

Cartas de intención, memorandos de entendimiento, acuerdos de confidencialidad y acuerdos de debida diligencia, como fuentes de obligaciones en Colombia:

apuntes desde la teoría del acto o negocio jurídico y de la formación del contrato

DOI: <http://dx.doi.org/10.15425/2017.200>

Resumen

En este trabajo se analizan las figuras jurídicas atípicas de cartas de intención, memorandos de entendimiento, acuerdos de confidencialidad y acuerdos de debida diligencia, como fuentes de obligaciones, desde la perspectiva de la teoría del acto o negocio jurídico y de la formación del contrato. Al efecto, para cada una de dichas figuras se estudia su noción y naturaleza jurídica, finalidades, características y efectos, así como algunas diferencias con otras instituciones más conocidas como la oferta, la promesa, la opción y el pacto de preferencia.

Palabras clave

Cartas de intención, memorandos de entendimiento, acuerdos de confidencialidad, precontratos de negociación, acto jurídico unilateral.

* Abogado y especialista en Derecho Comercial, Universidad de los Andes. Máster en Leyes (LL. M.) de Harvard Law School. Profesor titular de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, director de la Maestría en Derecho Privado. Miembro del Grupo de Investigación de Derecho Privado Contemporáneo, de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes (Bogotá). El autor agradece los comentarios y sugerencias hechos al borrador de este trabajo por los miembros de este Grupo, profesores Marcela Castro de Cifuentes, Mauricio Rengifo Gardeazábal y Carlos Julio Giraldo Bustamante.

Abstract

This paper analyzes letters of intent, memoranda of understanding, non-disclosure agreements and due diligence agreements, as legally binding acts, from the perspective of the legally binding acts theory and contract formation. To that effect, for each of said figures, we study its notion and legal nature, purposes, characteristics and effects, as well as some differences thereof with other more known institutions such as offering, promise, option and preference agreement.

Keywords

Letters of intent, memoranda of understanding, non-disclosure agreements, due diligence agreements pre contracts of negotiation, unilateral legal act.

Introducción

El contrato ha sido y sigue siendo el principal instrumento para la creación y regulación de las relaciones jurídico-patrimoniales entre los sujetos de derecho, y dentro de su formación la fase que antecede a su surgimiento (fase precontractual) es compleja y dinámica. Esta fase se puede explicar en veces a partir de instituciones como la oferta y la aceptación, la promesa, la opción o la preferencia, pero en otras ocasiones involucra manifestaciones distintas, como las que son materia del presente trabajo: cartas de intención, memorandos de entendimiento, acuerdos de confidencialidad y acuerdos de debida diligencia, entre otras.

Se trata de figuras que provienen del derecho anglosajón¹ (*common law*), con finalidades diversas, que paulatinamente se han incorporado en la actividad contractual de numerosas jurisdicciones de derecho civil (*civil law*), entre ellas la de Colombia, y que según la necesidad o preferencia de los actores involucrados son empleadas en la práctica, antes de que exista un contrato, particularmente en negocios complejos o sofisticados entre empresarios o profesionales, que pueden tomar un tiempo más o menos largo para su estructuración y negociación o involucrar no solo a las partes en el negocio sino a otros actores —p. ej., aseguradores que han de asegurar ciertos riesgos, o inversionistas, proveedores o financiadores que han de facilitar determinados recursos a una de las partes—, como ocurre en los proyectos de construcción, de minería y de infraestructura, el suministro a largo plazo de bienes o servicios entre grandes industrias, o la venta o reorganización de sociedades, entre otros.

No obstante su origen anglosajón y el perfil que de ordinario tienen en los ordenamientos de *common law*, es importante tener en cuenta la manera como estas figuras se aplican en los países latinoamericanos y se encuadran en los respectivos ordenamientos locales de estirpe romano-germánica.

En el caso colombiano se observa que dichas figuras no solo se usan en negociaciones precontractuales entre residentes en el país y residentes en otras jurisdicciones (p. ej., financiadores, proveedores o inversionistas extranjeros), sino que actualmente se utilizan en negociaciones entre partes residentes en Colombia.

1 Héctor Daniel Marín Narros, “Concepción y eficacia de las *letters of intent*, los memoranda of understanding y los acuerdos de intenciones (I)”, *Noticias Jurídicas*, 1.º de febrero de 2009, <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4426--concepcion-y-eficacia-de-las-letters-of-intent-los-memoranda-of-understanding-y-los-acuerdos-de-intenciones-i>.

Pese a su utilización cada vez más extendida, estas figuras no han sido hasta la fecha reguladas en el ordenamiento positivo colombiano, dado lo cual no existe claridad normativa sobre su naturaleza y alcance, de lo cual se deriva una situación de incertidumbre e inseguridad jurídica. En caso de litigio el resultado puede ser difícil de predecir, particularmente si el documento considerado es ambiguo o de redacción deficiente, por lo que el estudio del tema resulta de interés para quienes se ocupan en estos temas, ya sea en el ámbito académico —estudiantes y profesores de Derecho— o en el terreno práctico —abogados en ejercicio y jueces o árbitros.

Este trabajo se originó en las actividades del Grupo de Investigación de Derecho Privado Contemporáneo de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, su versión inicial fue expuesta en el marco del XI Congreso de Derecho Privado realizado en la universidad el 13 de octubre de 2016, y busca ofrecer al lector una aproximación a las figuras mencionadas como fuentes de obligaciones, mediante algunas reflexiones formuladas desde la teoría del acto o negocio jurídico y de la formación del contrato y en la perspectiva del derecho colombiano de las obligaciones y los contratos, a partir de la revisión de literatura nacional e internacional identificada y con miras a determinar para cada de ellas su noción y naturaleza jurídica, finalidades y efectos, comparándolas entre sí y con otras instituciones reguladas por el ordenamiento, como la oferta, la opción, el pacto de preferencia y la promesa de contratar.

Para este efecto, partimos de la teoría del acto o negocio jurídico y del entendimiento que la comunidad jurídica tiene sobre la estructura de la fase precontractual en el proceso de contratación.

El negocio jurídico como fuente de obligaciones se entiende como la manifestación de voluntad encaminada directa y reflexivamente a la producción de efectos jurídicos², y se basa en la voluntad autónoma de los sujetos de derecho que de manera libre y consciente se obligan. Según el número de partes que concurren a su formación, el negocio jurídico puede ser unilateral —p. ej., la aceptación de un legado, la oferta o propuesta de contrato, o la creación de títulos-valores—, bilateral o plurilateral³.

2 Guillermo Ospina Fernández, *Régimen general de las obligaciones*, octava edición, Bogotá: Temis, 2008, 37.

3 María Carolina Corcione Morales, “La heredada y rígida clasificación de las fuentes de las obligaciones en el Código Civil Colombiano”, en *Derecho de las Obligaciones - con propuestas de modernización*, tomo I, 2.ª ed., Bogotá: Universidad de los Andes y Temis, 2015, 283.

En los contratos de libre negociación, la fase precontractual antecede al surgimiento del contrato, y comprende el proceso de formación de este que según la doctrina consta de entre tres y cinco etapas, a saber: tratos preliminares, oferta, aceptación, conclusión y perfeccionamiento. En la etapa de los tratos preliminares las partes efectúan los acercamientos iniciales e intercambian la información necesaria para evaluar y decidir si celebran o no el contrato, y negocian su contenido. En la etapa de la oferta, una de las partes le manifiesta a la otra su intención firme e inequívoca de celebrar un contrato —y propone el respectivo proyecto de negocio jurídico propuesto, que ha de incluir todos los elementos esenciales—. En la etapa de la aceptación, el destinatario de la oferta la acepta incondicionalmente, lo cual da lugar al acuerdo de voluntades para contratar. En la etapa de la conclusión, se determina si oferta y aceptación han formado o no el consentimiento —según que el contrato sea consensual, solemne o real, o que su perfeccionamiento esté sometido a plazo suspensivo o condición suspensiva—. En la etapa del perfeccionamiento, el contrato da comienzo a la producción de sus efectos⁴.

Con todo, no todas estas etapas están siempre presentes en todos los contratos, pues, por ejemplo, el contrato puede formarse sin que haya tratos preliminares, como ocurre en los que surgen en el ámbito de las relaciones de consumo entre los productores o proveedores de bienes y servicios y los consumidores, y en general en los contratos de adhesión, en los que una de las partes (predisponente) define y plantea los términos y condiciones del negocio jurídico, y la otra parte (adherente) los acepta sin que haya negociación. Cuando el proceso de formación del contrato consta de tres etapas, estas son oferta, aceptación y conclusión.

En suma, como lo señala la doctrina, “en el período precontractual se reconoce una fase en la cual las partes buscan conocerse para poder identificar cuáles serían las eventuales condiciones, objetivas y subjetivas, que rodearían la celebración del contrato que llegare a perfeccionarse”⁵.

4 Mauricio Rengifo Gardeazábal, *La formación del contrato*, Bogotá: Universidad de los Andes y Temis, 2016, 12, citando a María Ángeles Parra Lucán, “La formación del contrato como proceso”, en *Negociación y perfección de los contratos*, Madrid: Thomson Reuters-Aranzadi, 2014, 57-106.

