un ejercicio abusivo y antisocial del mismo. Sin embargo, coincidimos con la observación de Llobet i Aguadó⁴¹, que dicha caracterización de García Rubio distorsiona el término “derecho” para poder aplicar la doctrina del “abuso de derecho”, cuando en realidad estaríamos ante una simple libertad o facultad de desistimiento. Coincidimos igualmente con Llobet i Aguadó en que, a fin de cuentas, estaríamos ante un caso de responsabilidad extracontractual regulado por el 1902 del Código Civil.

2.2.3. La indemnización del daño

Una vez acreditada la existencia de una conducta antijurídica que ha ocasionado un daño, la pregunta es: en los supuestos de responsabilidad precontractual, ¿cuáles serán

³⁹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera), de 11 de febrero de 2016, núm. 40.

⁴⁰ García Rubio, P., “La responsabilidad...”, ob. cit., pg. 132.

⁴¹ Llobet i Aguadó, J., “El deber de información en la formación de los contratos”, Marcial Pons, Madrid, 1996, pg. 18.

los conceptos susceptibles de ser indemnizados y cuál será el alcance de la compensación?

También en este apartado, antes que nada, es preciso tener en cuenta que estamos en una situación en la que no existe contrato. Por ello, no es posible pretender que el perjudicado obtenga los beneficios económicos que podría haberle reportado la suscripción de un contrato. En su lugar, se tratará de reparar los perjuicios derivados del hecho de la negociación en sí y de su ruptura. Se trataría, por tanto, de poner a la parte cuyo interés se ha lesionado en la posición que tendría si no hubiera iniciado la negociación.

Parece que la mayor parte de la doctrina⁴² se inclina por limitar el alcance de la responsabilidad precontractual al denominado interés contractual negativo, excluyendo el interés contractual positivo. Aunque la doctrina no es clara a la hora de precisar esos conceptos, Suárez González⁴³ lo precisa así:

no debe confundirse ese interés negativo con el daño emergente o el lucro cesante, pues ambos pueden estar comprendidos dentro de este interés negativo; en efecto, en ese interés negativo, puede comprenderse los diversos gastos en que se ha incurrido para realizar esos tratos preliminares, [...] los gastos en los que se ha incurrido [...]. Incluso, cabe hablar de daños morales [...]. Pero también el lucro cesante, que en ningún caso estaría constituido por el beneficio que se hubiera obtenido de haberse celebrado el contrato, pero sí el lucro cesante dado porque durante un cierto tiempo se ha otorgado una exclusiva, habiendo perdido otras oportunidades de celebrar un contrato semejante, lo que hubiera producido objetivamente un beneficio. Ambos conceptos estarían comprendidos dentro de ese interés negativo [...].

Por su parte, Viguri Perea cree que hay que dar un paso más allá:

⁴² Díez Picazo, L. y Gullón Ballesteros, A., "Instituciones de Derecho Civil I/2. Segunda edición", Tecnos, Madrid, 1998, pg. 53; Alonso Pérez, M., "La responsabilidad precontractual". Separata de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, Madrid, Julio-agosto, 1971, pgs. 60 y ss.; Ragel Sánchez, L. F., "Estudio legislativo y jurisprudencial del derecho civil: obligaciones y contratos", Dykinson, Madrid, 2000, pgs. 237 y 238; Valpuesta Hernández, M. R., "AA. VV. Derecho Civil. Derecho de Obligaciones y Contratos", (Coord. Valpuesta Hernández, M. R.; Verdera Server, R.), Tirant lo blanch, Valencia, 2001, pg. 253.

⁴³ Suárez González, C., "Las fases...", ob.cit., pg. 54;

A nuestro parecer, la responsabilidad precontractual en el supuesto de ruptura injustificada de tratos preliminares, debería aplicarse de un modo más amplio que el de situar meramente a un patrimonio en la misma posición en que estaría si el contrato no se hubiese celebrado. En este sentido, y amparándonos en la buena fe de quien confía razonablemente en que los tratos preliminares conducirán a la conclusión de un contrato debería otorgarse cumplida satisfacción al perjudicado, por encima del interés negativo.⁴⁴

En todo caso, a nuestro juicio, no se compensaría el interés contractual positivo, en el sentido de considerar los hipotéticos beneficios que le hubiera podido reportar el contrato que se estaba negociando, ni las ganancias que hubiera podido obtener si hubieran prosperado propuestas alternativas que, como decíamos antes, la víctima del incumplimiento hubiera dejado de contemplar⁴⁵.

Además, algo en lo que coinciden los autores es en señalar la dificultad de evaluar el lucro cesante, algo que, en la práctica, limita enormemente el análisis de la cuestión por la jurisprudencia.

Por lo demás, en aquellos supuestos en los que se declara el carácter contractual de la responsabilidad, la indemnización se limitará a los daños previstos o previsibles al tiempo de constituirse la “obligación” cuyo incumplimiento se reprocha al que denominaríamos “deudor de buena fe” y ello en virtud de la aplicación del art. 1107 del Código Civil. Sin embargo, si se predica la responsabilidad extracontractual, esta quedaría regida por el principio de reparación integral. En este caso, el deudor responde de todos los daños conocidos, con independencia de si dichos daños fueran o no previsibles⁴⁶.

⁴⁴ Víguri Perea, A., “Los tratos preliminares: las cartas de intenciones y otros documentos legales precontractuales (análisis del derecho norteamericano y británico: impacto en otros ordenamientos jurídicos: método del caso)”, Promociones y Publicaciones Universitarias, PPU, Barcelona, 1994, pg. 128.

⁴⁵ Valpuesta Hernández, M. R., “AA.VV. Derecho Civil...”, ob. cit., pg. 253.

⁴⁶ Bernad Mainar, R., “Responsabilidad ante la ruptura injustificada de los tratos preliminares”, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, nº 747, 2015, pg. 32.

2.3. El precontrato

2.3.1. *El concepto de precontrato*

El precontrato en nuestro ordenamiento jurídico se presenta como una figura atípica, en el sentido de que no se encuentra regulada como tal por nuestro derecho positivo. La razón es que el concepto, aunque inicialmente parte de estudios doctrinales que, como decíamos en el apartado 2.2.1 anterior, se inician en Alemania en la segunda mitad del siglo XIX, solo tiene acogida en nuestra doctrina a principios del siglo XX, por lo que no pudo ser recogido en nuestro Código Civil, vigente desde 1889. En todo caso, como señala la doctrina⁴⁷, nuestro Código Civil sí regula alguna figura asimilable a ciertos tipos de precontrato, como pueda ser la promesa de compraventa, objeto tradicional de estudio principalmente en derecho inmobiliario.

Al hablar de precontrato estamos trascendiendo la figura de los tratos preliminares, puesto que las partes, al amparo de la libertad de pactos prevista en el art. 1255 de nuestro Código Civil, buscan una vinculación de índole contractual que, sin embargo, no llega a alcanzar ciertas características, distinguiéndose así del contrato definitivo. Se diría que la función del precontrato, a medio camino entre los tratos preliminares y el negocio jurídico definitivo, es vincular a las partes cuando éstas se ven compelidas, por cualquier causa, a aplazar la existencia del contrato. En expresión del Tribunal Supremo, *“realmente, lo que caracteriza al precontrato es que las partes, por las razones que sea, no quieren que se produzcan de momento los efectos del contrato proyectado.”*⁴⁸

2.3.2. *Aproximación doctrinal y jurisprudencial*

A fin de hacer un breve resumen de las diversas aproximaciones a la figura del precontrato que ofrece la doctrina española, partiremos de la extensa monografía de Román García⁴⁹.

⁴⁷ Martín Narros, H.D., “Estudio sobre el concepto y efectos del precontrato”, en Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, nº 718, 2010, pg. 489.

⁴⁸ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera), de 16 de diciembre de 2008, núm. 1149.

⁴⁹ Román García, A.M., “El precontrato, estudio dogmático y jurisprudencial”, Editorial Montecorvo, Madrid, 1982, pgs. 93 y ss.

También repasaremos la doctrina de nuestro Tribunal Supremo, que como afirma Martín Narros es igualmente “*cambiante y casuística, lo que impide extraer una postura jurisprudencial clara en torno al precontrato*”⁵⁰.

