

# Helena Haapio

Biografía

---

Abogada y Máster en Derecho —*Vicehäradshövding*— de la Universidad de Turku, Finlandia. Árbitro internacional, consultora, conferencista y autora en temas de derecho proactivo, contratación transfronteriza y gestión del riesgo contractual. Por varios años fue asesora legal corporativa de Wärtsilä Group en Finlandia, Noruega, Suecia y los Estados Unidos. Designada asesora experta de la Sección para el Mercado Común, la Producción y el Consumo del Comité Económico y Social Europeo. Actualmente es socia y asesora principal en contratación internacional de la firma Lexpert Ltd. —<http://www.lexpert.com>—, con sede en Helsinki, Finlandia.

## Sumario

Asistencia jurídica proactiva para la contratación corporativa exitosa

---

Similar a la asistencia médica preventiva, la *asistencia jurídica proactiva* tiende a considerar todas las etapas de un negocio, especialmente antes de que llegue un conflicto. Los abogados, sin notarlo, cuando discuten contratos, tienden a usar el lenguaje legal de “riesgos y fracasos”, en vez del lenguaje de “oportunidades y éxitos” propio de los negocios. Un contrato es un vehículo para lograr rentabilidad, ingresos, bienes y servicios, y la parte legal es solo una pieza del rompecabezas, pero no el rompecabezas como tal. Al aplicar la asistencia jurídica proactiva, los roles de los abogados de negocios cambian, pasando de “combatientes” a “diseñadores”.

## Abstract

Proactive Legal Care for Corporate Contracting Success

---

Like medical care, proactive legal care considers all levels of business, specially before a conflict arises. Lawyers, when discussing contracts, tend to use the language of law —risks and failure—, rather than the language of business —opportunities and success—, even without noticing it. A contract is a vehicle to achieve revenues, profit, goods and services, while the legal part is only a piece of the puzzle, but not the entire puzzle. In practicing proactive legal care, the role of a lawyer changes from a “fighter” to a “designer”.

# >> Una onza de prevención...: asistencia jurídica proactiva para el éxito en la contratación corporativa<sup>1</sup> <<

por Helena Haapio

La asistencia jurídica proactiva está basada en la fuerte convicción de que los conocimientos legales tienen mejor aplicación antes de que las cosas salgan mal

“Los conflictos contractuales consumen tiempo, son costosos y desagradables. Pueden destruir las relaciones cliente/proveedor construidas con esfuerzo durante un cierto periodo de tiempo y generar gran impacto en las cadenas de producción. Pueden aumentar sustancialmente el costo de los contratos, así como anular algunos o todos sus beneficios y ventajas. También pueden afectar los objetivos de obtención de ganancias. Es del interés de todos trabajar

---

1 Título original en inglés: “An Ounce of Prevention...-Proactive Legal Care for Corporate Contracting Success”. Artículo basado en la ponencia presentada para la *Conference on Private Law and the Meny Cultures of Europe* auspiciado por el proyecto de

prioritariamente para evitar los conflictos...” —Oficina de Comercio Gubernamental del Reino Unido. *Dispute Resolution Guidance* 2002.

Los contratos tienen un tremendo impacto en los resultados de las relaciones y las transacciones. Si fallan, muchas cosas se ponen en riesgo, incluyendo el *good will* y la reputación. Un costoso conflicto contractual pone en peligro las relaciones y consume el tiempo y recursos que, de otro modo, podrían ser usados en trabajo productivo. Las empresas no triunfan al ganar disputas o demandas judiciales ni buscando culpables para reclamarles por los daños ocasionados. Su prestigio, sus mercados y su capacidad para prosperar y progresar pueden resultar destruidos antes de obtener algún beneficio producto de una decisión judicial.

Tanto en el sector público como en el privado, últimamente se ha enfatizado en la importancia de la planeación y en cómo evitar conflictos. El viejo aforismo “una onza de prevención vale más que una libra de remedio”<sup>2</sup> es válido incluso cuando se habla de contratación corporativa —o de la práctica del derecho—. Un problema innecesario debe prevenirse en la fuente, y hay muchos que pueden ser prevenidos. Como una posible solución, este artículo presenta la *asistencia jurídica proactiva*<sup>3</sup>, combinada con el autocuidado propio del cliente y la colaboración interdisciplinaria.