5 Jorge Oviedo Albán, “Tratos preliminares y responsabilidad precontractual”, *Revista Universitas*, n.º 115 (2008): 88.

Cartas de intención

A) Noción y naturaleza jurídica

En el ámbito internacional se ha dicho que el término “carta de intención” (en inglés, *letter of intent*) significa en sentido amplio cualquier documento precontractual mediante el cual una o todas las partes interesadas buscan organizar la negociación y la celebración del contrato⁶, y se señala que en la práctica implican “acuerdo en la intención de negociar para acordar”⁷.

Este concepto comprende varias modalidades de manifestaciones escritas que reflejan los entendimientos preliminares de una o más partes respecto de una posible relación contractual, cuyo contenido puede ser desde simples expresiones de intención hasta acuerdos bilaterales complejos y vinculantes sujetos a determinadas condiciones. Su propósito suele ser simplemente informativo, por ejemplo, de la intención de adelantar negociaciones, o de recoger acuerdos relativos al proceso de negociación del contrato, o de recoger acuerdos parciales alcanzados durante este proceso⁸, o puntos importantes concernientes al negocio en consideración, con utilidad probatoria, pero también puede comprender la creación de obligaciones dentro del período precontractual.

Según esta comprensión, la carta de intención es un acto unilateral del remitente⁹, y se diferenciará de la oferta o propuesta cuando aquella no contiene los elementos esenciales del contrato ofrecido o propuesto¹⁰. Al punto se añade que la carta de intención puede ser revocable o irrevocable, a voluntad del remitente, y si es irrevocable no por ello constituiría necesariamente una oferta o propuesta, en la medida en que no contenga los elementos esenciales del negocio considerado.

6 Marcel Fontaine, y De Ly, Filip. *Drafting International Contracts. An Analysis of Contract Clauses*, New York: Transnational Publishers Inc., 2006, 2.

7 Eduardo L. Gregorini Clusellas. *Derecho de los contratos*, Buenos Aires: Hammurabi, 2009, 331.

8 Ralph B. Lake, “Letters of intent: a comparative examination under English, U. S., French, and West German Law”, *18 Geo. Wash. J. Int’l L. & Econ.*, n.º 331 (1984-1985): 331-332.

9 No existe regla legal que limite el número de suscriptores de una carta de intención, por lo cual puede ser firmada por una o varias partes. Sin embargo, cuando la carta de intención es suscrita por algunas o por todas las partes negociadoras, el documento corresponde en su naturaleza a un acto bilateral o plurilateral, con independencia de que haya sido redactado por una sola de las partes. Este trabajo se centra en el examen de la carta de intención como acto unilateral del remitente.

10 En Colombia, el artículo 845 del Código de Comercio refiere a la oferta o propuesta como el proyecto de negocio jurídico que una persona formule a otra, y establece que “[...] deberá contener los elementos esenciales del negocio y ser comunicada al destinatario”.

La carta de intención tampoco constituirá una opción¹¹ si el remitente no se obliga para con el destinatario a celebrar un determinado contrato dentro de un plazo o a su vencimiento, o al acaecimiento de una condición.

También es posible distinguir la carta de intención de la preferencia¹², cuando la primera no contiene el compromiso del remitente de preferir al destinatario otra parte para la conclusión de un contrato posterior, sobre determinadas cosas, por un precio fijo o por el que ofrezca un tercero, en determinadas condiciones o en las mismas que dicho tercero proponga. Al respecto acotamos que la preferencia puede originarse en un acto jurídico unilateral de la parte que la otorga, o en un acuerdo de voluntades entre los tratantes, contenido en un precontrato o en un contrato que se encuentra en ejecución.

Así mismo, la carta de intención se distingue de la promesa de contratar¹³, en cuya virtud las partes se obligan a celebrar el contrato prometido al advenimiento de un plazo o al cumplimiento de una condición, lo que no ocurre en aquella. Otra distinción anotada por la doctrina radica en que la promesa está limitada a

- 11 Ley 51 de 1918, artículo 23: “La opción impone al que la concede la obligación de cumplir su compromiso. Si la opción no estuviere sometida a un término o a una condición será ineficaz.
 “La condición se tendrá por fallida si tardare más de un año en cumplirse.
 “Las partes pueden ampliar o restringir este plazo”.
- 12 Código de Comercio, artículo 862: “El pacto de preferencia, o sea aquel por el cual una de las partes se obliga a preferir a la otra para la conclusión de un contrato posterior, sobre determinadas cosas, por un precio fijo o por el que ofrezca un tercero, en determinadas condiciones o en las mismas que dicho tercero proponga, será obligatorio. El pacto de preferencia no podrá estipularse por un término superior a un año.
 “Si la preferencia se concede en favor de quien esté ejecutando a virtud de contrato una explotación económica determinada, el anterior plazo se contará a partir de la expiración del término del contrato en ejecución.
 “Todo plazo superior a un año quedará reducido, de derecho, al máximo legal”.
- 13 Ley 153 de 1887, artículo 89: “La promesa de celebrar un contrato no produce obligación alguna, salvo que concurren las circunstancias siguientes:
 “1. Que la promesa conste por escrito.
 “2. Que el contrato a que la promesa se refiere no sea de aquellos que las leyes declaran ineficaces por no concurrir los requisitos que establece el artículo 1511 (sic) del Código Civil.
 “3. Que la promesa contenga un plazo o condición que fije la época en que ha de celebrarse el contrato.
 “4. Que se determine de tal suerte el contrato, que para perfeccionarlo sólo falte la tradición de la cosa o las formalidades legales.
 “Los términos de un contrato prometido, sólo se aplicarán a la materia sobre que se ha contratado.
 Queda derogado el artículo 1611 del Código Civil.”

contratos solemnes o reales en el sistema jurídico colombiano, mientras que las cartas de intención pueden referirse prácticamente a cualquier contrato¹⁴.

Finalmente, la carta de intención se diferencia del contrato definitivo, en tanto que por principio la primera no conlleva el consentimiento de las partes respecto del objeto contractual ni, en su caso, las solemnidades exigidas por la ley para la formación del contrato solemne.

En ese orden de ideas, la carta de intención se puede definir en sentido estricto como un acto unilateral del remitente, exteriorizado en un medio verificable —p. ej., la grabación de una conversación telefónica, un escrito físico, un mensaje de datos o un mensaje de voz—, dirigido a uno o más destinatario(s) determinado(s), mediante el cual el remitente invita al(los) destinatario(s) a adelantar tratos preliminares bajo ciertos lineamientos, o asume compromisos al respecto, o recoge acuerdos parciales alcanzados en la negociación en curso. Dentro de ese alcance, la carta de intención puede generarse antes de la iniciación de los tratos preliminares o durante esta etapa.

En la perspectiva del negocio jurídico, la carta de intención puede o no constituir fuente de obligaciones, dependiendo de la intención del remitente a este respecto y del contenido del documento. Cuando la carta de intención crea obligaciones, refleja un negocio jurídico unilateral, atípico, surgido de la manifestación de voluntad libre del remitente, encaminada directa y reflexivamente a la producción de efectos jurídicos, y el contenido y alcance de las obligaciones así contraídas será el que resulte de la literalidad de la carta de intención.

Ello bajo el entendido de que en el derecho colombiano la autonomía de la voluntad privada así como sirve de sustento para la creación de contratos atípicos también da pie para que los particulares legítimamente creen negocios jurídicos unilaterales atípicos, de lo cual se sigue que además de aquellos reconocidos por la ley —p. ej., el testamento, la aceptación de un legado, la oferta o propuesta de contrato, la creación de títulos-valores o la oferta pública de prestación o premio—, pueden existir otros negocios jurídicos unilaterales desarrollados en el tráfico jurídico, dentro de los límites impuestos por el ordenamiento jurídico, entre los que destacamos los relativos a que el sujeto de derecho que se obliga tenga

14 Nicolás Parra Herrera, "La autorregulación de los tratos preliminares. Análisis de las cartas de intención, memorandos de entendimiento y buena fe precontractual", *Revista de Derecho Privado Universidad de los Andes*, n.º 50 (2013), 11.

capacidad jurídica de ejercicio y el respectivo acto no adolezca de objeto ilícito o de causa ilícita, y no contravenga norma imperativa¹⁵.

Al respecto se anota que, desde la óptica de la Constitución Política de 1991, la Corte Constitucional ha señalado que la autonomía de la voluntad privada se ubica en el ámbito de la garantía de las libertades individuales como uno de los pilares del Estado social de derecho (preámbulo y artículo 13, CP), que a su vez se proyecta hacia el libre desarrollo de la personalidad, sin más limitaciones que los derechos de los demás y el orden jurídico (art. 16 ib.)¹⁶, y ha puntualizado que “La autonomía de la voluntad privada es la facultad reconocida por el ordenamiento positivo a las personas para disponer de sus intereses con efecto vinculante y, por tanto, para crear derechos y obligaciones, con los límites generales del orden público y las buenas costumbres, para el intercambio de bienes y servicios o el desarrollo de actividades de cooperación”¹⁷, consideraciones estas que aplican tanto a los acuerdos de voluntades para obligarse como a los actos unilaterales de voluntad que tengan esa finalidad.

