

**UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO USFQ**

**Colegio de Jurisprudencia**

**Análisis del carácter vinculante del memorando de entendimiento en el ámbito civil ecuatoriano**

**Nicole Justine Iza Abad**

**Jurisprudencia**

Trabajo de fin de carrera presentado como requisito para la obtención del título de Abogada

Quito, 23 de noviembre de 2022

## © DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento certifico que he leído todas las Políticas y Manuales de la Universidad San Francisco de Quito USFQ, incluyendo la Política de Propiedad Intelectual USFQ, y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo quedan sujetos a lo dispuesto en esas Políticas.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Educación Superior del Ecuador.

Nombres y apellidos: Nicole Justine Iza Abad  
Código: 00211305  
Cédula de identidad: 1721167649  
Lugar y Fecha: Quito, 23 de noviembre de 2023

## ACLARACIÓN PARA PUBLICACIÓN

**Nota:** El presente trabajo, en su totalidad o cualquiera de sus partes, no debe ser considerado como una publicación, incluso a pesar de estar disponible sin restricciones a través de un repositorio institucional. Esta declaración se alinea con las prácticas y recomendaciones presentadas por el Committee on Publication Ethics COPE descritas por Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing, disponible en <http://bit.ly/COPETHeses>.

## UNPUBLISHED DOCUMENT

**Note:** The following capstone Project is available through Universidad San Francisco de Quito USFQ institutional repository. This statement follows the recommendations presented by the Committee on Publication Ethics COPE described by Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing available on <http://bit.ly/COPETHeses>.

**ANÁLISIS DEL CARÁCTER VINCULANTE DEL MEMORANDO DE ENTENDIMIENTO EN EL ÁMBITO CIVIL  
ECUATORIANO<sup>1</sup>**

**ANALYSIS OF THE BINDING NATURE OF THE MEMORANDUM OF UNDERSTANDING IN THE ECUADORIAN CIVIL  
CONTEXT**

Nicole Justine Iza Abad<sup>2</sup>

nicoleizaabad@outlook.com

**RESUMEN**

Este estudio se enfoca en la naturaleza del memorando de entendimiento, un instrumento jurídico de naturaleza híbrida. Utilizando un enfoque de análisis jurídico dogmático, se examina la clasificación del memorando y su relación con las obligaciones de las partes involucradas. Se concluye que el memorando no constituye ni una promesa ni una oferta definitiva, y su naturaleza puede variar, considerándose ya sea como un acuerdo de intenciones o un contrato preparatorio. Además, se identifican las estipulaciones y circunstancias que determinan cuándo adquiere la condición de contrato. En resumen, se destaca que las estipulaciones desempeñan un papel esencial en la determinación de la naturaleza y el tipo de responsabilidad aplicable en caso de incumplimiento, pudiendo ser de naturaleza precontractual o contractual. Este estudio proporciona una visión completa de las implicaciones de vinculación y responsabilidad asociadas con el memorando y cómo se determina su condición como contrato preparatorio o acuerdo de intenciones.

**ABSTRACT**

This research focuses on the nature of the Memorandum of Understanding, a legally hybrid instrument. Using a legal doctrinal analysis approach, it examines the classification of the memorandum and its relationship with the obligations of the involved parties. It is concluded that the memorandum neither constitutes a promise nor a definitive offer, and its nature may vary, being considered either an agreement of intentions or a preparatory contract. Additionally, stipulations and circumstances that determine when it attains the status of a contract are identified. In summary, it highlights that stipulations play an essential role in determining the nature and type of liability applicable in case of breach, which can be either of a pre-contractual or contractual nature. This study provides a comprehensive insight into the implications of binding and responsibility associated with the memorandum and how its status as a preparatory contract or agreement of intentions is determined.

---

<sup>1</sup> Trabajo de titulación presentado como requisito para la obtención del título de Abogado. Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Dirigido por Adriana Orellana Ubidia.

<sup>2</sup> © DERECHOS DE AUTOR: Por medio del presente documento certifico que he leído de la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación que dan sujetos a los dispuesto en la Política. Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este de investigación en el repositorio virtual, de conformidad a los dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación superior.

## **PALABRAS CLAVE**

memorando de entendimiento, buena fe, acuerdo de intenciones, contrato preparatorio, responsabilidad.

## **KEYWORDS**

memorandum of understanding, good faith, agreement of intentions, preparatory contract, liability.

Fecha de lectura: 15 de abril 2023

Fecha de publicación: 15 de abril de 2023

## **SUMARIO**

**1. INTRODUCCIÓN.– 2. REVISIÓN DE LA LITERATURA.– 3. MARCO NORMATIVO.– 4. MARCO TEÓRICO.– 5. CONSIDERACIONES GENERALES.– 6. INTRODUCCIÓN DEL MEMORANDO DE ENTENDIMIENTO.– 7. DIFERENCIAS CON OTRAS FIGURAS PRECONTRACTUALES DEL SISTEMA ECUATORIANO.– 8. CIRCUNSTANCIAS Y CRITERIOS PARA EVALUAR LA FUERZA JURÍDICA DEL MEMORANDO DE ENTENDIMIENTO.– 9. TIPO DE RESPONSABILIDAD APLICABLE ¿CONTRACTUAL O PRECONTRACTUAL?– 10. CONCLUSIONES.**

### **1. Introducción**

En el escenario actual de contratación, donde los negocios se vuelven cada vez más sofisticados y no encajan de manera eficiente en el sistema contractual tradicional, se presenta un desafío significativo. Las modalidades contractuales genéricas ahora se ven limitadas en su capacidad de proporcionar soluciones efectivas. De este modo, ha surgido la necesidad de desarrollar nuevas formas de contratación con características específicas que permitan a las partes adaptar sus acuerdos a las particularidades de sus transacciones y satisfacer de manera óptima sus necesidades comerciales.

El Memorando de Entendimiento también conocido como carta de intención, *Memorandum of Understanding*, MOU, es un instrumento legal utilizado en diversos contextos, especialmente en el ámbito comercial. Este acuerdo escrito se desenvuelve en la etapa precontractual y refleja la intención de las partes de negociar para establecer condiciones dirigidas a la celebración de un contrato futuro<sup>3</sup>. Actualmente, es una

---

<sup>3</sup> Yamile Cárdenas Del Río, “Memorandum of Understanding: Aplicación en el ordenamiento peruano y ventajas de su utilización desde una perspectiva económica”, *Foro Jurídico* 17 (2018), 171-191, <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/22765>.

herramienta característica dentro del proceso de contratación empresarial<sup>4</sup>, ya que se adapta a los nuevos mecanismos de negociación. La naturaleza del MOU es objeto de debate debido a las diversas formas en las que puede configurarse<sup>5</sup>.

La falta de claridad al definir su naturaleza puede conllevar una serie de riesgos legales. La ambigüedad de las estipulaciones acordadas puede dar lugar a interpretaciones divergentes<sup>6</sup>, provocando disputas sobre la intención y complicaciones en la determinación del tipo de responsabilidad aplicable. Esto puede resultar en ineficiencias económicas, retrasos en la ejecución de proyectos, incertidumbre en la toma de decisiones y daños en las relaciones comerciales al exponer a las partes a riesgos financieros. Entonces, surge la pregunta ¿Cuáles son los requisitos para determinar que un MOU es vinculante?

Este artículo se centra en la investigación jurídica del memorando de entendimiento, adoptando una perspectiva cualitativa y un enfoque deductivo. El objetivo es determinar su naturaleza y las implicaciones que conlleva. Además, se analizan los elementos que lo configurarían como un contrato preparatorio. Para lograr este propósito, se realiza un análisis jurídico dogmático y el estudio de casos a nivel nacional e internacional. Esta investigación busca comprender la calificación objetiva del MOU y definir cuándo se consideraría vinculante. Esta distinción no solo aporta certeza legal, sino que también garantiza el cumplimiento de los deberes y obligaciones, proporcionando protección legal a las partes en caso de incumplimiento y fortaleciendo la confianza en la relación.

## **2. Revisión de la literatura**

El presente apartado, establece la línea base de esta investigación en relación con los elementos que permiten determinar el carácter vinculante del memorando de entendimiento como contrato preparatorio en el ámbito civil ecuatoriano. El enfoque principal se centra en las definiciones y perspectivas sobre la naturaleza del memorando,

---

<sup>4</sup> Niels Verdonk, "BRINGING A LETTER OF INTENT OR NOT? A qualitative study on the influence of Letters of intent on venture capital investors' intention to invest in new technology-based firms without proof of prototype yet" (tesis de maestría, Universidad Católica de Nimega, 2021), <https://theses.uhn.ru.nl/items/fc8be431-7f2c-453c-84c5-18940a0230fb>.

<sup>5</sup> Jorge López, "Innovaciones contractuales: el Memorando de Entendimiento", *IUS ET VERITAS* 52 (2016), 202-2013, <https://doi.org/10.18800/ius.v24i52.16380>.

<sup>6</sup> Darío Moura, "La formación de los contratos internacionales", *Revista española de derecho internacional* 57 (2005), 239-259, <https://www.jstor.org/stable/44298343>.

así como en los criterios para evaluar su fuerza jurídica y los posibles efectos de su incumplimiento.

Rengifo destaca que el régimen general de oferta y aceptación resulta insuficiente para abordar las complejidades legales en la formación de contratos sofisticados<sup>7</sup>. Este concepto cobra relevancia en el contexto de los memorandos de entendimiento, ya que representa un tipo de instrumento que permite a las partes reflejar sus intenciones y formalizar las conversaciones llevadas a cabo en etapas preliminares al contrato definitivo.

Asimismo, Parra establece que la aceptación condicional puede dar lugar a nuevas ofertas, lo que genera la necesidad de autorregular las negociaciones y acuerdos para evitar confusiones en la formación del contrato y la vinculación prematura de ciertos puntos acordados<sup>8</sup>. El memorando creado en esta etapa brinda certeza a las partes, lo que es fundamental para prevenir malentendidos y garantizar compromisos voluntarios.

En este sentido, Cárdenas del Río considera que la naturaleza del memorando de entendimiento ha sido objeto de debate en la doctrina debido a la falta de consenso sobre su clasificación<sup>9</sup>. Puede ser considerado tanto como un contrato preparatorio vinculante como un acuerdo no vinculante, generando diferentes interpretaciones y opiniones en el ámbito jurídico. Este tema reviste un interés especial en la práctica, dado que determina la naturaleza y el alcance de las obligaciones y derechos de las partes en las etapas previas al contrato.

