

Contratos incompletos: ¿Quién pagará los platos rotos?

Héctor Palazón Ruiz¹

Citando un ejemplo de Robert Cooter y Thomas Ullen (2004), una compañía petrolera firma un contrato para entregar petróleo del Medio Oriente a un fabricante que está en Europa. Antes de la entrega estalla una guerra de modo que la compañía petrolera no puede cumplir el contrato, lo cual obviamente repercute en el fabricante que disminuye su producción y pierde beneficios. El fabricante demanda a la compañía petrolera por incumplimiento del contrato, solicitando los daños y perjuicios derivados del mismo (daño emergente, lucro cesante, costo de oportunidad, etc.); mientras que esta última alega que debe eximirse del cumplimiento pues la guerra no le es imputable.

Como el contrato nada dice al respecto, ¿quién tiene razón? Si aceptamos la excusa de la compañía petrolera, el fabricante deberá absorber las pérdidas; y en la situación inversa, será la compañía quien asumirá los daños y perjuicios del incumplimiento.

El Premio Nobel de Economía 2016 fue otorgado a Oliver Hart y Bengt Holmstrom por sus aportes a la teoría del contrato. Desde la óptica de los economistas, el contrato es un *mecanismo de cooperación mediante la transferencia de riquezas y asignación de riesgos*; donde lamentablemente no siempre todo es color de rosa.

Para Hart y sus colaboradores, sea por su elevado costo (honorarios, tiempo, etc.) o la imposibilidad de ver íntegramente el futuro, resulta difícil que un contrato de ejecución diferida contemple o prevea una solución concreta para todas las probables controversias o inconvenientes que puedan suscitarse entre las partes durante su vigencia, donde toda la información fuera revelada previa y satisfactoriamente y distribuidos todos los riesgos; es decir como bien indican Cooter y Ullen *donde nada puede salir mal*. Esta es la *teoría de los contratos incompletos* y en virtud a ella indefectiblemente debe existir una negociación posterior a fin de encontrar una solución satisfactoria ante el silencio respecto a una controversia puntual; en caso contrario, ese vacío será llenado por el Juez (mediante una obligación de cumplimiento o imposición de daños), quien por más buena intención que tenga nunca conocerá el negocio como los contratantes, por ende existe el riesgo que sea decretada una solución ineficiente. En otras palabras y siguiendo al nobel de economía Ronald Coase la negociación privada con bajos costos de transacción siempre asigna recursos de manera más eficiente.

El contrato firmado será un punto de partida ante una controversia posterior y en base al mismo las partes negociarán la solución. Es ahí donde resalta la importancia de una redacción clara, que permitirá determinar con facilidad sobre quien recae el derecho de *decisión*, los derechos *propiedad* y *control* sobre el asunto.

Volviendo al ejemplo del inicio, tratándose del Medio Oriente ¿qué tan imprevisible o sorpresivo puede ser un conflicto? Si existen en la región antecedentes cercanos de belicosidad, ¿puede la compañía petrolera eximirse válidamente de pagar los daños? Claramente la guerra no es su responsabilidad, pero si es posible atribuirle la falta de evaluación adecuada del riesgo (probable) o su falta de precaución (ej. selección de rutas alternativas, sin bloqueo). De hecho, Cooter y Ullen citan algunos fallos donde las compañías petroleras fueron condenadas, pues al otorgársele el derecho de *decisión* sobre la producción y logística del

¹ Magíster en Derecho Mención Derecho de la Empresa, de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile graduado con *dos votos de distinción* (2011); becado por la Fundación Konrad Adenauer (2010-2011). Abogado, Cuadro de Honor de la Universidad Nacional de Asunción (año 2005). Notario, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción (Año 2009). Especialista en Impuestos y Procedimientos, Instituto Superior de Formación Tributaria y Empresarial (2015). Diplomado en Derecho Civil y Comercial de la Universidad Católica Nuestra Señora de la Asunción (Año 2008). Curso de Actualización en Derecho Bancario, Facultad de Derecho U.N.A. (Año 2008).

combustible, debe asumir los riesgos de situaciones que previsiblemente pueden ocurrir. De ésta manera, un criterio para resolver el caso es que las pérdidas sean absorbidas (total o parcialmente) por la parte que puede asumir el riesgo al menor costo; pero no es el único.

En el mundo corporativo puede existir un *tradeoff* entre los inversionistas y el directorio respecto al límite de las facultades no contempladas expresamente en un documento. Cuando todo va bien no existen reclamos, pero cuando todo va mal ¿quién tiene el poder de decisión o control? Son diversos los mecanismos preventivos de captación que pueden servir para determinar de antemano el derecho de cada parte: clases de acciones (voto múltiple vs. preferidas), o los contratos de *Equity Loan* que permiten al inversor nombrar un director en caso de falta de pago o incumplimiento de ciertos ratios financieros. Pero de nuevo, será muy difícil que el contrato o los estatutos contemplen la solución concreta aplicable a todas las controversias; consecuentemente, el criterio de los derechos de *decisión, propiedad y control*, servirán de orientación.

Por lo general, la parte que realiza mayores inversiones debe retener la propiedad sobre la mayor cantidad de los activos o poderes decisión. El criterio de los *derechos de propiedad* también puede ser relevante cuando se necesite regular contractualmente las integraciones verticales y definir la intensidad de la relación. A modo de ejemplo, Woodruff (2002) realizó un profundo estudio de la industria mexicana del calzado, donde concluyó que en los segmentos donde la moda cambia rápido es muy probable que los retailers sean los dueños de los locales. Esto se justifica en la necesidad de transformar y reordenar frecuentemente los escaparates y vitrinas para atraer a los clientes, extremos y proactividad que son muy difíciles de reglar en un contrato, o bien, la solución normativa será *ex post* (ej. multas) cuando la dinámica del negocio requiere una solución *ex ante*. Otro caso práctico es el desarrollado por Sheppard (1993), quien señaló que cuando una estación de servicios también tuviera un taller de reparación, es muy probable que ambos negocios tengan el mismo dueño. Con esta solución se balancean los incentivos para desarrollar satisfactoriamente las dos actividades en simultáneo, pues si la propiedad se limitara al taller y no a la estación de servicios (v.g. relación instrumentada mediante un contrato de prestación de servicios, laboral, o joint venture); es muy factible que la atención se concentre en taller, descuidando la gasolinera.

En conclusión, aunque sea difícil vaticinar íntegramente el futuro, el tango necesariamente se baila de a dos: el cliente debe confiar la redacción del contrato a un abogado, proporcionando la información precisa que permita conocer el negocio; y el abogado debe conocer el negocio para redactar el contrato que contemple remedios para los desenlaces más previsibles del mismo. Uniendo esos dos extremos se podrá alcanzar una solución eficiente.