En el plano legal, la regulación sobre las fuentes de las obligaciones establece expresamente, por vía general, por un lado, que estas pueden nacer “de un hecho voluntario de la persona que se obliga” (CC artículo 1494), y, por otro lado, que “Las obligaciones que se contraen sin convención, nacen o de la ley o del hecho voluntario de las partes” (Ley 57 de 1887, artículo 34), disposiciones que dan piso normativo a los negocios jurídicos unilaterales atípicos, y no existe precepto legal que prohíba o restrinja su creación.

Dentro del anterior marco de derecho positivo, un sector de la doctrina nacional anota que “En virtud del principio de la autonomía privada de la voluntad se le permite a un sujeto obligarse sin tener que buscar el consonante consentimiento ajeno. De aquí surge la valiosa y muchas veces olvidada distinción entre contrato y negocio jurídico”¹⁸, y otro sector doctrinal precisa que los negocios jurídicos

15 El maestro Fernando Hinestrosa registra la tesis más restrictiva, según la cual solo se reconocen como tales los negocios jurídicos unilaterales legalmente tipificados; al respecto, indica: “El ordenamiento colombiano admite la vigencia del negocio de formación unilateral en oportunidad tan señalada como es la clasificación de las fuentes de las obligaciones (art. 1494 CC), y en general la doctrina no pone en duda su existencia; solo que es más exigente en los requisitos propuestos para su reconocimiento, especialmente en lo que respecta a la tipicidad legal de sus casos”. Cfr. *Tratado de las obligaciones II. De las fuentes de las obligaciones: El negocio jurídico*, vol. II, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015, 386.

16 Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-934 de 2013, MP: Nilson Pinilla Pinilla.

17 Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-341 de 2003, MP: Jaime Araújo Rentería.

18 Corcione, “La heredada y rígida...”, *cit.*, 269, quien en apoyo de este planteamiento cita algunas reflexiones de los doctrinantes Massimo Bianca (*Derecho civil*, t. III, *El Contrato*, trad. de Fernando

unilaterales son “[...] aquellos que contienen la decisión de un solo sujeto o de varios que ocupan una misma posición dentro de las relaciones creadas (parte). Al efecto es igual que se trate de negocios unipersonales o de la actuación de varios individuos, pues lo decisivo es la manera como obran y los intereses que disponen. Tan unilateral es un testamento como la oferta de venta o de arrendamiento que conjuntamente hacen unos comuneros”¹⁹.

B) Finalidades y contenido básico

Una de las finalidades de la carta de intención es que el remitente le comunique al destinatario su voluntad de adelantar tratos preliminares para explorar la posibilidad de celebrar uno o más contratos, y puede además contener una propuesta sobre cuándo y cómo llevar a cabo los tratos preliminares.

Dentro de ese alcance básico, las cartas de intención suelen anteceder los tratos preliminares, a los cuales pueden dar lugar en la medida en que el destinatario decida aceptar la invitación del remitente, pero también pueden emitirse durante la etapa de tratos preliminares.

La invitación contenida en la carta de intención puede ser revocable o irrevocable, según la voluntad del remitente; a falta de indicación sobre este aspecto, consideramos que ha de entenderse que la invitación es revocable.

La carta de intención debe ser comunicada al destinatario para que este conozca la invitación del remitente y consiguientemente pueda evaluar y decidir si inicia o no tratos preliminares.

La carta de intención también puede usarse para resumir ciertos acuerdos preliminares logrados en el proceso de negociación, y en esa medida puede constituir prueba de tales acuerdos, particularmente cuando el documento aparece suscrito no solo por el remitente sino también por los demás participantes en el proceso. Si el documento es suscrito por todas las partes tratantes, puede ser mejor clasificado como un precontrato de negociación, categoría a la cual se hace referencia en la siguiente sección de este trabajo. Ejemplo de lo anterior se encuentra en la figura de los “términos de referencia” (en inglés *term sheet*), que

Hinestrosa y Edgar Cortés, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, 29) y Bigliuzzi, Breccia, Busnelli y Natoli (*Derecho civil*, t. I, vol. II, *Hechos y actos jurídicos*, trad. de Fernando Hinestrosa y Edgar Cortés, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1995, 678).

19 Fernando Hinestrosa, *op. cit.*, 385 y 386. En el mismo sentido véase a Ospina Fernández, “Régimen general”, 40 y 41, y a Jorge Cubides Camacho, *Obligaciones*, quinta edición, Bogotá: Universidad Javeriana, 2005, 173-176.

consiste en un documento precontractual, no vinculante, en el cual se listan los puntos principales de un contrato a negociar —p. ej., de crédito bancario sindicado, o para realizar un proyecto productivo—, que luego son desarrollados en el documento contractual, y que puede ser generado por una de las partes para la consideración de la(s) otra(s) parte(s), o ser producto de la negociación entre las partes²⁰.

La carta de intención tiene carácter documental, pero su forma y contenido mínimo no están regulados en la ley, por lo cual puede constar en cualquier medio verificable, y su alcance es de libre determinación por el remitente, no obstante lo cual consideramos que una carta de intención debe contener, al menos: (1) la identificación del remitente, (2) la fecha de creación o de remisión, (3) la identificación del destinatario y (4) la invitación del remitente al destinatario a adelantar tratos preliminares, sea que se acompañe o no de ciertos compromisos asumidos al respecto por el remitente, o de los acuerdos alcanzados hasta ese momento dentro de la negociación.

En la perspectiva del análisis económico del derecho, se dice que las cartas de intención —y otros acuerdos precontractuales— contribuyen a hacer más eficiente la fase precontractual y prevenir el comportamiento oportunista de las partes negociadoras²¹.

C) Efectos

Según lo que atrás se indicó, en el ámbito de la teoría del negocio jurídico, la eficacia vinculante de las cartas de intención en el derecho colombiano debe ser evaluada caso por caso, en función de si en ellas se advierte o no la intención del remitente de contraer una o más obligaciones a favor del destinatario o de un tercero. Cuando tal voluntad aparece probada el instrumento puede considerarse reflejo de un negocio jurídico unilateral, atípico, vinculante para el remitente.

20 “A term sheet is a written document the parties exchange containing the important terms and conditions of the deal. The document summarizes the main points of the deal agreements and sort out the differences before actually executing the legal agreements and starting off with the time-consuming due diligence.

”The term sheet is “Non-Binding” as it reflects only the key and broad points between parties under which the investment will be made. It also acts as a template for the in-house or external legal teams to draft definitive agreements.” *Term Sheet Overview*, en <https://corporatefinanceinstitute.com/resources/templates/transactions/term-sheet-guide/> [consulta: 15 de octubre de 2018].

21 Parra Herrera, “La autorregulación”, 27.

En consecuencia, al interpretar una carta de intención se debe establecer la intención del remitente —aplicando por analogía²² el principio general de interpretación de los contratos consagrado en la ley civil²³—, a partir del contenido del documento y de otros elementos probatorios relevantes que puedan ser tenidos en cuenta para el efecto, por ejemplo, otros documentos anexos a la carta de intención, o circunstancias que antecedieron a la expedición de la carta de intención, o la conducta de las partes después de ella²⁴.

Partiendo de las premisas antes mencionadas y de cara a las distintas finalidades que pueden subyacer al uso de cartas de intención, consideramos que cuando la carta de intención solo contiene una invitación revocable a negociar un contrato, no produce efecto vinculante para el remitente ni para el destinatario, pero sí puede constituir el punto de partida de los tratos preliminares, en caso de que el destinatario tenga un interés semejante al del remitente y se inicien tales tratos.

Por lo tanto, si antes de que se inicien los tratos preliminares el remitente de la invitación revocable se retracta de ella, no incurriría en responsabilidad precontractual.

En cambio, si la invitación es irrevocable el remitente estaría obligado —por su propia voluntad— a sostenerla en los términos y condiciones expresados en la carta de intención, mas no estaría obligado a celebrar el contrato.

Por su parte, el destinatario de la carta de intención —sea esta revocable o irrevocable— no incurriría en responsabilidad jurídica alguna si se abstiene de adelantar tratos preliminares con el remitente, pues de aquella no se deriva el deber de adelantar tales tratos. Sin embargo, algún sector de la doctrina señala que en el marco de una comunidad de negocios o empresarial esta clase de invitación genera un compromiso moral que incentiva a las partes a negociar en buena fe²⁵.

La carta de intención no implica exclusividad —salvo en el caso en que así se haya manifestado en la carta de intención—, y por lo tanto no impide que el

22 Ley 153 de 1887, artículo 8.º: “Cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho”.

23 Código Civil, artículo 1618: “Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras”.

24 Francesco Messineo señala lo siguiente: “Establecer si las partes se han quedado en la fase de las negociaciones o han llegado al consentimiento como elemento conclusivo de la formación del contrato, es una cuestión de hecho; no pueden darse a este respecto criterios técnicos seguros, y hay que atenerse a la voluntad de los pactantes”. En *Doctrina general del contrato*, tomo I, traducción de R. O. Fontanarrosa, S. Sentis Melendo y M. Volterra, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 309.