Vershofstede indica que los memorandos de entendimiento pueden variar en términos de su vinculación legal, yendo desde lo meramente moral hasta constituir contratos. Según él autor, la clave para esta interpretación radica en determinar la intención vinculante de las partes, conocida como *animus contraendi*<sup>10</sup>.

Finalmente, Díaz señala que la naturaleza del memorando de entendimiento puede ejercer una influencia significativa en la responsabilidad legal que recae sobre las partes en el caso de incumplimiento de compromisos informales o expectativas

---

<sup>7</sup>Mauricio Rengifo, *La formación del contrato* (Bogotá: Editorial Temis, 2016).

<sup>8</sup>Nicolás Parra, “La autorregulación de los tratos preliminares. Análisis de las cartas de intención, memorandos de entendimiento y buena fe precontractual”, *Revista de Derecho Privado* 50 (2013), 1-34, <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=360033221003>.

<sup>9</sup>Yamile Cárdenas Del Río, “Memorandum of Understanding: Aplicación en el ordenamiento peruano y ventajas de su utilización desde una perspectiva económica”, 171-191.

<sup>10</sup> Thibaut Vershofstede, “The Letter of Intent: To Be Bound or Not to Be Bound, that Is the Question” *European Review of Private Law* 30 (2022), 697-730, <https://doi.org/10.54648/erpl2022035>.

razonables derivadas del acuerdo<sup>11</sup>. Este aspecto resalta la importancia de comprender la naturaleza legal del MOU al momento de su redacción y firma, ya que esto determinará el tipo de responsabilidad aplicable en caso de incumplimiento.

### 3. Marco normativo

En esta sección, se resalta la principal normativa aplicable al memorando de entendimiento desde la perspectiva del derecho internacional comercial. La Organización de los Estados Americanos<sup>12</sup>, OEA, a través de su Comité Jurídico Interamericano, ha establecido directrices que abordan la negociación y elaboración de acuerdos, ya sean vinculantes o no, con un enfoque específico en los memorandos de entendimiento<sup>13</sup>. Estas directrices proporcionan orientación a los Estados miembros con el propósito de crear acuerdos que promuevan la cooperación y la coherencia, lo que, a su vez, contribuye a la estabilidad y la colaboración en la región. Este enfoque beneficia tanto al sector público como al privado, al aumentar la estabilidad y la seguridad en las transacciones comerciales.

El MOU es un instrumento que no ha tenido un desarrollo normativo en el sistema ecuatoriano. No obstante, tanto la Constitución de la República del Ecuador<sup>14</sup> como el Código Civil<sup>15</sup> reconocen el principio de autonomía de la voluntad en el derecho privado, lo que permite a las personas configurar su vida jurídica según su elección. Este principio abarca la libertad negocial, que incluye la libertad para celebrar contratos y la libertad de realizar estipulaciones en los negocios jurídicos, siempre que se respete el orden público y las prohibiciones establecidas por la ley<sup>16</sup>. Por ello, a pesar de que el sistema legal ecuatoriano no ha determinado una regulación específica para los MOU, las bases legales fundamentales están presentes en la Constitución y el Código Civil, los

---

<sup>11</sup> Andrés Díaz, “La carta de intención (letter of intent) o el memorando de entendimiento (memorandum of understanding). Su aplicación en el Derecho colombiano”, en *Estudios de derecho privado Liber Amicorum en homenaje a Hernando Tapias Rocha*, ed. de A. Aljure, E. León, Y. Castro y C. Botero (Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2013), 195-218.

<sup>12</sup> Ver, Ecuador ratificó la Carta de la OEA el 8 de diciembre de 1951, depositando el instrumento de ratificación.

<sup>13</sup> Directrices del Comité Jurídico Interamericano para los acuerdos vinculantes y no vinculantes, Resolución CJI/RES.259 (XCVII-O/20), Organización de los Estados Americanos, 7 de agosto de 2020.

<sup>14</sup> Artículo 66 numeral 29 literal a), Constitución de la República del Ecuador, R.O. 449, 20 de octubre de 2008.

<sup>15</sup> Artículo 8, Código Civil [CC], R.O. Suplemento 46, 24 de junio de 2005, reformado por última vez R.O. 20 de 14 de marzo de 2022.

<sup>16</sup> Angélica Vargas, “Los límites y las consecuencias reales del discurso jurídico de la autonomía privada de la voluntad en el individuo”, *Revista Iusta* 49 (2018), 91-114 <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=560360439005>.



cuales reconocen el principio de autonomía de la voluntad en el ámbito del derecho privado.

La jurisprudencia ecuatoriana tiene referencias mínimas e indirectas sobre el memorando de entendimiento en sentencias y providencias, siendo su abordaje limitado en este tema<sup>17</sup>. Esta falta de claridad en la jurisprudencia puede generar incertidumbre en la aplicación de las normativas y regulaciones pertinentes, lo que podría impactar la seguridad jurídica en las relaciones comerciales y legales. Dada la creciente relevancia del MOU en el contexto de los negocios, es esencial que la jurisprudencia ecuatoriana brinde una mayor comprensión y orientación en este ámbito.

#### **4. Marco Teórico**

La ambigüedad en la naturaleza del memorando de entendimiento genera complicaciones al determinar si trata de un acuerdo no vinculante o un contrato preparatorio, y qué tipo de responsabilidad le aplicaría. Este trabajo se enfoca en el estudio de las teorías relacionadas con la formación del negocio jurídico, el nacimiento del contrato y la existencia de las obligaciones vinculantes, con el propósito de establecer los elementos y parámetros que configuran al MOU como vinculante.

La teoría de formación del negocio jurídico examina cómo se categorizan y establecen los actos jurídicos, ya sean unilaterales o convenciones, y el proceso de negociación que conduce a la formación de contratos y otros acuerdos legales<sup>18</sup>. El objetivo es comprender cómo las partes llegan a acuerdos vinculantes y las implicaciones legales de estos procesos.

La teoría del nacimiento del contrato se centra en cuándo y cómo un contrato se perfecciona y, por tanto, se vuelve vinculante, considerando aspectos como la oferta, aceptación, la consideración y la intención de crear relaciones legales<sup>19</sup>. La comprensión de este punto es elemental para el análisis del MOU como contrato preparatorio.

Otra área de interés es la teoría de existencia de obligaciones vinculantes, que evalúa su origen, fuentes, elementos esenciales, intención de cumplimiento y su relación

---

<sup>17</sup>Ver, Causa 09802-2016-00534, Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en Guayaquil, Sala Provincial del Guayas, 8 marzo de 2017. Causa 17230-2015-05506, Corte Provincial de Justicia de Pichincha, Sala Especializada de lo Civil y Mercantil, 29 de mayo de 2018. Causa 17301-2007-0497, Juzgado Primero de lo Civil de Pichincha, 21 de abril de 2010. Causa 17320-1998-0836, Juzgado de lo Civil de Pichincha, 9 de diciembre de 2008.

<sup>18</sup> Luis Parraguez, *Régimen jurídico del contrato* (Quito: Cevallos Editora Jurídica, 2021).

<sup>19</sup> Mauricio Rengifo, *La formación del contrato*.

con contratos y otros negocios jurídicos<sup>20</sup>. Comprender la base y la naturaleza de las obligaciones es fundamental para una aplicación efectiva del derecho. Si se establecen obligaciones claras en el MOU y se cumplen los requisitos legales, es más probable que se considere vinculante, y que las partes estén obligadas a cumplir sus términos.

Por último, la teoría de la interpretación contractual se encarga de determinar el significado y alcance de los contratos y otros instrumentos legales. Esta teoría abarca dos enfoques: la interpretación objetiva, que sigue la literalidad de las palabras<sup>21</sup>; y la interpretación subjetiva, que considera la intención real de las partes, el contexto y el propósito del instrumento<sup>22</sup>. En este trabajo, se adopta la interpretación subjetiva, que se relaciona con el principio de irrelevancia del *nomen iuris*, centrando la atención en el contenido real en lugar de la interpretación literal<sup>23</sup>.

## 5. Consideraciones generales

### 5.1. Definición de los acuerdos precontractuales

El *iter* contractual consta típicamente de tres etapas: oferta, aceptación y conclusión<sup>24</sup>. Sin embargo, en ciertas situaciones, la formación de un contrato puede ser más compleja que la mera emisión de la oferta y su aceptación. En realidad, la creación de un contrato puede involucrar una serie de pasos y consideraciones previas, incluyendo los acuerdos precontractuales<sup>25</sup>.

En palabras de Rengifo, los tratos preliminares se definen como: “un conjunto de actos y operaciones que los participantes en una negociación realizan con el propósito de discutir un contrato y preparar lo necesario para su celebración”<sup>26</sup>. Existen diversas denominaciones para referirse a estos tratos iniciales. Entre los términos empleados están los acuerdos de intenciones, acuerdo entre caballeros, invitaciones a negociar, memorandos de entendimiento, autorizaciones a proceder, *agreement to agree*, *head of terms*<sup>27</sup>. Este trabajo se centra en el análisis del memorando de entendimiento.

---

<sup>20</sup> Guillermo Ospina y Eduardo Ospina, *Teoría general del contrato y del negocio jurídico* (Bogotá: Editorial Temis, 2018).

<sup>21</sup> Luis Parraguez, *Régimen jurídico del contrato*.

<sup>22</sup> *Ibidem*, 698.

<sup>23</sup> Marcos Torres, “La irrelevancia del *nomen iuris* en la práctica contractual”, *Actualidad Jurídica* 271 (2016), 117-118, <http://works.bepress.com/marcoandreitortresmaldonado/33/> .

<sup>24</sup> Mauricio Rengifo, *La formación del contrato*.

<sup>25</sup> Héctor Marín, *Estudio de los principales acuerdos precontractuales con modelos en inglés y español* (Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2012).

<sup>26</sup> Mauricio Rengifo, *La formación del contrato*, 27.

<sup>27</sup> Héctor Marín, *Estudio de los principales acuerdos precontractuales con modelos en inglés y español*.

## 5.2. Relevancia y aplicación del memorando de entendimiento y los contratos preparatorios

En el contexto de negocios sofisticados, las personas se ven en la necesidad de llevar a cabo negociaciones previas a la formalización del contrato final. Según Farnsworth en este tipo de negociaciones: “no hay oferta o contra oferta para que las partes acepten, sino un proceso gradual en que se llega a un acuerdo de forma fragmentada, en sucesivas a ‘rondas’, con una sucesión interminable de borradores”<sup>28</sup>. Estas negociaciones abarcan el intercambio de información sensible, declaraciones de intención, el establecimiento de reglas de conducta, cláusulas de exclusividad y confidencialidad, entre otros aspectos<sup>29</sup>. Dentro de este ámbito, se encuentra el concepto de *memorandum of understanding*, el cual tiene su origen en el *Common Law*<sup>30</sup>.

