

Los mejores esfuerzos (*best efforts*) en el derecho contemporáneo de los contratos



Alberto Acevedo Rehbein*

Recibido: 8 de agosto de 2006

Aprobado: 17 de agosto de 2006

RESUMEN

Este artículo analiza las cláusulas de mejores esfuerzos (*best efforts*). En la primera parte, el autor analiza desde la óptica del *common law* cómo las cortes estadounidenses han definido y determinado el alcance de las cláusulas de mejores esfuerzos. Posteriormente, se hace un análisis comparativo frente al ordenamiento jurídico colombiano con el propósito de determinar la aplicación de este tipo de cláusulas en Colombia. La tesis central del artículo es que las cláusulas de mejores esfuerzos no son usadas en Colombia puesto que nuestro ordenamiento cuenta con una figura equivalente, la teoría de las obligaciones de medios. Debido a la incorporación jurisprudencial en Colombia de la clasificación de obligaciones de medios y resultado, existe en los abogados colombianos la noción de que las obligaciones en general se deben ejecutar empleando los mejores esfuerzos. Por ende, incluir dichas cláusulas en los contratos resultaría superfluo. En suma, este artículo nos ayuda a entender desde un punto de vista comparativo el alcance de las cláusulas de mejores esfuerzos en Estados Unidos y en Colombia.

Palabras clave: mejores esfuerzos, derecho comparado.



* Abogado egresado de la Universidad del Rosario, Magíster en Derecho de Columbia University School of Law. Asociado Internacional de la firma Cleary Steen and Hamilton. E-mail: albertoacevedo@gmail.com.

Estud. Socio-Juríd., Bogotá (Colombia), 8(2): 102-117, julio-diciembre de 2006

ABSTRACT

This article analyzes “best efforts” provisions. In the first part, the author seeks to determine, from the common law perspective, how US Courts have defined and determined the scope of best efforts provisions. Subsequently, the article makes a comparative analysis with Colombia’s regime in order to determine if and how these provisions apply in Colombia. The main thesis of this article is that best efforts provisions are not common in Colombia due to the existence of an equivalent notion known as the theory of obligations of means and ends. Ever since Colombia incorporated through its courts the classification of obligations of means and ends, local lawyers have the preconceived notion that all obligations in general must be fulfilled deploying best efforts. This has made best efforts provisions superfluous. In sum, this article helps us understand from a comparative point of view the scope of best efforts provisions in the United States and Colombia.

Key words: Best efforts, comparative law.

INTRODUCCIÓN

Es común ver en varios contratos cláusulas en las cuales las partes se obligan a hacer sus mejores esfuerzos (*best efforts*) para alcanzar un objetivo específico. El sentido común parece indicar que tales cláusulas obligan a las partes a hacer más de lo que normalmente se espera que realicen para cumplir con sus obligaciones. Pero, ¿cuánto más? ¿Debe una parte terminar al borde de la insolvencia para que las cortes determinen que hizo su mejor esfuerzo, o puede simplemente demostrar que hizo lo que un comerciante prudente habría hecho en las mismas circunstancias?

El propósito de este estudio es entender cómo las cortes estadounidenses han definido las cláusulas de mejores esfuerzos y determinado su alcance. Posteriormente, se hará un análisis del régimen colombiano con la misma intención. Esta aproximación comparativa busca establecer si el régimen colombiano regula los mejores esfuerzos o prevé algún tipo de figura equivalente y si ese es el caso, determinar cómo se han pronunciado las cortes colombianas frente a estas cláusulas u otras estipulaciones que cumplan la misma finalidad. Desde un punto de vista práctico, el resultado de este análisis permitirá a los partícipes en el comercio internacional entender a qué se están obligando cuando acuerdan incluir cláusulas de mejor esfuerzo en sus contratos.

I. LEY ESTADOUNIDENSE

A. ¿Qué son los mejores esfuerzos?

El *Diccionario Black's Law* define mejores esfuerzos (*best efforts*) como: “un intento diligente de cumplir una obligación”. También establece que los mejores esfuerzos se determinarán tomando en cuenta “las medidas que tomaría un hombre prudente actuando en las mismas circunstancias y de la misma naturaleza a la parte actora”.¹

Aunque esta definición puede ser útil, el término, tal como lo ha dicho el profesor Farnsworth, “es suministrado por las cortes”² y, por tanto, es allí donde se debe mirar para entender qué son los mejores esfuerzos y su alcance.

Aunque los mejores esfuerzos parecen demandar mucho de las partes, las cortes no han sido tan estrictas como para llegar a exigir a una de las partes que haga todo esfuerzo posible para alcanzar la meta pactada.³ En *Coady Corp. v. Toyota Motor Distrib.*, la corte dijo “mejores esfuerzos (...) no pueden involucrar todo lo posible bajo el sol (...)”. Así mismo, otras cortes también han dicho que los mejores esfuerzos no pueden involucrar “todo esfuerzo imaginable.”⁴ A pesar de lo anterior, hay casos en los cuales las cortes han exigido de las partes un despliegue de sus esfuerzos bastante alto.