Veremos que el intento doctrinal de poner una etiqueta jurídica a situaciones y acuerdos diversos conduce a muy distintas interpretaciones y no faltan autores que critican la inutilidad de su estudio, como si se tratase de una única institución jurídica. Por tanto, antes de sumergirnos en las distintas interpretaciones de la figura, citaremos a Suárez González, como ejemplo de esas críticas⁵¹:

Considero personalmente que el concepto de precontrato tiene escasa utilidad, pues dentro del mismo, coexisten diversas especies y lo hacen con características propias, de modo que la noción genérica del precontrato, no aporta demasiado como tal.

a) *El precontrato como un contrato que asegura la celebración de otro posterior*

En su estudio sobre el precontrato, publicado en 1934, Sebastián Moro⁵² desarrolla la que se conoce como tesis tradicional o clásica, llegando a la conclusión de que el precontrato es un auténtico contrato cuyo objeto es asegurar la celebración de un contrato posterior. En expresión de Tomás Martínez, que recoge también nuestro Tribunal Supremo en algunas sentencias, el precontrato “*obliga a obligarse*”⁵³.

Moro continúa su análisis aclarando que la diferencia fundamental entre el precontrato y el que podríamos denominar como “contrato definitivo” es que el primero es una simple preparación del segundo, esto es, un contrato que obliga a las partes a emitir en un momento posterior una declaración de voluntad.

A tal fin, el precontrato debe ser completo y perfecto, necesitando para su validez que se expresen con claridad todos y cada uno de los elementos esenciales del contrato

⁵⁰ Martín Narros, H.D., “Estudio...”, ob. cit., pg. 509.

⁵¹ Suárez González, C., “Las fases...”, ob.cit., pg. 60.

⁵² Moro Ledesma, S. El precontrato”, en R.C.D.I., 1934, pgs. 657 y ss.

⁵³ Tomás Martínez, G., “Precontrato y Contrato Preparatorio”, Acciones civiles / Eugenio Llamas Pombo (dir.), Vol. 2, (Derecho de obligaciones ; Responsabilidad civil), La Ley, 2013.

principal correspondiente y será nulo si no contiene todos los puntos esenciales necesarios para la correcta determinación jurídica del contrato definitivo.

A mediados del siglo pasado hubo numerosas sentencias en las que el Tribunal Supremo acogió la denominada “teoría clásica” del precontrato, considerando pues que su objeto es la celebración del contrato definitivo. Así, en la medida en que se considerase que el efecto del precontrato es obligar a las partes a celebrar un ulterior contrato que denominaríamos “definitivo”, entonces su incumplimiento solo podría conllevar a conceder una indemnización, puesto que el consentimiento que debiera otorgarse para la celebración de ese segundo contrato es insustituible por el juez.

b) *El precontrato como un contrato preparatorio básico*

El principal exponente de esta aproximación es Roca Sastre, quien consideraba que el precontrato es un contrato preparatorio, que sienta las bases o líneas básicas del contrato que se desarrollará posteriormente⁵⁴.

Es por ello que en el precontrato existe ya el germen del contrato definitivo. En particular, las partes disponen las bases del futuro contrato y se obligan a desarrollarlas para que sus respectivas obligaciones queden plasmadas en dicho contrato definitivo. Así, el precontrato establecería una obligación de medios, obligándose las partes a un “*facere*”.

En cuanto a sus efectos, si se considera que el efecto primordial del precontrato es instar a la ejecución del contrato definitivo, se puede concluir que su incumplimiento sí permitirá al juez sustituir la voluntad de la parte incumplidora.

Como ejemplo de las muchas sentencias que acogen la tesis de Roca Sastre y los efectos jurídicos del precontrato que se derivan de ella, citaremos la del Tribunal Supremo de 13 de diciembre de 1989:

Es cierto que la doctrina sobre el precontrato aparece plenamente consolidada, aunque se prefiera llamarle contrato preparatorio o preliminar, al ser en sí mismo ya contrato, su

⁵⁴ Roca Sastre, R.M., “Contrato de promesa”, en “Estudios de Derecho Privado”, I (Obligaciones y contratos), Madrid 1948, pg. 323.

contenido es obligarse a celebrar otro posterior, consistiendo su especialidad, cual señala la Sentencia de 16 de octubre de 1965, «en que a lo que las partes se comprometen es a celebrar un futuro contrato sobre las líneas del primero que por ello mismo fue calificado de auténtica Ley de bases del siguiente, pero cuya fuerza vinculante debe quedar atemperada a la que se deriva de su propia esencia, consistente en obligarse a obligarse» [...].

c) *El precontrato como fase o etapa del desenvolvimiento del negocio*

Federico De Castro⁵⁵, que por cierto opta por la denominación de “promesa de contrato” (en vez de precontrato), observa que se trata de una figura jurídica independiente, de un negocio que tiene una causa propia y que concede a una parte (o a las dos, si la promesa es bilateral) la facultad de exigir la entrada en vigor de un contrato que han proyectado. Se diría que esta tesis combina la consideración de que estamos ante un auténtico contrato, con la idea de que temporalmente la promesa de contrato se enmarca en un “*iter negocial complejo*”, en el que está pendiente la ejecución. De Castro cree que el precontrato obliga directamente a unas determinadas prestaciones, puesto que en otro caso no tendría ninguna utilidad jurídica.

Díez Picazo⁵⁶ sigue la doctrina de De Castro, en el sentido de que comparte la idea de que el precontrato es un contrato en sí mismo que se caracteriza por su función preliminar o preparatoria del contrato principal. El precontrato (que también él denomina promesa de contrato) produce en todo caso un vínculo jurídico obligatorio entre las partes, del que nace la facultad de poner en vigor el contrato proyectado.

Ya en los últimos tiempos, parece que las tesis defendidas por De Castro (el denominado “*iter contractual*”) han sido reflejadas en numerosas sentencias y continúan siendo prevalentes en nuestra jurisprudencia. En particular, la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2006 sintetiza así el concepto: “[como] primera fase del *iter contractus*, la relación jurídica nace en el precontrato y posteriormente se pone en vigor el contrato preparado”.

⁵⁵ De Castro y Bravo, F., “La promesa de contrato, algunas notas para su estudio”, en “Anuario de Derecho Civil”, Vol. 3, nº 4, 1950, pgs. 1.135 y ss.

⁵⁶ Díez Picazo, L., “Fundamentos...”, ob. cit., pgs. 205 y ss.

De forma más elaborada, la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 2008 (60/2008) emplea los siguientes términos:

El precontrato es el proyecto de contrato en el sentido de que las partes, por el momento, no quieren o no pueden celebrar los contratos definitivos y se comprometen a hacer efectiva su conclusión en tiempo futuro (sentencia de 4 de julio de 1991), conteniendo ya los elementos del contrato definitivo, pero cuya perfección las partes aplazan (sentencia de 3 de junio de 1994); es ya un contrato completo, que contiene sus líneas básicas y todos los requisitos, teniendo las partes la obligación de colaborar para establecer el contrato definitivo (sentencia de 23 de diciembre de 1995); la relación jurídica obligacional nace en el precontrato y en un momento posterior se pone en vigor el contrato preparado (sentencia de 11 de mayo de 1999). Siendo de destacar (lo que recoge la sentencia de 11 de abril de 2000 en un caso de precontrato unilateral) que es esencial, en su concepto, el que "no necesita actividad posterior de las partes para desarrollar las bases contractuales contenidas en el convenio bastando la expresión de voluntad del optante para que el contrato de compraventa quede firme, perfecto y en estado de ejecución [...]".

Tras repasar las distintas líneas doctrinales y jurisprudenciales, nos gustaría apuntar un aspecto común a todas ellas y es la necesidad de que el precontrato establezca un plazo en el cual las partes deben concluir el contrato definitivo. En la sentencia 488/2011, de 24 de junio, el Tribunal Supremo ensaya nuevamente la definición del precontrato, incluyendo asimismo el carácter esencial del plazo:

Es el tipo de precontrato bilateral, en el que ambas partes tienen el derecho y el deber de poner en vigor el contrato, incluso mediando una cláusula penal y, en el presente caso, un plazo en el que debe perfeccionarse el contrato definitivo, lo que implica la vigencia del mismo. [...] ambas partes tienen el deber y el derecho de poner en vigor el contrato comprometido dentro del plazo pactado [...].

Esa referencia jurisprudencial nos permite también observar que el precontrato, que a fin de cuentas se configura como una convención surgida de la libertad de pactos prevista en nuestro Código Civil (art. 1255), puede naturalmente contener una cláusula penal para el caso de incumplimiento. Así lo reconoce también, entre otras, la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de noviembre de 2014, núm. 621:

[...] la previsión [...] que tiene la naturaleza de cláusula penal, como obligación accesoria que coerce al deudor de una obligación a cumplir ésta (así lo expresa la sentencia

de 8 junio 1998) y que tiene la función liquidadora de los daños y perjuicios (sentencia de 2 julio 2010) y en el caso presente se ha puesto en el precontrato de compraventa.