Según Torres, el MOU es un documento que precede a una transacción, es decir, se encuentra en los tratos preliminares<sup>31</sup>. Este instrumento regula de manera formal la etapa de negociación, reflejando las primeras intenciones de las partes, sus objetivos, reglas, límites y pautas para una posible transacción. Cabe resaltar que este instrumento no involucra la obligación de celebrar el contrato definitivo<sup>32</sup>, no obstante, garantiza la seriedad de las tratativas.

Así, podría surgir la interrogante de si el MOU complica el proceso de negociación al agregar una etapa extra al *iter* contractual. En realidad, no la complica. Más bien, optimiza la eficiencia<sup>33</sup>. Esto se debe a que reduce los costos de transacción ya que, registra las negociaciones por escrito, lo que sirve como evidencia para interpretar el contrato y la intención de los intervinientes. Asimismo, facilita la obtención de financiamiento al establecer formalmente el propósito de las partes de celebrar un contrato en el futuro, distribuyendo inicialmente los riesgos. En última instancia, refleja el cumplimiento de lo acordado en las etapas preliminares, en consonancia con el principio de buena fe, mitigando comportamientos oportunistas<sup>34</sup>.

---

<sup>28</sup> Allan Farnsworth, “Responsabilidad precontractual y acuerdos preliminares: fair dealing y fracaso en las negociaciones”, *Themis revista de derecho* 49 (2004), 81-125.

<sup>29</sup> Jorge Oviedo, *La formación del contrato. Tratos preliminares, oferta, aceptación* (Bogotá: Temis, 2018).

<sup>30</sup> Sergio García, “¿Casados, comprometidos o solo amigos? Pactando acuerdos no vinculantes”, en *Fusiones y Adquisiciones*, coord. de C. Soto (Lima: Instituto Pacífico, 2018), 195-257.

<sup>31</sup> Marcos Torres, “La carta de intención (letter of intent) en la adquisición de empresas: ¿son contratos preparatorios?”, *Gaceta Civil & procesal Civil* 41 (2016), 33-43.

<sup>32</sup> Alvaro Pérez, *Teoría general de las obligaciones* (Bogotá: Temis, 1954).

<sup>33</sup> Nicolás Parra, “La autorregulación de los tratos preliminares Análisis de las cartas de intención, memorandos de entendimiento y buena fe precontractual”, 1-34.

<sup>34</sup> *Ibidem*.

## 6. Introducción al memorando de entendimiento

### 6.1. Definiciones y enfoques de la naturaleza del memorando de entendimiento

El uso del memorando de entendimiento es común en transacciones sofisticadas, como fusiones y adquisiciones de compañías, las cuales generalmente involucran procesos de *Due Diligence*<sup>35</sup> debido a la complejidad de las decisiones con un alto impacto económico. En estos casos, es importante que las partes involucradas tengan acceso a toda la información y garantías necesarias para poder alcanzar la transacción final y que sea satisfactorio para ambas partes.

En la doctrina, se ha producido un extenso debate en torno a la definición del MOU<sup>36</sup>, dado que varios autores han expresado su comprensión de este instrumento de diversas maneras. De acuerdo con García, el MOU es un acuerdo por naturaleza no vinculante, ya que no genera efectos jurídicos<sup>37</sup>. Por otra parte, Aljure sostiene que los memorandos se distinguen de los documentos precontractuales, ya que estos últimos no conllevan obligaciones, mientras que los primeros sí lo hacen<sup>38</sup>. En contraste, desde la perspectiva de Calvino, el memorando de entendimiento es una propuesta unilateral emitida por una parte para iniciar las negociaciones y establecer las reglas de conducta que regirán en la etapa preliminar al contrato<sup>39</sup>.

Cabe mencionar que existe una corriente de autores argumentan que el MOU debe considerarse exclusivamente como un acuerdo no vinculante, sin otorgarle ningún carácter contractual<sup>40</sup>. En esta línea, Marín establecen los MOU funcionan principalmente como documentos de prueba, ya sea para respaldar la existencia de un contrato definitivo o para documentar el estado actual de las negociaciones<sup>41</sup>.

Otra perspectiva llamativa es la de López, quién señala que “para la Comisión de Naciones Unidas los MDE tienen carácter vinculante para las partes que los suscriben”<sup>42</sup>. De acuerdo con la Comisión de las Naciones Unidas para el derecho

---

<sup>35</sup> Gustavo Calvino, “La carta de intención y el memorándum de entendimiento”, *Revista Internacional Foro de Derecho Mercantil* 9 (2005), 7-29.

<sup>36</sup> Marcel Fontaine y Filip De Ly, *Drafting International Contracts: An Analysis of Contract Clauses*, ed.2 (Leiden: BRILL, 2016).

<sup>37</sup> Sergio García, “¿Casados, comprometidos o solo amigos? Pactando acuerdos no vinculantes”, 195-257.

<sup>38</sup> Antonio Aljure, *El contrato internacional* (Bogotá: Legis, 2011).

<sup>39</sup> Gustavo Calvino, “La carta de intención y el memorándum de entendimiento”, 7-29.

<sup>40</sup> Frank Stellingwerf y Gerard Mantense, “Letters of intent”, *Michigan Bar Journal* 79 (2000), 1512-1519.

<sup>41</sup> Héctor Marín, *Estudio de los principales acuerdos precontractuales con modelos en inglés y español*.

<sup>42</sup> Jorge López, “Innovaciones contractuales: el Memorando de Entendimiento”, 204.

mercantil internacional<sup>43</sup>, el MOU tiene como objetivo formalizar un contrato y reflejar la intención de las partes, en el caso que los involucrados tengan la intención de asumir obligaciones, esta intención puede manifestarse a través de la interpretación de declaraciones o acciones realizadas<sup>44</sup>. No obstante, la Agencia para la Acción Social y Cooperación Internacional de Colombia tiene una opinión contraria y establece que el MOU “no contempla obligaciones de comportamiento reales, sino más bien cláusulas programáticas con una redacción que excluye los términos imperativos y que suele contener simples exhortaciones o declaraciones de intención”<sup>45</sup>.

La jurisprudencia estadounidense ha examinado los acuerdos contenidos en los memorandos de entendimiento desde diversas perspectivas. Por un lado, el Tribunal del Noveno Circuito de Apelaciones de los Estados Unidos sostuvo en el caso *Rennick contra Opcion Care, Inc.*<sup>46</sup>, que tales acuerdos carecen de valor hasta que se alcance la suscripción final de un contrato. En contraste, el Tribunal del distrito de New York, en el caso *Teachers Ins.y Annuity Ass’ contra Tribune Co.*<sup>47</sup>, atribuyó al MOU la naturaleza de acuerdo vinculante para las partes.

De esta manera, se evidencia que la doctrina y la jurisprudencia no han llegado a un consenso respecto a la definición de MOU y su naturaleza. Por un lado, algunos autores sostienen que se trata de un contrato que regula la fase precontractual por medio de disposiciones obligatorias. Por otro lado, otros argumentan que son convenciones que carecen de vinculación legal<sup>48</sup>. Mientras que, algunos otros establecen que este instrumento se constituye en una oferta o manifestación unilateral de negociar un contrato. De ahí que, la diversidad de definiciones del memorando hace que la naturaleza jurídica permanezca ambigua.

La enredada naturaleza del memorando de entendimiento abarca una amplia variedad de intenciones, acuerdos y disposiciones, lo que contribuye a la variabilidad en su interpretación. Es comprensible que existan divergencias de opinión acerca del

---

<sup>43</sup> Ver, Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Informe, Naciones Unidas, A/CN.9/SER.C/DIGEST/CISG/14, 01 de enero 1988.

<sup>44</sup> Jorge López, “Innovaciones contractuales: el Memorando de Entendimiento”, 202-213.

<sup>45</sup> La cooperación internacional y su régimen jurídico en Colombia, Informe, Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional, 7 noviembre 2008, 38.

<sup>46</sup> *Rennick c. Opcion Care, Inc.*, Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos, Noveno Circuito, 22 de febrero de 1996, párr. 318.

<sup>47</sup> *Teachers Inc. Annuity Ass’ c. Tribune Co.*, Tribunal del Distrito de los Estados Unidos, Segundo Circuito, 26 de junio de 1987, párr. 201.

<sup>48</sup> Sergio García, “¿Casados, comprometidos o solo amigos? Pactando acuerdos no vinculantes”, 195-257.

memorando de entendimiento debido a la multiplicidad de elementos y declaraciones de diversa naturaleza que se presentan en la práctica<sup>49</sup>.

Es así como, no se puede aplicar una visión absolutista y única sobre si un memorando de entendimiento es vinculante o no de manera generalizada. La naturaleza legal de un MOU y su grado de vinculación dependen de sus características particulares y de la intención subyacente de las partes involucradas. En este sentido, el Grupo de Investigación de Contratos Internacionales de las Naciones Unidas, ONU, ha establecido la naturaleza flexible del MOU y logrado identificar ciertas características distintivas de este tipo de acuerdos tras el estudio de memorandos, lo cual ofrece una visión más realista y flexible de este tipo de acuerdos, que se adapta mejor a su complejidad y diversidad<sup>50</sup>.

En definitiva, en este escenario poco uniforme, donde no hay consenso sobre las opiniones, se podría definir de manera general al memorando de entendimiento como un documento que insta a las partes a no reabrir discusiones sobre lo ya acordado, a cumplir con el cronograma para futuras negociaciones y a actuar con integridad para alcanzar un desenlace satisfactorio. Por lo tanto, la naturaleza jurídica de este documento es flexible y estará sujeta a las condiciones particulares que las partes hayan incluido, de manera que en ciertas ocasiones el MOU es vinculante, mientras que en otras puede no serlo. En la sección octava de este trabajo, se analizan los elementos y las especificidades que cada tipo de MOU puede ofrecer y las consecuencias vinculantes que derivan de aquellos.

## **6.2.La vinculación legal del memorando de entendimiento ¿Negocio vinculante o no vinculante?**

En concreto, es importante destacar que el memorando de entendimiento es un instrumento que puede ser vinculante o no, dependiendo la intención de las partes que lo suscriben.