En *Bloor v. Falstaff Brewing Company*, el liquidador/promotor de una cervecería demandó al comprador de alguno de los bienes de la cervecería por incumplimiento de contrato (*breach of contract*). El contrato establecía que el comprador usaría sus mejores esfuerzos para promover y mantener un alto volumen de ventas de la cerveza Ballantine.⁵ Falstaff, el comprador, también tenía algunos productos propios y tras un constante bajón en las ventas de Ballantine, Falstaff decidió reducir sus costos de ventas. Esta decisión llevó a que las ventas de Ballantine se redujeran mientras que Falstaff hacía una recuperación económica sustancial. Aunque Falstaff argu-



¹ *Diccionario Black's Law*, 8th edition, s.c., Thomson West, 2004, p. 169.

² E. Allan Farnsworth, *Contracts*, Aspen Publishers, 2004, p. 488.

³ Kenneth A. Adams, “Understanding ‘Best Efforts’ and its Variants (Including Drafting Recommendations)”, *The Practical Lawyer*, 2004. Disponible en www.adamsdrafting.com.

⁴ *Triple-A Baseball Club Assocs. V. Northeastern Baseball Inc.* 832 F.2d 214, 228 (1st Cir. 1987).

⁵ El comprador también se comprometió a pagar una determinada suma a título de regalías por la cerveza distribuida bajo la marca de la cervecería.

mentó que no estaba obligada a hacer nada para promover los productos Ballantine que causaran pérdidas triviales, la corte determinó que Falstaff incumplió la cláusula de mejores esfuerzos.

En relación con las medidas tomadas por Falstaff la corte dijo:

(...) la drástica reducción en las ventas de Ballantine (...) requerían que Falstaff por lo menos explorara alternativas que no involucraran pérdidas sustanciales o que por lo menos detuvieran el ritmo de las mismas (...) En vez de hacer esto, Falstaff hizo y dejó de hacer actos que pudieron llevar a (...) la caída en las ventas de Ballantine (...) Estos actos y omisiones nos llevan a concluir que, inclusive tomando en consideración el derecho de Falstaff a dar consideración razonable a su propio interés, Falstaff incumplió su obligación de usar los mejores esfuerzos.

La corte le exige bastante a Falstaff y, por tanto, es apropiado concluir que el estándar es alto. En pocas palabras, la corte determinó que una compañía debe actuar en contra de su propio interés con el fin de cumplir con las cláusulas de mejor esfuerzo.

En relación con la obligación de tener que hacer desembolsos o gastar dinero como una forma de demostrar que se hicieron los mejores esfuerzos, la corte dijo lo siguiente:

La Cláusula 8 impone una obligación adicional de usar “mejores esfuerzos para promover y mantener un “Alto volumen de venta...” Aunque estamos de acuerdo en que esto no requiere que Falstaff gaste hasta llegar a la insolvencia para promover las ventas de los productos Ballantine, sí prevenía la aplicación de la política Kalamnovitz [Gerente de Falstaff] la cual hacía hincapié en obtener ganancias por sobre todo, sin tomar en consideración los efectos de tal política en el volumen de Ballantine.

Otro aspecto importante de este caso es el tratamiento que se le da a la carga de la prueba. Para la Corte:

El demandante no estaba obligado a demostrar cuáles pasos pudo haber tomado Falstaff para mantener un alto volumen de los productos Ballantine (...) La carga de la prueba se trasladó a Falstaff quien debía probar que no había nada significativa que pudiera hacer para promover las ventas de Ballantine que no hubiera sido económicamente desastroso.

Este razonamiento indica que la carga de la prueba está usualmente en cabeza de la parte que se obliga a usar sus mejores esfuerzos.

Finalmente, la corte toca el tema de la diferencia entre los mejores esfuerzos y el deber de actuar de buena fe, un tema frente al cual hacen constante alusión las cortes estadounidenses. La corte consideró que aun sin la cláusula de mejores esfuerzos, Falstaff estaba obligada a hacer un esfuerzo de buena fe para asegurar que se hicieran ventas sustanciales de los productos Ballantine. No obstante, la inclusión de la cláusula obligó a Falstaff a tomar en cuenta los efectos que su política tendrían sobre Ballantine. En otras palabras, al incluir una cláusula de mejor esfuerzo Falstaff claramente incrementó su deber por encima del estándar de la buena fe.

