

# LOS ACUERDOS PRELIMINARES Y LA DOCUMENTACIÓN PRECONTRACTUAL EN LAS ADQUISICIONES DE EMPRESAS

**ANTONIO SERRANO ACITORES**

*Socio de Antonio Serrano Alberca Abogados.  
Profesor asociado de Derecho Mercantil de la  
Universidad Rey Juan Carlos de Madrid*

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Carlos CARNICER DIEZ, doña Iciar CORDERO CUTILLAS, don Gastón DURAND BAQUERIZO, don Antonio ORTÍ VALLEJO y don Juan Ignacio PEINADO GRACIA.

## **Extracto:**

UNA de las materias más fascinantes de estudio dentro de la teoría general de los contratos es, sin duda alguna, la fase previa a la conclusión de los mismos, es decir, la fase precontractual.

Esta fase abarca desde los meros tratos o conversaciones preliminares, cuya ruptura no generará, habitualmente, responsabilidad alguna, hasta la conclusión de precontratos, cuyo incumplimiento sí que derivará en responsabilidad que habrá de graduarse en función de las cláusulas y pactos vinculantes que allí se hayan pactado.

Al ser tan útiles estas figuras precontractuales, poco a poco han ido encontrando acomodo en la conclusión de operaciones mercantiles tan complejas como los procesos de fusión de sociedades o, como se tratará en este trabajo, en los procedimientos de adquisiciones de empresas.

Por ello, creemos de gran interés su análisis detallado. En este sentido, el presente trabajo tiene por objeto analizar el régimen jurídico de los acuerdos preliminares y la documentación precontractual en las adquisiciones de empresas. Para ello, se estudiarán fundamentalmente las siguientes cuestiones: (i) el concepto, las características y cuestiones generales acerca de las adquisiciones de empresa, centrándonos, sobre todo, en los tipos de procedimientos que se llevan a cabo hoy en día para culminarlos con éxito; (ii) las distintas figuras precontractuales recogidas por nuestro ordenamiento, desde los tratos preliminares, pasando por el precontrato, la promesa de compra o venta y la opción de compra; y (iii) la figura de las cartas de intenciones y sus distintas modalidades en el seno de un procedimiento de adquisición de empresas, discerniendo si es posible encuadrarlas dentro de alguna de las figuras precontractuales anteriores.

**Palabras clave:** precontrato, cartas de intenciones, adquisición de empresas.

# THE PRELIMINARY AGREEMENTS AND THE DOCUMENTATION PRECONTRACTUAL IN THE ACQUISITIONS OF COMPANIES

**ANTONIO SERRANO ACITORES**

*Socio de Antonio Serrano Alberca Abogados.  
Profesor asociado de Derecho Mercantil de la  
Universidad Rey Juan Carlos de Madrid*

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Carlos CARNICER DÍEZ, doña Iciar CORDERO CUTILLAS, don Gastón DURAND BAQUERIZO, don Antonio ORTÍ VALLEJO y don Juan Ignacio PEINADO GRACIA.

## **Abstract:**

**ONE** of the most amazing subjects regarding the general theory of contracts is, without question, the precontractual phase.

This phase comprises not only the mere preliminary conversations or deals, whose breaches will not result in any kind of liability, but as well the signing and closing of precontracts, whose breaches will certainly result in the incurrence of liabilities which will have to be graduated in accordance with the binding clauses and conditions agreed therein.

These precontractual tools have become so useful that, little by little, they have found their place in the closing of really complex commercial transactions such as company mergers or, as it will be described herein, in the company acquisitions processes.

As a consequence, we are of the opinion that a detailed study of these tools will be of the outmost interest. Therefore, the present work analyses the legal regime of the preliminary agreements and the precontractual documentation used in company acquisitions. Accordingly, the following questions will be now studied: (i) the concept, main features and general matters related to company acquisitions, focusing mainly on the different procedures used today to successfully conclude this type of transactions; (ii) the different precontractual tools contained in the Spanish regulations such as the precontract, the sale and purchase promises and the call and put options; and (iii) the letters of intent and their different modalities in the context of a company acquisition process, analysing whether it is possible or not to include them within the precontractual tools said before.

**Keywords:** precontract, letters of intent, company acquisition.

# Sumario

1. Introducción.
2. Los procedimientos de adquisición de empresas.
  - a) Introducción.
  - b) Procedimiento one-to-one.
    - (i) Carta de intenciones.
    - (ii) Due diligence.
    - (iii) Firma de la documentación contractual de compraventa y cierre de la operación.
  - c) Procedimiento de subasta privada.
    - (i) Elaboración del cuaderno de venta.
    - (ii) Due diligence del vendedor.
    - (iii) Selección inicial de inversores y presentación de ofertas no vinculantes.
    - (iv) Auditoría confirmatoria de la Sociedad Target y presentación de ofertas vinculantes.
    - (v) Firma de la documentación contractual de compraventa y cierre de la operación.
  - d) Los tratos preliminares y acuerdos precontractuales como elemento común.
3. Análisis genérico de las distintas figuras precontractuales.
  - a) Los tratos preliminares y la responsabilidad precontractual.
  - b) El precontrato, contrato preliminar o preparatorio en general.
    - (i) Concepto y naturaleza.
    - (ii) Requisitos del precontrato.
    - (iii) Efectos.
  - c) La promesa de vender o comprar.
  - d) El contrato de opción.
    - (i) Concepto y naturaleza jurídica.
    - (ii) Regulación.

- (iii) Requisitos.
  - (iv) Efectos.
  - (v) Naturaleza del derecho creado.
  - (vi) Extinción.
4. Análisis específico de las cartas de intenciones.
- a) Concepto e introducción de las distintas figuras que comprende.
  - b) Letters of intent o cartas de intenciones en sentido estricto.
    - (i) Concepto y características.
    - (ii) Eficacia.
  - c) Memoranda of understanding.
    - (i) Concepto y características.
    - (ii) Eficacia.
  - d) Acuerdos de intenciones.
    - (i) Concepto y características.
    - (ii) Eficacia.
  - e) Uso de estas figuras en las adquisiciones de empresas.
5. Conclusiones.
6. Bibliografía.

## 1. INTRODUCCIÓN

Una de las materias más fascinantes de estudio dentro de la teoría general de los contratos es, sin duda alguna, la fase previa a la conclusión de los mismos, es decir, la fase precontractual.

Esta fase abarca desde los meros tratos o conversaciones preliminares, cuya ruptura no generará, habitualmente, responsabilidad alguna, hasta la conclusión de precontratos, cuyo incumplimiento sí que derivará en responsabilidad que habrá de graduarse en función de las cláusulas y pactos vinculantes que allí se hayan pactado.

La utilidad práctica de los precontratos está fuera de toda duda, dado que prestan a los contratantes un servicio que no podrían conseguir de otro modo.

En efecto, como señala LACRUZ «por muy diversas razones pueden estos desear quedar en algún modo vinculados y, a la vez, que no se produzcan los efectos del contrato desde el momento en que estipulan sus condiciones esenciales, y si desde otro posterior. A tal fin, convienen que el negocio no exista aún, para lo cual no valdría aplazar su nacimiento hasta un día determinado (entonces, el contrato preexistiría a pesar de todo y sería condicional o a plazo), sino precisamente hasta aquel momento en que las partes declaren su voluntad concorde (en su caso, suplida la de una de ellas por el juez) de contratar»<sup>1</sup>.

Al ser tan beneficiosas estas figuras precontractuales, poco a poco han ido encontrando acomodo en la conclusión de operaciones mercantiles tan complejas como los procesos de fusión de sociedades o, como se tratará en este trabajo, en los procedimientos de adquisiciones de empresas.

En línea con lo señalado por MARTÍ MOYA<sup>2</sup>, a pesar de que la efectiva conclusión de una operación de adquisición de empresa reposa sobre las bases de la autonomía de la voluntad, los ingentes gastos que suponen la documentación y seguimiento de las negociaciones para las sociedades imponen cada vez mayor diligencia en la negociación y la previsión de eventuales interrupciones de la misma. La práctica de reglamentar previamente el transcurso de las negociaciones, importada del ámbito anglo-

<sup>1</sup> LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Elementos de Derecho Civil*, Volumen II-1, Dykinson, 2000, pág. 388.

<sup>2</sup> MARTÍ MOYA, Vanessa, «La configuración de los tratos preliminares y la responsabilidad precontractual en los procedimientos de fusión de sociedades», *Revista Española de Capital Riesgo*, núm. 3 de 2007, M&A Businessshop, S.L., págs. 16 y 17.

sajón, se va abriendo camino en la práctica jurídica continental a través de documentos tales como los protocolos, los *memoranda*, las cartas de intenciones o *letters of intent* y los acuerdos de intenciones.

Por ello, creemos de gran interés su análisis detallado. En este sentido, el presente trabajo tiene por objeto analizar el régimen jurídico de los acuerdos preliminares y la documentación precontractual en las adquisiciones de empresas. Para ello, se estudiarán fundamentalmente las siguientes cuestiones: (i) el concepto, las características y cuestiones generales acerca de las adquisiciones de empresa, centrándonos, sobre todo, en los tipos de procedimientos que se llevan a cabo hoy en día para culminarlos con éxito; (ii) las distintas figuras precontractuales recogidas por nuestro ordenamiento, desde los tratos preliminares, pasando por el precontrato, la promesa de compra o venta y la opción de compra; y (iii) la figura de las cartas de intenciones y sus distintas modalidades en el seno de un procedimiento de adquisición de empresas, discerniendo si es posible encuadrarlas dentro de alguna de las figuras precontractuales anteriores.

## 2. LOS PROCEDIMIENTOS DE ADQUISICIÓN DE EMPRESAS

### a) Introducción

La adquisición de una empresa o sociedad (en adelante, la «Sociedad *Target*»), desde un punto de vista económico, consiste en la transmisión y toma de control de un conjunto formado por una pluralidad de elementos –activos, deudas, organización, fondo de comercio, personas– organizados entre sí y tendentes a un fin, que es la producción de bienes o servicios.

Por ello, como señala ÁLVAREZ ARJONA, la función del derecho en una adquisición y, por ende, de los juristas encargados de configurarla, debe consistir en proporcionar los elementos jurídicos necesarios para sostener el concepto económico que late detrás, de tal forma que en la documentación mediante la que se articula dicha adquisición –carta de intenciones, contrato, cierre– se recojan fielmente las voluntades y asunciones realizadas por aquellos que planearon y calcularon económicamente la adquisición<sup>3</sup>.

Empresas, continúa ÁLVAREZ ARJONA, se han comprado toda la vida y nuestro Derecho civil y mercantil han contado siempre con instrumentos suficientes que han posibilitado que estas hayan podido llevarse a cabo. Lo que pasa es que con la sofisticación del mundo de la empresa ha cambiado la forma en la que se concibe esa adquisición.