Un ejemplo de precontrato con cláusula penal lo encontramos con frecuencia en la práctica inmobiliaria. Nos referimos al contrato de compraventa de inmueble con “arras penitenciales”, un documento privado que contiene todos los pactos, términos y condiciones exigibles a un contrato de compraventa de un inmueble, pero que carece de la forma solemne de escritura pública y que permite a las partes desligarse: al comprador, mediante la pérdida de la cantidad entregada y, al vendedor, devolviéndolas duplicadas.

3. LOS TRATOS PRELIMINARES Y LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL EN COMMON LAW

Como señala el profesor de Oxford, John Cartwright, en “Contract Law”⁵⁷, no es habitual que los libros de texto de derecho inglés dedicados a los contratos tengan un capítulo dedicado a la fase de formación del contrato, a las negociaciones. La misma apreciación hizo el profesor de la escuela de derecho de Columbia, E. Allan Farnsworth, en la introducción de su artículo sobre responsabilidad precontractual publicado en 1987⁵⁸: “*La nuestra es una era de ‘transacciones’ [...]. Mucho se ha escrito sobre cómo negociar esas operaciones. Muy poco se ha escrito sobre la ley aplicable a esas negociaciones.*”⁵⁹

Ciertamente, hemos tenido la ocasión de comprobar dicha afirmación de Farnsworth con la lectura de libros como *Negotiation and Settlement Advocacy*⁶⁰ o el popular *Getting to Yes*⁶¹, que realmente se enfocan en las tácticas negociadoras y apenas tocan aspectos legales de la negociación, como parecería lógico por el título del primero de ellos y por el hecho de que el principal autor del segundo, Roger Fisher (el director del *Harvard Negotiation Project*), fuera profesor de derecho en la Universidad de Harvard.

3.1. Los tratos preliminares en Common law

3.1.1. *El principio de libertad de negociación*

Las bases de este principio, en *common law*, son muy diferentes a las que vimos en el capítulo dedicado al derecho español. Al hacer una aproximación general, nos dice Cartwright⁶² que

⁵⁷ Cartwright, J., “Contract Law: an introduction to the English law of contract for the civil lawyer”, Ed. Hart Publishing, Portland, OR (EEUU), 2016 (tercera edición), pg. 74.

⁵⁸ Farnsworth, E. A., “Precontractual liability and preliminary agreements: fair dealing and failed negotiations”, en *Columbia Law Review*, vol. 87, marzo 1987, n° 2, pg. 218.

⁵⁹ Tanto esta como el resto de las citas en este capítulo han sido traducidas al español por el autor.

⁶⁰ Wiggins, C. B. y Lowry, L. R., “Negotiation and Settlement Advocacy, a book of readings”; Ed. West Academic Publishing; 2ª edición (2005).

⁶¹ Fisher, R., Ury, W., y Patton, B. “Getting to Yes: negotiating an agreement without giving in”, Ed. Random House Business Books/Hart Publishing, Portland, OR (EEUU), 1981.

⁶² Cartwright, J., “Contract Law...”, ob. cit., pg. 75.

el derecho inglés es reacio a caracterizar las negociaciones como una relación protegida legalmente, y por lo tanto no hay un principio general de responsabilidad precontractual.

[...] no existe una norma general de conducta entre las partes que negocian un contrato –y así, por ejemplo, ningún deber general de negociar de buena fe y ningún reconocimiento del principio de *culpa in contrahendo*- que dé lugar a responsabilidad en el contexto de las negociaciones en sí mismas.

Vemos así que en derecho inglés el deber entre las partes negociadoras de un contrato es muy limitado. De hecho, en el periodo de formación del contrato las partes no se deben ninguna obligación genérica de buena fe, ni tienen una obligación general de proporcionar información a la otra parte (los anglosajones utilizan el término “*disclosure*”). En la doctrina inglesa se cita un caso del siglo XIX, *Smith v Hughes*⁶³, como el precedente de referencia:

Smith era un granjero y Hughes un criador de caballos. El primero le llevó al segundo una muestra de avena y éste le hizo un pedido. Cuando llegó la primera partida de avena Hughes dijo que el cereal estaba verde y que no era apto para que lo comieran sus caballos. De esta forma, se negó a pagar a Smith por la avena ya suministrada y canceló el trato. Smith alegó que Hughes había incumplido el contrato.

El fallo determinó la existencia de un contrato entre las partes que no podía ser ignorado. Lo cierto es que en su contrato las partes no habían explicitado que la avena tuviera que estar madura y el hecho de que Smith le hubiera llevado a Hughes una muestra de avena ofreció a este la oportunidad de inspeccionar la avena por lo que, habiendo estado en disposición de comprobar que la avena no era idónea para la dieta de sus caballos, procede aplicar el principio de *caveat emptor*⁶⁴. La sentencia lo explica contraponiendo la moral con el derecho:

La cuestión no es lo que un hombre de moral escrupulosa o carácter honorable haría en determinadas circunstancias. Si tomamos el caso de la compra de un terreno bajo cuya superficie hay una mina, dato desconocido por el vendedor, podríamos pensar que un

⁶³ *Smith v Hughes* (1870) LR 6 QB 597.

⁶⁴ “*Caveat emptor*” es una expresión en latín que significa que el comprador debe cuidarse de averiguar si la mercancía adquirida tiene algún defecto.

hombre de conciencia sensible o muy honorable no querría aprovecharse de la ignorancia del vendedor; pero no debe haber ninguna duda de que el contrato para la venta del terreno sería vinculante.

Tampoco en derecho inglés hay ninguna obligación de continuar negociando hasta alcanzar un acuerdo, y la ruptura de negociaciones, incluso en ausencia de un motivo para romper, no es reprochable jurídicamente.

El motivo de ello, según Cartwright, es que estamos ante una materia de *common law*, es decir, que no se rige por ninguna ley (“*statute*”) de la que se puedan derivar principios de aplicación general, sino que el criterio lo desarrollan los jueces caso a caso. Y, como veremos con más detalle después, la pregunta es si una parte ha incumplido una obligación de naturaleza contractual o, en defecto de contrato, si ha habido alguna actuación reprochable y, en esa medida, susceptible de originar la responsabilidad extracontractual (“*tort*”) de su autor, o si se ha producido algún supuesto de enriquecimiento injusto, sin causa (“*unjust enrichment*”).

Por su parte, también en los Estados Unidos los tribunales han reconocido a las partes la libertad de negociar un trato sin el temor de que, en ausencia de un contrato, se declare su responsabilidad precontractual. Nos dice Farnsworth⁶⁵ que este pensamiento se ancla en raíces profundas. Y es que, bajo la noción de que no existe contrato sin oferta y aceptación, quien hace una oferta es libre de retirarla mientras esta no haya sido aceptada, pero es que existe incluso una gran resistencia por parte de los jueces a considerar una mera propuesta como oferta.

Además, tanto en Inglaterra como en Estados Unidos se impone la percepción del carácter “aleatorio” de las negociaciones, en el sentido de que los tratos preliminares pueden desembocar en un contrato que reporte un beneficio, de la misma manera que pueden terminar en nada, en cuyo caso cada parte debe estar preparada para incurrir en una pérdida, ya sea real (los gastos incurridos) o potencial (la expectativa de una ganancia si la negociación hubiera culminado con éxito). En el caso inglés *William Lacey (Hounslow) Ltd v Davis*⁶⁶, el tribunal dijo que

⁶⁵ Farnsworth, E. A., “Precontractual liability...”, ob. cit., pg. 221.

⁶⁶ *William Lacey (Hounslow) Ltd v Davis* (1957) 1 WLR 932 (QB) 939.

[el contratista] afrontó este trabajo como una apuesta. Los costes incurridos son parte de los gastos generales de su negocio (overhead) que espera recuperar con los beneficios de aquellos contratos que de hecho concluya [...].

Tanto en Inglaterra como en Estados Unidos, si alguien emplea “malas artes” en el curso de una negociación no verá penalizada su actuación en la medida en que, finalmente, no se concluye ningún contrato. Sin embargo, si las partes terminan suscribiendo un contrato, su actuación antijurídica sí podrá ser objeto de reproche ante los tribunales.

Dicho lo anterior, en los últimos tiempos los tribunales han mostrado mayor predisposición a reconocer la existencia de supuestos en los que sí cabe reconocer un cierto grado de responsabilidad precontractual. En los siguientes apartados lo veremos con más detalle.

Para enmarcar el “terreno de juego” en el que va a discurrir este capítulo sobre el *common law*, empezaremos diciendo que la elaboración de los conceptos de interés contractual positivo y negativo como criterios de determinación del daño indemnizable parece provenir de un antiguo artículo de Lon Fuller y William Perdue⁶⁷, Se trata de un artículo que encuentra sus fuentes en las tesis de la responsabilidad precontractual elaboradas por Rudolf von Ihering y a las que ya nos referimos en el anterior capítulo de este trabajo.