En *T. S. I. Holdings, Inc. v. Jenkins*⁶ la Corte Suprema de Kansas expresa un punto de vista similar al de Falstaff. En este caso, las partes hicieron un contrato de venta de las acciones de una sociedad anónima cerrada que establecía: “Los vendedores usarán sus respectivos mejores esfuerzos para cumplir sus obligaciones”.⁷

Al analizar la naturaleza de las cláusulas de mejores esfuerzos, la corte dijo: “La Sección 4.1.(a) creó un estándar de conducta para la ejecución de las obligaciones de los vendedores mayor, el cual va más allá de la obligación implícita de buena fe”. Siguiendo esta posición, otros casos recientes han sostenido que los mejores esfuerzos implican un deber más alto que el deber de buena fe.⁸ En *Kroboth v. Brent*, la corte sostuvo que “mejores esfuerzos requieren más que buena fe, la cual es una obligación implícita en todos los contratos...”.⁹

Estas decisiones parecen coincidir con la posición del profesor Farnsworth. En su obra sobre contratos Farnsworth afirma: “(...) deber de ‘mejores’ esfuerzos o esfuerzos ‘razonables’ (...) Aunque el alcance de este deber no está mejor definido que el alcance del deber de buena fe, es claro que el deber de mejores esfuerzos es más oneroso que el deber de buena fe”.¹⁰

Parece haber unanimidad frente a la noción de que los “mejores esfuerzos” representan un estándar más alto que la buena fe. Esto, por supuesto, requiere entender qué es el deber de buena fe. El artículo §



⁶ *T. S. I. Holdings, Inc. v. Jenkins*, 260 Kan. 703, 924 P.2d 1239 (Kan. Sep 20, 1996) (NO. 74-226).

⁷ Incluyendo obtener el consentimiento y la aprobación de terceros que el contrato requiera.

⁸ *Satellite Broad. Cable, Inc. v. Telefónica de España* 807 F. Supp. 210, 217 (D.P.R. 1992).

⁹ *Kroboth v. Brent*, 215 A.D. 2d 813, 814 (N.Y. App. Div. 1995).

¹⁰ Farnsworth, ob. cit., p. 495.

205 del *Restatement Second of Contracts* establece que “Todo contrato impone a cada una de las partes un deber de buena fe y negociaciones justas (*fair dealing*) en su ejecución y cumplimiento”.¹¹ Los comentarios a § 205 titulados “Significado de buena fe” establecen lo siguiente:

La frase “buena fe” es usada en muchos contextos, y su significado varía dependiendo del mismo. Ejecutar y cumplir un contrato de buena fe enfatiza la lealtad de las partes a un propósito común acordado y consistencia con las expectativas de la otra parte; también excluye una variedad de tipos de conductas caracterizadas como de “mala fe” porque violan estándares comunitarios de decencia, justicia y razón.¹²

El siguiente aparte destaca algunas de las características y diferencias entre los deberes de buena fe y mejores esfuerzos:

(...) La buena fe es un estándar que tiene como elementos esenciales la honestidad y la justicia y se impone a todas las partes de un contrato. Mejores esfuerzos es un estándar que tiene como su esencia la diligencia y se le impone únicamente a las partes contratantes que han acordado tal ejecución.¹³

La creencia de que la diligencia es un elemento esencial de las cláusulas de mejores esfuerzos ha sido recurrente en el derecho norteamericano.¹⁴ Adicionalmente, los comentarios oficiales al artículo § 2-306 del Código Comercial Uniforme (*Uniform Commercial Code*) también destacan este aspecto. En *Great W. Producers Coop. v. Great W. United Corp.*, la corte sostuvo: “La obligación de mejores esfuerzos requería que United y su junta directiva hicieran un esfuerzo razonable, diligente y de buena fe para lograr un objetivo específico (...)”.¹⁵

Otro aspecto importante de *T. S. I. Holdings, Inc. v. Jenkins* es el intento que hacen las partes para limitar la aplicación de la cláusula de mejores esfuerzos. El texto del contrato rezaba: “Para efectos de esta Sección 4.1(a), el uso de mejores esfuerzos no incluirá el gasto de dinero (*expenditure of funds*), salvo por lo previsto en cualquier otra cláusula de este Contrato o si el Comprador acuerda que reembolsará dichos gastos (...)”.

Al incluir esta cláusula en su contrato las partes, en ejercicio de su autonomía de la voluntad, han determinado el alcance de su obli-



¹¹ Restatement (Second) of Contracts § 205 titled.

¹² Restatement (Second) of Contracts § 205 cmt.

¹³ Farnsworth, ob. cit., p. 495.

¹⁴ *National Data Payment Systems v. Meridian Bank*, 212 F. 3d 849, 854 (ed Cir. 2000).

¹⁵ *Great W. Producers Co-op. v. Great W. United Corp.*, 200 Colo. 180 (Colo. 1980).

gación de usar sus mejores esfuerzos. Es decir, las partes limitaron el alcance de la cláusula de mejor esfuerzo. La corte aceptó tal limitación.

