

Acuerdos de intención, también conocidos como convenios o cartas de entendimiento, carta de intenciones, carta compromiso. etc. Son varias las denominaciones utilizadas para referirse a este tipo de acuerdo, pudiendo mencionarse además del mencionado “acuerdo de intenciones”, los anglicismos jurídicos “letter of intent”, memorandum of understanding. Este “acuerdo es uno de los documentos que suele recoger las primeras tratativas de una negociación comercial entre potenciales socios, o un avance bien sustancial de las mismas, el cual en buena medida refleja las intenciones de las partes, sus objetivos y límites, y el grado de control que estas quieren ejercer en el negocio, proyecto o sociedad conjunta que piensan concretar a futuro concretar las partes intervinientes .

El objeto de esta “carta de intenciones” es delinear o preparar con un cierto grado de certeza, el camino futuro del contrato que vinculará a las partes, pues no basta a las partes que recurren a este documento, la sola palabra de estas, o las solas tratativas materiales que indiquen que se conducen a un acuerdo pleno. Se trata entonces de delimitar con niveles aceptables de certeza, lo que serán las líneas generales del acuerdo o contrato a formalizarse en el corto o mediano plazo; acuerdo en el que se buscará asentar la mayoría de los términos futuros de su relación contractual. Este acuerdo de intenciones, por supuesto no contiene todo el contenido del futuro contrato, pero al menos vislumbra de modo general la asimilación de puntos en común entre las partes, los que permitirán llegar al todo en corto plazo. De lo que realmente se trata es de asegurar que los tratos previos, negociaciones, y tiempo invertido en ello -- que podría alargarse más de la cuenta-- son serios, y no solamente prolongadas conversaciones sin fin y objetivo, procurando que produzcan los efectos deseados por las partes, es decir, los firmantes se obligan con este documento a negociar de buena fe los términos de lo que se convertirá, llegado el caso, en el contrato final.

Este acuerdo de intenciones presenta la ventaja de recoger por escrito los términos de la relación, es decir, los resultados de ésta cualquiera que sea el momento o avance en las negociaciones a la que se haya llegado. La existencia de éste documento por escrito presenta además la ventaja probatoria ante

cualquier **responsabilidad extracontractual o inclusive contractual**, que pudiera eventualmente producirse, pues es necesario que las partes no dejen de prestar atención a lo que **“no desean obligarse”** ya que muchas veces la redacción de esta clase de documentos puede traer como consecuencia una vinculación contractual que genere obligaciones en ésta etapa, siendo que no era ese aún el objetivo de las partes, que no puede ser otro hasta este punto, que **asentar por escrito la obligación de las partes de negociar bajo buena fe**, negociaciones que a medida que alcancen el consenso esperado daran paso para que proceda a formalizarse el contrato final.

Somos de la opinion a éste respecto, que mas allá de las ventajas que arriba se han mencionado sobre haber suscrito las partes un **acuerdo de intenciones**, lo mas importante de documentar las tratativas previas es evitar que jueces **“ligeros”** que en nuestro medio abundan, **lleguen a calificar las negociaciones previas como verdaderos contratos**, con las consecuencias jurídicas que de ello pueden derivarse; lo que no se opone al hecho práctico de que a veces, no obstante lo dicho antes, las partes deciden incluir en el acuerdo de intenciones, ciertas cláusulas de carácter obligatorio entre ellas, por ejemplo **la cláusula de confidencialidad** (que ampliaremos adelante) en el manejo de la información proporcionada, si es que no se firma por separado al inicio o al final de las negociaciones, un documento autónomo de esta clase; y **la cláusula de trato exclusivo**, en el sentido de que no se comprometan nuevas negociaciones con otro competidor real o potencial, sobre lo que sea el mismo objeto de las intenciones en progreso.