25 Lake, “Letters of intent”, 333.

remitente o el destinatario puedan negociar simultáneamente con terceros con miras a la celebración del contrato referido en aquella, buscando la opción más ventajosa para ello.

Para evaluar la conducta tanto del remitente de una carta de intención como del destinatario que a partir de esta participa en tratos preliminares, debe tenerse en cuenta el deber de actuar de buena fe en la fase precontractual, y que quien se aparte de él puede ver comprometida su responsabilidad civil para indemnizar los perjuicios que con tal proceder ocasione a otro de manera injustificada.

Sobre el particular se tiene que en materia mercantil las partes tratantes o negociantes están sujetas al deber legal de actuar de buena fe exenta de culpa en el período precontractual (deber de buena fe *in contrahendo*), en cuya virtud deben obrar con lealtad y corrección en todas las etapas del proceso de formación del contrato (tratos preliminares, oferta, aceptación, conclusión y perfeccionamiento), so pena de indemnizar los perjuicios que se causen (Código de Comercio, artículo 863).

En materia civil no existe una disposición legal equivalente a la mencionada en el párrafo precedente; sin embargo, una norma semejante puede inferirse a partir de la conjugación de lo establecido, por un lado, en el artículo 1603 del Código Civil, conforme al cual los contratos deben ejecutarse de buena fe, y, por el otro, en el artículo 2341 del mismo estatuto, con arreglo al cual quien infiere daño a otro es obligado a indemnizar los perjuicios irrogados.

El deber de obrar de buena fe exenta de culpa en el período precontractual se proyecta en un conjunto de deberes secundarios de conducta, que incluyen los de (1) información (cada parte debe revelar a la otra u otras la información relevante para evaluar si contrata[n] o no); (2) secreto, reserva o confidencialidad de la información recibida que no sea de carácter público; (3) seguridad física de los individuos tratantes; (4) protección y conservación (deber de custodiar o conservar los bienes objeto de la negociación); y (5) seriedad, tanto en el ingreso a los tratos preliminares como en el retiro de estos (deber de no abandonar las negociaciones avanzadas sin justa causa)²⁶.

En esa medida, la conducta desplegada por el remitente y el destinatario de una carta de intención, aun si esta no es vinculante como negocio jurídico unilateral, puede producir efectos jurídicos a partir de la aplicación de las reglas sobre

26 Para una exposición más detallada del fundamento y alcance de estos deberes secundarios de conducta, véase a Rengifo, “La formación del contrato”, 47-77, y a Jorge Oviedo Albán, *op. cit.*, 95 a 102.

responsabilidad precontractual²⁷, conforme a las cuales para que esta pueda ser judicialmente declarada se deben acreditar sus elementos constitutivos, a saber: relación preparatoria, confianza legítima, antijuridicidad, culpa *in contrahendo*, nexo causal y daño patrimonial indemnizable²⁸, donde este último se asocia con el interés negativo ante la no celebración del contrato, que al decir de la doctrina “consiste en la pérdida que se origina al violar la expectativa que se tenía en no ser lesionado en el ejercicio de la libertad contractual, por haber confiado en la conclusión del contrato que no se celebre o que sea declarado nulo”, por oposición al interés positivo, que se reconoce por el incumplimiento del contrato, siendo entendido que el interés protegido no es el beneficio que el contrato habría reportado al demandante, sino los daños que se derivan del ilícito, por ejemplo, el valor de los costos incurridos en las negociaciones frustradas²⁹.

Desde la óptica probatoria, la carta de intención es un documento privado que puede servir como prueba de su autoría y contenido, es decir, puede permitir la identificación del remitente, su lugar de creación, fecha, contenido y alcance, y se rige por las reglas que regulan el valor probatorio de los documentos privados³⁰.

Dada la amplitud funcional que tiene la carta de intención, y la ausencia de regulación al respecto, el remitente debe tener claridad sobre la finalidad para la cual la utiliza, particularmente en punto de si desea o no contraer obligaciones a favor del destinatario o de un tercero, y debe poner el debido cuidado en la redacción clara de este documento, para lograr que la finalidad deseada se cumpla y prevenir situaciones confusas y potencialmente riesgosas desde la perspectiva jurídica, como la que resultaría de pensar que una carta de intención enviada no es vinculante cuando sus términos indican lo contrario, o viceversa.

27 Michael H. Whincup anota a este respecto: “On the face of it, a letter of intent indicates a willingness to make a contract in the near future along the lines proposed in the letter, but because and insofar as it is only the expression of intention the letter is not itself a contractual document. That does not necessarily mean it has no effect at all in law. We bear in mind the purpose and likely consequences of the letter. The sender very probably intends that the recipient will rely on the letter and make preparations to carry out the contract as soon as agreement is reached. Normally when a business spends time and money in preparation for a contract, it does so at its own expense, but the situation here may be different. If in the end no agreements is reached, it might sometimes be unfair not to let the recipient recover the costs he has incurred in acting on the letter - and particularly so where the sender has received some direct benefit as a result”. En *Contract Law and Practice, third revised and enlarged edition*, Kluwer Law International, The Hague, London, Boston, 22. En relación con el tratamiento de las cartas de intención y la responsabilidad precontractual en varios países pertenecientes a las tradiciones jurídicas del *common law* y del *civil law*, véase a Ugo Draetta y Ralph Lake, “Letters of intent and precontractual liability”, en 1993 *Int’l Bus. L. J.* 835.

28 Rengifo, “La formación del contrato”, 284 -310.

29 Jorge Oviedo Albán, *op. cit.*, 109.

30 Código General del Proceso, artículos 243 a 256.

Memorandos de entendimiento, acuerdos de confidencialidad y acuerdos de debida diligencia

A) Noción y naturaleza jurídica

Memorando de entendimiento

El memorando de entendimiento (en inglés, *memoranda of understanding* o MOU, por sus iniciales en ese idioma) es en sentido amplio un documento precontractual que contiene el acuerdo preliminar logrado por las partes, sobre uno o más aspectos determinados del proceso de negociación o del contrato futuro que las partes consideran la posibilidad de celebrar, pudiendo extenderse también a otros asuntos aledaños tales como —pero sin limitarse a— las bases del negocio en consideración; el estado de las conversaciones; los puntos pendientes de discusión o acuerdo, u otras actividades pendientes por las partes con miras al logro de acuerdos definitivos.

Acuerdo de confidencialidad

El acuerdo de confidencialidad (en inglés, *non disclosure agreement* o NDA, por sus iniciales en ese idioma) es el pacto en virtud del cual una o todas las partes negociadoras se obligan a mantener secreto o reserva respecto de cierta información confidencial recibida en relación con el contrato que se tiene interés de celebrar³¹, o que es necesario dar a conocer para el desarrollo de un contrato —por ejemplo, de asesoría.

La confidencialidad de la información de un sujeto de derecho se deriva de la protección que la Constitución Política otorga al derecho a la intimidad personal y familiar y al buen nombre (CP, artículo 15), y las garantías de la inviolabilidad del domicilio y de las comunicaciones, sin perjuicio de lo cual el titular de la información puede voluntariamente revelarla a terceros, y los términos y condiciones de tal revelación y del uso de la información revelada pueden regularse convencionalmente entre el titular de la información y el receptor.

31 Jorge Cubides Camacho, “Los actos preparatorios del contrato: promesa, opción, preferencia y otros”, en *Derecho de las Obligaciones – con propuestas de modernización, segunda edición*, t. I (Bogotá: Universidad de los Andes y Temis, 2015), 471.

Acuerdo de debida diligencia

El acuerdo de debida diligencia (en inglés, *due diligence agreement*) es el pacto mediante el cual las partes tratantes regulan la manera como se adelantará la verificación y evaluación de ciertos aspectos de particular importancia para la toma de la decisión de contratar o no contratar, a partir del suministro y análisis de información relevante al respecto³².

Tales acuerdos precontractuales se diferencian de la carta de intención en que esta se origina usualmente en un acto unilateral del remitente, mientras que aquellos derivan del acuerdo de voluntades bilateral o plurilateral entre las partes tratantes o negociadoras.

En Colombia los memorandos de entendimiento, los acuerdos de confidencialidad y los acuerdos de debida diligencia pueden enmarcarse bajo la categoría doctrinal de los *precontratos de negociación*, negocios jurídicos bilaterales o plurilaterales, autónomos, atípicos, que en general tienen como propósito regular la etapa de los tratos preliminares, fijando las circunstancias de tiempo, modo y lugar para discutir la posible celebración de un contrato, y preparando los puntos de este, de modo tal que los tratantes se obligan a negociar dentro de las reglas convenidas, sin que estén obligados a concluir el contrato definitivo³³.