Luego de analizar los anteriores casos, se puede concluir que las cláusulas de mejor esfuerzo tienen las siguientes características:

1. No se encuentran implícitas, salvo en ciertos casos específicos, los cuales serán analizados más adelante.
2. Las partes pueden limitar su aplicación.
3. Se le impondrán a la parte contratante que acuerde obligarse a usarlos, puede ser una o ambas partes.
4. Involucran diligencia.
5. Establecen un estándar más alto que el deber de buena fe.
6. La cortes las aplicarán rigurosa y estrictamente.
7. La carga de la prueba se encuentra en cabeza de la parte que se obliga a desplegar sus mejores esfuerzos.

Además de las anteriores características, tal vez la más importante es que las cortes analizarán las cláusulas de mejores esfuerzos mirando cada caso en concreto. Como no existe claridad ni consenso sobre qué son y qué implican las cláusulas de mejor esfuerzo, la tarea de determinar si estos se han desplegado debidamente está en cabeza de las cortes y los jurados, los cuales tendrán que analizar las circunstancias de cada transacción. No obstante, con el fin de evitar esa labor interpretativa, las partes siempre tendrán la posibilidad de definir específicamente cuánto esfuerzo involucra los “mejores esfuerzos”.

Finalmente, de acuerdo con el análisis realizado por Kenneth A. Adams, pareciera como si todas las variantes de “esfuerzos” tuvieran el mismo significado. Cláusulas como “esfuerzos razonables” o “todos los esfuerzos” no implican un estándar distinto al de mejores esfuerzos al menos que las partes expresamente prevean lo contrario.¹⁶ No obstante, no es secreto para nadie que uno de los temas

¹⁶ Kenneth A. Adams, ob. cit., p. 14.

más negociados en las grandes transacciones es si se incluyen cláusulas de mejor esfuerzo o de esfuerzo razonable (*reasonable efforts*).

B. ¿Pueden haber cláusulas de mejores esfuerzos implícitas?

Como las cláusulas de mejores esfuerzos son fruto de la autonomía de la voluntad, es decisión de las partes si las incluyen o no en sus contratos. El hecho de que las partes incluyan estas cláusulas en sus convenciones depende de muchos factores. No obstante lo anterior, hay algunos contratos frente a los cuales las cortes han establecido que existen cláusulas de mejores esfuerzos implícitas. Tal es el caso de los contratos de exclusividad.

En *Wood v. Lucy, Lady Duff-Gordon*, las partes suscribieron un contrato en el que el demandante debía ayudar a la demandada a convertir su “sentido de la moda en dinero”.¹⁷ El demandante tenía los derechos exclusivos para colocar el nombre (*endorse*) de la demandada (como símbolo de apoyo) en los diseños de otros. La demandada tendría derecho a la mitad de todas las ganancias e ingresos derivados de cualquier contrato. Cuando la demandada decidió colocar su firma en la ropa de otros, el demandante entabló la demanda.

En su análisis la corte concluyó que aunque el acuerdo no incluía cláusulas de mejor esfuerzo, existe un deber implícito en cabeza del agente exclusivo de usar sus mejores esfuerzos para llevar a cabo sus obligaciones. El razonamiento de la corte se basa en que a menos que el demandante despliegue sus mejores esfuerzos, la demandada no obtendría compensación alguna y, por tanto, los mejores esfuerzos se encuentran implícitos en este tipo de contratos.

Wood v. Lucy, Lady Duff-Gordon se ha convertido en un caso histórico en el cual se han basado las cortes en todo el país para sostener que en contratos de distribución exclusiva y en contratos de franquicia existe una obligación implícita de desplegar los mejores esfuerzos para mercadear el producto y generar ingresos.¹⁸ Un claro ejemplo es *Tigg Corp. v. Dow Croning Corp.*,¹⁹ un caso decidido en 1992, en el cual la Corte de Apelación (*Court of Appeals*) mencionó:

 ¹⁷ *Wood v. Lucy, Lady Duff-Gordon* 118 N.E. 214 (N.Y.1917).

¹⁸ 15 Williston on Contracts § 48:3 (4th ed.). s.e., s.c., s.f.

¹⁹ *Tigg Corp. v. Dow Croning Corp.*, 962 F.2d 1119, 1125 (3d Cir. 1992).

(...) el contrato de requerimientos era de exclusividad y por lo tanto el comprador estaba obligado a usar sus mejores esfuerzos para revender, a pesar de que el vendedor no producía el producto, el comprador no era un distribuidor, los contratos no exigían que el comprador usara sus mejores esfuerzos para revender, y el comprador solamente insistió en la exclusividad para proteger sus intereses tecnológicos.