En su artículo Fuller y Perdue distinguen tres tipos de compensación: el denominado *expectation interest*, que podríamos equiparar al interés contractual positivo; el *reliance interest*, que equivaldría al interés contractual negativo; y el *restitution interest*, que pretende evitar que quien incumple goce de un beneficio por la no ejecución del contrato.

Según Fuller y Perdue⁶⁸, mientras la reparación de los perjuicios basados en el *expectation interest* consisten en "*colocar al demandante en una posición tan ventajosa como la que habría tenido si el demandado hubiera cumplido su promesa*",

⁶⁷ Fuller, L. / Perdue, W., "The reliance interest in contract damages", Yale Law Journal, vol. 46, (1936-1937), pgs. 52-96 y 373-420.

⁶⁸ Fuller, L. / Perdue, W., "The reliance interest...", Yale Law Journal, vol. 46, (1936-1937), pgs. 54.

el *reliance interest* pretende "colocarle [al demandante] en una posición similar a la que tenía antes de que la promesa se hubiera celebrado".

3.2. Supuestos de responsabilidad precontractual en Common law

Como sugiere el epígrafe de este apartado, no puede hablarse de un régimen unitario de responsabilidad, sino que en *common law* lo que se produce son supuestos determinados en los que se puede exigir la responsabilidad a una parte negociadora.

3.2.1. Enriquecimiento injusto

Cabe afirmar que el deber de restituir determinados beneficios que una parte haya podido recibir de la otra durante las negociaciones (*restitution interest*) es el supuesto que sirve como modelo de responsabilidad precontractual. Los supuestos donde esta responsabilidad se evidencia con mayor nitidez son la apropiación indebida de ideas⁶⁹ o la prestación de ciertos servicios durante la negociación del contrato.

En cuanto al primer concepto, evidentemente, no nos referimos a negociaciones que tratan la venta de la idea en sí, ni tampoco a casos en los que la idea es un secreto comercial, ya que en el primero de los casos cabría discutir si no estamos realmente ante un supuesto de incumplimiento contractual (Farnsworth lo denomina "*implied contract*"⁷⁰) y, en el segundo, ante un supuesto de responsabilidad extracontractual (*tort*).

Los tribunales ingleses no han determinado con claridad en qué escenario procede una reclamación por enriquecimiento injusto. En principio, se produce este tipo de responsabilidad cuando, en el contexto de una negociación, una parte pide a la otra que haga una determinada prestación y obtiene con ello un beneficio. Esa situación se analiza en el caso *William Lacey (Hounslow) Ltd v Davis*, ya citado, donde se determinó que un contratista tenía derecho a cobrar por un trabajo hecho cuando se le dijo que su oferta era la más baja y que podía esperar ser contratado: "[...] el

⁶⁹ Más adelante veremos un interesante caso en el que Mark Zuckerberg y Facebook sufrieron una demanda en la que les reclamaban haberse apropiado de ideas ajenas para la creación de la red social.

⁷⁰ Farnsworth, E. A., "Precontractual liability...", ob. cit., pg. 217.

demandado a quien se reclama el pago solicitó que se hiciera el trabajo y obtuvo un beneficio de ello”.

Una situación similar se revisó en California, en el caso *Earhart v William Low Co.*⁷¹, que también enfrentó a un contratista –Earhart- y a un promotor –Low:

Un demandado que recibe la prestación de otra persona que cumple con su petición de prestar ciertos servicios incurre en la obligación de pagar por el trabajo y los materiales dedicados a satisfacer esa petición.

El caso *Hill v Waxberg*⁷² permite a Farnsworth explorar un argumento distinto⁷³ y es que, si se intenta utilizar la tesis de que existió un contrato implícito o tácito (“*implied-in-fact*”), entonces el demandante podría llegar a obtener la restitución sin necesidad de demostrar que el demandado obtuvo un beneficio, alejándose de esta forma de la tesis de la responsabilidad precontractual por enriquecimiento injusto. El tribunal lo expresó así:

Algo parecido a la naturaleza de un contrato implícito resulta cuando uno presta un servicio a instancias de otro, con la expectativa de que dicho servicio sea retribuido y, en el proceso, confiere un beneficio a la otra parte. [...] Da igual si el pago esperado es en la forma de dinero al contado, o en la forma de beneficios que se derivarían de un contrato, cuya consumación razonablemente pudo o debió ser anticipada por una persona razonable.

3.2.2. *Misrepresentations: Tort of deceit y tort of negligence*

En derecho inglés existen distintos escenarios de responsabilidad extracontractual (“*torts*”) que pueden invocarse en el contexto de una negociación. Los dos más típicos son:

- *Tort of deceit*: cuando una parte hace una declaración falsa (“*misrepresentation*”) con la intención (para que se dé esta figura es preciso acreditar el dolo) de que la otra parte confíe en ella, en cuyo

⁷¹ *Earhart v William Low Co.*, 25 Cal. 3d 503, 600 P. 2d 1344, 158 Cal. Rptr. 887 (1979).

⁷² *Hill v Waxberg* 237 F. 2d 936 (9th Cir. 1956).

⁷³ Farnsworth, E. A., “Precontractual liability...”, ob. cit., pg. 232.

caso el perjudicado puede reclamar aquellos daños que se deriven de la *misrepresentation*.

- *Tort of negligence*: en ausencia de dolo, es posible reclamar contra quien incumple su deber de diligencia frente al demandante, causándole un daño. Evidentemente, para que este *tort* opere es preciso que la posición de ambas partes no sea equivalente, de forma que la víctima de la *misrepresentation* esté legitimada para confiar en la información recibida, sin tener el deber de verificarla.

También en Estados Unidos se reconoce que:

una parte negociadora no puede impunemente, efectuar declaraciones falsas sobre su intención de alcanzar un acuerdo. Ese tipo de aseveraciones son fácticas y, si resultan engañosas, son merecedoras de reproche como un supuesto de responsabilidad extracontractual (*tort*).⁷⁴

Tanto en este supuesto como en el resto que vamos a ver en los apartados siguientes, la medida de la compensación se basa, ya no en el “*restitution interest*” que veíamos antes, sino en el “*reliance interest*”, esto es, el perjuicio causado a la víctima del incumplimiento por haber confiado en la *misrepresentation* o promesa de la otra parte⁷⁵. Está claro que en ese concepto se incluyen los gastos y desembolsos efectuados, es decir, el daño patrimonial sufrido por el demandante (lo que en derecho español denominaríamos daño emergente).

Pero en algún caso se ha llegado más lejos. En su artículo de constante referencia, Farnsworth cita el caso *Markov v ABC Transfer @ Storage Co.*⁷⁶, reconociendo que es uno de los pocos supuestos en los que los tribunales estadounidenses han tratado este supuesto. En ese caso, ABC, un arrendador de espacio de almacenaje, hizo creer a su arrendatario Markov que le renovarían el alquiler cuando en realidad deseaba

⁷⁴ Farnsworth, E. A., “Precontractual liability...”, ob. cit., pgs. 233 y 234.

⁷⁵ En el caso *Esso Petroleum Ltd v Mardon* (1976) QB 801 (CA), se condenó a la petrolera a compensar al Sr. Mardon por los daños sufridos al alquilar una estación de servicio (propiedad de Esso), al basar su confianza legítima en una estimación de rentabilidad ofrecida por la entidad demandada.

⁷⁶ *Markov v ABC Transfer @ Storage Co.*, 76 Wash. 2d 388, 457 P. 2d 535 (1969).

alquilarlo a un tercero con quien estaba negociando secretamente y la única razón por la que le dijo a Markov que renovaría fue para no arriesgarse a terminar con el local vacío si al final no alcanzaba un acuerdo con dicho tercero. ABC fue condenada a compensar a Markov por *reliance losses*, incluyendo el lucro cesante por la pérdida de su principal cliente, que buscó un proveedor alternativo ante la precipitada mudanza.

Ese es un precedente que puede utilizarse cuando alguien inicia una negociación sin un interés real en alcanzar un acuerdo, o cuando alguien continúa negociando cuando ya ha perdido el interés en alcanzar un acuerdo.

3.2.3. *Specific promise y promissory estoppel*

Aunque en el Reino Unido la doctrina del “estoppel” (Viguri Perea⁷⁷ traduce el término como “impedimento”) se aplica casi exclusivamente en el ámbito inmobiliario (“*proprietary estoppel*”)⁷⁸, en Estados Unidos no es infrecuente que el fundamento de la responsabilidad precontractual se base en las promesas que una parte hace a la otra para mantener su interés en la negociación. La tesis es que una parte no puede quebrantar una promesa hecha durante una negociación en la medida en que la otra parte haya confiado en esa promesa y, en esa medida, sufrido un perjuicio.