Así, hoy en día, las adquisiciones de empresas se caracterizan, entre otras, por las siguientes notas:

<sup>3</sup> ÁLVAREZ ARJONA, José María, en la obra colectiva *Fusiones y adquisiciones de empresas*, Thomson-Aranzadi, 2004, págs. 45 y 46.

1. Tanto la normativa recogida en los artículos 1.445 y siguientes del Código Civil (en adelante, el «CC») como la recogida en los artículos 325 y siguientes del Código de Comercio, se muestra claramente inoperante para regular operaciones ciertamente complejas.

En este sentido, y a la luz del artículo 1.255 del CC, sobre autonomía de la voluntad, se ha ido configurando una instrumentación jurídica estandarizada tan sofisticada (no solo en España sino también en el extranjero) que algunos han calificado de «fruto de la fantasía y la alquimia societaria»<sup>4</sup>.

2. Son operaciones basadas en prácticas anglosajonas por lo que muchos de los términos empleados en las mismas son vocablos en inglés.
3. Si se trata de adquisiciones apalancadas o LBO (*leveraged buy outs*), una parte importante de la adquisición está financiada con deuda o recursos ajenos.
4. Se trata de operaciones en las que interviene una multiplicidad de sujetos. Así, además de comprador y vendedor, participan todas las entidades encargadas de financiar la operación y, en su caso, directivos o empleados bien de la Sociedad *Target* o bien ajenas a la misma.
5. Como consecuencia de la nota 4 anterior y debido a la complejidad de las operaciones, intervienen tantos asesores legales y financieros como partes haya en la operación.

Como se puede intuir, la compra de la Sociedad *Target* supondrá generalmente un proceso lleno de complejidad tanto documental como técnica. A mayor abundamiento, más allá de la libertad de pactos concedida por el artículo 1.255 del CC, no existe un marco normativo que regule el proceso de adquisición de una empresa.

Sin embargo, como suele ser habitual en estas situaciones, la práctica de esta clase de operaciones sobre la base de conceptos anglosajones ha derivado en dos tipos de procedimiento bastante estandarizados: el procedimiento *one-to-one* y el procedimiento de subasta privada o *beauty contest*.

Ya se utilice el procedimiento *one-to-one* o la subasta privada, la adquisición de la empresa concluirá normalmente con la firma de la documentación contractual de compraventa.

## b) Procedimiento one-to-one

El procedimiento *one-to-one* consiste en que el comprador y el vendedor o vendedores negocian de forma directa (y, generalmente, en condiciones de exclusividad para el comprador) la compra de la Sociedad *Target*.

<sup>4</sup> SEGURA DE LASSALETTA, Raimundo, en la obra colectiva *Régimen jurídico y tributario del capital riesgo en España: entidades y operaciones*, Marcial Pons, 2006, págs. 141 y ss.

Este procedimiento se desarrolla habitualmente en las siguientes fases:

(i) *Carta de intenciones*

Si las negociaciones preliminares entre comprador y vendedor culminan con éxito, lo más habitual es proceder a la firma de una carta de intenciones (también conocida en sentido amplio como *letter of intent* o *memorandum of understanding*).

La carta de intenciones se encarga de fijar los aspectos esenciales de la adquisición y se caracteriza por no tener normalmente fuerza vinculante su contenido, salvo los pactos de exclusividad y confidencialidad así como la cláusula de gastos.

Con el pacto de exclusividad, los vendedores de la Sociedad *Target* se obligan a no negociar con otros potenciales compradores durante un periodo determinado que permita llevar a cabo la negociación de la operación, así como conseguir una financiación adecuada.

Por lo que se refiere al pacto de confidencialidad, los compradores se comprometen a no revelar la información de la Sociedad *Target* a la que tienen acceso durante el periodo de negociación de la operación. Como bien señala SAAVEDRA ORTIZ, es muy importante que el pacto de confidencialidad regule al menos las siguientes cuestiones: «qué se entiende por información confidencial, quién responde por el uso y divulgación de la información confidencial y cuáles son las garantías que la persona que entrega la información confidencial otorga sobre la misma»<sup>5</sup>.

Sobre la carta de intenciones y sus distintas modalidades volveremos más adelante.

(ii) *Due diligence*

En todo proceso de adquisición de empresas es fundamental llevar a cabo una auditoría (*due diligence*) de la Sociedad *Target*.

La *due diligence* es un proceso que fundamentalmente consiste en la revisión de la situación financiera y legal de la Sociedad *Target* para evaluar su grado de cumplimiento tanto del ordenamiento jurídico como de sus compromisos financieros en los ámbitos comprendidos por la revisión.

Los procesos de auditoría consisten necesariamente en análisis limitados de la realidad jurídica de la sociedad revisada, por lo que resulta imprescindible acotar desde un principio el alcance y finalidad de la revisión.

<sup>5</sup> SAAVEDRA ORTIZ, Juan, «¿Cómo redactar el contrato de confidencialidad en un proceso de venta de empresa a través de subasta?», *Capital & Corporate Magazine*, Revista núm. 3, marzo de 2008.



El alcance de la *due diligence* depende de las propias necesidades del negocio, si bien es cierto que, generalmente, se orienta a revisar las proyecciones financieras, las cuentas anuales de varios ejercicios y los aspectos legales más relevantes (sobre todo de Derecho societario, fiscal, laboral, inmobiliario, administrativo y contractual) de la Sociedad *Target*.

A efectos de facilitar la información al comprador, se suelen emplear dos sistemas de revisión de documentación:

- *Due diligence* a través de *data room*: el vendedor recopila la información que considera oportuna y la coloca en una dependencia de sus propias oficinas o de las de un tercero para que sea revisada por el comprador. Actualmente, sin embargo, y gracias a las nuevas tecnologías es frecuente que la revisión a través de *data room* se lleve a cabo virtualmente por ordenador.
- *Due diligence* en el que los datos facilitados por el vendedor se suministran en respuesta a las solicitudes del comprador.

### (iii) Firma de la documentación contractual de compraventa y cierre de la operación

Una vez elaborado un informe explicativo de la situación de la Sociedad *Target*, el comprador decidirá si sigue adelante con la operación o no, fijará el precio final en función de las contingencias descubiertas y, a efectos de evitar riesgos futuros, fijará las garantías que estime oportunas.

Finalmente, la operación concluiría con la firma de la oportuna documentación contractual de compraventa.

## c) Procedimiento de subasta privada

El procedimiento de subasta privada es «aquel en virtud del cual los vendedores ponen a la venta la Sociedad *Target* a través de un procedimiento organizado por el cual invitan a potenciales compradores a presentar sus ofertas con el objeto de estimular la competencia entre los mismos para lograr las mejores condiciones de venta posibles»<sup>6</sup>.

En este tipo de procesos lo habitual es que la adquisición se desarrolle de acuerdo con las siguientes fases:

<sup>6</sup> PAYÁ PUJADÓ, Alejandro y MARTÍNEZ MAROTO, Francisco J., en la obra colectiva *Régimen jurídico y tributario del capital riesgo en España: entidades y operaciones*, Marcial Pons, 2006, pág. 179.

(i) *Elaboración del cuaderno de venta*

El banco de inversión que esté asesorando a los vendedores se encargará de elaborar un cuaderno de venta descriptivo de la Sociedad *Target* y de la operación. En definitiva, dicho cuaderno refleja los ejes sobre los que gira el negocio de la Sociedad *Target* así como las variables económicas más significativas de la misma, y tiene por objeto permitir a un potencial comprador hacerse una primera idea del funcionamiento de la compañía.

(ii) *Due diligence de vendedor*

El vendedor contratará a varios asesores (legales y financieros) a fin de que elaboren un informe de *due diligence*, que incluiría un análisis jurídico de los aspectos más relevantes de la Sociedad *Target* y sus operaciones.

El informe elaborado por los asesores del vendedor se pondrá a disposición de los potenciales compradores para facilitarles una mayor información para poder elaborar sus ofertas, reduciendo así el riesgo de una posterior rebaja en el precio.

(iii) *Selección inicial de inversores y presentación de ofertas no vinculantes*

Una vez elaborado el cuaderno de venta, se remitirá a un número de potenciales inversores susceptibles de estar interesados en la operación, invitándoles a presentar, en su caso, una oferta no vinculante en un plazo determinado.

A partir de la presentación por los posibles inversores de sus ofertas no vinculantes, los socios de la Sociedad *Target*, junto con la compañía y contando con el asesoramiento del banco de inversión contratado, valorarían las mismas, a fin de seleccionar un número reducido de inversores a quienes se daría acceso a la siguiente fase del proceso.

Asimismo, durante esta fase, se firmaría una carta de confidencialidad respecto de la información suministrada a los inversores en relación con la Sociedad *Target*, a los efectos de recibir la carta-invitación y el cuaderno de venta, así como para, en caso de acceder a la siguiente fase, recibir los informes de *due diligence* de vendedor y tener acceso al *data room* abierto al efecto.

(iv) *Auditoría confirmatoria de la Sociedad Target y presentación de ofertas vinculantes*

Aquellos inversores que hubieran resultado seleccionados para acceder a la siguiente fase del proceso, tendrán la posibilidad de realizar un análisis confirmatorio de las auditorías de carácter legal,

fiscal, financiero y posiblemente de mercado, facilitadas por la Sociedad *Target*. Para ello, los inversores tendrán acceso a un *data room* habilitado al efecto y a determinadas sesiones de preguntas y respuestas (*Q&A sessions*), así como la posibilidad de asistir a presentaciones realizadas por miembros del equipo de gestión de la Sociedad *Target* respecto de aspectos clave financieros, operativos y de gestión.

Finalizadas tanto la auditoría confirmatoria como las presentaciones del equipo gestor, los inversores podrán presentar, en su caso, una oferta con carácter vinculante, acompañada de una propuesta de contrato de compraventa elaborada a partir de un borrador inicial proporcionado al efecto por los socios de la Sociedad *Target* (*mark-up* al contrato).

(v) *Firma de la documentación contractual de compraventa y cierre de la operación*

Una vez presentadas las correspondientes ofertas vinculantes, los socios de la Sociedad *Target* junto con la propia compañía y con el asesoramiento del banco de inversión procederán a identificar una o más ofertas para iniciar con el o los respectivos inversores una ronda de negociaciones que, en su caso, concluiría con la firma de la oportuna documentación contractual de compraventa y el cierre de la operación.

#### **d) Los tratos preliminares y acuerdos precontractuales como elemento común**

Como hemos visto, tanto en el procedimiento *one-to-one* como en el de subasta privada, se hace uso de las figuras de los tratos preliminares y los acuerdos precontractuales.

De este modo, vamos a analizar a continuación las distintas figuras precontractuales, primero desde un punto de vista genérico y, después, analizando con mayor profundidad la figura específica de las cartas de intenciones.