En lo que respecta a la vinculación legal del MOU, de acuerdo con la legislación ecuatoriana, es necesario considerar las teorías de formación de los negocios jurídicos. El negocio jurídico se define como el hecho jurídico, voluntario, lícito e intencional, lo que implica una manifestación de voluntad directa y reflexiva encaminada a la producción de

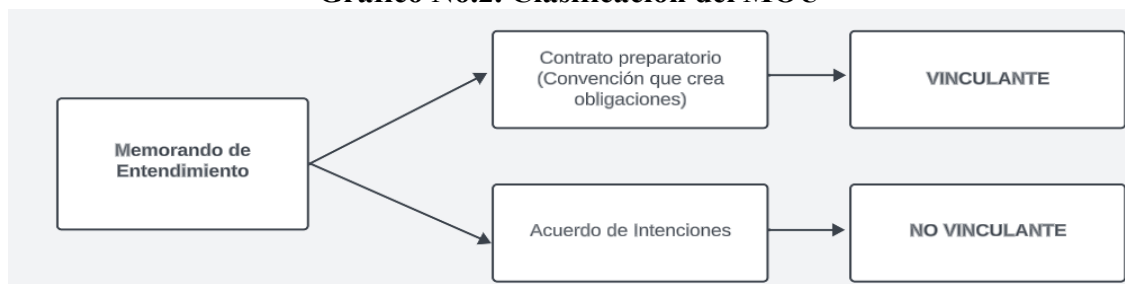
---

<sup>49</sup> Andrés Díaz, “La carta de intención (letter of intent) o el memorando de entendimiento (memorandum of understanding). Su aplicación en el Derecho colombiano”, 195-218.

<sup>50</sup> Nicolás Parra, “La autorregulación de los tratos preliminares Análisis de las cartas de intención, memorandos de entendimiento y buena fe precontractual”, 1-34.

consecuencias jurídicas<sup>51</sup>. Así, la autonomía de la voluntad, se considera la fuente generadora del negocio, otorgando a las partes la capacidad de crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas.

**Gráfico No.2. Clasificación del MOU**



Fuente: Elaboración propia, a partir Cárdenas del Río<sup>52</sup>.

En este entendido, como se muestra en el gráfico se abre la posibilidad de clasificar el MOU en dos categorías distintas. Esto se relaciona con la presencia o ausencia de obligaciones específicas en el memorando de entendimiento. En una categoría, se encuentran los memorandos que establecen obligaciones concretas entre las partes, lo que les confiere un carácter vinculante, y los convierte en contratos preparatorios atípicos. En la otra categoría, se presentan los memorandos que se limitan a expresar deberes, intenciones y acuerdos preliminares sin establecer obligaciones legalmente exigibles, que se constituirían como acuerdos de intenciones sin llegar a la categoría de negocios jurídicos.

En el primer caso, haciendo en referencia a los memorandos que establecen obligaciones contractuales, las partes se encuentran legalmente vinculadas a cumplir con lo acordado. De acuerdo con la doctrina<sup>53</sup>, suelen citarse estipulaciones con carácter vinculante, como la exclusividad, la confidencialidad y cláusulas arbitrales. En el segundo caso, en los memorandos que expresan solamente declaraciones de intenciones, pero no generan obligaciones vinculantes, las partes se comprometen a actuar bajo el principio de la buena fe, aunque no bajo la sujeción de un contrato. Según Oviedo<sup>54</sup>, las disposiciones que se abordan son deberes, tales como el de protección, la conservación y la abstención de abandonar las negociaciones sin justa causa, así como compromisos de cooperación en la negociación.

<sup>51</sup> Guillermo Ospina y Eduardo Ospina, *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*.

<sup>52</sup> Yamile Cárdenas Del Río, "Memorandum of Understanding: Aplicación en el ordenamiento peruano y ventajas de su utilización desde una perspectiva económica", 171-191.

<sup>53</sup> Marcos Torres, "La carta de intención (letter of intent) en la adquisición de empresas: ¿son contratos preparatorios?", 33-43.

<sup>54</sup> Jorge Oviedo, "Tratos preliminares y responsabilidad precontractual", *Vniversitas* 57 (2007), 83-116.

Estos deberes no parten de una obligación contractual, sino que derivan del principio de buena fe *in contrahendo*. Al respecto, Monsalve explica que el principio exige a los intervinientes un comportamiento leal en la fase de negociaciones, ya que así se garantiza igualdad en esta fase preliminar<sup>55</sup>. La aplicación de este principio general en la fase inicial del proceso es crucial, ya que cuando no existen obligaciones contractuales vinculantes, los estándares y responsabilidades derivados de la buena fe aseguran un comportamiento equitativo y recíproco entre las partes en una etapa de negociación.

La diferenciación entre un MOU vinculante y uno que no lo es adquiere un papel central en las negociaciones y tratativas, ya que puede tener repercusiones significativas en la responsabilidad de las partes involucradas. En consonancia con lo anterior, como lo expone Llodra, considerando la diversidad de contenido que presentan estos instrumentos, el incumplimiento debe ser evaluado desde una perspectiva contractual o no<sup>56</sup>. La distinción en la naturaleza y contenido del memorando de entendimiento influye en la forma en que se abordan los incumplimientos o desacuerdos durante la fase preliminar; este tema se desarrollará más adelante en la sección novena de este trabajo.

## **7. Diferencias con otras figuras precontractuales del sistema ecuatoriano**

Los Principios Unidroit<sup>57</sup> en los artículos 4.1, 4.2 y 4.3, junto con la Convención de las Naciones sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías<sup>58</sup> en el artículo 8.3, resaltan la importancia de la intención común de las partes en la interpretación de los contratos, considerando las negociaciones preliminares. Además, los Principios en los artículos 2.15 y 4.8, definen el estándar de conducta de buena fe y lealtad comercial en las negociaciones como un criterio para la integración del contrato.

El Código Civil ecuatoriano, en su artículo 1562, también establece que “[l]os contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan, no sólo a lo que en ellos se expresa [...]”<sup>59</sup>. Esto implica que las partes deben actuar de manera honesta y justa, evitando cualquier comportamiento oportunista o engañoso en la negociación,

---

<sup>55</sup> Vladimir Monsalve, *Responsabilidad precontractual: la ruptura injustificada de las negociaciones* (Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2010).

<sup>56</sup> Francesca Llodra "Reflexiones en torno a los PECL y la fase preliminar del Contrato 'Letters of intent': pactos de intenciones, precontrato" en *El Dret civil català en el context europeu: materials de les Dotzenes Jornades de Dret Català a Tossa*, coord. De Universidad de Girona área de derecho civil (Girona: Documenta Universitaria, 2003), 321-348.

<sup>57</sup> Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales, Roma, 1994.

<sup>58</sup> Artículo 8.3, Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional, Viena, 11 de abril de 1988, ratificado por el Ecuador el 28 de noviembre de 1991.

<sup>59</sup> Artículo 1562, CC.



celebración y ejecución de los contratos. Incluso en ausencia de cualquier documento, los negociadores deben tener en cuenta estos principios generales. Es así, que se establece que la buena fe y la lealtad negocial son principios fundamentales que rigen las relaciones contractuales y la equidad en todo el *iter* contractual.

Igualmente, se reconoce que el MOU no encaja dentro de la categoría de un contrato de promesa. Aunque la falta de regulación específica puede plantear interrogantes sobre su naturaleza, se entiende que un MOU difiere sustancialmente de un contrato que compromete a las partes a celebrar un contrato definitivo. De la misma manera, la promesa está restringida a ser un contrato solemne, mientras que los memorandos de entendimiento serían contratos cuya perfección se da con el solo consentimiento. Esta distinción es particularmente relevante en el contexto legal de Ecuador, donde los contratos de promesa deben cumplir obligatoriamente con requisitos específicos para tener esa calidad<sup>60</sup>. La Corte Nacional de Ecuador ha abordado este asunto en su jurisprudencia<sup>61</sup>.

Del mismo modo, se debe distinguir entre el memorando de entendimiento y la oferta. Como se expuso anteriormente, la oferta no genera obligaciones contractuales, ya que constituye un negocio unilateral. Por el contrario, el memorando, puede configurarse como un contrato o acuerdo según su redacción. El Código de Comercio establece que la oferta a persona determinada es irrevocable<sup>62</sup>, pero no vinculante. Esto significa que la oferta no puede retirarse durante el plazo indicado por el oferente o el establecido por ley, esto implica que sea obligatoria mientras no medie aceptación<sup>63</sup>. En contraste, el MOU puede ser vinculante o no, debido a la amplia autonomía de las partes para especificar qué cláusulas serán vinculantes.

Por último, el memorando de entendimiento difiere de un contrato de opción. En este último, una parte acepta una oferta exclusiva de la otra dentro de un plazo definido<sup>64</sup>. En contraste, en un MOU, ambas partes acuerdan tanto el plazo como los términos para la negociación, que podría conducir a la celebración de un contrato futuro. Además, el contrato de opción implica un plazo durante el cual el oferente no puede retirar su oferta.

---

<sup>60</sup>Ver, Artículo 1570, CC.

<sup>61</sup>Ver, Causa No. 0129-2021, Corte Nacional de Justicia, Sala especializada de lo Civil, Mercantil, 29 de noviembre de 2021, párr.21.

<sup>62</sup>Artículo 230, Código de Comercio [CCo], R.O. Suplemento 479 de 29 de mayo de 2019, reformado por última vez R.O. 254 de 7 de febrero de 2023.

<sup>63</sup>Guillermo Ospina y Eduardo Ospina, *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*.

<sup>64</sup>*Ibidem*.

De manera similar, el contrato de opción se ubica en la etapa de celebración del contrato, mientras que el memorando se encuentra en la etapa precontractual, y su naturaleza, ya sea contractual o precontractual depende de si contiene obligaciones.

## **8. Circunstancias y criterios para evaluar la fuerza jurídica del memorando de entendimiento**

### **8.1. Evaluación de lo estipulado por las partes**

El memorando de entendimiento se origina y estructura a partir de la voluntad de las partes<sup>65</sup>. Como punto de partida para analizar la naturaleza, se debe verificar si las partes han otorgado una calificación, lo que puede proporcionar indicios del nivel de formalidad y seriedad que buscan conferirle. Cuando las partes manifiestan de manera expresa e inequívoca la naturaleza que desean otorgar al instrumento, no suelen surgir problemas, siempre que el contenido del documento sea coherente con la calificación que las partes han dado<sup>66</sup>. En tales casos, se siguen los términos y disposiciones establecidos en el acuerdo, lo que proporciona certeza y facilita la ejecución del proceso de negociación.

No obstante, si el contenido del MOU no es coherente con la calificación expresada, entonces el nombre asignado no es decisivo, ya que lo primordial es el contenido y la intención real.