Esta noción de que los acuerdos de exclusividad contienen una cláusula implícita de mejores esfuerzos ha sido confirmada por la sección § 2 – 306 del Código Comercial Uniforme (*Uniform Commercial Code*), la cual establece:

§ 2 – 306. *Output*, requerimientos y exclusividad.

(...)

(2) Un contrato legal de exclusividad del vendedor o comprador de los bienes impone la obligación al vendedor de usar sus mejores esfuerzos para suministrar los bienes y al comprador de usar los mejores esfuerzos para promover su venta, salvo pacto en contrario.²⁰

En suma, este desarrollo jurisprudencial sugiere que en contratos que implican acuerdos de exclusividad, hay expectativas de un deber de mejores esfuerzos el cual, por ende, se entiende implícitamente incluido. No obstante lo anterior, el texto de UCC § 2 – 306 y el razonamiento detrás de *Wood v. Lucy, Lady Duff-Gordon*, también ilustran que a pesar de que existe una obligación implícita de emplear mejores esfuerzos, las partes tienen la posibilidad de pactar en contrario. Si las partes explícitamente indican que no usarán sus mejores esfuerzos, las cortes no les exigirán tal deber. Así mismo, las partes pueden limitar su deber tal como sucedió en *T. S. I. Holdings, Inc. v. Jenkins*, caso en el cual estas pactaron que los mejores esfuerzos no involucraban el gasto de dinero. Otra alternativa que tienen las partes para evitar que las cortes les exijan un deber de mejores esfuerzos es eliminar el pacto de exclusividad.²¹

Finalmente, desde el punto de vista del principal, es aconsejable que al momento de redactar los contratos de exclusividad se incluya una cláusula de mejores esfuerzos a pesar de que esta esté implícita en el contrato. Esta práctica le recordará a la otra parte el tipo de esfuerzo que se espera realice. A pesar de lo anterior, en contratos distintos a los de exclusividad las partes deben incluir las cláusulas de mejores esfuerzos si desean que las cortes las hagan cumplir.



²⁰ U.C.C. § 2 – 306 (2005).

²¹ *Tigg Corp. v. Dow Croning Corp.*, 962 F.2d 1119, 1125 (3d Cir. 1992).

C. Otros mejores esfuerzos

Existen un sinnúmero de contratos en los cuales las partes incluyen cláusulas de mejores esfuerzos. Un claro ejemplo son los contratos de *underwriting*. Entre las distintas especies de *underwritings* existe una modalidad denominada de mejores esfuerzos. Es decir, en este caso mejores esfuerzos no es simplemente una cláusula sino la prestación principal del contrato.

Los *underwritings* son transacciones a través de las cuales compañías atraen corredores y bancos de inversión para vender sus valores. Existen dos modalidades de *underwritings*: en firme y de mejores esfuerzos. La diferencia entre las dos es que en la primera el *underwriter* adquiere todos o parte de los papeles de la compañía, mientras que en la segunda el *underwriter* actúa como un agente que promete usar sus mejores esfuerzos para colocar los papeles de la compañía al precio convenido. En *underwritings* de mejores esfuerzos el riesgo del mercado permanece en cabeza de la compañía y la comisión del agente es negociada anticipadamente con base en los esfuerzos de colocación.²²

La definición del contrato de *underwriting* modalidad mejores esfuerzos es consistente con la modalidad de contratos de mejores esfuerzos (*best-efforts contract*). De acuerdo con el diccionario *Black's Law* el contrato de mejores esfuerzos es:

(...) un contrato en virtud del cual una parte se obliga a usar sus mejores esfuerzos para cumplir con su prestación en vez de comprometerse a alcanzar un resultado específico; un contrato en el cual el cumplimiento de una de las partes es considerado por la habilidad de dicha parte para cumplir con una obligación específica. Aunque el obligado debe usar sus mejores esfuerzos, el riesgo del incumplimiento está en cabeza de la otra parte. Para ser ejecutable, un término de mejores esfuerzos debe generalmente establecer algún tipo de meta u objetivo frente al cual el esfuerzo pueda ser medido o comparado.²³

Los *underwriting* modalidad mejores esfuerzos son una especie de los contratos de mejores esfuerzos, probablemente la más común. La mera inclusión de contratos de mejores esfuerzos dentro del espectro contractual claramente demuestra qué tan amplia y universal es la noción de los mejores esfuerzos en el derecho norteamericano.



²² SEC, Counseling for New & Developing Companies § 2:9 (2005).

²³ *Black's Law Dictionary*, ob. cit., p. 342.