El caso de constante referencia en este ámbito es *Hoffman v Red Owl Stores*⁷⁹, ampliamente considerado como uno de los casos más famosos del siglo XX en el derecho estadounidense de contratos y el precedente por excelencia de la posibilidad de recibir una compensación por *reliance interest* en la fase precontractual, cuando las partes contemplan la continuidad de las negociaciones para terminar alcanzando un acuerdo.

Como subrayan Whitford y Macaulay en su artículo monográfico sobre este célebre caso⁸⁰, el concepto es que si una parte hace una promesa a la otra y ésta confía en

⁷⁷ Viguri Perea, A., “Los tratos”, ob. cit., pg. 122.

⁷⁸ Cartwright, J., “Contract Law: an introduction...”, ob. cit., pg. 82.

⁷⁹ *Hoffman v Red Owl Stores* 26 Wis. 2d 683, 133 N.W. 2d 267 (1965).

⁸⁰ Whitford, W. C. y Macaulay, S., “Hoffman v. Red Owl Stores: the rest of the story”, *Hastings Law Journal*, Vol. 61, pg. 801.

dicha promesa, la primera parte se coloca en una posición negociadora prevalente, ya que la parte que, confiando en la promesa, afronta gastos o hace una inversión, necesita proteger su interés en el contrato, mientras que la otra parte puede abandonar la negociación sin nada que perder.

El tribunal supremo del estado de Wisconsin se expresó en los siguientes términos:

Los autos acreditan un número de promesas y garantías que [...] Red Owl hizo a Hoffman, promesas en las que los demandantes confiaron y que les llevaron a obrar en su perjuicio.

La principal de las promesas fue que, a cambio de 18.000 dólares, Red Owl le daría a Hoffman una franquicia.

Han quedado ampliamente probadas tanto las declaraciones promisorias de Red Owl, como el hecho de que Hoffman confió en dichas promesas mostrando una diligencia ordinaria, así como el cumplimiento de las condiciones que se requerían de Hoffman conforme a los términos de su negociación con Red Owl.⁸¹

Por su parte, en su reciente artículo sobre responsabilidad precontractual y acuerdos preliminares, los profesores Alan Schwartz y Robert E. Scott, tras revisar 105 casos resueltos entre 1999 y 2003, concluyen que⁸²:

los tribunales una y otra vez han negado la posibilidad de compensación basada en *reliance* precontractual a menos que las partes, alcanzando un acuerdo mínimamente significativo, indicaran su intención de vincularse.

En *Walters v Marathon Oil*⁸³, el tribunal de apelación se expresó en similares términos:

Confiando en la promesa de [Marathon Oil] de que les suministraría combustible, [Walters] adquirió la estación de servicio, invirtiendo su dinero y su tiempo. No es razonable asumir que no anticipaban beneficios en retorno de su inversión [...] pero,

⁸¹ Id, pg. 274.

⁸² Schwartz, A. y Scott, R. E., "Precontractual liability and preliminary agreements", Harvard Law Review, Vol.120, enero 2007, n° 3, pg. 661.

⁸³ Walters v. Marathon Oil, 7th Cir., 642 F.2d 1098 (1981).

confiando en la promesa [de Marathon], habían dejado escapar la oportunidad de invertir en otro lugar.

3.3. Acuerdos suscritos en la fase precontractual

Al igual que vimos en el capítulo 2, las jurisdicciones anglosajonas también contemplan la posibilidad de que las partes, en el curso de una negociación, suscriban documentos que podríamos denominar acuerdos preliminares y a los que cabría atribuir o no fuerza vinculante. Nos referimos, como ya hicimos en el anterior capítulo, a las denominadas *Letter of Intent*, *Memorandum of Understanding*, *Heads of Terms*, etc., que de hecho han sido importadas en nuestro país y en el resto del mundo desde la práctica anglosajona y que, como nos recuerda Viguri Perea, “*no se intenta que sea una oferta, sino más bien, una invitación para negociar*”⁸⁴.

Además, también en derecho anglosajón encontramos figuras que podríamos asimilar a los precontratos en derecho español. En este sentido, dedicaremos este apartado a repasar brevemente las dos categorías enunciadas en su momento por Farnsworth y que han sido seguidas, entre otros, por Ralph Lake y Ugo Draetta⁸⁵: los denominados “*agreements with open terms*” y los “*agreements to negotiate*”.

3.3.1. *Agreements with open terms*

En los acuerdos preliminares con términos abiertos las partes fijan muchos de los términos del contrato y se comprometen a negociar aquellos que quedan abiertos. Si estos términos no se acaban acordando entre las partes, estas quedarán vinculadas por los términos sí acordados y el resto, a falta de acuerdo, podría llegar a ser determinado por el juez.

Un acuerdo con términos abiertos no deja de ser vinculante por el hecho de que las partes finalmente no acuerden dichos términos abiertos. Además, un acuerdo con términos abiertos impone a las partes la obligación de “*fair dealing*” (que veremos después en más detalle) a la hora de negociar dichos términos abiertos.

⁸⁴ Viguri Perea, A., “Los tratos”, ob. cit., pg. 47.

⁸⁵ Lake, R. B. y Draetta, U., “Letters of Intent and Other Precontractual Documents: Comparative Analysis and Forms”, Lexis Publishing, 1995, p. 87.

El caso *Borg-Warner Corp v Anchor Coupling Co.*⁸⁶ representa un precedente de acuerdo preliminar con términos abiertos. Borg-Warner quería comprar Anchor y les pidió una opción de compra por carta. Anchor devolvió una propuesta de carta de intenciones, que Borg-Warner aceptó en la creencia legítima (parece que alimentada por Anchor) de que los términos que quedaban abiertos eran pequeños detalles que las partes se obligaban a discutir de buena fe. Cuando Anchor se negó a cumplir, alegando la inexistencia del contrato, el Tribunal Supremo de Illinois proclamó la naturaleza vinculante del acuerdo y llegó a afirmar que el mismo contenía elementos de definición suficientes, incluso para condenar a Anchor a ejecutar el contrato. Según el tribunal, alternativamente Borg-Warner podría incluso haber tenido derecho a resolver el contrato instando a Anchor a reparar los daños y perjuicios, incluyendo *expectation losses* (interés contractual positivo).

Sin embargo, Farnsworth nos advierte⁸⁷ de que el principal problema no radica en si los elementos esenciales del contrato están o no suficientemente definidos como para proclamar la existencia de un acuerdo de naturaleza vinculante. Lo difícil es entender si las dos partes realmente pretenden quedar vinculadas en el supuesto de que finalmente no acuerden los términos abiertos pendientes de negociación. Se plantea así la conveniencia de que las partes, si no desean quedar vinculadas, lo indiquen expresamente en el acuerdo preliminar, utilizando la expresión “*subject to contract*” u otra análoga.⁸⁸

3.3.2. *Agreements to negotiate o Agreements to agree*

Los *agreements to negotiate* o *agreements to agree* son acuerdos o convenios en los que las partes se obligan a iniciar un proceso de negociación con la finalidad de alcanzar un acuerdo vinculante. En este tipo de acuerdo, al igual que en el escenario

⁸⁶ *Borg-Warner Corp v Anchor Coupling Co.* 16 Ill. 2d 234, 156 N.E. 2d 513 (1958).

⁸⁷ Farnsworth, E. A., “Precontractual liability...”, ob. cit., pgs. 256.

⁸⁸ Recordamos aquí la reflexión que hacíamos en el capítulo relativo al derecho español sobre cartas de intenciones y el proceso arbitral en el que se declara el carácter vinculante de una carta de intenciones en la que la que las partes ni afirmaban ni excluían tal carácter. Los hechos, desde luego, se parecen a los del caso *Borg-Warner Corp v Anchor Coupling Co.*

Por su parte, Viguri Perea dice que “*durante más de 100 años, los jueces británicos han mantenido que el efecto de las mencionadas palabras es que un asunto está en fase de negociación, hasta que se ejecute un contrato formal*”. Viguri Perea, A., “Los tratos preliminares...”, ob. cit., p. 38.

de un acuerdo con términos abiertos, las partes están obligadas a negociar bajo el principio de *fair dealing*, pero a diferencia del acuerdo con términos abiertos, si finalmente las partes no alcanzan un acuerdo, entonces puede afirmarse que nunca habrá habido ningún contrato.