### **3. ANÁLISIS GENÉRICO DE LAS DISTINTAS FIGURAS PRECONTRACTUALES**

#### **a) Los tratos preliminares y la responsabilidad precontractual**

Señala el profesor LASARTE que «en determinados casos, el paradigma formativo de oferta y aceptación suele verse precedido en la práctica de una serie de conversaciones, trueque de información, adelanto de condiciones contractuales no cerradas... que se conocen con el nombre de tratos preliminares». Así, «su propio nombre indica que tales tratos no suponen la fijación definitiva de una

oferta contractual, sino la realización de actos preparatorios de un (eventual e hipotético) contrato que, a la postre, puede llegar a celebrarse o no»<sup>7</sup>.

En efecto, si bien es cierto que generalmente los contratos se concluyen a través de relaciones sencillas entre los contratantes, en ocasiones, la singular importancia y complejidad de determinados contratos requieren que previamente a su firma se desarrollen por los contratantes unas conversaciones o tratos preliminares o preparatorios de la convención, que serán más o menos complicados y prolongados en el tiempo en función de las citadas importancia y complejidad de los mismos<sup>8</sup>.

Los tratos preliminares pueden iniciarse de distintas formas. Por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 1980 considera que los mismos comienzan en múltiples ocasiones cuando se hace una oferta precisa y definitiva para contratar a la otra parte, quien, no obstante, no la acepta inmediatamente pero reacciona entablando unas conversaciones o tratos encaminados a concluir eventualmente la estipulación. En otras ocasiones, sin embargo, estos tratos no nacen de una oferta contractual firme, sino de sondeos o indicaciones sobre las posibles ventajas o la oportunidad de alguna estipulación<sup>9</sup>.

Como vemos, resulta evidente que no hay reglas generales a la hora de determinar cuál es el ámbito propio de los tratos preliminares, debiendo analizar caso a caso si los mismos serán necesarios para concluir con éxito el contrato deseado<sup>10</sup>.

Ello, unido al hecho de que la figura de los tratos preliminares no es recogida expresamente por nuestro ordenamiento jurídico (el CC no hace mención alguna a los mismos), nos lleva a concluir con MARTÍ MOYA la dificultad existente a la hora de configurar el régimen jurídico de esta fase de formación de la voluntad, precontractual o preliminar<sup>11</sup>, habiéndose llegado a afirmar que resulta difícil encontrar en el área contractual un tema tan sorprendente en cuanto a sus consecuencias legales que el atingente a los tratos preliminares<sup>12</sup> y no solo por la doctrina patria sino también por la extranjera.

Por ejemplo, ROZÈS ha llegado a señalar que «les situations à l'orée du contrat présentent un grand flou juridique; la terminologie reste incertaine (...), elle se double d'une incertitude concep-

<sup>7</sup> LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, *Principios de Derecho Civil*, Volumen 3, Trivium, 1999, pág. 65.

<sup>8</sup> LACRUZ BERDEJO, José Luis, *op. cit.*, págs. 384 y 385.

<sup>9</sup> LACRUZ BERDEJO, José Luis, *op. cit.*, pág. 385.

<sup>10</sup> En este sentido se manifiesta LASARTE al resaltar que el ámbito propio de los tratos preliminares es una cuestión de carácter básicamente casuístico pues «un mismo tipo de contrato y una operación económica de similar entidad puede dar lugar a la existencia de tratos preliminares o, por el contrario, excluirllos, pues en definitiva depende de las circunstancias de hecho y, en particular, de la urgencia o no que –a juicio de ambas partes o de una de ellas– exista en la celebración del contrato. Por lo común, los tratos preliminares brillan por su ausencia en los contratos instantáneos, en los actos contractuales en masa y sometidos a condiciones generales, en la mayor parte de los contratos normativos y, en general, en todos aquellos supuestos en que (por la circunstancia que sea) el contenido del contrato se encuentra virtualmente predeterminado y deja escaso margen de negociación» (LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, *op. cit.*, pág. 65).

<sup>11</sup> MARTÍ MOYA, Vanessa, *op. cit.*, pág. 16.

<sup>12</sup> ESPIAU ESPIAU, S., VAQUER ALOY, A., VIGURI PEREA, A., *Bases de un Derecho Contractual Europeo. Bases of a European Contract Law*, extraído de [www.tirantonline.com/action/tol?tplt=init](http://www.tirantonline.com/action/tol?tplt=init).

tuelle»<sup>13</sup>, MAZEAUD y MOUSSERON, por su parte, llegaron a calificar los tratos preliminares como un «no man's land jurídico»<sup>14</sup> y HÖLTERS como una «eigene Marschroute durch die Verhandlungsführung absteckt, fällt es dennoch schwer, generell gültige Regeln für jede Art von Partei (...)»<sup>15</sup>.

Ahora bien, que no se encuentren recogidos por el ordenamiento jurídico y que, en consecuencia, sea complicado determinar su régimen jurídico, no significa que esta figura no sea importante para el Derecho, pues como señala LASARTE los tratos preliminares pueden (i) no solo coadyuvar a la interpretación del contrato sino que también, en determinados casos de ruptura pueden (ii) dar origen a responsabilidad calificada como responsabilidad precontractual<sup>16</sup>.

En efecto, en el primero de los casos, los tratos preliminares pueden tener trascendencia respecto del contrato luego celebrado, tanto en lo que refiere a su interpretación, como incluso, tal y como ha señalado ALONSO PÉREZ<sup>17</sup>, respecto de la integración de la regulación contractual a través de la buena fe recogida en el artículo 1.258 del CC.

Por lo que se refiere al segundo de los casos, si bien ha de considerarse que, en principio, la finalización y ruptura de los tratos preliminares no implican consecuencia alguna y, de este modo, no suponen el nacimiento de responsabilidad. Sin embargo, la ruptura injustificada de tratos preliminares conculcando el principio de buena fe (que debe presidir el ejercicio de cualquier derecho al amparo del art. 7.1 CC) y que se considera indispensable para que los tratos puedan iniciarse y continuar adecuadamente, dará lugar a la responsabilidad precontractual o *culpa in contrahendo* de la que hablaba IHERING<sup>18</sup>.

Para hacer valer esa responsabilidad, no solo se dispone del artículo 7 del CC. En efecto, como ha señalado unánimemente la doctrina, nuestro código ofrece otros mecanismos complementarios a fin de evitar que dichos comportamientos queden impunes. Así, puede hacerse uso del artículo 1.902 del CC, pilar básico de la responsabilidad extracontractual y en cuya virtud «el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado».

Pero esto no es todo, pues algunos autores consideran que la ruptura injustificada de los tratos preliminares puede derivar incluso en responsabilidad contractual. Así, ASÚA<sup>19</sup>, si bien estima en principio que a la responsabilidad precontractual podría ser aplicable sin dificultad al artículo 1.902 del

<sup>13</sup> ROZÉS, L., «Les avant-contrats. Projets et accords de principe», *RTDComm*, 1998, pág. 501.

<sup>14</sup> Definición de MAZEAUD, J., revocada por MOUSSERON, P., «Conduite des négociations contractuelles et responsabilité civile délictuelle», *RTDComm*, 1998, pág. 244, nota 1.

<sup>15</sup> HÖLTERS, W. (dir.), *Handbuch des Unternehmens und Beteiligungskaufs*, 4 Auf., Otto Schmidt, Köln, 1996, pág. 46.

<sup>16</sup> LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, *op. cit.*, pág. 65.

<sup>17</sup> ALONSO PÉREZ, Mariano, «La responsabilidad precontractual», *RCDI*, 1971, págs. 859 y ss.

<sup>18</sup> A pesar de que algunos autores (LASARTE y ALONSO PÉREZ) consideran que hay que distinguir la responsabilidad precontractual de la noción de culpa *in contrahendo*, nosotros creemos con LACRUZ que se trata de la misma figura, a saber, se trata de determinar si la conducta incorrecta o maliciosa de las personas que mantienen estos tratos preliminares a la contratación puede dar lugar a algún tipo de responsabilidad.

<sup>19</sup> ASÚA GONZÁLEZ, C., *La culpa «in contrahendo»*, Bilbao, 1989.

CC, configurándose la ilicitud de la conducta por violación de las obligaciones impuestas por la buena fe en sentido objetivo, matiza esa conclusión y admite que también puede haber argumentos para defender el recurso a las normas que regulan la responsabilidad contractual (arts. 1.101 y ss. CC).

Como indica LACRUZ<sup>20</sup>, la jurisprudencia ha sido vacilante al tratar esta cuestión y no siempre acorde entre las Salas 1.<sup>a</sup> y 6.<sup>a</sup> del Alto Tribunal. Así, la Sentencia de la Sala 1.<sup>a</sup> de 16 de mayo de 1988, referente a ruptura de tratos preliminares califica como extracontractual la responsabilidad *in contrahendo*. Sin embargo, la Sentencia de 26 de octubre de 1981 relativa a la anulación de una compraventa por dolo *in contrahendo* sigue la línea contractual, igual que las Sentencias de la Sala 6.<sup>a</sup> de 16 de diciembre de 1976, 2 de mayo de 1984 y 30 de octubre de 1988.

## b) El precontrato, contrato preliminar o preparatorio en general

### (i) Concepto y naturaleza

Señalan DÍEZ PICAZO y GULLÓN que «en la formación del contrato, y entre los tratos preliminares y el contrato definitivo, se suele incrustar a veces la figura del precontrato o promesa de contrato, sobre cuya naturaleza o esencia jurídica existen distintas doctrinas»<sup>21</sup>.

Lo cierto es que el contrato preparatorio, preliminar, *pactum de contrahendo*, promesa de contrato o precontrato, que por todos estos y algún nombre más es conocido, es una de las figuras más oscuras y controvertidas de nuestro Derecho, ya que no solo se discute su esencia y alcance, sino que no falta quien pone en tela de juicio su existencia como categoría jurídica admisible.

Una idea del maremagnum que el mismo constituye nos la dará una somera exposición de las más importantes teorías sobre su concepto y naturaleza, basada en los estudios del profesor CASTÁN<sup>22</sup>:

- Según la teoría clásica, defendida, entre otros, por SÁNCHEZ ROMÁN, VALVERDE, DE DIEGO, PUIG PEÑA y el propio CASTÁN, el precontrato sería un contrato preparatorio con entidad científica propia distinta del contrato final, pudiendo definirse como la convención por la que dos o más personas se comprometen a hacer efectiva en tiempo futuro la conclusión de un determinado contrato que por el momento no se quiere o no se puede hacer efectivo.
- La tesis negativa sostenida, entre otros, por ALGUER<sup>23</sup>, niega y critica el precontrato afirmando:

<sup>20</sup> LACRUZ BERDEJO, José Luis, *op. cit.*, pág. 386.

<sup>21</sup> DÍEZ PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho Civil*, Volumen II, Tecnos, 2003, pág. 68.