II. LEY COLOMBIANA

Colombia, como toda antigua colonia española, heredó el sistema legal de origen romano o de tradición civil. A través de su historia, las cortes, autores y abogados practicantes han usado la legislación de otros países de la misma tradición civilista como sus fuentes.²⁴ Sin embargo, recientemente, debido al fenómeno de la globalización encabezado por Estados Unidos, la influencia del *common law* en Colombia se ha vuelto cada vez más relevante.²⁵ Dicha influencia ha llevado a que, en Colombia, en varias transacciones se utilicen ciertos términos que son característicos del *common law* y ajenos a nuestra tradición legal. Un claro ejemplo son las cláusulas de mejores esfuerzos.²⁶

Los contratos de distribución y agencia mercantil son algunos negocios jurídicos en donde es usual ver que las partes incluyan cláusulas de mejores esfuerzos.²⁷ Estas estipulaciones también son comunes en contratos de naturaleza financiera como lo son los contratos de *underwriting* y los contratos de fiducia de inversión. Dichas cláusulas usualmente son traducidas literalmente.²⁸ Estas cláusulas de mejores esfuerzos, a pesar de ser poco comunes, están siendo usadas en contratos que años atrás no las incluían.²⁹

Habiendo establecido que las cláusulas de mejores esfuerzos son, hasta cierto punto, utilizadas en Colombia, es menester determinar cómo han sido definidas por el legislador y las Cortes en Colombia.

A. La cláusula de mejores esfuerzos no ha sido definida por la ley colombiana

Los Códigos Civil y de Comercio no contienen una definición expresa de mejores esfuerzos. Así mismo, las cortes colombianas no se han pronunciado sobre su alcance e implicaciones. No obstante lo



²⁴ El Código Civil colombiano fue modelado con base en el *Code Civile* Napoleónico de 1804.

²⁵ Estados Unidos es el principal socio comercial de Colombia. Ver Ministerio de Comercio Exterior, www.mincomercio.gov.co.

²⁶ Las *representations* y *warranties* también se han vuelto comunes en los contratos colombianos.

²⁷ Fuente: Edgar Ramírez Baquero, socio de Ramírez Abogados y Profesor Titular de Obligaciones en la Universidad del Rosario, y Carolina Arciniegas, asociada senior de Brigard y Urrutia Abogados.

²⁸ El término es *cláusulas de mejores esfuerzos*.

²⁹ Fuente: Edgar Ramírez Baquero, socio de Ramírez Abogados y Profesor Titular de Obligaciones en la Universidad del Rosario, y Carolina Arciniegas, asociada senior de Brigard y Urrutia Abogados.

anterior, existen algunos doctrinantes que se han aventurado a escribir sobre los mejores esfuerzos en el contexto colombiano. Esto sucede en áreas muy sofisticadas y específicas del derecho en las cuales la influencia del derecho anglosajón es importante, tal como transacciones que involucran el mercado de valores. En ese contexto, existen obras³⁰ y conceptos³¹ que intentan explicar la naturaleza y las implicaciones de los contratos de *underwriting* modalidad mejor esfuerzo. Aparte de lo anterior, no existe mayor literatura sobre el tema.

Aunque las cláusulas de mejores esfuerzos han ingresado lentamente al sistema legal colombiano, la carencia de sentencias, conceptos y estudios en la materia evidencian claramente su reducido impacto. Puede haber varias explicaciones para esto. La primera se debe a la forma en que los mejores esfuerzos ingresaron al régimen colombiano, a través de la práctica. Más específicamente, a través de relaciones comerciales bilaterales las cuales involucran contratos redactados por abogados estadounidenses. No existen pruebas ni estudios para corroborar esta aseveración y, por tanto, no puede haber certeza frente a la misma.

Otra posible explicación es que el ordenamiento jurídico colombiano ya esté equipado con una figura que tenga el mismo efecto y cumpla con la misma finalidad que las cláusulas de mejores esfuerzos, haciéndolas superfluas. Surge entonces la siguiente inquietud: ¿existe en el régimen colombiano una figura equivalente a la noción de mejores esfuerzos?

B. Figura equivalente

Como la mayoría de los países de tradición civil, el régimen de derecho privado colombiano se encuentra estructurado alrededor del concepto de las obligaciones. Uno de los capítulos principales del Código Civil Colombiano se titula “De las obligaciones y los contratos”.

³⁰ Jaime Alberto Arrubla Paucar, *Contratos mercantiles: contratos atípicos*, 3 edición, tomo 2, Medellín, Dike, 1998.

³¹ La Superintendencia de Valores, la cual recientemente se fusionó con la Superintendencia Bancaria para crear la Superintendencia Financiera, es la entidad encargada de regular el mercado público de valores, entre sus funciones se encuentra emitir conceptos sobre ciertos asuntos legales y financieros.

Esto, sin lugar a dudas, destaca la importancia del concepto de las obligaciones en la ley colombiana. El concepto general de obligación puede ser entendido como “un vínculo jurídico que obliga a dos personas de tal manera que una de ellas, el acreedor, tiene derecho a demandar de la otra, el deudor u obligado, cierta prestación”.³² El concepto de obligación es un pilar tan importante que es tratado y estudiado en el área de contratos, responsabilidad civil extracontractual y enriquecimiento sin causa.