En *common law*, los jueces encuentran dificultades a la hora de reconocer la eficacia jurídica de este tipo de figuras. Aunque en 1932, en el caso *Hillas v. Arcos*, Lord Wright sugirió la fuerza vinculante de un “*agreement to agree*”⁸⁹, en el caso *Courtney & Fairbairn Ltd v Tolaini Brothers*⁹⁰, Lord Denning se alejó de esas tesis, proclamando que en el caso sometido a la consideración del tribunal no existía ningún acuerdo porque un elemento tan esencial como el precio no había sido convenido entre las partes:

Si la ley no reconoce un acuerdo para concluir un contrato (en la medida en que un elemento fundamental está pendiente de convenir), me parece que tampoco puede reconocerse un contrato para negociar. La razón que es que es excesivamente incierto como para tener fuerza vinculante. Ningún tribunal podría estimar los daños, porque nadie puede saber si las negociaciones habrían culminado con éxito o habrían fracasado: o de concluir con éxito, cuál habría sido el resultado.

Me parece que un contrato para negociar, de igual forma que un contrato para suscribir un contrato, no es un contrato reconocido por la ley.

En los Estados Unidos, Farnsworth ofrece un enfoque similar⁹¹ y Schwartz y Scott hacen lo propio invocando un principio básico del derecho de contratos anglosajón:

un contrato vinculante requiere promesas suficientemente ciertas y definidas como para que un tribunal pueda descubrir las intenciones de las partes con un grado razonable de certidumbre.⁹²

⁸⁹ *Hillas & Co Ltd v Arcos Ltd* [1932] 43 Ll.L. Rep 359: “*incluso cuando, en teoría, estamos ante un contrato para negociar (si hay contraprestación (“consideration”)), si una parte lo repudia los daños pueden ser testimoniales, a menos que el jurado considere que la oportunidad de negociar tiene un valor apreciable para el demandante*”.

⁹⁰ *Courtney and Fairbairn Ltd v Tolaini Brothers* [1975] 1 WLR 297.

⁹¹ Farnsworth, E. A., “Precontractual liability...”, ob. cit., pgs. 263.

⁹² Schwartz, A. y Scott, R. E., “Precontractual liability”, ob. cit., pg. 674.

Dicho lo anterior, Schwartz y Scott observan un progresivo cambio en la doctrina jurisprudencial, que comienza a requerir a las partes negociar de buena fe sobre los términos pendientes de acuerdo. Esta nueva corriente tiene su origen en la sentencia dictada en el caso *Teachers Ins. & Annuity Ass'n of Am v Tribune Co*⁹³. Según la doctrina del juez Leval, debe revisarse el tenor literal del contrato, el contexto de las negociaciones, el número de términos pendientes en el contrato y hasta qué punto el contrato se ha cumplido, e incluso los usos y costumbres. En el caso del contrato de préstamo sometido a su análisis, el juez concluye:

que representaba un acuerdo preliminar vinculante y obligaba a ambas partes a intentar firmar un contrato de préstamo partiendo de los términos ya acordados y negociando de buena fe para resolver esos términos adicionales, en la forma habitual en ese tipo de contratos.

Otro buen ejemplo de esta nueva tendencia jurisprudencial lo encontramos en *In re Matterhorn Group, Inc.*⁹⁴. Esta empresa firmó con Swatch una carta de intenciones que le otorgaba el derecho exclusivo de franquicia para una lista de potenciales localizaciones. Mientras Matterhorn invertía sus recursos buscando los mejores emplazamientos, Swatch demoraba el proceso de aprobación de las solicitudes. El tribunal determinó que Swatch había incumplido su deber de negociar de buena fe.

En todo caso, la pregunta es cuál es el remedio contractual en el caso de que una parte incumpla esas obligaciones de negociar con arreglo al principio de buena fe o *fair dealing*. Como vimos antes, si una parte se niega a dar cumplimiento a un acuerdo con términos abiertos, puede ser condenada a la prestación específica o a compensar los daños, pero ¿cuál sería la consecuencia de incumplir un *agreement to negotiate*? Ante la duda de si se alcanzará un acuerdo o, en su caso, en qué términos se alcanzará dicho acuerdo, no se puede condenar ni a la prestación específica ni a indemnizar los *expectation losses*. Por ello, parece más probable obtener *reliance interest*. Esa fue la solución dada por el tribunal en el caso *Matterhorn Group, Inc.*

⁹³ *Teachers Ins. & Annuity Ass'n of Am v Tribune Co* 670 F. Supp. 491, 498 (S.D.N.Y. 1987).

⁹⁴ *Matterhorn Group, Inc.* N° 97-8273 (SMB), 2002 WL 31528396.

Otro caso interesante es el de *Facebook, Inc. V Pac. Northwest Software, Inc.*⁹⁵ En este litigio los Winklevosses alegaron que Mark Zuckerberg les robó a ellos y a su propia red social ConnectU la idea para crear la web Facebook. A fin de superar las discrepancias, los Winklevosses y ConnectU habían suscrito con Facebook un “*Term Sheet & acuerdo transaccional*”, que tenía una extensión de poco más de una página y estaba incluso redactado a mano.

Lo cierto es que el acuerdo transaccional se frustró cuando posteriormente los Winklevosses se negaron a firmar más de 130 páginas de documentos contractuales, incluyendo un contrato de compraventa de ConnectU a cambio de dinero y acciones de Facebook y un acuerdo transaccional renunciando a reclamaciones futuras. Los abogados de Facebook presentaron una demanda cruzada, sosteniendo que la firma de esos documentos era requerida para dar eficacia a las previsiones del *Term Sheet & acuerdo transaccional*. El *Ninth Circuit Court of Appeals* se pronunció así:

Un acuerdo es ejecutable (“*enforceable*”) en la medida en que sus términos sean suficientemente precisos para que un tribunal determine si se ha producido un incumplimiento y ordenar la condena en daños o la prestación específica. [...]

Ese no es un test muy exigente y el acuerdo transaccional lo pasa fácilmente: las partes acordaron que Facebook absorbería ConnectU, los Winklevosses recibirían a cambio dinero y una pequeña parte de Facebook, y las dos partes dejarían de pelearse y seguirían con sus vidas.

3.4. El concepto de “fair dealing”

A pesar de que en su artículo ya citado⁹⁶ Allan Farnsworth afirma preferir el concepto de “fair dealing” al concepto de “good faith”, también reconoce que ambos términos se utilizan indistintamente, tanto en el *Uniform Commercial Code* como en el *Restatement (Second) of Contracts*.

⁹⁵ Facebook, Inc. v Pac. Northwest Software, Inc., 640 F 3d. 1034 (9th Cir. 2011).

⁹⁶ Farnsworth, E. A., “Precontractual liability...”, ob. cit., pg. 220.

La expresión de “*good faith*” es también la utilizada por Charles Knapp en un artículo escrito en 1969 sobre los que denomina acuerdos para negociar⁹⁷, en el que el autor, al ofrecer una aproximación a ese concepto de “*contract to bargain*”, nos sitúa en un contexto en el que las partes:

han alcanzado un acuerdo hasta llegar a verse a sí mismas como vinculadas la una a la otra, al punto de que ninguna de ellas puede retirarse [de las negociaciones] por una razón ‘injustificada’, pero siendo todavía libres en el sentido de que ninguna se verá compelida a cumplir si –tras una negociación de buena fe- no con capaces de alcanzar un acuerdo real.

El uso del término ‘*bargain*’⁹⁸ enfatiza que no se impone una obligación absoluta de firmar el contrato proyectado, ni siquiera una obligación absoluta de acordar su cumplimiento. En su lugar crea una obligación presente de ‘negociar’ –de entrar, de buena fe, en un proceso para intentar alcanzar un acuerdo sobre los términos del contrato que se propone, mientras resulte razonablemente requerido por las circunstancias.⁹⁹

Por su parte, la jurisprudencia inglesa se ha pronunciado con meridiana claridad en cuanto a la dudosa relevancia de la buena fe en la etapa formativa del contrato. El caso más citado en este ámbito es *Walford v Miles*¹⁰⁰, en el que Lord Ackner se expresó así, en un caso en el que se sometía al juez un pretendido “*agreement to agree*”:

¿Cómo se espera que un tribunal decida si existió una razón apropiada para la terminación de las negociaciones? Se sugiere que la respuesta depende de si las negociaciones se venían conduciendo “de buena fe”. Sin embargo, el concepto de una obligación de negociar de buena fe es intrínsecamente repugnante a la posición de las partes como adversarios cuando se enfrentan en negociaciones. Cada parte en una negociación está autorizada para perseguir su interés, en la medida en que evite hacer declaraciones falsas o engañosas (“*misrepresentations*”). Para promover ese interés, el [negociador] debe estar autorizado, si lo estima apropiado, a amenazar con retirarse de las negociaciones o a retirarse de hecho [...] en cualquier momento y por cualquier razón. Por tanto, no puede haber ninguna obligación de continuar negociando hasta que haya una

⁹⁷ Knapp, C. L., “Enforcing the contract to bargain”, 44 N.Y.U. L. Rev. 673 (1969), pg. 673.