Por esa línea, y según su contenido, el memorando de entendimiento y los acuerdos de confidencialidad y de debida diligencia pueden constituir fuente convencional de obligaciones jurídicas, siendo en este enfoque su naturaleza la de un negocio jurídico (precontrato de negociación), atípico, autónomo, bilateral o plurilateral, consensual, surgido del acuerdo de voluntades de las partes tratantes, encaminado directa y reflexivamente a la producción de efectos jurídicos, cuyo fundamento último reside en la autonomía de la voluntad privada y las libertades contractual y de empresa, reconocidas y protegidas por el ordenamiento jurídico colombiano³⁴. También puede ocurrir que el memorando de entendimiento incluya unos contenidos no vinculantes y otros vinculantes.

No obstante, si un memorando de entendimiento se limita exclusivamente a reseñar el estado de las conversaciones o los puntos pendientes de discusión o

32 Cubides, “Los actos preparatorios”, 472.

33 Rengifo, “La formación del contrato”, 320-321.

34 Constitución Política, artículos 13 y 16, 58 y 333; Código Civil, artículos 1494 y 1602; Código de Comercio, artículos 822 y 864. Para un mayor detalle sobre las críticas a los precontratos y su defensa, véase a Rengifo, “La formación del contrato”, 342-345.

acuerdo, no habría negocio jurídico vinculante pero el documento podría servir como elemento probatorio en una eventual reclamación de responsabilidad precontractual cuando haya lugar a ello.

B) Finalidades y contenido básico

Memorando de entendimiento

Mediante el memorando de entendimiento las partes que adelantan tratos preliminares establecen de común acuerdo y por escrito determinados compromisos o condiciones que deben ser tenidos en cuenta dentro del proceso seguido para definir si celebran o no el contrato.

Los acuerdos reflejados en un memorando de entendimiento pueden versar sobre aspectos tales como las bases del negocio en consideración, las reglas convenidas para el proceso de negociación, por ejemplo, el lugar y la duración de las negociaciones, u otros aspectos preparatorios relacionados con el contrato futuro, como el compromiso del remitente de sostener un precio u otras condiciones específicas del negocio, o el acuerdo para contratar un experto que facilite la evaluación de un asunto de importancia dentro de los tratos preliminares, o la necesidad de que una de las partes obtenga un permiso o licencia para el desarrollo de un proyecto, y los términos y condiciones para ello, entre otros.

Acuerdo de confidencialidad

En el acuerdo de confidencialidad, las partes definen la información que tendrá el carácter de confidencial o secreta —p. ej., proyectos, datos económicos y financieros, proyecciones, estudios y conceptos, informes, procedimientos, secretos industriales o de mercado, planos, bases de datos, contingencias—; el uso que pueda darse a la información confidencial; las condiciones de tiempo, lugar y modo para el acceso a tal información; las obligaciones que en relación con esta adquiere la parte que la recibe, tanto respecto de sí misma como respecto de terceros vinculados con ella que puedan conocer dicha información —p. ej., empleados y asesores del receptor de la información—; la duración del deber de confidencialidad; las excepciones a la confidencialidad —por ejemplo, en caso de requerimiento de autoridad administrativa o judicial en ejercicio de sus funciones— y las consecuencias del incumplimiento del deber de confidencialidad —por ejemplo, mediante cláusula penal pecuniaria con función de estimación anticipada de perjuicios.

Respecto de la información confidencial, doctrinalmente se señala que existen diferentes tipos de secretos, tales como los personales, empresariales y profesionales, y que su protección supone como requisitos: (1) que el sujeto de derecho que la invoca esté en posesión de un secreto legítimo que no esté prohibido por la ley, (2) que la información no sea conocida por el público en general o al menos no sea de fácil obtención (*carácter oculto*), (3) que el poseedor tome algunas medidas mínimas para que la información no sea conocida por el público en general (*custodia o reserva mínima*), (4) que el poseedor del secreto lo tenga con fundamento en los derechos a la privacidad y la intimidad (*legitimidad*), y (5) que la adquisición o conservación del secreto no esté prohibida por la ley (*no prohibición*)³⁵.

En el campo del mercado de valores, se ha regulado la información privilegiada, que se define como aquella que está sujeta a reserva, la que no ha sido dada a conocer al público existiendo deber para ello y aquella de carácter concreto que no ha sido dada a conocer al público y que de haberlo sido la habría tenido en cuenta un inversionista medianamente diligente y prudente al negociar los respectivos valores³⁶; por consiguiente, dicha regulación ha de tenerse como incorporada en los acuerdos de confidencialidad entre los intermediarios y los emisores, de cara a la celebración de contratos como los de estructuración de emisiones de valores y los de colocación de valores (*underwriting*), entre otros.

El uso de la información confidencial será el que el titular de ella autorice en el acuerdo de confidencialidad, con carácter exclusivo, por ejemplo, para que su contraparte evalúe la posibilidad de celebrar un contrato y las condiciones de este, o para que desarrolle el objeto del contrato celebrado.

El acceso a la información confidencial puede darse en medio físico o magnético, o por internet, siendo frecuente el uso de la figura del “cuarto de datos” (en inglés, *data room*), término que se usa para designar un espacio físico o virtual definido por el titular de la información para que su contraparte la conozca y revise, durante un cierto tiempo, con sujeción a las reglas que para ello establezca el titular de la información.

La doctrina precisa también que del acuerdo de confidencialidad surgen dos obligaciones básicas, como son, por un lado, la de reserva o confidencialidad propiamente dicha, consistente en que el deudor que recibe la información confidencial de su contraparte la custodie y la mantenga en reserva, no la divulgue a

35 Rengifo, “La formación del contrato”, 358.

36 Decreto 2555 de 2010, artículo 2.11.4.2.1, literal a.

terceros que no tengan derecho a conocerla, y no permita que personas no autorizadas accedan a ella; y, por otro lado, la obligación de no usar tal información para fines distintos de los autorizados por quien la revela, que a su vez conlleva la de no usarla indebidamente para provecho propio o de terceros, por ejemplo, no explotar económicamente el secreto transmitido al deudor y sometido a reserva³⁷. Se trata entonces de obligaciones negativas o de abstención, de no hacer, que deben ser cumplidas con una diligencia media, propia de un buen hombre de negocios, que implica tomar las medidas tendientes a que la información permanezca segura y en reserva, salvo que las partes establezcan convencionalmente niveles más altos o más bajos de protección.

Amén de lo anterior, pueden también establecerse otras obligaciones a cargo del receptor de la información confidencial, como las de abstenerse de hacer copias, o destruir todas las copias que se hayan hecho, o devolver la información en la oportunidad establecida para el efecto, o garantizar que el personal o los contratistas de la parte receptora que hayan de conocer la información confidencial se comprometerán a guardar reserva de ella, o informar oportunamente al titular de la información sobre cualquier situación que afecte o pueda afectar la reserva de la información confidencial revelada.

El acuerdo de confidencialidad ha de indicar su duración y la del deber de reserva, que debe ser razonable atendiendo las circunstancias particulares del caso, habida cuenta de que no puede haber obligaciones irredimibles. Dada la finalidad de protección de la información confidencial revelada, el deber de reserva puede subsistir aún después de expirada la vigencia del acuerdo de confidencialidad, por el tiempo determinado en este, por ejemplo, uno o dos años.

Respecto de las excepciones a la confidencialidad, destacamos las relacionadas con la información revelada que posteriormente se torne de dominio público, la que se revele con la autorización previa del titular y la que deba revelarse por el receptor en cumplimiento de una norma legal o reglamentaria, o por orden en firme de autoridad competente en ejercicio de sus funciones.

Acuerdo de debida diligencia

Mediante el acuerdo de debida diligencia se precisan los temas que serán materia de evaluación por una o todas las partes, por ejemplo las contingencias jurídicas

37 Rengifo, “La formación del contrato”, 361-362.

o la situación laboral o tributaria de una compañía respecto de la cual se está explorando la posibilidad de llevar a cabo una compra de acciones o una fusión, o las condiciones y los riesgos particulares de un paquete de cartera de crédito u otro tipo de activo que se está considerando la posibilidad de adquirir, y se regula la información a la que se tendrá acceso, la forma y los términos para su entrega y el uso que de ella puede hacer quien la recibe, entre otros aspectos.

La actividad de debida diligencia se asocia en general con la carga de diligencia que las partes tienen, en el sentido de conocer y evaluar en forma oportuna y adecuada los distintos aspectos relevantes del negocio cuya celebración están considerando —p. ej., la compra de una empresa en marcha o de un activo productivo, o la celebración de un contrato de financiación o de inversión—, y cuando la parte tratante es una sociedad se vincula también con el deber legal especial de los administradores de obrar de buena fe, con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios, en interés de la sociedad y teniendo en cuenta los intereses de sus asociados (Ley 222 de 1995, artículo 23). En consecuencia, la actividad de debida diligencia debe tener el alcance necesario para que quien la realiza obtenga la información suficiente para evaluar los antecedentes, la situación y las perspectivas del posible negocio por celebrar, incluyendo tanto sus bondades y ventajas como sus desventajas y riesgos previsibles, teniendo en cuenta las circunstancias propias de cada caso particular.