<sup>22</sup> CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho Civil Español, Común y Foral*, Tomo IV, Instituto Editorial Reus, Centro de Enseñanza y Publicaciones, S.A., 1961, págs. 24 a 27.

<sup>23</sup> ALGUER, José, «Para la crítica del concepto de precontrato», *Revista de Derecho Privado*, años 1935 y 1936.

1. Que carece de justificación, siendo un inútil y superfluo rodeo, pues en la práctica lleva al mismo resultado a que conduce el contrato principal del que en rigor tendría que ser meramente preparatorio.
  2. Que el segundo contrato no es tal, sino que se trataría de un simple acto debido.
  3. Que es incoercible, en cuanto que obligación de hacer, el deber de contratar asumido por una o ambas partes.
  4. Que si se admitiese la incoercibilidad del consentimiento, si una de las partes se negase a realizar el contrato definitivo se dejaba el cumplimiento al arbitrio de una de las partes, siendo pues nulo el precontrato (arts. 1.115 y 1.256 CC).
- La tesis intermedia propuesta por ROCA SASTRE<sup>24</sup>, partiendo de las ideas de DEGENKOLB, considera que en el precontrato las partes solo sientan unas líneas básicas, contrayendo la obligación de desarrollarlas en el futuro, en el que no hay, pues, celebración de otro contrato nuevo, sino desenvolvimiento completo del contrato único que existe.
  - Y finalmente, nos encontramos la teoría más aceptada actualmente por la doctrina y que fue elaborada por DE CASTRO. Para este autor, el precontrato es una de las fases del *iter* contractual. Así, «en la relación jurídica, que puede desembocar en la relación contractual definitiva, hay que distinguir dos momentos: 1.º Promesa de contrato, en la que se conviene el contrato proyectado y se crea la facultad de exigirlo, que funciona con cierta independencia, en cuanto tiene su propia causa; y 2.º La exigencia de cumplimiento de la promesa, que origina la vigencia del contrato que fuera proyectado». Siendo esto así, la promesa de contrato puede definirse como «el convenio por el que las partes crean en favor de una de ellas (onerosa o gratuitamente), o de cada una de ellas, la facultad de exigir la eficacia inmediata (*ex nunc*) de un contrato por ellas proyectado»<sup>25</sup>.

Con independencia de las anteriores teorías, lo que queda fuera de toda duda es la utilidad práctica del precontrato, ya que permite a las partes que por los motivos que sean no pueden celebrar de momento el contrato que les interesa, asegurar que este va a celebrarse en un tiempo posterior y más oportuno.

Su reconocimiento por el ordenamiento jurídico ha de quedar también fuera de duda, pues (i) su obligatoriedad derivará de los principios generales del Derecho y, sobre todo, del principio de autonomía privada y libertad contractual recogida por el artículo 1.255 del CC; y (ii) nuestro Derecho positivo admite de modo expreso la promesa de venta o compra (art. 1.451 CC) y la promesa de prenda o hipoteca (art. 1.862 CC).

<sup>24</sup> ROCA SASTRE, Ramón María, «Contrato de promesa», *Estudios de Derecho Privado*, Tomo I, Madrid, 1948, pág. 323.

<sup>25</sup> DE CASTRO, Federico, «La promesa de contrato», *ADC*, 1950, pág. 1.131.

*(ii) Requisitos del precontrato*

Los requisitos personales, reales y temporales del precontrato son los siguientes:

- Tener la capacidad que en concreto se exija para realizar el contrato definitivo <sup>26</sup>.
- El objeto del contrato preliminar consiste en la posterior realización de un contrato, por lo que este ha de ser lícito, posible y ha de estar determinado, al menos en los requisitos necesarios para su validez.
- Fijación de un plazo para celebrar el contrato definitivo, pues no pueden estar las partes vinculadas indefinidamente. Si el plazo no se fija quedará al arbitrio de los tribunales (art. 1.128 CC).

*(iii) Efectos*

De acuerdo con la doctrina clásica, el principal efecto del precontrato consistiría en generar a las partes la obligación de concluir en su día el contrato definitivo, no siendo posible pedir el cumplimiento forzoso de la promesa dado que la prestación del consentimiento para el contrato final es un hecho personalísimo e incoercible, solucionándose la negativa a cumplir la misma mediante el resarcimiento de los daños y perjuicios.

Esta idea en contra de la ejecución en forma específica fue recogida inicialmente por nuestra jurisprudencia (Sentencias del Tribunal Supremo de 9 de julio de 1940, de 31 de octubre de 1955, de 2 de mayo de 1959, de 19 de diciembre de 1963 y de 16 de octubre de 1965).

Sin embargo, la teoría hoy predominante defendida por DE CASTRO, al considerar al precontrato la primera etapa de un contrato de formación sucesiva, supone que en virtud de dicho precontrato se concede a las partes la facultad de exigir la puesta en funcionamiento del contrato proyectado para que este sea exigible y produzca sus efectos típicos. Y en el caso de que alguna de las partes se niegue a culminar el contrato entonces, de acuerdo con el artículo 708 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el juez podrá suplir el consentimiento del obligado al estar determinados en el precontrato los elementos esenciales del negocio.

Entre las Sentencias del Tribunal Supremo que reconocen esta segunda teoría podemos señalar la de 2 de diciembre de 1955, la de 2 de mayo de 1959, las de 21 de febrero y 11 de noviembre de 1969, la de 28 de julio de 1976, las de 28 de mayo y 30 de diciembre de 1980, la de 25 de enero de 1982, la de 26 de octubre de 1984 y la de 8 de julio de 1993.

<sup>26</sup> La doctrina tradicional (CASTÁN) consideraba que bastaba únicamente la capacidad general para obligarse, esto es, la exigida para los contratos en general y no la particular para el contrato principal. Sin embargo, hoy día la doctrina mayoritaria (DE CASTRO, DíEZ-PICAZO, PUIG BRUTAU y ROMÁN GARCÍA) con mayor acierto exige la capacidad propia del contrato definitivo.



Finalmente, conviene tener presente que en caso de cumplimiento se plantea la polémica entre si los efectos se retrotraen al momento del precontrato, o si por el contrario se producen *ex nunc*.

Según CASTÁN, convertida la promesa en contrato definitivo, los efectos de este último no pueden ser retrotraídos al momento de la perfección de la promesa, ya que esta y el contrato definitivo son contratos distintos <sup>27</sup>.

Sin embargo, este punto ha sido muy debatido. Por ejemplo, GIORGI hace referencia a varias opiniones contradictorias y juzga, por su parte, que la cuestión será de interpretación de voluntad de las partes, si bien la retroacción no podrá nunca perjudicar a los terceros que hayan adquirido derechos sobre las cosas objeto del contrato <sup>28</sup>.

### c) La promesa de vender o comprar

Nuestro CC regula especialmente dos clases de precontratos o promesas: la promesa de vender o comprar (art. 1.451) y la de prenda o hipoteca (art. 1.862). Nosotros nos vamos a centrar únicamente en la primera.

Según el artículo 1.451 del CC: «La promesa de vender o comprar, habiendo conformidad en la cosa y en el precio, dará derecho a los contratantes para reclamar recíprocamente el cumplimiento del contrato.

Siempre que no pueda cumplirse la promesa de compra y venta, regirá para vendedor y comprador, según los casos, lo dispuesto acerca de las obligaciones y contratos en el presente libro».

El precepto citado plantea dos problemas fundamentales: en primer lugar, se plantea la duda de si la promesa de venta puede equipararse a la venta definitiva.

Ahora bien, para un esclarecimiento de la cuestión hemos de indicar que no toda promesa de venta plantea estas dudas pues, como señala CASTÁN <sup>29</sup>, cabe distinguir:

1. La promesa unilateral de vender o comprar no aceptada, que es una simple oferta sin efectos apreciables.
2. La promesa unilateral de vender aceptada, o contrato de opción de compra al que luego nos referiremos.

<sup>27</sup> CASTÁN TOBEÑAS, José, *op. cit.*, pág. 36.

<sup>28</sup> GIORGI, Jorge, *Teoría de las obligaciones*, 2.ª ed. española, Tomo II, núm. 154, pág. 145.

<sup>29</sup> CASTÁN TOBEÑAS, José, *op. cit.*, págs. 38 y 39.

3. La promesa unilateral de comprar aceptada, figura extraña de escasa utilidad.
4. La promesa bilateral aceptada de comprar y vender, que es a la que parece referirse el artículo 1.451 del CC, pese a que su tenor literal, como señalan DÍEZ-PICAZO y GULLÓN<sup>30</sup> parece referirse a los unilaterales ya que habla de «comprar o vender». Esta promesa es la que plantea el problema que nos ocupa.

Respecto a este problema dos son las posturas que se han enfrentado:

1. La primera, defendida por MANRESA y MUCIUS SCAEVOLA, considera que la promesa de venta equivale plenamente a la compraventa y produce los mismos efectos que esta y muy especialmente la transmisión de la cosa.
2. La postura contraria (y mayoritaria entre nuestra doctrina) considera la promesa como un precontrato que producirá los efectos de esta figura, pero nunca podrá considerarse como una compraventa de presente ya perfeccionada. Así, lo ha refrendado la jurisprudencia mediante las Sentencias del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 1944, 15 de marzo de 1945, 26 de octubre de 1946, 23 de mayo de 1952, 6 de marzo de 1954, 29 de octubre de 1955 y 25 de marzo de 1957 y, más recientemente, la Sentencia de 11 de noviembre de 1973 que señala los siguientes argumentos para negar la asimilación entre la promesa y el contrato de compraventa:
  - Uno histórico, pues el principio del Código Civil francés de que la «promesa de venta vale como venta», no ha encontrado una reproducción en el actual artículo 1.451 del CC.
  - Otro sistemático, ya que el artículo 1.451.2 del CC no se remite a las normas específicas de la compraventa sino a las generales de las obligaciones.

En segundo lugar, se plantea la duda de qué efectos se producen en caso de incumplimiento (esto es, si es posible el cumplimiento en forma específica).

Respecto de este problema, cabe decir que, admitida la naturaleza de la promesa de venta como un precontrato, se reproduce la polémica que ya hemos analizado en el epígrafe anterior de si en caso de incumplimiento cabe o no la ejecución forzosa.

A efectos de evitar repeticiones innecesarias, baste decir al respecto que si en un principio la jurisprudencia fue contraria a tal posibilidad, a partir de la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 1950 se abrió una brecha en favor del cumplimiento en forma específica, tendencia esta que se ha ido consolidando a través de la jurisprudencia posterior tal y como ya vimos.

<sup>30</sup> DÍEZ PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *op. cit.*, págs. 70 y 71.

## d) El contrato de opción

### (i) Concepto y naturaleza jurídica

Según DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, por el contrato de opción una de las partes, concedente de la opción, atribuye a la otra, beneficiaria de la opción, un derecho que permite a esta última decidir, dentro de un determinado periodo de tiempo y unilateralmente, la celebración de un determinado contrato proyectado en sus elementos esenciales <sup>31</sup>.