En los sistemas de *Civil Law*, como el ecuatoriano, es crucial determinar si las partes tienen la intención de obligarse o no. Esto ya que se sigue la tradición jurídica francesa, que prioriza la búsqueda de la intención subjetiva, es decir, la realidad de lo deseado. Como lo explica Parraguez: “apunta al hallazgo de la verdad por sobre la literalidad del negocio”<sup>67</sup>. El artículo 1576 del Código Civil respalda esta forma de interpretación<sup>68</sup>, y establece la teoría de la irrelevancia *nomen iuris*, que postula que prevalece la verdad de los hechos sobre la apariencia de los acuerdos.

De esta forma, la naturaleza jurídica se relaciona con la manera en la que se estructura el MOU, de ahí que adquiere una entidad legal en particular. En este contexto, el nombre legal o *nomen iuris* no define la verdadera naturaleza jurídica de una institución, ya que solo tienen un propósito de identificación<sup>69</sup>. En este sentido, es el

---

<sup>65</sup> Jorge López, “Innovaciones contractuales: el Memorando de Entendimiento”, 202-213.

<sup>66</sup> Darío Moura, “La formación de los contratos internacionales”, 239-259.

<sup>67</sup> Luis Parraguez, *Régimen jurídico del contrato*, 768.

<sup>68</sup> Artículo 1576, CC.

<sup>69</sup> Marcos Torres, “La irrelevancia del *nomen iuris* en la práctica contractual”, 117-118.

contenido del instrumento lo que define que naturaleza se configura. Por lo tanto, es imperativo adentrarnos en el análisis de su contenido para establecer su naturaleza jurídica real cuando las partes no establecen coherencia entre el nombre que le han otorgado a su acuerdo y su contenido.

Siguiendo el principio de la primacía de la realidad, lo más importante es la verdad de los hechos por encima de cualquier apariencia derivada de los acuerdos. Este principio establece que lo que realmente cuenta son los hechos, las circunstancias y la intención común de las partes involucradas, y no el nombre o término jurídico utilizado para describir una situación<sup>70</sup>. En otras palabras, las etiquetas o denominaciones legales no tienen relevancia cuando se enfrentan a la realidad de los datos y la verdad de la situación.

En última instancia, el principio de irrelevancia *nomen iuris* y el principio de autonomía de la voluntad validan que las partes puedan generar consecuencias jurídicas sobre la base de su libertad<sup>71</sup>. Independientemente de las posturas que alegan que los MOU carecen de obligaciones y derechos, o que solo tienen valor probatorio, si las partes eligen establecer obligaciones u otorgarse mutuamente derechos, dichos acuerdos serán vinculantes, válidos y representarán su voluntad. Esta visión subraya la libre configuración de las partes en un MOU y su capacidad para dar lugar a efectos legales con base en su consentimiento mutuo.

## **8.2. Coherencia entre calificación y contenido: Análisis del alcance de las estipulaciones para determinar cuándo es vinculante**

En los casos en los que las partes no especifican de forma clara sus intenciones o deciden omitir el tema de la naturaleza del MOU, se plantean desafíos. La falta de claridad en este aspecto central suele dar lugar a interpretaciones divergentes y disputas entre las partes<sup>72</sup>. Por lo tanto, es esencial que las partes sean diligentes en la redacción del memorando de entendimiento para así evitar ambigüedades y conflictos futuros. Algunos doctrinarios<sup>73</sup>, consideran que, para evitar confusiones hermenéuticas en eventuales litigios, es recomendable hacer una distinción expresa y clara de las

---

<sup>70</sup> Marcos Torres, “La irrelevancia del nomen iuris en la práctica contractual”, 117-118.

<sup>71</sup> Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón, *Sistema de derecho civil* (Madrid: Editorial Tecnos, 2015).

<sup>72</sup> Yamile Cárdenas Del Río, “Memorandum of Understanding: Aplicación en el ordenamiento peruano y ventajas de su utilización desde una perspectiva económica”, 171-191.

<sup>73</sup> Thibaut Vershofstede, “The Letter of Intent: To be bound or not to be bound, that is the question”, 697-730.

estipulaciones vinculantes de aquellas que no lo son en la redacción del MOU. Más adelante en esta sección se detallará cómo hacer esta distribución.

De esta forma, el problema jurídico que se plantea consiste en determinar la vinculación legal de los memorandos de entendimiento en los acuerdos comerciales que no han sido claros ni explícitos respecto de su naturaleza, o cuya calificación otorgada no es coherente con el contenido. Es así como, debemos tener en cuenta que las partes configuran la vinculación del MOU dependiendo de sus estipulaciones. En este contexto, entran en conflicto dos teorías legales relacionadas con vinculación de estos instrumentos: la teoría unitaria y la teoría fragmentaria<sup>74</sup>. La primera establece que todo el documento tendrá efectos vinculantes, mientras que la segunda otorga la facultad de decidir qué cláusulas o disposiciones específicas serán vinculantes y cuáles no. A pesar de que las teorías unitaria y fragmentaria proporcionan enfoques para abordar la vinculación del MOU, presentan desafíos que deben considerarse.

La teoría unitaria, al otorgar efectos vinculantes a todo el documento, expone la posibilidad de que cualquier disposición, por más trivial que sea, tenga consecuencias legales, incluso si las estipulaciones carecían de la voluntad de las partes de ser vinculantes, es decir, no tenían *animus contrahendi*. Esta visión llega a ser absolutista, pues establece que exclusivamente se puede asignar una única entidad a todo el documento, siendo una cuestión de todo o nada. Esto podría resultar en disputas innecesarias y a la generación de obligaciones no deseadas<sup>75</sup>. Por otro lado, la teoría fragmentaria, permite a las partes que en el momento de la redacción seleccionen las cláusulas que desean que los vinculen, aportando flexibilidad, sin embargo, también podría generar ambigüedad y conflictos si no se sigue un esquema ordenado y específico al momento de la redacción.

No obstante, en el contexto de este trabajo, se ha optado por la teoría fragmentaria para abordar la vinculación de los MOU. Esta elección se justifica porque ofrece una mayor flexibilidad a las partes al permitirles seleccionar las cláusulas que desean que sean vinculantes y cuáles no. Lo que se traduce en una mayor personalización y adaptación a las necesidades específicas de cada documento<sup>76</sup>. De esta forma, esta

---

<sup>74</sup> Nicolás Parra, “La autorregulación de los tratos preliminares Análisis de las cartas de intención, memorandos de entendimiento y buena fe precontractual”, 1-34.

<sup>75</sup> Niels Verdonk, “BRINGING A LETTER OF INTENT OR NOT? A qualitative study on the influence of Letters of intent on venture capital investors’ intention to invest in new technology-based firms without proof of prototype yet”.

<sup>76</sup> *Ibidem*.

adaptabilidad se ajusta a la diversidad y complejidad de los acuerdos comerciales modernos. Al mismo tiempo, que promueve la autonomía de las partes y facilita la adaptación a las circunstancias cambiantes de la negociación. En definitiva, la teoría fragmentaria proporciona un enfoque más adaptable y claro para abordar la vinculación de los MOU en el ámbito de los acuerdos comerciales.

En el sistema del derecho anglosajón, la *American Bar Association*, respaldando la teoría fragmentaria, ha desarrollado un enfoque que sugiere dividir el documento en dos secciones distintas<sup>77</sup>. Por un lado, se encuentran las disposiciones no vinculantes, también conocidas como *non binding provisions*<sup>78</sup>. Estas disposiciones usualmente suelen abordar aspectos generales del contrato futuro, como el precio de compra o valoración de la transacción, asuntos generales, declaraciones, manifestaciones de intenciones, acuerdos de mejores esfuerzos, deberes en el marco de la buena fe, y otros términos que abarcan las negociaciones.

Es así, que estas estipulaciones se presentan de diversas maneras. Sin embargo, actualmente se suelen redactar de la siguiente manera: “El presente instrumento no establece ninguna obligación entre las partes en lo que respecta a la celebración de un futuro contrato”<sup>79</sup>. Según García, las *non binding provisions*, sin importar su redacción, tienen una doble función<sup>80</sup>. En primer lugar, advierten que, en el contexto de estas cláusulas, las acciones durante las negociaciones son insuficientes para establecer un contrato, ya que no constituyen una manifestación de voluntad plena. En segundo lugar, especifican que solo se considerará que existe un contrato cuando las partes formalicen y firmen un documento definitivo posterior.

En este contexto de las disposiciones no vinculantes en los memorandos, también es común emplear cláusulas de escape, que son estipulaciones que denotan explícitamente el deseo de no establecer una vinculación legal entre las partes. Es necesario diferenciar entre las cláusulas de escape y las condiciones suspensivas, ya que las primeras niegan la existencia de una obligación legal, mientras que las segundas simplemente posponen temporalmente su ejecución hasta que ocurra un evento

---

<sup>77</sup> American Bar Association Committee on Mergers and Acquisitions, *Model stock purchase agreement with commentary*, ed.2 (Chicago: ABA Business Law Section, 2010).

<sup>78</sup> Sergio García, “¿Casados, comprometidos o solo amigos? Pactando acuerdos no vinculantes”, 195-257.

<sup>79</sup> Brendan McCormick, “The escape clause in reciprocal trade agreements” (Tesis doctoral, Universidad de Fordham, 1952), 32, <https://www.proquest.com/openview/7756ba991565046de06c0a70529cdac0/1?pq-origsite=gscholar&cbl=18750&diss=y>.

<sup>80</sup> Sergio García, “¿Casados, comprometidos o solo amigos? Pactando acuerdos no vinculantes”, 195-257.

específico. De esta manera, una redacción precisa evita malentendidos y conflictos legales, ya que expresa la intención de mantener el MOU como un simple acuerdo de intenciones<sup>81</sup>.

Sin embargo, las cláusulas de escape tienen limitaciones y pueden ser anuladas en ciertas circunstancias. Como lo indica Kling *et al*<sup>82</sup>, incluso si las partes han indicado de manera explícita que el acuerdo de intención no tiene carácter vinculante, esta declaración por sí sola resulta insuficiente si existen otros elementos que demuestran que, a pesar de la estipulación no vinculante, se haya llegado a constituir un contrato preparatorio en la práctica. Por lo que, se debe considerar cuidadosamente el contexto y las prácticas comerciales al redactar estas cláusulas para minimizar cualquier incertidumbre en la interpretación de estas cláusulas.