En cuanto al contenido usual de las clausulas de un acuerdo de intención, podemos encontrar lo relativo a las partes, el propósito de la negociación, la determinación del vehículo que servirá para desarrollar el proyecto conjunto, (sociedad joint venture o contractual joint venture) el capital inicial a aportarse, la definición de los recursos diversos que serán aportados por estas, el porcentaje de participación de cada una de las partes en el proyecto, aspectos relacionados

con la tecnología de que se servirá el proyecto, compromisos de no concurrencia, toma de decisiones, derecho aplicable al futuro contrato, nivel de control deseado por las partes, calendario de objetivos fijados etc.. Este **acuerdo de intenciones** así como estaría redactado con los elementos anteriores, da la impresión de ser ya un **anticipo del contrato** o como le llaman otros, un **precontrato, ó promesa de celebrar contrato**, pero de lo que se debe tener cuidado mientras no se alcanza el consenso total que permita sentarse a firmar el contrato final, es que al suscribir el acuerdo de intenciones, se deje clara la voluntad de las partes de llegar a consensos y para lo cual, expresan cuales son sus intenciones claras, sus propósitos de manera general o periférica, sin que ello implique aceptación de las intenciones de la otra parte, pero que sin duda nos permite ir delimitando ese interés inicial sobre el que las partes todavía no se han comprometido pero en el que **se obligan a negociar**.

Es importante en este punto, tener en cuenta el art. **1425 del Código Civil de El Salvador** muy similar al art. 1261 del Código Civil Español, que con mucha semejanza, nos dice que para que la **promesa de celebrar contrato** sea exigible, se requiere:

1ª Que la promesa conste por escrito; 2ª Que el contrato prometido no sea de aquellos que las leyes declaren ineficaces; 3ª Que la promesa contenga un plazo o condición que fije la época de la celebración del contrato; 4ª Que en ella se especifique de tal manera el contrato prometido, que sólo falten para que sea perfecto, la tradición de la cosa, o las solemnidades que las leyes prescriban. Lo anterior, sin perjuicio de la posibilidad de indemnizar perjuicios ante el incumplimiento de la obligación de firmar el contrato final por una de las partes, en los casos en que aun sin existir un acuerdo de intenciones se ha dado finalmente el retracto injustificado de una de las partes en concluir el contrato, cuando todos los aspectos que lo componen estaban ya acordados y definidos. Por eso, **una vez más la necesidad de un acuerdo de intenciones escrito** que delimite ese tipo de indemnización ante el **retiro unilateral de las “negociaciones” sin importar los gastos y gestiones invertidas en ellas**.

En cuanto a las cartas de intenciones, el Tribunal Supremo Español las engloba dentro de la categoría de los “**tratos preliminares**”. A este respecto, la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 1994, estableció que “No se puede, por ello, con unas declaraciones de hechos que probados dejan constancia de la inexistencia de contrato y que reconocen exclusivamente la celebración de conversaciones, tratos y actos preparatorios, utilizar el empleo inadecuado de la expresión “**precontrato**”, para intentar sobre tan escasa base la casación de la sentencia.” En pocas palabras, y concluyendo sobre éste punto, los acuerdos que no involucren declaraciones de voluntad de las partes, capaces de generar obligaciones, no pueden ser tenidos por contratos, sino solo se mirarán como acuerdos previos o convenciones, por lo que si no generan obligaciones, tampoco generaran responsabilidades, salvo daños extracontractuales que puedan suceder por ejemplo, por daños a la tecnología mostrada, o por violaciones al deber de secreto. Es decir, un acuerdo de intenciones no es per se un pre contrato, o contrato preparatorio, o contrato promesa, a menos que las partes declaren su intención clara e inequívoca de “prometer concluir a futuro, lo negociado, bajo la forma de un contrato final”

Acuerdo de confidencialidad como elemento complementario infaltable en los acuerdos de intención