En este mismo sentido se manifiestan las Sentencias del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 1995 y 14 de febrero de 1997, al señalar que el concepto de opción (de compra) «de construcción jurisprudencial, está perfectamente delimitado ya que consiste en conceder al optante la facultad exclusiva de prestar su consentimiento en el plazo contractualmente señalado a la oferta de venta, que por el primordial efecto de la opción es vinculante para el promitente, quien no puede retirarla durante el plazo aludido, y una vez ejercitada la opción oportunamente, se extingue y queda consumado y se perfecciona automáticamente el contrato de compraventa».

Por lo que se refiere a la naturaleza de la misma, la mayoría de los autores consideran el contrato de opción como una modalidad de precontrato, en concreto, una promesa unilateral de contrato.

Por otra parte, tanto doctrina como jurisprudencia diferencian entre el contrato de opción oneroso y el contrato de opción gratuito. Ahora bien, como señalan las Sentencias del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 1976 y de 13 de noviembre de 1992, «la circunstancia de que a la opción se le haya asignado un precio no tiene otra trascendencia jurídica que el convertir en bilateral y hacer oneroso el contrato de opción».

### (ii) Regulación

No existe una regulación general en nuestro Derecho del contrato de opción, si bien se ocupa del mismo a efectos registrales el artículo 14 del Decreto de 14 de febrero de 1947 por el que se aprueba el Reglamento Hipotecario (en adelante, el «RH»).

### (iii) Requisitos

A la hora de configurar la opción, se ha de cumplir con determinados requisitos, a saber:

- En el contrato de opción no se exigen unos requisitos especiales de capacidad y forma por lo que habrá de estarse a las reglas generales al respecto.

<sup>31</sup> DÍEZ PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *op. cit.*, pág. 71.

- En todo caso habrá de estar determinado el contrato al que se opta, aceptada la opción y fijado un plazo.

Si se tratase de una opción inscribible habrá de respetarse lo dispuesto en el artículo 14 del RH según el cual «será inscribible el contrato de opción de compra o el pacto o estipulación expresa que lo determine en algún otro contrato inscribible, siempre que además de las circunstancias necesarias para la inscripción reúna las siguientes:

- 1) Convenio expreso de las partes para que se inscriba.
- 2) Precio estipulado para la adquisición de la finca y, en su caso, el que se hubiere convenido para conceder la opción.
- 3) Plazo para el ejercicio de la opción, que no podrá exceder de cuatro años.

En el arriendo con opción de compra, la duración de la opción podrá alcanzar la totalidad del plazo de aquel, pero caducará necesariamente en caso de prórroga, tácita o legal, del contrato de arrendamiento».

#### (iv) Efectos

De manera resumida, puede señalarse que los efectos de este contrato son básicamente los siguientes:

- Pendiente la opción el concedente no puede realizar actos que frustren la efectividad del contrato y el optante, por su parte, está obligado a satisfacer el precio de la opción si se hubiera pactado, teniendo derecho a ejercitar la opción manifestando su voluntad en tal sentido.
- Ejercitado el derecho de opción queda el contrato a que esta se refiera en estado de cumplimiento.

#### (v) Naturaleza del derecho creado

Un problema que se plantea es el de la naturaleza del derecho creado por el contrato de opción, pues para parte de la doctrina se trata de un derecho real ya que se permite su inscripción y para otra parte sigue siendo un derecho de crédito.

No es el propósito del presente trabajo debatir acerca de la naturaleza jurídica del derecho de opción. Por ello, baste señalar con CASTÁN<sup>32</sup> que la doctrina actual considera que el derecho de opción

<sup>32</sup> CASTÁN TOBEÑAS, José, *op. cit.*, pág. 52.

puede tener carácter personal o real, según se haya constituido de uno u otro modo, en virtud de la soberana voluntad de las partes <sup>33</sup>.

#### (vi) Extinción

Finalmente, la opción se extingue:

- Por su ejercicio.
- Por resolución en caso de incumplimiento.
- Por el transcurso del plazo.
- Por las demás causas de extinción de las obligaciones.

## 4. ANÁLISIS ESPECÍFICO DE LAS CARTAS DE INTENCIONES

### a) Concepto e introducción de las distintas figuras que comprende

Definir de manera uniforme las cartas de intenciones resulta, hoy en día, tarea ciertamente ardua, pues ni doctrina ni jurisprudencia se ponen de acuerdo acerca de cuál debe ser el contenido básico de las mismas, ni de cuáles han de ser sus efectos típicos.

De ahí que el profesor FARNSWORTH, haya llegado a señalar que «las cartas de intenciones pueden ser, en ocasiones, tan complicadas que justifiquen el hecho de que hayan llegado a definirse como un auténtico invento del diablo que debería evitarse a toda costa» <sup>34</sup>.

Esto se debe principalmente a que se trata de una figura contractual de origen anglosajón, distinta de las figuras precontractuales que acabamos de estudiar, que se ha ido incorporando paulatinamente en nuestro ordenamiento jurídico como consecuencia de la globalización e internacionalización de los negocios y de su uso reiterado por los operadores económicos en las negociaciones previas al cierre de las operaciones de una cierta trascendencia económica, en general, y en las adquisiciones de empresas, en particular.

<sup>33</sup> En este mismo sentido se manifiesta ROCA SASTRE, Ramón María, «El contrato de opción», *Estudios*, I, págs. 350 y ss. y MEZQUITA, José Luis, «El pacto de opción», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1951, págs. 174 y ss.

<sup>34</sup> FARNSWORTH, Allan, «Precontractual liability and preliminary negotiations: Fair dealing and failed negotiations», 87 *Colum. Law Review*, 217, 1987.

Por ende, se trata de una figura extraña, atípica y ajena a nuestro sistema contractual que, sin embargo, tiene cabida en el mismo sobre la base de la libertad contractual de las partes contenida en el artículo 1.255 del CC.

Por otra parte, se ha de tener presente que la falta de regulación de las cartas de intención ha provocado que parte de la doctrina considere que el concepto «carta de intenciones» sea sinónimo de otras figuras como los *memoranda of understanding* o los acuerdos de intenciones.

Así, para CARRASCO PERERA y RENTERÍA TAZO, en el contexto de la adquisición de una empresa, la carta de intenciones «es un documento unilateral o bilateral en el que una o ambas partes de una negociación (i) declaran su compromiso/intención/deseo/oferta de comenzar o continuar una negociación que acabe con un acuerdo definitivo de compra, (ii) fijan los eventuales pactos alcanzados hasta ahora, y establecen que la negociación futura deberá partir de los mismos, (iii) delimitan el conjunto de los puntos sobre los que se deberá alcanzar un acuerdo satisfactorio y, en su caso, adelantan una cifra aproximativa del precio a pagar por las acciones o los activos, y (iv) establecen reglas obligatorias de carácter temporal con objeto de ordenar el proceso de negociación futura»<sup>35</sup>.

Y en la nota a pie de página relativa a esta definición señalan que «aunque el término al que se corresponde es el de *letter of intent*, en la praxis anglosajona se usan también otras expresiones equivalentes, como *memorandum of understanding*, *principle's agreement*, *heads of agreement*, etc.»<sup>36</sup>.

Sin embargo, esta definición es muy amplia y, en nuestra opinión, únicamente *lato sensu* se podría considerar encuadradas todas estas figuras bajo la categoría genérica de «carta de intenciones».

Por ello, creemos que es labor del jurista trazar las líneas divisorias entre las distintas figuras a pesar de que, como veremos, las mismas son en múltiples ocasiones difusas.

De este modo, en el presente trabajo distinguiremos fundamentalmente tres figuras, a saber: las cartas de intenciones en sentido estricto, los *memoranda of understanding* y los acuerdos de intenciones.

En este mismo sentido se manifiesta LLODRÀ GRIMALT, al señalar que dentro de las figuras precontractuales, tanto en Derecho español como en Derecho anglosajón, puede distinguirse básicamente tres tipos: la carta de intenciones, el acuerdo de intenciones y el precontrato, destacando además que, al igual que ocurre aquí, en Derecho anglosajón de forma habitual suele emplearse un único término, *letter of intent*, para designar a documentos que recojan cualquiera de estas figuras o una combinación de ellas<sup>37</sup>.

<sup>35</sup> CARRASCO PERERA, Ángel y RENTERÍA TAZO, Ainara, en la obra colectiva *Capital Riesgo (Private Equity). Aspectos regulatorios, mercantiles, financieros, fiscales y laborales*, Editorial Aranzadi, 2006, págs. 218 y 219.

<sup>36</sup> CARRASCO PERERA, Ángel y RENTERÍA TAZO, Ainara, *op. cit.*, pág. 218.

<sup>37</sup> LLODRÀ GRIMALT, Francisca, «Letter of intent, cartas de intenciones, precontrato», *Derecho de los negocios*, núm. 151, abril 2003, págs. 14 y ss.

En la misma línea, señala MARÍN NARROS<sup>38</sup> que «es un hecho notorio que en la complejidad del tráfico jurídico actual el fenómeno contractual ha evolucionado superando los esquemas contractuales que anteriormente se utilizaban.

En efecto, el clásico esquema de la vida de los contratos dividida en generación, perfección y consumación no puede aplicarse a la mayoría de los contratos de cierta entidad que se celebran actualmente.

Los contratos actuales responden a una formación "progresiva" o "sucesiva" que es fruto de una pluralidad de actos. Dentro de esta pluralidad de actos se encuentran las *letters of intent*, los *memoranda of understanding* y los acuerdos de intenciones».

Sea como fuere, una cosa ha de quedar clara antes de analizar estas figuras en detalle: todas ellas tienen una finalidad común, a saber, cumplen una función primordial en el proceso negociador encaminado a adquirir una empresa, porque, por mínimo que sea su contenido, sirven para limitar los riesgos que se producirían en una negociación abierta y sin compromisos y sirven para vincular a las partes a un determinado curso de conducta futura, que no se quiere mantener libre de toda restricción<sup>39</sup>.

## b) Letters of intent o cartas de intenciones en sentido estricto

### (i) Concepto y características

Lo primero que hay que tener presente a la hora de hablar de las *letters of intent* o cartas de intenciones en sentido estricto es que no existe una definición normativa de las mismas, debido a que son figuras atípicas no contempladas por nuestro ordenamiento jurídico.

A ello hay que añadirle que la jurisprudencia, a pesar de diferenciar las cartas de intenciones de los contratos definitivos, de las ofertas y en ocasiones de los precontratos, tampoco ha proporcionado un concepto unívoco de la carta de intenciones.

Para LLODRÀ GRIMALT, las cartas de intenciones son «invitaciones a contratar» no susceptibles de aceptación<sup>40</sup>.