En el ámbito de las adquisiciones empresariales, se ha anotado que “Aun cuando el proceso de *due diligence* surge de un deber de diligencia del comprador, su ejercicio conviene a ambas partes, pues les permite, entre otras cosas, [1] estimar adecuadamente el precio que se va a pagar por la empresa; [2] identificar los riesgos, cuantificar las contingencias y definir su carácter de remotas, posibles o probables; [3] establecer el impacto de la transacción sobre el giro ordinario de los negocios de la empresa-objetivo; [4] reducir la posibilidad de que el comprador alegue la existencia de vicios ocultos; [5] verificar la realidad de las declaraciones de las partes y de las consideraciones que las llevan a celebrar la operación y [6] evaluar si las partes quieren continuar con la operación y bajo qué condiciones”³⁸, consideraciones estas que *mutatis mutandi* pueden extrapolarse a otros ámbitos de negocios.

Los acuerdos precontractuales antes mencionados pueden combinarse en la práctica, de modo tal que, por ejemplo, un memorando de entendimiento puede

38 Catalina Reyes Cancino y Andrea Vargas Ovalle, “El deber de revelación de información en procesos de debida diligencia”, *Ámbito Jurídico* (2018): 18.

contener el acuerdo de confidencialidad, o este puede formar parte del acuerdo de debida diligencia, y siendo todos propios de la etapa precontractual, los acuerdos que en ellos se vierten corresponden a la voluntad de las partes de tratar y no de contratar, y por lo mismo no constituyen el contrato principal, ni obligan a celebrarlo, en tanto son acuerdos parciales orientados a definir aspectos que las partes consideran importantes para determinar posteriormente si celebran o no el contrato.

El contenido y el alcance de tales pactos son de libre determinación por las partes negociadoras en cada caso, y no están sujetos a solemnidades legales ni a contenidos mínimos —por tanto, los contenidos básicos que en este trabajo se mencionan son simplemente ilustrativos—; es usual que se hagan constar por escrito para efectos de prueba, y pueden entonces constar en cualquier medio verificable, que tiene el valor probatorio que la ley procesal les reconoce a los documentos.

C) Efectos

En tanto el memorando de entendimiento, el acuerdo de confidencialidad o el acuerdo de debida diligencia contengan un acuerdo jurídicamente vinculante entre las partes tratantes o negociantes sobre determinados aspectos del proceso de negociación o del contrato en consideración, surge un negocio jurídico (precontrato de negociación), bilateral o plurilateral, vinculante, autónomo y atípico, y, por ende, las partes deben observar lo así pactado (*pacta sunt servanda*), y han de continuar negociando en buena fe los restantes aspectos pendientes hasta llegar a definir si celebran o no el contrato, manteniendo hasta entonces su libertad de configuración y de celebración dentro de la etapa de los tratos preliminares, que no obligan a celebrar el contrato.

Una vez logrado el acuerdo sobre los puntos que sean objeto del acuerdo respectivo, las partes no pueden volver a discutir o considerar esos puntos, salvo que haya una causa justificada para ello y el replanteamiento se haga de común acuerdo mediante convención modificatoria del acuerdo inicial³⁹.

Los acuerdos vertidos en un memorando de entendimiento vinculante, en un acuerdo de confidencialidad o en un acuerdo de debida diligencia no pueden ser equiparados al contrato definitivo porque se trata de acuerdos parciales y sometidos a una condición resolutoria, consistente en vincular su existencia a la

39 Marín Narros, “Concepción y eficacia de las *letters of intent*”, 5.

celebración del contrato proyectado, de suerte que si el futuro contrato no llega a concluirse se entiende que no ha habido ningún acuerdo⁴⁰.

Sin embargo, el acuerdo de confidencialidad y el acuerdo de debida diligencia pueden contener obligaciones que sobrevivan a la terminación de las negociaciones sin que haya contrato definitivo, particularmente en cuanto al mantenimiento de la reserva sobre la información confidencial recibida con ocasión de los tratos preliminares, por el tiempo convenido, o la devolución o destrucción de tal información a satisfacción de quien la ha suministrado.

El incumplimiento de obligaciones contraídas en virtud de la celebración de los referidos negocios jurídicos precontractuales compromete la responsabilidad civil del deudor incumplido por los daños patrimoniales irrogados al acreedor, bajo los presupuestos y reglas de la responsabilidad contractual (por el incumplimiento del precontrato de negociación), que, como es sabido, supone la demostración por el reclamante de la existencia del contrato y de las obligaciones incumplidas, el incumplimiento de estas, el daño y la conexidad entre el incumplimiento y el daño.

En punto del deber legal de obrar de buena fe exenta de culpa en el período precontractual, surge la cuestión de si jurídicamente es viable en Colombia que las partes en los acuerdos de que se viene hablando se sustraigan de él, mediante un pacto en tal sentido.

Al respecto, por un lado, está la tesis según la cual el artículo 863 del Código de Comercio es una norma legal de orden público, y en esa medida no puede ser derogada por convenios particulares, de suerte que un pacto en el sentido anotado adolecería de nulidad por objeto ilícito⁴¹.

Por otro lado, se argumenta que válidamente cabría un acuerdo en tal sentido, habida cuenta de la posibilidad que el ordenamiento civil —aplicable por remisión legal en la materia mercantil— establece de que las partes convengan la exclusión de la responsabilidad patrimonial por los daños ocasionados por culpa⁴², sin perjuicio de la prohibición de condonar el dolo futuro⁴³.

40 Ibídem, 6.

41 Ibídem, artículo 1519: “Hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la Nación. [...]”, concordante con el artículo 899, numerales 1 y 2, del Código de Comercio: “Será nulo absolutamente el negocio jurídico en los siguientes casos: 1) Cuando contraría una norma imperativa, salvo que la ley disponga otra cosa; 2) Cuando tenga causa u objeto ilícitos [...]”.

42 Código Civil, artículo 1604, incisos primero y último: “El deudor no es responsable sino de la culpa lata en los contratos que por su naturaleza solo son útiles al acreedor; es responsable de la leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes; y de la levisima en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio. [...] Todo lo cual, sin embargo, se entiende sin perjuicio de las disposiciones especiales de las leyes, y de las estipulaciones expresas de las partes”.

43 Ibídem, artículo 1522, inciso final: “La condonación del dolo futuro no vale”.

Al respecto, ha de tenerse en cuenta que en los términos del artículo 16 del Código Civil, “No podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden y las buenas costumbres”, y que la noción de “orden público” carece de una definición normativa, es compleja y reviste distintas facetas, dentro de las cuales se distingue entre un orden público político y un orden público económico. Al decir de la doctrina,

El orden público político representa los valores fundamentales en los que se apoyan el Estado y las instituciones principales de la organización social. En este concepto se agrupan todos los asuntos que tienen que ver con la estabilidad de las instituciones del Estado, la familia y la moral social. Así, *la noción de orden público político prohíbe los negocios que atenten contra las normas de derecho público, los derechos derivados de los vínculos de parentesco o que desborden los límites socialmente aceptados. [...] El orden público económico, por el contrario, hace referencia a las políticas económicas que emprende el Estado para garantizar el equilibrio de los agentes del mercado y evitar los abusos de algunos de ellos. Esta noción de orden público surgió con ocasión de las políticas de intervención en la economía de principios de siglo XX para conjurar la crisis de la primera posguerra*⁴⁴ [énfasis agregado].

En ese orden de ideas, somos del criterio de que el deber de obrar de buena fe, establecido desde la propia Constitución Política (artículos 83 y 95) y regulado en la ley para la materia contractual (Código Civil, artículo 1603; Código de Comercio, artículos 863 y 871), forma parte del orden público interno de Colombia, tanto en la faceta de orden público político como en la de orden público económico, toda vez que responde a la expectativa social de un comportamiento correcto y leal de los sujetos en la negociación, celebración, ejecución, terminación y liquidación de los contratos⁴⁵, y mira al orden y la transparencia del tráfico jurídico, como

44 Nicolás Pájaro Moreno, “El contrato y sus principios orientadores”. En *Derecho de las obligaciones con propuestas de modernización*, tomo I, coord. Marcela Castro de Cifuentes. Bogotá: Universidad de los Andes y Temis, 2015.

45 La Corte Constitucional ha dicho que la buena fe “incorpora el valor ético de la confianza y significa que el hombre cree y confía que una declaración de voluntad surtirá, en un caso concreto, sus efectos usuales, es decir, los mismos que ordinaria y normalmente ha producido en casos análogos [...]”; cfr. sentencia T-956 de 2011, MP: Jorge Iván Palacio Palacio. En la sentencia T 537-09, MP: Humberto Antonio Sierra Porto, la Corte Constitucional hizo referencia al carácter plurifásico del instituto de la buena fe en materia contractual, citando jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en la que se indica que la buena fe “[...] se proyecta a lo largo de las diferentes fases que, articuladas, conforman el plexo contractual —en sentido amplio: la atinente a la formación del negocio jurídico, *lato sensu* (fase formativa o genética), la relativa a su celebración (fase de concreción o de perfeccionamiento) y la referente a su desenvolvimiento, una vez perfeccionado

elementos relevantes para el logro del bienestar general y el buen funcionamiento y la integridad y transparencia de los mercados, previniendo la ocurrencia de abusos en estos, y no solo al interés individual de las partes tratantes o contratantes⁴⁶, y siendo ello así la celebración de acuerdos de entendimiento, de confidencialidad y de debida diligencia, y de cualquier otro precontrato de negociación, da origen al deber recíproco de obrar de buena fe exenta de culpa en la etapa precontractual, el cual no puede ser derogado por pacto en contrario.