Es importante resaltar que como un elemento transcendental dentro de todo acuerdo de intenciones, aparece el complementario “acuerdo de confidencialidad”, ya que en la práctica comercial es frecuente que antes de que los futuros socios inicien cualquier conversación relacionada con la formación de una sociedad conjunta, o con iniciar la marcha de una empresa conjunta basada en un contrato, se firme un **acuerdo de confidencialidad o Non Disclosure Agreement** por el que las partes se comprometen a guardar y tratar como “confidencial” determinada información revelada por la otra parte. Las primeras conversaciones que mantienen las partes, aunque sean a un nivel muy informal, pueden requerir el que una de las partes o ambas revelen o pongan a disposición de la otra, determinada

información sensible, que se requiere sea mantenida con el carácter de “confidencial” o “secreta” tales como información sobre know-how, tecnología, estratégica de las empresas involucradas etc. Incluso las partes pueden desear, no sólo que se mantenga como confidencial lo que constituye el objeto de la negociación sino, el hecho mismo de estar negociando, es decir, la negociación misma.

Todos estos puntos deben ser tomados en cuenta por las partes antes de revelar información y esto es, precisamente, lo que trata de proteger el llamado **acuerdo de confidencialidad**. Hay dos formas que en la práctica, adoptan estos tipos de documentos: por un lado: **el acuerdo de confidencialidad “unilateral”**, por el que sólo una de las partes se vincula a la confidencialidad sobre los datos que le proporcione la otra parte, que son los menos frecuentes, y se debe a que prácticamente una sola de las partes cuenta con información sensible que brindar a la otra, por ejemplo al tratarse de una compraventa de paquetes accionarios, en que el comprador nada debe aportar de información sensible al potencial vendedor; siendo el vendedor el sujeto que deberá aportar toda la información relévanete que permita al comprador realizar un due diligence óptimo de la situación jurídica, económica y financiera de la otra sociedad; y pueden ser también **“acuerdos bilaterales”**, que son los más comunes, ya que normalmente, en la negociación de contratos de envergadura, cada parte revela a la otra determinada información de su negocio que quieren mantener con carácter de “confidencial”, surgiendo obligaciones recíprocas para ambas. Es por ello, por lo que este tipo de acuerdos adopta la forma de acuerdos o contratos bilaterales.

Desde el punto de vista de la práctica jurídico empresarial y a causa de la influencia de ordenamientos como el anglosajón, es frecuente que las partes definan en este tipo de acuerdos lo siguiente: **a) Qué debe entenderse por Información confidencial; b) Cuáles son las obligaciones, límites y consecuencias que genera la confidencialidad; y c) Qué se considera excluido de este carácter.**

Otras cláusulas habituales en este tipo de acuerdos de confidencialidad son las relativas a: a) aquellas que establecen quiénes tendrán acceso a esa información y quedarán vinculados por la confidencialidad pactada; las que solicitan que todo aquel que tenga acceso a dicha información confidencial la debe mantener con tal carácter; aquellas que establecen que si la negociación se rompe todos los documentos deben ser devueltos o destruidos; las que obligan a mantener en términos de confidencialidad tanto el contenido de la negociación como la intervención de alguno de los negociadores, así como el hecho mismo de la negociación que se está llevando a cabo. Igualmente aparecen aquellas cláusulas de exclusividad por las que las partes se comprometen a no negociar sobre ese mismo objeto con otras partes.

En conclusion, una buena negociación comercial de un futuro contrato, comienza con un buen acuerdo de intenciones, que no sera promesa de celebrar contrato, si las partes así no lo declaran o lo dejan entrever con claridad, y que mantendrá a salvo la información considerada privilegiada, siempre que se delimite la misma, con un buen acuerdo de confidencialidad, de modo que lo revelado en las negociaciones, “alli mismo en las negociaciones se queda” en caso de no concluirse finalmente el contrato negociado.

Lic. RAUL GARCIA MIRON

Abogado, Notario y Arbitro

Especialista en Derecho del Comercio Internacional y en Arbitraje Internacional