<sup>38</sup> MARÍN NARROS, Héctor Daniel, *Concepción y eficacia de las letters of intent, los memoranda of understanding y los acuerdos de intenciones*, en la página web [www.juridicas.com](http://www.juridicas.com), febrero de 2009.

<sup>39</sup> CARRASCO PERERA, Ángel y RENTERÍA TAZO, Ainara, *op. cit.*, pág. 224.

<sup>40</sup> LLODRÀ GRIMALT, Francisca, *op. cit.*, pág. 15.

De este modo, no se trataría de ofertas, sino de declaraciones de voluntad unilaterales, plasmadas generalmente en forma epistolar <sup>41</sup>, destinadas a que otros formulen ofertas o a iniciar negociaciones.

En idéntico sentido parece manifestarse PUIG BRUTAU al considerar la carta de intenciones como una «invitación a presentar ofertas» o una «oferta con cláusulas sin compromiso» <sup>42</sup>.

Sin embargo, la doctrina no es unánime en este aspecto. Por ejemplo, para LOBATO DE BLAS <sup>43</sup>, CARBONNIER o GORLA, la carta de intenciones ha de ser considerada una «oferta simple», que se distinguiría de la «oferta vinculante» en dos matices, a saber:

- La oferta simple no contiene todos los elementos del futuro contrato, por lo que no puede ser objeto de aceptación.
- La intención de la oferta vinculante es de contratar, mientras que la voluntad de la oferta simple consiste en iniciar la negociación o ánimo de tratar, en vez de ánimo de contratar.

En cualquier caso, como indica MARÍN NARROS «todos los autores parecen coincidir en que las *letters of intent* o cartas de intenciones son documentos que recogen una invitación a contratar. Por consiguiente, son actos previos a los tratos preliminares, cuya única finalidad es plasmar esa voluntad de tratar. Consecuentemente, sus rasgos característicos son, por un lado, la intención de una las partes de tratar, y no de vincularse; y, por otro, que este documento no contenga todos los elementos del contrato que se pretende celebrar».

De este modo, continúa MARÍN NARROS, «parece acertada la posición doctrinal descrita de estimar que hay una figura previa a los tratos preliminares, cuya única finalidad es el inicio de los mismos» debiendo postularse un concepto de carta de intenciones «con las siguientes características:

- 1) Es un documento privado que no recoge una voluntad de contratar ni de vincularse por parte de quien lo emite.
- 2) Constituye una manifestación unilateral de querer iniciar unas negociaciones, en la que se describe el tipo de contrato proyectado, y en algunos casos, determinados aspectos suyos, como su objeto o plazo de inicio. Pero las *letters of intent* no precisan más aspectos del futuro contrato, porque estos deberán ser negociados. A veces las *letters of intent* pueden contener la aceptación del destinatario, constituyendo el inicio de los tratos preliminares.
- 3) Es una figura autónoma del contrato proyectado, que tiene sus propios efectos» <sup>44</sup>.

<sup>41</sup> Como acertadamente señalan CARRASCO PERERA, Ángel y RENTERÍA TAZO, Ainara, «la forma epistolar no solo permite mayor plasticidad expresiva sino que destaca con especial énfasis que el declarante no está incurriendo en ningún compromiso en firme» (CARRASCO PERERA, Ángel y RENTERÍA TAZO, Ainara, *op. cit.*, pág. 221).

<sup>42</sup> PUIG BRUTAU, José, *Compendio de Derecho Civil*, vol. II, Bosch, Barcelona, 1997, págs. 217 y 218.

<sup>43</sup> LOBATO DE BLAS, Jesús, «Consideraciones sobre el concepto de tratos preliminares», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 6, diciembre de 1976, págs. 564 a 566.

<sup>44</sup> MARÍN NARROS, Héctor Daniel, *op. cit.*



Por otra parte, no cabe ninguna duda de la existencia de las invitaciones a contratar o negociar en nuestro tráfico jurídico, siendo cada vez más frecuente hacer uso de las mismas para comenzar un proceso negociador.

El ejemplo más claro de este fenómeno se encuentra en las adquisiciones de empresas tanto en el procedimiento *one-to-one* como en los procedimientos de subasta privada o *beauty contest*.

En efecto, la complejidad que supone llegar a materializar la compraventa de una empresa o grupo de empresas obliga hoy en día a utilizar la figura de la carta de intenciones pues:

- Mediante la misma se demostrará la clara intencionalidad de iniciar una negociación que podrá o no terminar con la formalización del acuerdo o contrato definitivo.
- La carta se hace precisa cuando el proceso negociador requiere una serie de consentimientos que se han de producir de modo consecutivo, y cuya concurrencia no se garantiza con la existencia de un proceso negociador ya en curso <sup>45</sup>.

## (ii) Eficacia

De lo expuesto hasta ahora, se puede deducir lo siguiente respecto de las cartas de intenciones:

- Son declaraciones unilaterales plasmadas generalmente en forma epistolar que persiguen la manifestación de voluntad de las otras partes de comenzar las negociaciones.
- La aceptación de las mismas implicaría, no solo el comienzo de los tratos preliminares, sino que además, nacería para las partes la obligación de negociar de buena fe, eso sí, sin verse limitada en absoluto su libertad contractual.

Por ende, se trata de unas manifestaciones de negociar vagas sin carácter vinculante, con un alto grado de indeterminación, que normalmente solo detallarán las partes y el objeto de la negociación que se va a iniciar.

De este modo, y al carecer del mencionado carácter vinculante, resulta ciertamente complicado que de las cartas de intenciones pueda derivarse responsabilidad precontractual o culpa *in contrahendo*, dado que difícilmente concurrirían las condiciones que reclama la jurisprudencia, a saber: una legítima expectativa, una ruptura injustificada de las negociaciones, un daño efectivo y una relación de causalidad con la ruptura de las negociaciones <sup>46</sup>.

<sup>45</sup> CARRASCO PERERA, Ángel y RENTERÍA TAZO, Ainara, *op. cit.*, pág. 225.

<sup>46</sup> Véanse al respecto la STS de 14 de junio de 1999, la STS de 26 de febrero de 1994 y la STS de 5 de abril de 1999, entre otras muchas.

## c) Memoranda of understanding

### (i) Concepto y características

Hacer uso de los *memoranda of understanding* también es frecuente a la hora de proceder a adquirir una empresa o grupo de empresas.

Al igual que ocurre con la carta de intenciones, no existe una definición normativa ni jurisprudencial del *memorandum of understanding*, debido a que se trata de una figura atípica no contemplada por nuestro ordenamiento jurídico que se ha ido introduciendo poco a poco en el tráfico jurídico con base en el artículo 1.255 del CC.

Podemos definirlos como aquellos documentos bilaterales en los que se plasma documentalmente los acuerdos parciales sobre el contrato proyectado que se han ido alcanzando por las partes durante la negociación, y que tienen por finalidad acreditar el estado de las negociaciones<sup>47</sup> de cara a un potencial conflicto o una posible reclamación, y permitir avanzar en la negociación partiendo de unos términos ya consensuados sobre los que en principio no se requiere más negociación.

De este modo, nos encontraríamos ante unos tratos preliminares que no obligan a la celebración del contrato proyectado, permitiéndose a las partes abandonar la contratación<sup>48</sup>, y que de por sí no generan ningún tipo de responsabilidad para las partes.

En definitiva, como señala MARÍN NARROS, «los *memoranda of understanding* se caracterizan por:

- 1) Ser documentos privados que establecen una serie de acuerdos parciales sobre determinados aspectos de un contrato proyectado.
- 2) Que los acuerdos parciales alcanzados en la mayoría de los casos son insuficientes para considerar que el contrato proyectado existe, o en su caso, poder instar su cumplimiento.
- 3) No contener una voluntad de contratar, y por ende, de perfeccionar el contrato definitivo. Esta voluntad a veces se refleja expresamente en el *memorandum of understanding* mediante cláusulas que niegan el carácter vinculante de los acuerdos recogidos en el documento o que establecen una formalización posterior del contrato proyectado.

<sup>47</sup> De manera similar, ALONSO PÉREZ señala que «el documento en el que se expresa el curso y circunstancias de las negociaciones solo vale como prueba de que existieron, y puede servir de orientación para la interpretación del contrato. En ningún caso revelan un contenido negocial» (ALONSO PÉREZ, Mariano, *op. cit.*, pág. 11).

<sup>48</sup> CAVANILLAS MÚGICA, Santiago, «Sentencia de 10 de abril de 2000: Acuerdo de intenciones y opción de compra. Eficacia frente a terceros de la opción de compra. Acción reivindicatoria sobre derechos de explotación de la propiedad intelectual», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 54, octubre/diciembre 2004, págs. 1.141 a 1.162.

- 4) Que los acuerdos alcanzados están condicionados a la conclusión del contrato proyectado.
- 5) Que tienen por finalidad acreditar el estado de las negociaciones para evitar tener que negociar aspectos ya consensuados y tener pruebas fehacientes de cara a una posible reclamación por ruptura injustificada de las negociaciones.

En conclusión, los *memoranda of understanding* son documentos que plasman acuerdos parciales sobre el contenido del contrato proyectado que están sometidos a una condición resolutoria: la conclusión del contrato definitivo»<sup>49</sup>.

## (ii) Eficacia

LOBATO DE BLAS<sup>50</sup>, siguiendo a RAVAZZONI y CARRARA considera que los *memoranda of understanding* despliegan fundamentalmente dos efectos, a saber:

- En virtud del *memorandum of understanding* se podría obligar a las partes a continuar con los tratos preliminares, pudiendo constituir dicho documento un medio de prueba suficiente para acreditar el carácter injustificado de la ruptura de las negociaciones.
- Al recogerse en los mismos los acuerdos parciales sobre determinados aspectos del contrato proyectado, se deriva la prescripción de no volver a discutir o considerar dichos aspectos.

En definitiva, los *memoranda of understanding* reflejan la voluntad de tratar y no de contratar, por lo que nos encontramos claramente ante tratos preliminares, es decir, ante «actos que los interesados y sus auxiliares realizan con el fin de elaborar y concretar un contrato»<sup>51</sup>.

Y como tales tratos preliminares, solo pueden originar responsabilidad precontractual o culpa *in contrahendo*, siempre que además se cumplan las condiciones que señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de junio de 1999, y que ya indicamos al hablar de las cartas de intenciones en sentido estricto, esto es:

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

<sup>49</sup> MARÍN NARROS, Héctor Daniel, *op. cit.*

<sup>50</sup> LOBATO DE BLAS, Jesús, *op. cit.*, págs. 577 a 581.

<sup>51</sup> DÍEZ PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Instituciones de Derecho Civil*, Tomo I, Tecnos, Madrid, 1973, págs. 328 y 329.

## d) Acuerdos de intenciones

### (i) Concepto y características

Como no podía ser de otra forma, los acuerdos de intenciones, también conocidos como pactos de intenciones, compromisos de intenciones y, menos frecuentemente, como cartas acuerdo, tampoco se encuentran definidos por el ordenamiento jurídico español.