Estas estipulaciones no vinculantes establecen que el acuerdo no crea obligaciones legales sólidas entre las partes involucradas. Tienen un carácter no impositivo que permite a las partes expresar sus intenciones y objetivos sin comprometerse a cumplir los términos específicos de manera vinculante. Esto no implica que las partes no puedan responder por actuaciones que perjudiquen a la otra, ya que siempre se actúa dentro del marco de la buena fe en las tratativas<sup>83</sup>. En concreto, los intervinientes no tienen un *animus contrahendi*, debido a que hacen disposiciones con carácter meramente moral sin intención real de tener generar efectos jurídicos. Entonces surge la pregunta, ¿Por qué pactar acuerdos no vinculantes?

En el ámbito comercial, las interacciones suelen regirse por las prácticas, costumbres y usos, en muchas ocasiones, actúan como normas efectivas que gobiernan las relaciones jurídicas entre las partes<sup>84</sup>. La flexibilidad inherente a estos acuerdos no vinculantes se equilibra con la obligación de prejuicio, comercial y la reputación que rige en el libre mercado. Los empresarios no siempre requieren contratos formales para cumplir sus compromisos; en su mundo, la lealtad, seriedad e integridad son fundamentales<sup>85</sup>. En caso de que un comerciante asuma un compromiso y posteriormente incumpla, su reputación puede verse gravemente perjudicada.

---

<sup>81</sup> Sergio García, “¿Casados, comprometidos o solo amigos? Pactando acuerdos no vinculantes”, 195-257.

<sup>82</sup> Lou Kling, Eileen Nugent y Brandon Van Dyke, *Negotiated acquisitions of companies, subsidiaries, and divisions* (New York: Law Journal Press, 2005).

<sup>83</sup> Alfredo Chan, “Solo estamos saliendo: sobre la buena fe en la etapa de las tratativas”, *Ius et Veritas* 49 (2011), 44-57.

<sup>84</sup> Gregory Gosfield, “It’s a question of what’s binding: A look at letters of intent”, *Business Law Today* 13 (2004), 54-59.

<sup>85</sup> Sergio García, “¿Casados, comprometidos o solo amigos? Pactando acuerdos no vinculantes”, 195-257.

Por otro lado, están las disposiciones vinculantes, o *binding provisions*<sup>86</sup>, que generalmente suelen incorporar cláusulas de la obligación de confidencialidad, exclusividad, no competencia, mantenimiento del curso ordinario de los negocios, métodos de solución de controversias, representaciones y garantías, así, como cláusulas penales y, de indemnización. Estas disposiciones también pueden abarcar la obligación de proporcionar información financiera, legal y administrativa para poder realizar un *due diligence*, conocer el estado de la empresa.

En estos casos, también es común asignar los costos inherentes a la negociación de manera clara y específica, de modo que cualquier intérprete futuro pueda distinguir qué condiciones fueron asignadas para cada parte. De la misma forma, se pueden incorporar cláusulas arbitrales<sup>87</sup>, que aborden aspectos como la elección de foro y ley aplicable en caso de disputas durante el proceso de negociación. Sumado a ello, procedimientos para modificar el memorando de entendimiento a través de acuerdos verbales u otros medios.

Las *binding provisions* están relacionadas con el concepto de *animus contrahendi*, que representa la intención de contratar y se traduce a la voluntad de las partes a estar legalmente obligadas por los términos y condiciones acordados<sup>88</sup>. En concreto, estas disposiciones crean un vínculo jurídico y fuerza legal que obligan a las partes a cumplir los términos y condiciones establecidos en el MOU como contrato preparatorio. Esto implica que las partes están legalmente comprometidas a cumplir con las disposiciones de estas cláusulas. Si una parte no cumple con una cláusula vinculante, puede enfrentar consecuencias legales, como el cobro de indemnidades, penalizaciones y demandas de responsabilidad contractual por incumplimiento. En efecto, el vínculo jurídico garantiza que las partes cumplan con sus obligaciones y que se haga valer el MOU como contrato preparatorio de manera efectiva.

En el sistema del *Civil Law*, de manera similar, la doctrina ha propuesto una forma de clasificación de las estipulaciones siguiendo la teoría fragmentaria<sup>89</sup>. Esto se debe a las diversas formas en que la intención se manifiesta en los memorandos de

---

<sup>86</sup> Henry Peter y Jean-Christophe Liebeskind, “Letters of intent in the M&A context”, *Arbitration of merger and acquisition disputes* (2005), 265-280.

<sup>87</sup> Jorge López, “Innovaciones contractuales: el Memorando de Entendimiento”, 202-213.

<sup>88</sup> Aaron Fellemeth y Maurice Horwitz, *Guide to Latin in international Law* (New York: Oxford University Press, 2021), 35.

<sup>89</sup> Marcos Torres, “La carta de intención (letter of intent) en la adquisición de empresas: ¿son contratos preparatorios?”, 33-43.

entendimiento, con el fin de abordar con mayor precisión la naturaleza vaga de este instrumento. Es primordial que las partes en los acuerdos preliminares al contrato diferencien entre (i) elementos inherentes a la negociación y (ii) aspectos propios de la formación progresiva del contrato futuro<sup>90</sup>. Esta distinción es crucial para garantizar que las partes estén en sintonía con el proceso y comprendan la diferencia entre las obligaciones y los compromisos derivados de su acuerdo.

El primer grupo incluye pactos como la confidencialidad, la exclusividad, cronograma de negociación, *due diligence*, estudios preliminares, cláusulas penales y de indemnización en caso de ruptura de las negociaciones. El segundo grupo comprende directrices generales, acuerdos relacionados con el propósito de celebrar un contrato, acuerdos parciales y, en ocasiones, un borrador del contrato. Esta clasificación tiene relevancia, ya que nos ayuda a dilucidar si existe verdadera intención de vinculación. Esto se debe a que las primeras actúan como obligaciones, mientras que las segundas son meras declaraciones o disposiciones de carácter provisional que nacen de la buena fe y son meramente morales.

Las obligaciones jurídicas y los deberes se distinguen por su origen y naturaleza. Las obligaciones jurídicas están respaldadas por el ordenamiento legal, lo que permite buscar su cumplimiento a través de las herramientas legales disponibles<sup>91</sup>. En este sentido, son inexorables y pueden hacerse valer a través de mecanismos legales, mientras que los deberes morales carecen de herramientas jurídicas para su ejecución. Además, las obligaciones suelen involucrar un componente patrimonial, que no necesariamente está presente en los deberes puramente morales. Estas diferencias fundamentales entre obligaciones jurídicas y deberes morales tienen implicaciones significativas en cuanto a su aplicabilidad y ejecución.

En particular, la inclusión de una cláusula de confidencialidad demuestra la intención de las partes de vincularse y no considerar la estipulación como una mera sugerencia. Esto manifiesta el deseo de las partes de establecer un vínculo jurídico propio, que implica la prestación de mantener y proteger la información sensible compartida durante las negociaciones. En consecuencia, refleja una voluntad seria y directa de

---

<sup>90</sup>Marcos Torres, “La carta de intención (letter of intent) en la adquisición de empresas: ¿son contratos preparatorios?”, 33-43.

<sup>91</sup> Arturo Alessandri, Manuel Somarriva y Antonio Vodanovic, *Tratado de derecho civil: Partes preliminar y general: explicaciones basadas en las versiones de clases de los profesores de la Universidad de Chile Arturo Alessandri R. y Manuel Somarriva U., Redactadas, Ampliadas y Actualizadas Por Antonio Vodanovic H* (Santiago: Jurídica Ediar Conosur, 1990).



producir efectos legales. En contraste, si la estipulación utiliza un lenguaje que únicamente sugiere o recomienda tratar la información de manera discreta, se entendería como una simple sugerencia y no como una obligación legal por parte de las partes.

Es así, que las cláusulas de exclusividad, confidencialidad y no competencia son obligaciones que ofrecen un recurso legal en caso de incumplimiento, protegiendo los derechos de las partes. En muchos casos, estas obligaciones incluso se presentan como contratos independientes. Otra razón por la cual los aspectos relativos a la formación progresiva del contrato futuro generalmente no son vinculantes es que, al ejecutar el MOU, las partes todavía están en proceso de realizar el *due diligence*<sup>92</sup>. Durante este proceso, pueden surgir cuestiones o problemas específicos que requieran ajustar estos términos, lo que hace que sea conveniente mantenerlos flexibles y no vinculantes. Es por esta razón que, las partes desean preservar su derecho discrecional de no completar el acuerdo o de hacerlo en condiciones que podrían ser diferentes de las inicialmente previstas.

### **8.3. Evaluación de las circunstancias fácticas de las partes alrededor del memorando de entendimiento**

Después de considerar la clasificación de las estipulaciones, el tercer indicador consiste en analizar el comportamiento de las partes y evaluar el contenido del memorando de entendimiento, teniendo en cuenta su sentido y alcance<sup>93</sup>. Esto se debe a que no se puede depender estrictamente de las declaraciones de los intervinientes, ya que a menudo suelen tener contradicciones. Usualmente, el juez se enfrenta a dos partes contrapuestas: una afirma que el documento en cuestión es un acuerdo no vinculante, mientras que la otra sostiene que dicho instrumento implica obligaciones contractuales vinculantes. Esto plantea la posibilidad de que al menos una de las partes no esté siendo sincera o tenga creencias equivocadas.

Para abordar esta cuestión, se presenta un enfoque básico que la doctrina aplica con el fin de permitir una evaluación más concreta y precisa de la intención real de las partes. En este análisis, se considera el *animus contrahendi* y las circunstancias fácticas

---

<sup>92</sup> Silvia González, “La función de la carta de intenciones en la interpretación de los contratos celebrados por la empresa”, *Iustitia* 9 (2011), 215-241.

<sup>93</sup> Juan Carlos Palomino, “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”, *Anuario de derecho privado* (2019), 153-184.

que rodean a los memorandos<sup>94</sup>. Al tener en cuenta estos elementos, el juez puede determinar de manera más efectiva si las partes pretendían crear obligaciones legales vinculantes o si simplemente buscaban plasmar una intención preliminar sin compromisos legales. Este enfoque permite aclarar los posibles desacuerdos y contribuye a una interpretación más adecuada y precisa del MOU en situaciones de disputa.

La redacción del memorando es un aspecto importante para la determinación de su naturaleza legal y el grado de vinculación. Identificar el lenguaje resulta esencial, ya que un MOU escrito con un lenguaje detallado y técnico refleja de manera clara un mayor compromiso por parte de las partes<sup>95</sup>. En contraste, una redacción vaga y poco precisa denota una intención más débil de establecer una vinculación legal sólida entre las partes. Además, el nivel de detalle presente en el MOU también es un indicador relevante; compromisos detallados y minuciosos reflejan una mayor intención de obligarse legalmente, mientras que ideas generales indican una menor vinculación y una intención menos enfocada en establecer obligaciones legales concretas.