Para el caso de acuerdos precontractuales celebrados entre residentes en Colombia y residentes en el exterior, no debe perderse de vista que por mandato legal expreso “(l)a ejecución de los contratos celebrados en el exterior que deban cumplirse en el país se regirá por la ley colombiana”⁴⁷, a partir de lo cual se llega a una conclusión similar a la expresada en el párrafo precedente.

Por otro lado, en lo tocante con los acuerdos de confidencialidad, aspectos de particular interés son los relacionados con la conducta que la parte receptora de la información confidencial debe desplegar en relación con los terceros relacionados con ella, que por razón o con ocasión de sus funciones conozcan tal información —p. ej., directivos, funcionarios o asesores—, y la responsabilidad que podría derivarse en el caso en que estos quebranten la confidencialidad debida.

En tal sentido, quien recibe información confidencial debe asegurar su reserva, a cuyo fin en el mundo corporativo es una buena práctica que la parte receptora de tal información establezca políticas, procedimientos y protocolos de cumplimiento, bajo los cuales puede a su vez exigir a sus directivos, funcionarios y asesores que hayan de conocerla la suscripción de acuerdos de confidencialidad individuales, en los que se establecen las pautas de comportamiento que dichos terceros deben cumplir respecto de la información confidencial conocida.

(fase ejecutiva, de consumación o post-contractual). Desde esta perspectiva, un sector de la moderna doctrina concibe al contrato como un típico ‘proceso’, integrado por varias etapas que, a su turno, admiten sendas subdivisiones, en las que también se enseña el postulado de la buena fe, de amplia proyección [...]”.

46 En la sentencia C-186 de 2011, MP: Humberto Antonio Sierra Porto, la Corte Constitucional puntualizó: “Según ha reconocido esta Corporación[,] actualmente la autonomía de la voluntad privada se manifiesta de la siguiente manera: [1] En la existencia de *libertad contractual sujeta a especiales restricciones cuando por ejemplo* están en juego derechos fundamentales, *se trata de servicios públicos*, una de las partes ocupe una posición dominante o los acuerdos versen sobre prácticas restrictivas de la competencia; [2] se entiende que el ejercicio de la autonomía de la voluntad y la libertad contractual persigue no sólo el interés particular sino también el interés público o bienestar común; [3] corresponde al Estado intervenir para controlar la producción de efectos jurídicos o económicos, con el propósito de evitar el abuso de los derechos; [4] el papel del juez consiste en velar por la efectiva protección de los derechos de las partes, sin atender exclusivamente la intención de los contratantes” (énfasis agregado).

47 Código de Comercio, artículo 869.

Así mismo, la parte receptora de la información confidencial tiene un deber de vigilancia (*in vigilando*) respecto de los terceros con ella vinculados a quienes les permita acceso a tal información, en desarrollo del cual debe adoptar medidas adecuadas para incentivar que respeten la confidencialidad debida, y para ello puede, entre otras cosas, establecer sanciones disciplinarias, o convenir contractualmente con dichos terceros que el incumplimiento por estos del deber de confidencialidad tenga consecuencias en el ámbito de la respectiva relación —por ejemplo, que a partir de tal conducta se configure una causal de terminación por justa causa del contrato de trabajo, o del contrato de prestación de servicios, según sea el caso.

Aun cuando medidas como las antes mencionadas u otras similares no exonerarían *per se* de responsabilidad civil a la parte receptora de la información confidencial, frente a la parte que la ha suministrado, en caso de que esta sufra perjuicios como consecuencia de la violación del deber de confidencialidad por parte de terceros vinculados a aquélla, responsabilidad que podría serle imputada por el hecho de sus dependientes⁴⁸, sí pueden ser apreciadas por el juez al evaluar la diligencia en la ejecución del acuerdo de confidencialidad. Y, claro está, la parte perjudicada puede también intentar la acción de responsabilidad civil extracontractual contra el individuo autor de la violación de la confidencialidad.

Desde otro ángulo, observamos que en el plano de la relación entre la parte receptora de la información confidencial, cuando esta es una sociedad, y la persona que teniendo la calidad de administrador de la compañía incurre en violación del deber de confidencialidad, en la medida en que tal actuación se aprecie como la extralimitación o el incumplimiento de sus funciones, daría base para que la sociedad adelante la acción de responsabilidad contra el administrador y en el marco de esta se aplique la presunción legal de responsabilidad ilimitada del administrador por los perjuicios que cause a los asociados, a los socios o a terceros, según lo señalado por el inciso 3.º del artículo 200 del Código de Comercio, modificado por el artículo 24 de la Ley 222 de 1995⁴⁹.

48 Código Civil, artículo 2347: “Toda persona es responsable, no sólo de sus propias acciones para el efecto de indemnizar el daño, sino del hecho de aquellos que estuvieren a su cuidado. [...]”, concordante con el artículo 2349 ejúsdem, que, conforme lo ha señalado la jurisprudencia constitucional, establece la responsabilidad civil del empleador por el hecho de sus trabajadores (véase la sentencia C-1235, de noviembre 29 de 2005, MP: Rodrigo Escobar Gil).

49 Dice en lo pertinente esta norma: “Los administradores responderán solidaria e ilimitadamente de los perjuicios que por dolo o culpa ocasionen a la sociedad, a los socios o a terceros. [...] En los casos de incumplimiento o extralimitación de sus funciones, violación de la ley o de los estatutos, se presumirá la culpa del administrador”.

Lo hasta aquí expuesto ha de entenderse sin perjuicio de la responsabilidad penal o administrativa de la persona natural, asociada con la conducta de uso indebidos de información privilegiada.

El Código Penal colombiano consagra el tipo conocido como “Utilización indebida de información privilegiada”, en el artículo 258, modificado por el artículo 18 de la Ley 1474 de 2011, conforme al cual, “El que como empleado, asesor, directivo o miembro de una junta u órgano de administración de cualquier entidad privada, con el fin de obtener provecho para sí o para un tercero, haga uso indebido de información que haya conocido por razón o con ocasión de su cargo o función y que no sea objeto de conocimiento público, incurrirá en pena de prisión de uno (1) a tres (3) años y multa de cinco (5) a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

También podría llegar a plantearse la configuración del tipo penal de “Violación de reserva industrial o comercial”, establecido en el artículo 308 del Código Penal, modificado por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, así: “El que emplee, revele o divulgue descubrimiento, invención científica, proceso o aplicación industrial o comercial, llegados a su conocimiento por razón de su cargo, oficio o profesión y que deban permanecer en reserva, incurrirá en prisión de treinta y dos (32) a noventa (90) meses y multa de veintiséis punto sesenta y seis (26.66) a tres mil (3.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes. [...] En la misma pena incurrirá el que indebidamente conozca, copie u obtenga secreto relacionado con descubrimiento, invención científica, proceso o aplicación industrial o comercial. [...]”.

En el ámbito del mercado de valores, el legislador ha tipificado como infracción la conducta consistente en “Incumplir las normas sobre información privilegiada, o utilizar o divulgar indebidamente información sujeta a reserva”⁵⁰, que es sancionable ya sea por la Superintendencia Financiera de Colombia, como autoridad administrativa que ejerce la potestad sancionatoria del Estado en esta materia, o disciplinariamente por el Autorregulador del Mercado de Valores, como ente autorregulador del mercado.

Finalmente, se anota que los memorandos de entendimiento, acuerdos de confidencialidad y acuerdos de debida diligencia pueden tener una función interpretativa respecto del contrato que a la postre lleguen a celebrar las partes, acerca de lo cual resulta aplicable lo señalado por la Corte Suprema de Justicia, en el sentido de que “[...] es obvio que en caso de aceptación, todos los actos, tratos o

50 Ley 964 de 2005, artículo 50, literal e.

conversaciones preliminares llevados a cabo con el fin de perfeccionar el acuerdo de voluntades, en un momento dado resultarían trascendentales, no solo para desentrañar la verdadera intención de las partes, sino para ver cuáles fueron las reglas de juego, inclusive jurídicas, a las que se iban a someter, conductas que, desde luego, cobrarían mayor relieve si después de ocurrida la propuesta, así como su aceptación por el destinatario, aparecen ratificadas de modo expreso o tácito”⁵¹.