Asimismo, la doctrina y la jurisprudencia tampoco han establecido unos criterios uniformes para definirlos.

Así, nuestro Tribunal Supremo<sup>52</sup> y autores como CAVANILLAS MÚGICA<sup>53</sup> y LLODRÀ GRIMALT<sup>54</sup> equiparan los acuerdos de intenciones con el concepto que nosotros hemos dado para los *memoranda of understanding* al considerarlos situados en la fase de los tratos preliminares y definirlos como la plasmación por escrito a efectos probatorios, de las conversaciones que se mantienen durante la negociación contractual.

SIMÓ SEVILLA, por su parte, considera que los acuerdos de intenciones se caracterizan por (i) tener por objeto documentar los tratos preliminares, pudiendo recogerse en ellos las líneas básicas del contrato proyectado y (ii) la ausencia de carácter vinculante de los mismos<sup>55</sup>.

En nuestra opinión, la definición más adecuada es la postulada por Díez-PICAZO al señalar que se trata de «contratos destinados a normar la fase negociadora y a establecer los recíprocos derechos y deberes de las partes dentro de ella»<sup>56</sup>.

De este modo, los acuerdos de intenciones son contratos con sustantividad propia que, por ende, despliegan los efectos que le son propios. De ahí que deban ser diferenciados tanto del contrato final proyectado, como de los tratos preliminares, siendo además discutible, la postura defendida por parte de la doctrina en virtud de la cual son identificados como precontratos.

Y son contratos puesto que reúnen los requisitos que fija el CC en su artículo 1.261, a cuyo tenor «no hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes:

<sup>52</sup> Véanse la STS de 3 de junio de 1998 y la STS de 11 de abril de 2000.

<sup>53</sup> CAVANILLAS MÚGICA, Santiago, *op. cit.*, pág. 1.151.

<sup>54</sup> LLODRÀ GRIMALT, Francisca, *op. cit.*, pág. 15.

<sup>55</sup> SIMÓ SEVILLA, Diego y otros autores, *Instituciones de Derecho Privado*, Tomo III, Volumen 2, Civitas, 1.ª ed., Madrid, 2005, pág. 336.

<sup>56</sup> Díez PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Volumen I, Civitas, 5.ª ed., Madrid, 1996, pág. 280.

- 1) Consentimiento de los contratantes.
- 2) Objeto cierto que sea materia del contrato.
- 3) Causa de la obligación que se establezca».

En efecto, el acuerdo de intenciones tiene todos los elementos exigidos en dicho artículo.

Así, en primer lugar, aparece el consentimiento o voluntad expresa de las partes a someterse al mismo, consentimiento distinto del contrato definitivo, no solo por formularse en momentos distintos, sino además, porque el consentimiento versa sobre objetos y causas distintas.

En segundo lugar, el objeto consiste en reglar la fase negociadora del contrato definitivo, implicando necesariamente la negociación de buena fe.

Y finalmente, la causa se identificaría, directamente con los derechos y obligaciones que asumen las partes e indirectamente con la intención de celebrar el contrato definitivo.

De este modo, como señala MARÍN NARROS, las cláusulas que en la práctica se incluyen en un acuerdo de intenciones son las siguientes <sup>57</sup>:

- Su objeto es una negociación de un futuro contrato de buena fe, obligándose a transmitir la información necesaria y relevante para que la misma llegue a buen fin.
- El tipo de contrato que se va negociar suele estar fijado, precisando en algunos casos determinados aspectos del contrato proyectado, como su objeto.
- Hay alusiones al carácter no vinculante del documento, siendo frecuente la incorporación de un derecho de desistimiento.
- Se dispone el cumplimiento de una formalidad respecto al contrato definitivo, siendo esta generalmente la elevación a público del documento.
- Se establecen una serie de regulaciones sobre la negociación, como la prohibición de negociar con terceros (exclusividad), la obligación de preservar la confidencialidad, la duración de la negociación o cláusulas penales por los posibles incumplimientos de las partes.

En particular, en los acuerdos de compraventa de empresas es frecuente incluir cláusulas que determinen el precio o contengan una fórmula que permita su determinación futura, así como cláusulas que regulen el procedimiento de realización de la operación, incluyendo las preceptivas auditorías (*due diligences*) financieras y jurídicas, y cláusulas sobre la ley aplicable y la resolución de conflictos mediante jurisdicción o arbitraje.

<sup>57</sup> MARÍN NARROS, Héctor Daniel, *op. cit.*

Como vemos, los acuerdos de intenciones para adquirir empresas son bastante completos. De ahí que en aquellas ocasiones en las que contengan todos los elementos esenciales del contrato definitivo, más que acuerdos de intenciones puedan llegar a ser considerados:

- Bien como un contrato de compraventa sometido a condición resolutoria de la realización de la *due diligence* y a su resultado. En efecto, en estos casos el acuerdo de intenciones contendrá una oferta firme de compra aceptada en el mismo documento, pero condicionadas tanto la oferta como la aceptación al resultado final de la *due diligence*.
- Bien como un precontrato en el sentido apuntado por DE CASTRO. Así, sería la primera fase del *iter* contractual, es decir, la primera etapa de un contrato de formación sucesiva en virtud de la cual se concede a las partes la facultad de exigir la puesta en funcionamiento del contrato proyectado para que este sea exigible y produzca sus efectos típicos. Y, como ya indicamos, en el caso de que alguna de las partes se niegue a culminar el contrato entonces, de acuerdo con el artículo 708 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el juez podrá suplir el consentimiento del obligado al estar determinados en el precontrato los elementos esenciales del negocio.

#### (ii) Eficacia

En virtud de lo anterior, parece claro que los acuerdos de intenciones se caracterizan por tener una doble naturaleza: por un lado, el hecho de regular los derechos y obligaciones a respetar en el proceso negociador los incluye dentro del ámbito contractual; por otra parte, en tanto que no representan el contrato definitivo que las partes pretenden, se incluiría dentro de la fase precontractual de los tratos preliminares.

En consecuencia, los acuerdos de intenciones pueden generar dos tipos de responsabilidad autónomas entre sí: la precontractual y la contractual.

Por lo que se refiere a la responsabilidad precontractual, ya hemos visto varias veces a lo largo del presente trabajo los requisitos exigidos por la jurisprudencia, a saber: una legítima expectativa, una ruptura injustificada de las negociaciones, un daño efectivo y una relación de causalidad con la ruptura de las negociaciones<sup>58</sup>.

Por lo que se refiere a la responsabilidad contractual, es evidente que al tratarse de un contrato con sustantividad propia, reunir los elementos exigidos por el artículo 1.261 del CC, y contener una serie de derechos y obligaciones recíprocos, el incumplimiento del mismo supondría la posibilidad de aplicar los mecanismos habituales para estos casos y que son:

- Los artículos 1.101 y siguientes del CC, reguladores de la responsabilidad contractual, en virtud de la cual quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los

<sup>58</sup> Cfr. nota 46.

que en el cumplimiento de sus obligaciones incurren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravienen al tenor de aquellas.

- El artículo 1.124 del CC, sobre resolución de los contratos según el cual «la facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe.

El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos. También podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando este resultare imposible».

### e) Uso de estas figuras en las adquisiciones de empresas

Acabamos de analizar en detalle las distintas figuras precontractuales utilizadas habitualmente en las adquisiciones de empresas.

De lo expuesto se deduce claramente que a la hora de determinar si nos encontramos ante una u otra figura nos movemos en terreno pantanoso dado que:

1. No existen definiciones unívocas de las mismas ni doctrinal ni jurisprudencialmente.
2. Como consecuencia de lo anterior y dada la falta de regulación de las mismas, parte de la doctrina equipara, sin establecer distinción alguna, el concepto «carta de intenciones» con los *memoranda of understanding* o los acuerdos de intenciones.
3. Las líneas divisorias entre las distintas figuras son en múltiples ocasiones difusas, haciendo muy difícil identificar si el documento concreto se encuadra en una u otra categoría.

En cualquier caso, lo que sí ha de quedar claro, sobre todo para aquellos que deseen hacer uso de estas figuras precontractuales (en los términos aquí descritos) a la hora de adquirir una empresa, es que los niveles de vinculación y, por tanto, de responsabilidad variarán y aumentarán en función del tipo de figura que se elija.

Así, mientras que será difícil que una carta de intenciones en sentido estricto y un *memorandum of understanding* generen responsabilidad precontractual, en el caso incumplimiento de acuerdos de intenciones no cabe duda alguna que podrá generarse, como hemos visto, tanto responsabilidad contractual como precontractual.

Finalmente, conviene recordar que todas las figuras aquí detalladas tienen una finalidad común, a saber, cumplen una función primordial en el proceso negociador encaminado a adquirir una empresa, porque, por mínimo que sea su contenido, sirven para limitar los riesgos que se producirían en una negociación abierta y sin compromisos y sirven para vincular a las partes a un determinado curso de conducta futura, que no se quiere mantener libre de toda restricción.

## 5. CONCLUSIONES

En el presente trabajo se ha analizado tanto el régimen jurídico como cuestiones de índole práctica de los acuerdos preliminares y la documentación precontractual en las adquisiciones de empresas.

A la luz de lo anterior, procede, finalmente, que exponamos de manera concisa algunas de las conclusiones a las que hemos llegado, a saber:

a) La compra de una sociedad o grupo de sociedades supondrá la mayoría de las veces un proceso lleno de complejidad tanto documental como técnica.

Al no existir un marco normativo que regule el proceso de adquisición de una empresa, la práctica de esta clase de operaciones sobre la base de conceptos anglosajones ha derivado en dos tipos de procedimiento bastante estandarizados: el procedimiento *one-to-one* y el procedimiento de subasta privada o *beauty contest*, siendo muy habitual tanto en uno como en otro hacer uso de las figuras de los tratos preliminares y los acuerdos precontractuales.

b) Nuestra doctrina y jurisprudencia, al tratar la fase precontractual, se ha centrado tradicionalmente en analizar las figuras de los tratos preliminares, el precontrato y dentro del mismo las figuras de la promesa de venta o compra y la opción de compra. Respecto de las mismas se puede concluir lo siguiente:

- (i) La finalización y ruptura de los tratos preliminares no implican consecuencia alguna, no suponiendo el nacimiento de responsabilidad alguna salvo que la misma se lleve a cabo de una manera injustificada y conculcando el principio de buena fe, en cuyo caso nacerá la responsabilidad precontractual o culpa *in contrahendo*.
- (ii) El precontrato es una de las figuras más oscuras y controvertidas de nuestro Derecho, ya que no solo se discute su esencia y alcance, sino que no falta quien pone en tela de juicio su existencia como categoría jurídica admisible.