Ambos aspectos, la redacción y el nivel de detalle, son esenciales para comprender si el MOU se configura como un contrato preparatorio o mantiene un carácter no vinculante. Concretamente, en el caso de *Teachers Ins. Annuity Ass' contra Butler*<sup>96</sup>, en el que ambas partes habían acordado términos específicos y detallado un memorando relacionado con el préstamo dinerario. A pesar de que el memorando hacía referencia a la necesidad de un acuerdo contractual futuro satisfactorio, ambas partes expresaron su intención de estar conforme los términos establecidos en el acuerdo inicial. Este caso ilustra cómo, a pesar de que el MOU parecía una simple manifestación de intención, es decir, un documento no vinculante, el tribunal concluyó que la forma en que las partes expresaron su voluntad implicaba un compromiso y era suficiente para otorgarle fuerza legal.

El nivel de complejidad del acuerdo que se busca desempeña un papel importante en la determinación de la naturaleza del memorando. En términos generales, las negociaciones que involucran temas sensibles y complejos tienden a requerir un mayor

---

<sup>94</sup> Thibaut Vershofstede, "The Letter of Intent: to be bound or not to be bound, that is the question", 697-730.

<sup>95</sup> *Ibidem*.

<sup>96</sup> *Teachers Ins. Annuity Ass' c. Butler*, Tribunal de Distrito de los Estados Unidos, Distrito Sur de Nueva York, 28 de enero de 1986, párr.507.

grado de formalidad precontractual en comparación con tratos más simples<sup>97</sup>. Por lo que, las partes optan por elaborar un MOU más detallado, con el fin de garantizar una comprensión clara de los términos y condiciones del acuerdo. Esto puede incluir la especificación de obligaciones legales y compromisos más concretos que se espera que cumplan las partes<sup>98</sup>. En comparación, en acuerdos más simples, donde los términos y condiciones son menos complejos, las formalidades precontractuales pueden ser menos rigurosas, y las partes pueden optar por un MOU no vinculante.

En el caso *Global Asset Capital, LLC contra Rubicon US Reit, Inc.*<sup>99</sup>, se destaca que, a principios de noviembre de 2009, *Global* presentó una oferta para la adquisición de doce edificios de oficinas pertenecientes a *Rubicon*. La peculiaridad de esta oferta radicaba en que las propiedades se venderían de una forma específica y contextualizada, a través de una subasta supervisada. Los términos de esta oferta, junto con los detalles de la negociación, quedaron plasmados en un MOU firmado por ambas partes. Además, se dispuso que, si *Rubicon* se declaraba en quiebra, se daría por terminado el acuerdo, todo esto siendo que *Global* actuaba como *stalking horse* en una subasta de quiebra.

Asimismo, el memorando prohibía a *Rubicon* revelar la oferta de *Global* y cualquier posible transacción sin el previo consentimiento por escrito de *Global*, además de impedir a *Rubicon* buscar otras ofertas durante la vigencia de su acuerdo. Estas disposiciones eran clave, ya que establecían obligaciones de confidencialidad y exclusividad. *Rubicon* violó su obligación de confidencialidad y no siguió el cronograma de negociación pactado. En respuesta al incumplimiento de los términos, *Global* presentó una demanda en la que solicitaba medidas cautelares temporales, preliminares y permanentes para evitar futuras violaciones del acuerdo y, lo más importante, que evitar que *Rubicon* vendiera a otro postor sin reconocer el estatus de *Global* como postor al acecho. El tribunal dejó en claro que debido a la forma en que se había constituido el acuerdo, este era vinculante, pues había creado obligaciones concretas, y, por lo tanto, *Global* tenía derechos exigibles.

Un punto clave a considerar, es la evidencia de los elementos externos en las negociaciones, ya que estos elementos indican la intención de las partes en el momento

---

<sup>97</sup> Joseph Fazio y Mathie Brandy, “The devil is the detail: when being more thorough can get you into trouble”, *Michigan Bar Journal* (2013), 26-29.

<sup>98</sup> Joseph Fazio y Mathie Brandy, “The devil is the detail: when being more thorough can get you into trouble”, 26-29.

<sup>99</sup> *Global Asset Capital, LLC c. Rubicon US Reit, Inc*, Corte de Cancillería de Delaware, Tribunal de quiebras de los Estados Unidos, 16 de noviembre 2009, párr.179.

de la redacción del documento. Algunas acciones sólo pueden explicarse por el hecho de que las partes deseaban que el documento en cuestión fuera vinculante. Por el contrario, ciertos comportamientos pueden sugerir lo contrario, aumentando la probabilidad de que no existiera intención.

Las acciones preparatorias suelen involucrar costos y esfuerzos invertidos antes de la firma del contrato futuro propuesto. En el inicio de las negociaciones, cuando no hay un acuerdo específico sobre la asignación de costos, lo cual generalmente involucra investigación y preparación del negocio, la parte interesada suele asumir la carga financiera de las actividades preparatorias. Es importante tener en cuenta que, si no se alcanza un acuerdo final, los costos y pérdidas relacionados con estas acciones recaerán en la parte que realizó los preparativos<sup>100</sup>. En estos casos no existe un interés real o compromiso de las partes en involucrarse de manera vinculante en las negociaciones, sino que se trata de una especie de sondeo de terreno.

En contraste, cuando las partes han acordado previamente una distribución previa de los costos involucrados en su memorando, esto generalmente indica una manifestación de voluntad seria y comprometida de ambas partes para avanzar con sus tratativas<sup>101</sup>. Cuando las partes acuerdan asignar costos específicos entre sí, están definiendo de manera expresa cómo se distribuirán las responsabilidades financieras. Esto logra establecer una división de obligaciones más precisa. La adopción de esta división de costos es un indicador del *animus contrahendi*, pues denota la disposición de las partes a mantener una colaboración activa con el objetivo de alcanzar un acuerdo definitivo en el futuro. Por lo tanto, las acciones preparatorias son un elemento que debe tomarse en cuenta de manera minuciosa para determinar el grado de vinculación.

En la misma línea, existen varios comportamientos de las partes que pueden indicar una intención vinculante en el contexto del MOU. Algunos de estos comportamientos incluyen hacer una declaración pública en la prensa o brindar formalmente por un acuerdo precontractual cerrado<sup>102</sup>. Estas acciones suelen indicar la formalidad y seriedad con la que las partes están abordando el memorando de entendimiento. Además, el comportamiento y las acciones de las partes durante las

---

<sup>100</sup> Sergio Carreño, “La ruptura de la negociación: la potestad de retiro y los motivos que acompañan su ejercicio en el derecho privado”, *Revista de Derecho Privado* 36 (2019), 233-255.

<sup>101</sup> Marcel Fontaine y Filip De Ly, *Drafting International Contracts: An Analysis of Contract Clauses*.

<sup>102</sup> Ugo Draetta y Ralph Lake, “Letters of Intent and Precontractual Liability”, *International Business Law Journal* 7 (1993), 835-868.

negociaciones reflejan el avance de estas y demuestran la intención de que el documento sea vinculante<sup>103</sup>. Estos indicadores son importantes, ya que sugieren que las partes no solo han llegado a un entendimiento, sino que también tienen la intención de ser legalmente responsables de sus compromisos, incluso antes de formalizarlos en un contrato definitivo.

Por ejemplo, en el caso de *Pennzoil* contra *Texaco*<sup>104</sup>, uno de los casos más reconocidos sobre acuerdos preliminares, involucraba una batalla compleja por el control de la empresa *Getty Oil Company*. *Pennzoil* había firmado un acuerdo supuestamente no vinculante para comprar *Getty Oil*, pero *Texaco* hizo una oferta más alta y adquirió la empresa, lo *Pennzoil* alegó que violaba su acuerdo. *Pennzoil* demandó a *Texaco* por interferencia ilícita debido a la adquisición de *Getty Oil*, a pesar de la existencia de un acuerdo en favor suyo. Durante el juicio, el comportamiento de las partes reveló la vinculación, y una prueba fundamental fue que un director de *Getty Oil*, quien testificó que se había realizado un brindis con champán<sup>105</sup>. Esto hizo presumir que se trataba al menos de un acuerdo vinculante que había resuelto los elementos esenciales del contrato. El tribunal de Texas dictaminó que el memorando de entendimiento era vinculante y otorgó a *Pennzoil* una indemnización de 10.53 mil millones de dólares.

En este contexto, el memorando se convierte en un indicador importante del progreso en las negociaciones, ya que incluye disposiciones preliminares, como compromisos relacionados con investigación y financiación, así como acuerdos para llevar a cabo auditorías<sup>106</sup>. Para determinar la intención común de las partes, se deben considerar factores como la claridad en la expresión del contenido del acuerdo, las declaraciones explícitas en el documento y los actos preparatorios, así como el comportamiento general durante las negociaciones que sugiera la creencia de que se ha alcanzado un acuerdo o cerrado un trato. Es relevante recordar que estos ejemplos son flexibles y pueden variar según el contexto y las jurisdicciones involucradas.

Las prácticas y hábitos comerciales desempeñan un papel importante en la interpretación y vinculación de los memorandos de entendimiento. Estas prácticas pueden

---

<sup>103</sup> Thibaut Vershofstede, "The Letter of Intent: To be bound or not to be bound, that is the question", 697-730.

<sup>104</sup> *Pennzoil c. Texaco Inc.*, Corte Suprema de los Estados Unidos, 6 de abril 1987, pág.321.

<sup>105</sup> Ugo Draetta, "The Pennzoil Case and the Binding Effect of the Letters Intent in the International Trade Practice", *International Business Law Journal* 2 (1988), 155-172.

<sup>106</sup> Thibaut Vershofstede, "The Letter of Intent: To be bound or not to be bound, that is the question", 697-730.

incluir realizar declaraciones relativos a recursos financieros y de financiación, presencia de cláusula de exclusividad, brindar formalmente por un acuerdo cerrado, instrucción a los abogados para que redacten un contrato definitivo en relación con el memorando de entendimiento, correo electrónico o llamada que indica se solo quedan algunos detalles por discutir<sup>107</sup>. La vinculación del MOU se determina al examinar su contenido junto con las circunstancias fácticas, como el desarrollo y avance de las negociaciones, la prolongación de estas y el estado avanzado de las negociaciones. Estos factores pueden respaldar la seriedad y la intención vinculante de un memorando de entendimiento en un contexto particular.