⁹⁸ La palabra “bargain” no tiene una traducción totalmente clara en español. Podríamos traducirlo por negocio o trato y, empleada como verbo, sería negociar o tratar.

⁹⁹ Knapp, C. L., “Enforcing the contract...”, ob. cit., pg. 685.

¹⁰⁰ Martin Walford v. Charles Miles, (1992) ADR.L.R. 01/23.

‘razón apropiada’ para retirarse. En consecuencia, un mero acuerdo para negociar carece de contenido legal.

Un interesante contrapunto lo encontramos en la reciente sentencia del Tribunal Supremo de Delaware¹⁰¹, en un caso que se ha catalogado como pionero y que ha generado cierta controversia. Los hechos son bastante particulares:

Las empresas SIGA y PharmAthene acordaron un documento denominado Term Sheet de Acuerdo de Licencia, que no firmaron y al que añadieron la mención al pie de todas sus páginas “*Non Binding Terms*”. Conforme al contenido del *Term Sheet*, PharmAthene financiaría a SIGA el desarrollo de un antiviral y a cambio recibiría una licencia mundial exclusiva para vender el medicamento. Posteriormente, las partes firmaron un acuerdo de fusión (“*merger agreement*”) conforme al cual PharmAthene compraría SIGA y le proporcionaría financiación (“*interim Bridge Loan*”). Los acuerdos de fusión y financiación obligaban a las partes a “*negociar de buena fe con la intención de ejecutar un contrato de licencia definitivo de acuerdo con los términos contenidos en el Term Sheet*”, siempre y cuando el acuerdo de fusión no culminara con éxito.

Posteriormente, SIGA recibió una ayuda financiera del Instituto Nacional de la Salud y entonces decidió dar por resuelto el acuerdo de fusión. En ese momento, PharmAthene decidió enviar a SIGA una propuesta de acuerdo de licencia cuyos términos esenciales eran coincidentes con el Term Sheet pero, según determinó el Tribunal, SIGA se negó a negociar de buena fe y propuso términos económicos que diferían sustancialmente del Term Sheet y que convertían el acuerdo de licencia en algo mucho más atractivo para SIGA.

PharmAthene presentó una demanda y el Tribunal Supremo de Delaware finalmente concluyó que:

SIGA incumplió su deber de negociar de buena fe. En el contexto del caso, la obligación expresa de negociar de buena fe implicaba que SIGA no podría proponer términos incoherentes con el acuerdo preliminar (el Term Sheet). [...]

¹⁰¹ SIGA Technologies, Inc. v PharmAthene, Inc, 67 A.3d 330, 333 (Del 2013).

De no ser porque SIGA condujo las negociaciones de mala fe, las partes habrían suscrito el acuerdo de licencia. [...]

En un caso en el que las partes tienen [...] un acuerdo preliminar para negociar de buena fe, y el juez de instancia ha alcanzado la determinación, soportada por los autos, de que las partes habrían alcanzado un acuerdo de no ser por las negociaciones de mala fe del demandado, el demandante está legitimado para recuperar los daños correspondientes a las expectativas del contrato.

En cualquier caso, para que se conceda el derecho a recuperar los *expectation damages* es preciso que haya una “certidumbre razonable” de que lo único que ha impedido alcanzar el acuerdo definitivo ha sido la mala fe mostrada por la otra parte. Por ello, el caso de SIGA v PharmAthene se describe como un “*rare case*”.¹⁰²

¹⁰² Mucho más común parece alcanzar la conclusión contraria: En el caso *Venture Assocs. Corp. v. Zenith Data Sys. Corp.* (96 F.3d 275, 278-279, 7th Cir. 1996), el reputado juez Richard Posner sostuvo que cuando se trata de evaluar la obligación de negociar de buena fe, “*puede resultar imposible determinar cuáles habrían sido los términos de un acuerdo definitivo y qué beneficio habría recibido la víctima de la mala fe*”.

4. CONCLUSIONES

El concepto de tratos preliminares abarca todos aquellos contactos y negociaciones, incluyendo intercambio de documentos, que se producen entre las partes negociadoras, bien hasta su ruptura o hasta la celebración de un contrato que las vincule.

Los tratos preliminares no están regulados en el derecho positivo español. A la hora de abordar esta materia, nuestra doctrina y jurisprudencia emplea un enfoque binario: o bien la cuestión sometida a escrutinio judicial carece de trascendencia jurídica o, alcanzada una determinada fase en el curso de las negociaciones, despliega plenos efectos jurídicos.

Los tratos preliminares, en sí mismos, no producen efectos jurídicos entre las partes, si bien en el contexto de los tratos preliminares pueden celebrarse auténticos contratos, tales como los acuerdos de confidencialidad y las cartas de proceso. Asimismo, un documento típico de los procesos de negociación es la carta de intenciones, en la que los negociadores plasman el avance de los tratos o su entendimiento respecto al proceso que seguirán hasta alcanzar un acuerdo definitivo. Las cartas de intenciones no son “contratos”, ni siquiera “precontratos”. Al contrario, normalmente incluyen una cláusula que aclara su carácter no vinculante o que distingue qué apartados son vinculantes y cuáles no lo son.

La naturaleza de la responsabilidad precontractual, esto es, si se trata de una responsabilidad de índole contractual o extracontractual, es una cuestión debatida en nuestra doctrina y jurisprudencia. Aunque hay autores que han avanzado argumentos en la línea de considerar esta responsabilidad como contractual, a nuestro juicio tiene más sentido centrarse en la referencia que de forma mayoritaria hace nuestra doctrina a la buena fe. En lo que todos los autores parecen estar de acuerdo es que durante la fase de formación del contrato las partes vienen obligadas a comportarse de buena fe y lealmente.

Esa genérica obligación de buena fe se concreta en observar una serie de deberes. La doctrina destaca los de información, confidencialidad, limitación a las negociaciones con terceros y no abandonar injustificadamente las negociaciones. En varios de estos

supuestos, la existencia de una confianza digna de tutela y protección (es común citar como el mejor ejemplo de ello el avanzado estado de las negociaciones) es lo que conduce a calificar la conducta como antijurídica y digna de reproche, al defraudar las expectativas legítimas de la otra parte.

En cuanto a la indemnización del daño, es preciso tener en cuenta que estamos en una situación en la que aún no existe contrato. Por ello, no es posible pretender que el perjudicado obtenga los beneficios económicos que podría haberle reportado su ejecución. En su lugar, se tratará de reparar los perjuicios derivados del hecho de la negociación en sí y de su ruptura. Se trataría, por tanto, de poner a la parte cuyo interés se ha lesionado en la posición que tendría si no hubiera iniciado la negociación (el denominado interés contractual negativo).

A medio camino entre los tratos preliminares y el negocio jurídico definitivo, encontramos la figura del precontrato, cuya función es vincular a las partes cuando éstas se ven compelidas, por cualquier causa, a aplazar la existencia del contrato.

La diferencia más marcada entre el derecho español y el derecho anglosajón es que en este último el deber entre las partes negociadoras de un contrato es muy limitado. De hecho, en el periodo de formación del contrato las partes no se deben ninguna obligación genérica de buena fe, ni tienen una obligación general de proporcionar información a la otra parte.

Tanto en Reino Unido como en Estados Unidos los tribunales han reconocido a las partes la libertad de negociar un trato sin el temor de que, en ausencia de un contrato, se declare su responsabilidad precontractual. En ambas jurisdicciones se impone la percepción del carácter “aleatorio” de las negociaciones, en el sentido de que los tratos preliminares pueden desembocar en un contrato que reporte un beneficio, de la misma manera que pueden terminar en nada, en cuyo caso cada parte debe estar preparada para incurrir en una pérdida.

En *common law* no puede hablarse de un régimen unitario de responsabilidad, sino que lo que se produce son supuestos determinados en los que se puede exigir la responsabilidad a una parte negociadora: nos referimos al *unjust enrichment*, a los *misrepresentations* y al *promissory estoppel*.

En el primer supuesto (enriquecimiento injusto), la medida de la compensación es el *restitution interest*, mientras que, en el resto de escenarios, la compensación se basa en el *reliance interest*, esto es, el perjuicio causado a la víctima del incumplimiento por haber confiado en la *misrepresentation* o promesa de la otra parte. La tesis es que una parte no puede quebrantar una promesa hecha durante una negociación en la medida en que la otra parte haya confiado en esa promesa y, en esa medida, sufrido un perjuicio.

En la práctica anglosajona se conocen también figuras que podríamos asimilar a los precontratos en derecho español. Así, se distinguen los *agreements with open terms* (en los que las partes fijan muchos de los términos del contrato y se comprometen a negociar aquellos que quedan abiertos) y los *agreements to negotiate* (convenios en los que las partes se obligan a iniciar un proceso de negociación con la finalidad de alcanzar un acuerdo vinculante). En ambos casos las partes quedan obligadas a negociar de buena fe (*fair dealing*).