Dentro del capítulo de obligaciones, el Código Civil intenta clasificar los diferentes tipos de obligaciones (por ejemplo de género, naturales, divisibles, indivisibles, etc.). Además de la clasificación del Código Civil, a través de la historia los doctrinantes han propuesto otras. Uno de ellos fue René Demogue, autor francés que introdujo una clasificación adicional de las obligaciones que ha sido aceptada y adoptada por la mayoría de los países de tradición civilista, como Francia y Colombia. Demogue las clasificó en obligaciones de medios y de resultado.³³

La diferencia entre las dos depende de si una de las partes se obligó a alcanzar un resultado específico o no. Si la parte se ha obligado a hacerlo, la obligación será clasificada como de resultado,³⁴ si no, será considerada de medios.³⁵ Esta clasificación se basa en el concepto de culpa, noción típica de países de tradición civil. El diccionario *Black's Law* define culpa como “descuido, negligencia” o “conducta que hace que una parte de un contrato o cuasi-contrato sea responsable frente a la otra parte”.³⁶ En el contexto de la responsabilidad civil en Colombia, una persona sólo puede ser condenada si existe culpa.³⁷ Así las cosas, cuando estamos frente a obligaciones de medios una persona se exonerará de responsabilidad si demuestra ausencia de culpa. En obligaciones de resultado (por ejemplo, una aerolínea que no trans-



³² Saul Litvinoff, 5, *Louisiana Civil Law Treatise: The Law of Obligations*, 2 edición, tomos 1-2, St. Paul, MN: West Group, 2001.

³³ Javier Tamayo Jaramillo, *De la responsabilidad civil*, Tomo I, Bogotá, Temis, 1990.

³⁴ El clásico ejemplo de obligaciones de resultado son los contratos de transporte, puesto que una de las partes se obliga a llevar a la otra de un sitio a otro. La única manera en que esta obligación se cumple cabalmente es transportando a la persona al lugar pactado.

³⁵ El clásico ejemplo de obligaciones de medios son los contratos de servicios con abogados o médicos, excepto para casos de cirugía estética, en la cual los profesionales no pueden garantizar un resultado específico.

³⁶ *Black's Law Dictionary*, ob. cit., p. 406.

³⁷ Hay eventos en los cuales la culpa se presume, por ende la carga de la prueba se traslada a la otra parte.

porta a su pasajero hasta su destino final), sólo habrá exoneración de responsabilidad si demuestra causa extraña (por ejemplo, fuerza mayor, culpa de un tercero, culpa de la víctima). En suma, para obligaciones de resultado la ausencia de culpa no exonerará de responsabilidad.

Con el propósito de determinar si uno se encuentra frente a una obligación de medios o de resultados, es menester mirar las normas que gobiernan el contrato,³⁸ la naturaleza de la transacción y lo estipulado por las partes. Lo anterior puesto que uno puede estar frente a un contrato que tradicionalmente es considerado de resultado pero las partes pueden acordar limitar su responsabilidad y exonerarse si demuestran ausencia de culpa. En ese caso, la obligación sería modificada contractualmente a una de medios.³⁹ Todas las obligaciones pueden ser clasificadas como de medios o de resultado.

Debido a sus orígenes doctrinales, la teoría de obligaciones de medios y resultado fue incorporada al ordenamiento jurídico colombiano a través de la jurisprudencia.⁴⁰ Desde 1930 ha habido un sinnúmero de sentencias que según el autor Javier Tamayo Jaramillo, “nos permite afirmar que la distinción entre obligaciones de medios y resultado con todas sus consecuencias y características, se ha introducido en la jurisprudencia colombiana. Desde entonces y a través de las décadas, nuestras cortes han incesantemente aceptado dicha distinción”.⁴¹

¿Qué son obligaciones de medios y qué implican?

En un proceso disciplinario el Consejo Superior de la Judicatura⁴² dijo lo siguiente sobre las obligaciones de medios: “Con el otorgamiento y aceptación del poder, el disciplinado adquirió una obligación de medios, que consistía en poner toda su diligencia, cuidado, eficiencia y conocimiento en aras a que el proceso tuviera un resultado favorable”.⁴³



³⁸ El Código Civil y de Comercio definen y establecen los derechos y las obligaciones de las partes de varios contratos incluyendo contratos de compraventa, agencia mercantil y el contrato de seguro, entre otros.

³⁹ Esto dependerá del tipo de leyes que regulen el contrato. La ley colombiana contempla la existencia de leyes imperativas, frente a las cuales las partes no pueden hacer pacto en contrario.

⁴⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Cas. C.v., 31 mayo 1938. “G.J.”, tomo XLVI, pp. 571-572.