Ahora bien, en nuestra opinión, la doctrina que mejor define esta figura es la defendida por el profesor DE CASTRO, en cuya virtud, el precontrato es una de las fases del *iter* contractual, en concreto, la primera etapa de un contrato de formación sucesiva, en virtud del cual se concede a las partes la facultad de exigir la puesta en funcionamiento del contrato proyectado para que este sea exigible y produzca sus efectos típicos. Y en el caso de que alguna de las partes se niegue a culminar el contrato entonces, de acuerdo con el artículo 708 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el juez podrá suplir el consentimiento del obligado al estar determinados en el precontrato los elementos esenciales del negocio.

- (iii) La utilidad práctica del precontrato ha de quedar fuera de toda duda, ya que permite a las partes que por los motivos que sean no pueden celebrar de momento el contrato que les interesa, asegurar que este va a celebrarse en un tiempo posterior y más oportuno.



- (iv) El reconocimiento por el ordenamiento jurídico del precontrato ha de quedar también fuera de duda pues (i) su obligatoriedad derivará de los principios generales del Derecho y, sobre todo, del principio de autonomía privada y libertad contractual recogida por el artículo 1.255 del CC; y (ii) nuestro Derecho positivo admite de modo expreso la promesa de venta o compra (art. 1.451 del CC) y la promesa de prenda o hipoteca (art. 1.862 del CC).
- (v) A pesar de que una parte de la doctrina considera que la promesa de venta equivale plenamente a la compraventa y produce los mismos efectos que esta, nosotros creemos, con la doctrina mayoritaria, que la promesa ha de ser considerada como un precontrato que producirá los efectos de esta figura.
- (vi) Creemos, al igual que la mayoría de los autores, que el contrato de opción es también una modalidad de precontrato; en concreto, se trataría de una promesa unilateral de contrato.

c) Al margen de estas figuras clásicas, se han ido incorporando paulatinamente a nuestro ordenamiento y tráfico jurídico nuevas figuras precontractuales de origen anglosajón que son consecuencia de la globalización e internacionalización de los negocios y de su uso reiterado por los operadores económicos en las negociaciones previas al cierre de las operaciones de una cierta trascendencia económica, en general, y en las adquisiciones de empresas, en particular.

Se trata de las cartas de intenciones o *letters of intent*, los *memoranda of understanding* y los acuerdos de intenciones.

Sobre ellas, hemos llegado a las siguientes conclusiones:

- (i) Se trata de figuras extrañas, atípicas y ajenas a nuestro sistema contractual de las que no existen definiciones unívocas ni doctrinal ni jurisprudencialmente y que, sin embargo, tienen cabida en el mismo sobre la base de la libertad contractual de las partes contenida en el artículo 1.255 del CC.
- (ii) Así, la falta de regulación de las mismas ha provocado que parte de la doctrina equipare erróneamente las cartas de intenciones con los *memoranda of understanding* y los acuerdos de intenciones.
- (iii) Es cierto que las líneas divisorias entre las distintas figuras son en múltiples ocasiones difusas, haciendo muy difícil identificar si el documento concreto se encuadra en una u otra categoría. Sin embargo, es labor del jurista intentar dar siquiera unas pautas que permitan distinguir las mismas. De este modo:
  - Las cartas de intenciones en sentido estricto son invitaciones a negociar, es decir, se trata de declaraciones de voluntad unilaterales, plasmadas generalmente en forma epistolar, destinadas a que otros formulen ofertas o a iniciar negociaciones.
  - Los *memoranda of understanding* son aquellos documentos bilaterales en los que se plasma documentalmente los acuerdos parciales sobre el contrato proyectado

que se han ido alcanzando por las partes durante la negociación, y que tienen por finalidad acreditar el estado de las negociaciones de cara a un potencial conflicto o una posible reclamación, y permitir avanzar en la negociación partiendo de unos términos ya consensuados sobre los que en principio no se requiere más negociación.

- Los acuerdos de intenciones son los contratos destinados a normar la fase negociadora y a establecer los recíprocos derechos y deberes de las partes dentro de ella.

Ahora bien, al ser generalmente acuerdos bastante completos, puede ocurrir que si contienen todos los elementos esenciales del contrato definitivo, pueden llegar a ser considerados bien como un contrato de compraventa sometido a condición resolutoria de la realización de una *due diligence* y al resultado de la misma, o bien como un precontrato en el sentido apuntado por DE CASTRO, es decir, como si se tratara la primera fase del *iter* contractual.

- (iv) Resulta ciertamente complicado que de las cartas de intenciones y de los *memoranda of understanding* pueda derivarse responsabilidad precontractual o culpa *in contrahendo*, dado que difícilmente concurrirían las condiciones que reclama la jurisprudencia, a saber: una legítima expectativa, una ruptura injustificada de las negociaciones, un daño efectivo y una relación de causalidad con la ruptura de las negociaciones

Por el contrario, los acuerdos de intenciones al caracterizarse por tener una doble naturaleza, contractual (al regular los derechos y obligaciones a respetar en el proceso negociador) y precontractual (en tanto que no representan el contrato definitivo que las partes pretenden), pueden generar las correlativas responsabilidades contractual y precontractual.

La responsabilidad precontractual se generará siempre y cuando se cumplan los requisitos jurisprudenciales ya señalados, y la contractual desde el momento en el que alguna de las partes proceda a incumplir el acuerdo, pudiendo entonces accionarse los mecanismos previstos en nuestro CC en los artículos 1.101 y siguientes (sobre responsabilidad contractual) y en el artículo 1.124 (sobre la resolución de los contratos).

- (v) Por último, se ha de tener presente que todas estas figuras tienen una finalidad común, a saber, cumplen una función primordial en el proceso negociador encaminado a adquirir una empresa, porque, por mínimo que sea su contenido, sirven para limitar los riesgos que se producirían en una negociación abierta y sin compromisos y sirven para vincular a las partes a un determinado curso de conducta futura, que no se quiere mantener libre de toda restricción.

d) En virtud de lo anterior, resulta evidente que siempre que se desee culminar con éxito una operación de adquisición de empresas será necesario configurar algún tipo de documento precontractual, con los efectos y elementos vinculantes que se estime en ese momento pertinentes, siendo, por ello, altamente recomendable contratar a los mejores especialistas en esta materia.

Madrid, 11 de abril de 2011

## 6. BIBLIOGRAFÍA

- ALGUER, José, «Para la crítica del concepto de precontrato», *Revista de Derecho Privado*, años 1935 y 1936.
- ALONSO PÉREZ, Mariano, «La responsabilidad precontractual», *RCDI*, 1971.
- ASÚA GONZÁLEZ, Clara, *La culpa «in contrahendo»*, Bilbao, 1989.
- CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho Civil Español, Común y Foral*, Tomo IV, Instituto Editorial Reus, Centro de Enseñanza y Publicaciones, S.A., 1961.
- CAVANILLAS MÚGICA, Santiago, «Sentencia de 10 de abril de 2000: Acuerdo de intenciones y opción de compra. Eficacia frente a terceros de la opción de compra. Acción reivindicatoria sobre derechos de explotación de la propiedad intelectual», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 54, octubre/diciembre de 2004.
- CENTRO DE ESTUDIOS GARRIGUES, *Libro de Estilo Garrigues*, Editorial Aranzadi, 2005.
- DE CASTRO, Federico, «La promesa de contrato», *ADC*, 1950.
- DÍEZ PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Volumen I, Civitas, 5.ª ed., Madrid, 1996.
- DÍEZ PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Instituciones de Derecho Civil*, Tomo I, Tecnos, Madrid, 1973.
- *Sistema de Derecho Civil*, Volumen II, Tecnos, 2003.
- ESPIAU ESPIAU, S., VAQUER ALOY, A., VIGURI PEREA, A., *Bases de un Derecho Contractual Europeo. Bases of a European Contract Law*, extraído de [www.tirantonline.com/action/to!tplt=init](http://www.tirantonline.com/action/to!tplt=init)
- FARNSWORTH, Allan, «Precontractual liability and preliminary negotiations: Fair dealing and failed negotiations», 87 *Colum. Law Review*, 217, 1987.
- GIORGI, Jorge, *Teoría de las obligaciones*, 2.ª ed. española, Tomo II, núm. 154.
- HERNANDO CEBRIÁ, Luis, *El contrato de compraventa de empresa*, Tirant lo Blanch, 2005.
- HÖLTERS, W. (dir.), *Handbuch des Unternehmens und Beteiligungskaufs*, 4 Auf., Otto Schmidt, Köln, 1996.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Elementos de Derecho Civil*, Volumen II-1, Dykinson, 2000.
- LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, *Principios de Derecho Civil*, Volumen 3, Trivium, 1999.
- LLODRÀ GRIMALT, Francisca, «Letter of intent, cartas de intenciones, precontrato», *Derecho de los negocios*, núm. 151, abril 2003.
- LOBATO DE BLAS, Jesús, «Consideraciones sobre el concepto de tratos preliminares», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 6, diciembre de 1976.
- MARÍN NARROS, Héctor Daniel, *Concepción y eficacia de las letters of intent, los memoranda of understanding y los acuerdos de intenciones*, en la página web [www.juridicas.com](http://www.juridicas.com), febrero de 2009.
- MARTÍ MOYA, Vanessa, «La configuración de los tratos preliminares y la responsabilidad precontractual en los procedimientos de fusión de sociedades», *Revista Española de Capital Riesgo*, núm. 3 de 2007, M&A Businessshop, SL.

- MAZEAUD, J., «Conduite des négociations contractuelles et responsabilité civile délictuelle», *RTDComm*, 1998.
- MEZQUITA, José Luis, «El pacto de opción», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1951.
- PUIG BRUTAU, José, *Compendio de Derecho Civil*, Volumen II, Bosch, Barcelona, 1997.
- ROCA SASTRE, Ramón María, «Contrato de promesa», *Estudios de Derecho Privado*, Tomo I, Madrid, 1948.
- «El contrato de opción», *Estudios*, I.
- ROZÈS, L., «Les avant-contrats. Projets et accords de principe», *RTDComm*, 1998.
- SAAVEDRA ORTIZ, Juan, «¿Cómo redactar el contrato de confidencialidad en un proceso de venta de empresa a través de subasta?», *Capital & Corporate Magazine*, Revista núm. 3, marzo de 2008.
- SIMÓ SEVILLA, Diego y otros autores, *Instituciones de Derecho Privado*, Tomo III, Volumen 2, Civitas, 1.ª ed., Madrid, 2005.
- VV.AA., *Fusiones y Adquisiciones de Empresas*, Editorial Aranzadi, 2004.
- *Capital Riesgo (Private Equity). Aspectos regulatorios, mercantiles, financieros, fiscales y laborales*, Editorial Aranzadi, 2006.
- *Régimen jurídico y tributario del capital riesgo en España: entidades y operaciones*, Marcial Pons, 2006.
- *The Art of M&A. A Merger/Acquisition/Buyout Guide*, McGraw-Hill, 2007.