De esta forma, si se considera al memorando de entendimiento como un contrato preparatorio atípico, debemos notar que, al igual que cualquier contrato, debe cumplir con los requisitos esenciales de existencia y validez. Estos requisitos típicamente incluyen la manifestación de la voluntad y el objeto del negocio, la capacidad legal, consentimiento libre de vicios, objeto y causa lícitos. El tema de la voluntad seria y recta se ve reflejado en la necesidad de que las partes involucradas en un contrato tengan una intención genuina de producir efectos jurídicos y actúen con lealtad<sup>108</sup>. De esta manera, se visibiliza y garantiza la voluntad de obligarse y sinceridad en la negociación. Un MOU contractual carece de las particularidades esenciales de los contratos definitivos debido a su carácter preparatorio<sup>109</sup>, aun contiene las obligaciones contextualizadas en la etapa de preliminar.

En resumen, la interpretación y el análisis de un memorando de entendimiento requieren un enfoque integral que considere tanto el contenido del documento como las circunstancias fácticas que rodean a las partes involucradas<sup>110</sup>. Es crucial prestar atención al texto del propio documento y utilizar un lenguaje preciso para minimizar las incertidumbres en la interpretación. Las prácticas y hábitos comerciales también desempeñan un papel fundamental en la evaluación del MOU, ya que pueden indicar un consenso significativo en el proceso de negociación<sup>111</sup>. La influencia de circunstancias de hecho, como los actos preparatorios y el comportamiento general de las partes, suele

---

<sup>107</sup> Thibaut Vershofstede, "The Letter of Intent: To be bound or not to be bound, that is the question", 697-730.

<sup>108</sup> Arturo Valencia, *Derecho Civil Tomo III De las obligaciones*, ed.5 (Bogotá: Editorial Temis,1980).

<sup>109</sup> Luis Parraguez, *Régimen jurídico del contrato*.

<sup>110</sup> Yamile Cárdenas Del Río, "Memorandum of Understanding: Aplicación en el ordenamiento peruano y ventajas de su utilización desde una perspectiva económica",171-191.

<sup>111</sup> Henry Peter y Jean-Christophe Liebeskind, "Letters of intent in the M&A context", 265-280.

reflejar el avance de las negociaciones y puede fundamentar los compromisos reflejados en el acuerdo final.

En última instancia, la interpretación del memorando depende de un análisis integral que considere el conjunto de factores mencionados, y solo así se puede determinar la verdadera intención de las partes en un contexto particular. Este enfoque garantiza una evaluación más precisa de la naturaleza y los efectos legales de un memorando de entendimiento, lo que es esencial para las partes involucradas en el proceso de negociación y el eventual acuerdo final.

## **9. Efectos del incumplimiento del memorando de entendimiento**

### **9.1. Tipo de responsabilidad aplicable ¿Contractual o precontractual?**

En este caso, la naturaleza del MOU tiene un impacto significativo en la responsabilidad legal de las partes involucradas<sup>112</sup>. Esto debido a que el contenido y las actuaciones fácticas inciden directamente en cómo se determina la responsabilidad legal de este instrumento.

Es así como, un MOU que se concibe como un simple acuerdo de intenciones, en su esencia, establece términos preliminares de llevar a cabo negociaciones. En este escenario, la responsabilidad legal aplicable es la precontractual, ya que esta engloba los deberes de buena fe durante las negociaciones<sup>113</sup>. Estos deberes normalmente incluyen no abandonar repentinamente las conversaciones sin una razón válida, no utilizar tácticas engañosas ni revelar información relevante, entre otras.

En ocasiones, las partes pueden equivocadamente pensar que, debido a que el acuerdo no tiene carácter vinculante, no tienen ninguna responsabilidad. Sin embargo, esto es incorrecto, ya que, aunque este tipo de MOU carece de obligaciones contractuales, las partes deben guiar de manera adecuada su conducta de acuerdo con las disposiciones legales<sup>114</sup>. Si una de las partes incumple los deberes derivados de la buena fe y perjudica a la otra al desvincularse de manera injustificada, la parte afectada tiene derecho a reclamar por las pérdidas sufridas como resultado de esta la violación o de una ruptura injustificada.

Es importante destacar que, en el marco de la responsabilidad precontractual, las indemnizaciones tienden ser más restringidas en comparación con la responsabilidad

---

<sup>112</sup> Henry Peter y Jean-Christophe Liebeskind, “Letters of intent in the M&A context”, 265-280.

<sup>113</sup> Sergio Carreño, “La ruptura de la negociación: la potestad de retiro y los motivos que acompañan su ejercicio en el derecho privado”, 233-255.

<sup>114</sup> Pablo Valdés, *La responsabilidad precontractual* (Madrid: Editorial Reus, 2012).

contractual. En este caso, la indemnización se limita al interés negativo, que, según Lorenzetti<sup>115</sup>, comprende la reparación de los costos de las tratativas y se deriva de la confianza razonable que la parte incumplidora generó en la otra parte involucrada. La responsabilidad precontractual se centra en compensar la pérdida de la confianza y las expectativas generadas durante las negociaciones previas a la celebración del contrato definitivo

Oviedo Albán establece que el interés positivo no se indemnizaría en el contexto de la responsabilidad precontractual, principalmente porque este tipo de responsabilidad se enfoca en las pérdidas y expectativas generadas durante las negociaciones antes de que se celebre un contrato definitivo<sup>116</sup>. El interés positivo, se refiere a las ganancias o beneficios que una parte esperaba obtener de un contrato que no se concretó debido al incumplimiento de la otra parte. Por lo tanto, el interés positivo generalmente no entra en juego en casos de responsabilidad precontractual.

Por otro lado, el incumplimiento de un MOU que se considera vinculante puede generar responsabilidad contractual<sup>117</sup>. De ahí que, el memorando de entendimiento se configura como un contrato preparatorio atípico. En esos casos, se aplican los principios generales del derecho contractual, incluyendo la presunción de incumplimiento del deudor, que implica que, si una de las partes no cumple con sus obligaciones contractuales, se asume que ha incumplido, lo que puede dar lugar a reclamaciones legales por parte de la parte perjudicada. Además, opera la condición resolutoria tácita, que permite la terminación o el cumplimiento del contrato en caso de incumplimiento, con la indemnización de daños y perjuicios. Así, las partes están legalmente obligadas a cumplir con las condiciones y términos del MOU, y la violación da lugar a responsabilidad contractual.

La determinación de la responsabilidad legal en situaciones de incumplimiento de los MOU se encuentra intrínsecamente ligada a la naturaleza del acuerdo y a los términos específicos contenidos en él. Por lo tanto, es crucial que las partes que participan en la elaboración de un MOU comprendan la naturaleza de su documento y las potenciales consecuencias legales derivadas de su incumplimiento.

---

<sup>115</sup> Ricardo Lorenzetti, *Tratado de los contratos. Parte general* (Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2018).

<sup>116</sup> Jorge Oviedo, “Tratos preliminares y responsabilidad precontractual”, 83-116.

<sup>117</sup> Andrés Díaz, “La carta de intención (letter of intent) o el memorando de entendimiento (memorandum of understanding). Su aplicación en el Derecho colombiano”, 195-218.



## 10. Conclusiones

A lo largo de esta investigación, se ha destacado la naturaleza del memorando de entendimiento, ya sea concebido como un acuerdo de intenciones o como un contrato preparatorio. Además, se ha definido la forma de clasificación del MOU, destacando su relación con las obligaciones y responsabilidades de las partes involucradas. También, se evaluó que el memorando no constituye una promesa, una oferta ni un contrato de opción, y se identificaron las estipulaciones y circunstancias fácticas que ayudan determinar cuándo un MOU adquiere la condición de contrato. En resumen, se concluye que las estipulaciones ejercen una influencia sustancial en el tipo de responsabilidad que se aplica en presencia de incumplimientos, pudiendo ser de naturaleza precontractual o la contractual.

Se logró responder a la pregunta de investigación a través de un análisis doctrinal y de casos, pues se ha identificado que la clasificación de un memorando como contrato preparatorio depende en gran medida de la presencia de estipulaciones específicas que creen obligaciones para las partes involucradas. Se descubrió que estas estipulaciones pueden incluir acuerdos concretos sobre precios, fechas límite, entregas u otros términos que imponen obligaciones. Además, se ha subrayado que la intención de las partes al redactar el MOU juega un papel crucial en esta determinación, ya que es esencial evaluar si existe la intención mutua de obligarse. Finalmente, se ha destacado que las circunstancias fácticas también se evalúan para establecer la naturaleza del memorando.

Sin embargo, cabe señalar que esta investigación ha presentado algunas limitaciones. Principalmente, la falta de regulación del memorando de entendimiento en Ecuador ha restringido la capacidad de ejemplificar casos específicos y situaciones concretas que se ajusten a este instrumento. De igual manera, es fundamental recordar que las interpretaciones legales pueden variar significativamente de una jurisdicción a otra y dependiendo de las circunstancias individuales, lo que añade complejidad y matices al tema.

Para superar las limitaciones identificadas en esta investigación, se sugieren algunas vías de mejora para futuros investigadores. Se propone que futuros investigadores realicen un análisis comparativo más amplio de la regulación y la jurisprudencia de memorandos de entendimiento en diferentes jurisdicciones. También se recomienda explorar casos específicos de otros países como ejemplos prácticos y considerar la posibilidad de entrevistar a profesionales legales y empresariales en el contexto

ecuatoriano. Además, se debe tener en cuenta la variabilidad de las interpretaciones legales en diferentes jurisdicciones y abordar estos matices de manera detallada en investigaciones futuras.

En términos de recomendaciones, en primer lugar, debido a la escasa regulación de los memorandos de entendimiento en Ecuador, se sugiere que las autoridades consideren establecer directrices que aclaren la naturaleza y las implicaciones legales de estos acuerdos. Además, sería beneficioso crear una base de datos de memorandos que ofrezca ejemplos y casos específicos, facilitando una mejor comprensión de este instrumento. Para abordar las diferencias en la interpretación legal entre jurisdicciones, se propone promover la armonización de criterios, ya sea a través de la colaboración con otras jurisdicciones o la adopción de tratados internacionales. Finalmente, se recomienda que en el ámbito de la jurisprudencia se aborden el carácter y las implicaciones de casos relacionados con el MOU, ya que esto contribuirá a una comprensión más profunda de su práctica y mejorará la toma de decisiones legales y comerciales.