A la vista de la evolución de las sentencias dictadas por los tribunales estadounidenses sobre tratos preliminares en los últimos años, cabe esperar que poco a poco vayan adquiriendo influencia sobre la evolución de nuestra doctrina y los pronunciamientos de nuestros tribunales. En este sentido, llama la atención el razonamiento del tribunal arbitral en la decisión comentada en el apartado 2.1.3 c) que, a pesar de someterse al derecho español, parece seguir un razonamiento idéntico al del tribunal supremo de Delaware en la sentencia *SIGA v PharmAthene*.

BIBLIOGRAFÍA

- Alonso Pérez, M., “La responsabilidad precontractual”. Separata de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, Madrid, Julio-agosto, 1971.
- Asúa González, C., “La culpa in contrahendo”, Ed. Ellacuría, S.A.L., Erandio (Vizcaya), 1989.
- Aznar Giner, E., “Las negociaciones o tratos preliminares al contrato. Doctrina y jurisprudencia”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- Bernad Mainar, R., “Responsabilidad ante la ruptura injustificada de los tratos preliminares”, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 2015, nº 747.
- Carrasco Perea, A., en “Adquisiciones de Empresas”, capítulo II (Las cartas de intenciones), Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2013.
- Cartwright, J., “Contract Law: an introduction to the English law of contract for the civil lawyer”, Ed. Hart Publishing, Portland, OR (EEUU), 2016 (tercera edición).
- Castán Tobeñas, “Derecho Civil Español, común y foral”, Tomo III, 17ª edición, Ed. Reus, Madrid, 2008.
- Cuadrado Pérez, C., “Oferta, aceptación y conclusión del contrato”, Bolonia 2003.
- De Castro y Bravo, F., “La promesa de contrato, algunas notas para su estudio”, en “Anuario de Derecho Civil”, Vol. 3, nº 4, 1950.
- Díez Picazo, L. “Fundamentos de derecho civil patrimonial, introducción, teoría del contrato”, Vol I, 6ª edición, 2008, Thomson, Madrid.
- Díez Picazo, L. y Gullón Ballesteros, A., “Instituciones de Derecho Civil I/2. Segunda edición”, Tecnos, Madrid, 1998.
- Farnsworth, E. A., “Precontractual liability and preliminary agreements: fair dealing and failed negotiations”, en Columbia Law Review, vol. 87, marzo 1987, nº 2.
- Fisher, R., Ury, W., y Patton, B. “Getting to Yes: negotiating an agreement without giving in”, Ed. Random House Business Books/Hart Publishing, Portland, OR (EEUU), 1981.
- Fuller, L. / Perdue, W., "The reliance interest in contract damages", Yale Law Journal, vol. 46, (1936-1937).
- García-Granero Colomer, A.V., Instituciones de derecho privado, tomo II, obligaciones y contratos, volumen 1º, Madrid, 2002.

- García Rubio, P., “La responsabilidad precontractual en el derecho español”, Ed. Tecnos, Madrid, 1991.
- Gómez Calero, J., “Derecho mercantil 2. Obra colectiva coordinada por Jiménez Sánchez, G.J., 4ª edición, Barcelona 1998.
- Knapp, C. L., “Enforcing the contract to bargain”, 44 N.Y.U. L. Rev. 673 (1969).
- Lake, R. B. y Draetta, U., “Letters of Intent and Other Precontractual Documents: Comparative Analysis and Forms”, Lexis Publishing, 1995.
- Llobet i Agudó, J., “El deber de información en la formación de los contratos”, Marcial Pons, Madrid, 1996.
- Marco Molina, J., “El proceso de formación o conclusión del contrato”, Indret: Revista para el Análisis del Derecho, Barcelona, 2015.
- Martín Narros, H.D., “Estudio sobre el concepto y efectos del precontrato”, en Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, nº 718, 2010.
- Mendiola Jiménez, A. y Montes Saralegui, L., en su artículo “Responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones incluidas en una carta de intenciones”, La Ley, 2016.
- Moro Ledesma, S. El precontrato”, en R.C.D.I., 1934.
- Navares González, S.G., “La función de la carta de intenciones en la interpretación de los contratos celebrados por la empresa”, en Iustitia, nº 9, 2011.
- Osorio Morales; J. y Osorio Serrano, J.M., “Curso de derecho civil II, Derecho de obligaciones, contratos y responsabilidad por hechos ilícitos”, 2ª edición, Valencia, 2001.
- Ragel Sánchez, L. F., “Estudio legislativo y jurisprudencial del derecho civil: obligaciones y contratos”, Dykinson, Madrid, 2000.
- Roca Sastre, R.M., “Contrato de promesa”, en “Estudios de Derecho Privado”, I (Obligaciones y contratos), Madrid 1948.
- Román García, A.M., “El precontrato, estudio dogmático y jurisprudencial”, Editorial Montecorvo, Madrid, 1982.
- Schwartz, A. y Scott, R. E., “Precontractual liability and preliminary agreements”, Harvard Law Review, Vol.120, enero 2007, nº 3.
- Suárez González, C., “Las fases de formación del contrato. Valor y régimen jurídico”, Ed. Dykinson, Madrid, 2017.

- Tomás Martínez, G., “Precontrato y Contrato Preparatorio”, Acciones civiles / Eugenio Llamas Pombo (dir.), Vol. 2, (Derecho de obligaciones ; Responsabilidad civil), La Ley, 2013.
- Valpuesta Hernández, M. R., “AA. VV. Derecho Civil. Derecho de Obligaciones y Contratos”, (Coord. Valpuesta Hernández, M. R.; Verdera Server, R.), Tirant lo blanch, Valencia, 2001.
- Viguri Perea, A., “Los tratos preliminares: las cartas de intenciones y otros documentos legales precontractuales (análisis del derecho norteamericano y británico: impacto en otros ordenamientos jurídicos: método del caso)”, Promociones y Publicaciones Universitarias, PPU, Barcelona, 1994.
- Whitford, W. C. y Macaulay, S., “Hoffman v. Red Owl Stores: the rest of the story”, Hastings Law Journal, Vol. 61.
- Wiggins, C. B. y Lowry, L. R., “Negotiation and Settlement Advocacy, a book of readings”; Ed. West Academic Publishing; 2ª edición (2005).

JURISPRUDENCIA

a) España

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera), de 10 de octubre de 1980, núm. 292.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera), de 13 de diciembre de 1989.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera), Sec. 1ª, de 26 de marzo de 1993.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera), de 19 de julio de 1994, núm. 736.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera), de 16 de diciembre de 1999, núm. 1.091.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera), de 30 de enero de 2008, núm. 60.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera), de 16 de diciembre de 2008, núm. 1149.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera), de 19 de noviembre de 2010, núm.748.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera), de 24 de junio de 2011, núm. 488.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de noviembre de 2014, núm. 621.

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera), de 11 de febrero de 2016, núm. 40.

b) Reino Unido

- Smith v Hughes (1870) LR 6 QB 597.
- Hillas & Co Ltd v Arcos Ltd (1932) 43 Ll.L. Rep 359.
- William Lacey (Hounslow) Ltd v Davis (1957) 1 WLR 932 (QB) 939.
- Courtney and Fairbairn Ltd v Tolaini Brothers (1975) 1 WLR 297.
- Martin Walford v. Charles Miles, (1992) ADR.L.R. 01/23.

c) Estados Unidos de América

- Hill v Waxberg 237 F. 2d 936 (9th Cir. 1956).
- Borg-Warner Corp v Anchor Coupling Co. 16 Ill. 2d 234, 156 N.E. 2d 513 (1958).
- Hoffman v Red Owl Stores 26 Wis. 2d 683, 133 N.W. 2d 267 (1965).
- Markov v ABC Transfer @ Storage Co., 76 Wash. 2d 388, 457 P. 2d 535 (1969).
- Esso Petroleum Ltd v Mardon QB 801 (CA) (1976).
- Earhart v William Low Co., 25 Cal. 3d 503, 600 P. 2d 1344, 158 Cal. Rptr. 887 (1979).
- Walters v. Marathon Oil, 7th Cir., 642 F.2d 1098 (1981).
- Teachers Ins. & Annuity Ass'n of Am v Tribune Co 670 F. Supp. 491, 498 (S.D.N.Y. 1987).
- Matterhorn Group, Inc. N° 97-8273 (SMB), WL 31528396 (2002).
- Facebook, Inc. v Pac. Northwest Software, Inc., 640 F 3d. 1034 (9th Cir.) 2011).
- SIGA Technologies, Inc. v PharmAthene, Inc, 67 A.3d 330, 333 (Del) (2013).