⁴¹ Tamayo Jaramillo, ob. cit.

⁴² Corte encargada de investigar las faltas disciplinarias de los abogados en Colombia.

⁴³ Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, Bogotá D.C., 19 de julio de 2000.

Al decidir un caso sobre responsabilidad médica, la Corte Suprema de Justicia dijo: “Las obligaciones profesionales de los médicos es (...) de medios, lo cual quiere decir que están obligados a desplegar todo su conocimiento, experiencia y prudencia a favor de su paciente sin ser responsable por el trágico desenlace”.⁴⁴

En la doctrina también existe gran cantidad de literatura sobre el tema. El autor francés Philippe le Torneau, citado por Tamayo, dijo lo siguiente sobre las obligaciones de medios: “El contenido de las obligaciones de medios (...) es el esfuerzo constante de la persona para perseverar y adoptar una actitud sobre sus cualidades para aproximarlo al objetivo deseado”.⁴⁵

Javier Tamayo Jaramillo, autor colombiano que ha escrito extensamente sobre el tema, afirma: “En obligaciones de medios, el deudor se obliga a ejecutar una conducta con toda la prudencia y diligencia posible (...) con el propósito de alcanzar el resultado que el acreedor quiere, pero no para garantizar el resultado”.⁴⁶

De las anteriores definiciones se desprende que cuando un deudor se encuentra frente a una obligación de medios, se espera que despliegue toda su diligencia, energía, habilidades y conocimiento para alcanzar el resultado acordado en el contrato. Esto quiere decir que por el hecho de ser una obligación de medios se espera que las partes sean lo más diligentes posible. Así las cosas, se puede concluir que cuando se está frente a una obligación de medios el deudor debe desplegar sus mejores esfuerzos.

A pesar de la anterior explicación, no existe limitación alguna para que las partes en ejercicio de la autonomía de la voluntad decidan incluir cláusulas de mejores esfuerzos en sus contratos. Es más, incluir dicha cláusula servirá para recordar al deudor lo que se espera de él en la ejecución del contrato.

III. CONCLUSIÓN

Las cortes estadounidenses no han podido definir de manera uniforme los mejores esfuerzos ni determinar su alcance. No obstante, existe



⁴⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Bogotá, marzo 5, 1940. Liborio Escallón.

⁴⁵ Javier Tamayo Jaramillo, ob. cit.

⁴⁶ Ídem.

consenso en cuanto a que este tipo de cláusulas establecen un estándar más alto que el deber implícito de actuar de buena fe. En consecuencia, cuando las partes acuerdan incluir cláusulas de mejores esfuerzos en sus contratos deben tener presente que las cortes esperan un nivel de diligencia bastante alto en el cumplimiento de sus obligaciones.

Por otro lado, las cortes en Colombia no se han visto en la tarea de enfrentar cláusulas de mejores esfuerzos y probablemente nunca lo harán. Colombia, como país de tradición civilista, ha adoptado la clasificación de obligaciones de medios y resultado. El estándar creado por las obligaciones de medios supone que en toda relación contractual se espera que las partes desplieguen toda su energía y diligencia para cumplir con sus obligaciones. En otras palabras, que usen sus mejores esfuerzos. Gracias a esta expectativa, las cláusulas de mejores esfuerzos son redundantes en los contratos en Colombia.

Cuando un comerciante participe en transacciones internacionales debe tener en cuenta que algunas cláusulas que normalmente utiliza no tendrán el mismo efecto que tendrían en contratos domésticos. En este caso en particular, cuando un hombre de negocios estadounidense establezca relaciones comerciales con una parte colombiana debe tener presente que las cláusulas de mejores esfuerzos serán superfluas. Pero más importante aún es que debe saber que si no acuerdan incluir ese tipo de cláusulas, las cortes colombianas esperarán que las desplieguen de todos modos.

BIBLIOGRAFÍA

- Adams, Kenneth A. "Understanding 'Best Efforts' and its Variants (Including Drafting Recommendations)", *The Practical Lawyer*, 2004. Disponible en: www.adamsdrafting.com.
- Arrubla Paucar, Jaime Alberto. *Contratos mercantiles: contratos atípicos*, 3ª edición, tomo 2, Medellín, Diké, 1998.
- Código Civil Colombiano*, s.c., s.e., s.f.
- Diccionario Black's Law*, 8th edition, s.c., s.e., 2004.
- Farnsworth, E. Allan. *Contracts*, Aspen Publishers, 2004.
- Litvinoff, Saul, 5, *Louisiana Civil Law Treatise: The Law of Obligations*, 2ª edición, tomos 1-2, s.c., s.e., 2001.
- Tamayo Jaramillo, Javier. *De la responsabilidad civil*, Tomo I, Bogotá, Temis, 1990.