Conclusiones

1. En el ordenamiento colombiano, las cartas de intención, los memorandos de entendimiento, los acuerdos de confidencialidad y los acuerdos de debida diligencia constituyen manifestaciones de la voluntad privada, propias de la fase precontractual, no reguladas por la ley (atípicas), cuyo carácter vinculante depende en cada caso de si existe o no la intención de las partes tratantes o negociadoras de obligarse.
2. La carta de intención se puede definir en sentido estricto como un acto unilateral del remitente, exteriorizado en un medio verificable —p. ej., la grabación de una conversación telefónica, un escrito físico, un mensaje de datos o un mensaje de voz—, dirigido a uno o más destinatario(s) determinado(s), mediante el cual el remitente invita al(los) destinatario(s) a adelantar tratos preliminares bajo ciertos lineamientos, o asume compromisos al respecto, o recoge acuerdos parciales alcanzados en la negociación en curso.
3. La eficacia vinculante de las cartas de intención en el derecho colombiano debe ser evaluada caso por caso, en función de si en ellas se advierte o no la intención del remitente de contraer una o más obligaciones a favor del destinatario o de un tercero. Cuando tal intención aparece probada el instrumento puede considerarse como reflejo de un negocio jurídico unilateral, atípico, vinculante para el remitente, y el contenido y alcance de las obligaciones así contraídas será el que resulte de la literalidad de la carta de intención.

51 Corte Suprema de Justicia de Colombia, sentencia del 12 de agosto de 2002, MP: José Fernando Ramírez Gómez.

4. Para evaluar la conducta tanto del remitente de una carta de intención como del destinatario que a partir de esta participa en tratos preliminares, debe tenerse en cuenta el deber de actuar de buena fe en la fase precontractual, y que quien se aparte de este puede ver comprometida su responsabilidad civil para indemnizar los perjuicios que con tal proceder ocasione a otro de manera injustificada.

5. Los memorandos de entendimiento, los acuerdos de confidencialidad y los acuerdos de debida diligencia pueden enmarcarse dentro de la categoría doctrinal de los precontratos de negociación, negocios jurídicos bilaterales o plurilaterales, autónomos, atípicos, que en general tienen como propósito regular la etapa de los tratos preliminares, fijando las circunstancias de tiempo, modo y lugar para discutir la posible celebración de un contrato, y preparando los puntos de este, de modo tal que los tratantes se obligan a negociar dentro de las reglas convenidas, sin que estén obligadas a concluir el contrato definitivo.

6. Las cartas de intención, los memorandos de entendimiento, los acuerdos de confidencialidad y los acuerdos de debida diligencia no están sujetos a solemnidades legales, y en la práctica suelen constar en documento privado, que tiene el valor probatorio que la ley procesal le reconoce a los documentos.

7. Los acuerdos precontractuales antes mencionados pueden combinarse en la práctica, de modo tal que, por ejemplo, un memorando de entendimiento puede contener el acuerdo de confidencialidad, o este puede formar parte del acuerdo de debida diligencia, y son todos propios de la etapa de los tratos preliminares, y en esa medida los acuerdos que en ellos se reflejan corresponden a la voluntad de las partes de tratar y no de contratar, y por lo mismo no constituyen el contrato principal, en tanto son acuerdos parciales orientados a definir aspectos que las partes consideran importantes para determinar posteriormente si celebran o no el contrato.

8. El deber de obrar de buena fe, establecido desde la propia Constitución Política (artículos 83 y 95) y regulado en la ley para la materia contractual (Código Civil, artículo 1603; Código de Comercio, artículos 863 y 871), forma parte del orden público interno de Colombia, tanto en la faceta de orden público político como en la de orden público económico, toda vez que responde a la expectativa social de un comportamiento correcto y leal de los sujetos en la negociación, celebración, ejecución, terminación y liquidación de los contratos, y mira al orden y la transparencia

del tráfico jurídico, como elementos relevantes para el logro del bienestar general y el buen funcionamiento de los mercados, previniendo la ocurrencia de abusos en estos, y no solo al interés individual de las partes tratantes o contratantes, y siendo ello así la celebración de acuerdos de entendimiento, de confidencialidad y de debida diligencia, y de cualquier otro precontrato de negociación, da origen al deber recíproco de obrar de buena fe exenta de culpa en la etapa precontractual, el cual no puede ser derogado por pacto en contrario.

9. El incumplimiento de obligaciones contraídas en virtud de la celebración de acuerdos de entendimiento, de confidencialidad o de debida diligencia, compromete la responsabilidad civil del deudor incumplido por los daños patrimoniales irrogados al acreedor, bajo los presupuestos y reglas de la responsabilidad contractual (por el incumplimiento del precontrato de negociación), que, como es sabido, supone la demostración por el reclamante de la existencia del contrato y de las obligaciones incumplidas, el incumplimiento de estas, el daño y la conexidad entre el incumplimiento y el daño.

10. Cuando el receptor de la información confidencial es una sociedad, y la persona que teniendo la calidad de administrador de la compañía incurre en violación del deber de confidencialidad, ello daría base para que la sociedad adelante la acción de responsabilidad contra el administrador y se aplique la presunción legal de responsabilidad ilimitada de este por los perjuicios que cause a los asociados, a los socios o a terceros.

11. Más allá de las implicaciones de responsabilidad civil, la violación de un acuerdo de confidencialidad puede desatar la responsabilidad penal de la persona natural que incurre en esa conducta, en la medida en que se configuren los tipos penales de utilización indebida de información privilegiada o de violación de reserva industrial o comercial.

12. En el ámbito del mercado de valores, el incumplimiento de las normas sobre información privilegiada o la utilización o divulgación indebidas de información sujeta a reserva son conductas constitutivas de infracción legal sancionable administrativamente por la Superintendencia Financiera de Colombia, o disciplinariamente por el Autorregulador del Mercado de Valores, como ente autorregulador del mercado.

Referencias

Corcione Morales, María Carolina. “La heredada y rígida clasificación de las fuentes de las obligaciones en el Código Civil Colombiano”. En *Derecho de las Obligaciones - con propuestas de modernización*, tomo I, 2.ª ed., Bogotá: Universidad de los Andes y Temis, 2015.

Corporate Finance Institute. *Term Sheet Overview*, en <https://corporatefinanceinstitute.com/resources/templates/transactions/term-sheet-guide/> [consulta: 15 de octubre de 2018].

Cubides Camacho, Jorge. *Obligaciones*, 5.ª ed. Bogotá: Universidad Javeriana, 2005.

Cubides Camacho, Jorge. “Los actos preparatorios del contrato: promesa, opción, preferencia y otros”. En *Derecho de las Obligaciones - con propuestas de modernización*, tomo I, 2.ª ed., Bogotá: Universidad de los Andes y Temis, 2015.

Draetta, Ugo y Ralph Lake. “Letters of intent and precontractual liability”, *Int’l Bus. L. J.*, n.º 835 (1993).

Fontaine, Marcel y De Ly, Filip. *Drafting International Contracts. An Analysis of Contract Clauses*. New York: Transnational Publishers Inc., 2006.

Gregorini Clusellas, Eduardo L. *Derecho de los contratos*. Buenos Aires: Hammurabi, 2009.

Hinestrosa, Fernando. *Tratado de las obligaciones II. De las fuentes de las obligaciones: El negocio jurídico*, vol. II. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015.

Lake, Ralph B. “Letters of intent: a comparative examination under English, U. S., French, and West German Law”, *18 Geo. Wash. J. Int’l L. & Econ*, n.º 331 (1984-1985).

Marín Narros, Héctor Daniel. “Concepción y eficacia de las *letters of intent*, los memoranda of understanding y los acuerdos de intenciones (1)”, *Noticias Jurídicas*, 1.º de febrero de 2009, <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4426--concepcion-y-eficacia-de-las-letters-of-intent-los-memoranda-of-understanding-y-los-acuerdos-de-intenciones-i>.

Messineo, Francesco. *Doctrina general del contrato*, tomo I, traducción de R. O. Fontanarrosa, S. Sentis Melendo y M. Volterra. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.

Ospina Fernández, Guillermo. *Régimen general de las obligaciones*, 8.^a ed. Bogotá: Temis, 2008.

Oviedo Albán, Jorge. “Tratos preliminares y responsabilidad precontractual”. *Revista Vniversitas*, n.º 115 (2008).

Pájaro Moreno, Nicolás. “El contrato y sus principios orientadores”. En *Derecho de las obligaciones con propuestas de modernización*, tomo I, coord. Marcela Castro de Cifuentes. Bogotá: Universidad de los Andes y Temis, 2015.

Parra Herrera, Nicolás. “La autorregulación de los tratos preliminares. Análisis de las cartas de intención, memorandos de entendimiento y buena fe precontractual”. *Revista de Derecho Privado Universidad de los Andes*, n.º 50 (2013).

Rengifo Gardeazábal, Mauricio. *La formación del contrato*. Bogotá: Universidad de los Andes y Temis, 2016.

Reyes Cancino, Catalina y Andrea Vargas Ovalle. “El deber de revelación de información en procesos de debida diligencia”. *Ámbito Jurídico* (2018).

Whincup, Michael H. *Contract Law and Practice, third revised and enlarged edition*. Boston: Kluwer Law International and The Hague.

Jurisprudencia

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-341 de 2003, MP: Jaime Araújo Rentería.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-1235-05, MP: Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T 537-09, MP: Humberto Antonio Sierra Porto.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-956 de 2011, MP: Jorge Iván Palacio Palacio.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-186 de 2011, MP: Humberto Antonio Sierra Porto.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-934 de 2013, MP: Nilson Pinilla Pinilla.

Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sentencia del 12 de agosto de 2002, MP: José Fernando Ramírez Gómez.