En el derecho tradicional del litigio —o derecho remedial—, los conflictos surgen con base en hechos pasados y a los abogados simplemente les corresponde representar a una de las partes en ese

---

investigación PriME y el Instituto de Derecho Económico Internacional de la Universidad de Helsinki en agosto del 2006. Representa el trabajo en curso de la autora como miembro de la Escuela Nórdica de Derecho Proactivo —NSPL, por sus siglas en inglés—, una red conformada por abogados y otros profesionales tanto del mundo de los negocios como de la academia, dedicados a la investigación y práctica del derecho proactivo. Para conocer más sobre el trabajo del NSPL, véase *Scandinavian Studies in Law*, volume 49, “A Proactive Approach”, Walhgren and Magnusson Sjöberg (2006) y el sitio <http://www.proactivelaw.org>. Para temas de derecho proactivo y contratación proactiva, en finlandés, ver Pohjonen (2005) y Pohjonen (2002); una presentación de lo anterior, en sueco, fue suministrada por Kavaleff (2003). La autora desea expresar su agradecimiento a Thomas Barton, Nancy Kim, Cecilia Magnusson Sjöberg y Anette Kavaleff por sus valiosos comentarios sobre una versión previa de este artículo, y a Leila Hamhoum por su eficaz ayuda en el trabajo de edición.

2 N. del T.: del aforismo popular del inglés “An ounce of prevention is worth a pound of cure”, que en español corresponde más al de “Más vale prevenir que curar”.

3 N. del T.: la expresión original de la autora es “Proactive Legal Care”.

conflicto. Al practicar *derecho proactivo*, el abogado ayuda al cliente a identificar oportunidades legales a tiempo para aprovecharlas, proporcionándole herramientas y técnicas para la detección y prevención temprana de potenciales problemas. Y si surgen problemas, el abogado proactivo busca ayudar al cliente a resolverlos rápidamente, antes de que se conviertan en conflictos.

La asistencia jurídica proactiva está basada en la fuerte convicción de que los conocimientos legales tienen mejor aplicación *antes* de que las cosas salgan mal. Con todo, el enfoque no está solo en la prevención de los problemas o la *mala salud legal*. La meta es promover el *bienestar legal*: integrar el conocimiento y la pericia jurídica en la cultura del cliente, en su estrategia y en sus acciones diarias, para impulsar activamente el éxito en los negocios, asegurar los resultados deseados y balancear los riesgos con los beneficios.

## **1. Introducción: una onza de derecho proactivo preventivo**

Cuando una organización decide buscar a un tercero para que le suministre bienes o servicios, se ve enfrentada a muchas cuestiones relativas a la logística y la administración con gran cantidad de implicaciones legales. Lo mismo ocurre cuando una compañía dedicada al comercio doméstico decide hacer negocios más allá de sus fronteras, bien sea como compradora o vendedora. Cuando los problemas surgen, el tiempo se pierde apagando incendios. Las relaciones personales y profesionales sufren, los amigos se vuelven enemigos y el daño causado a la reputación puede ser permanente. Pero esto no tiene que ocurrir.

Tradicionalmente, los pasos para proveer consejería legal se han parecido a los de la atención médica: diagnóstico, tratamiento y remisión —todas las etapas que suceden *después* de que el cliente o el paciente tiene un problema—. La asistencia ha sido *reactiva*. Si usted se enferma, entonces busca tratamiento. Si usted entra en una controversia, entonces busca a un abogado. Tenemos que alejarnos de ese modelo. Tanto la profesión legal como sus clientes se benefician más con una perspectiva *proactiva* enfocada hacia cómo asegurar el éxito y ayudar a los clientes a evitar problemas legales.

La idea de la proactividad en la práctica del derecho —o prevención jurídica— no es en sí misma novedosa. Se ha sabido por años que entre más pronto se enfrente un conflicto actual o potencial,

mejores oportunidades hay de una solución apropiada y oportuna. La mayoría de abogados de contratos y abogados internos de las organizaciones practican en la actualidad el derecho orientado hacia el futuro: ayudando a sus clientes a planificar y estructurar transacciones y a manejar el riesgo. Incluso, puede que muchos abogados que nunca hayan escuchado la expresión *derecho proactivo* en realidad empleen a diario muchos de sus principios<sup>4</sup>.

En el contexto del ejercicio del derecho, el concepto de prevención fue por primera vez presentado por Louis M. Brown, profesor y abogado reconocido como el Padre del Derecho Preventivo. En un esfuerzo por ayudar a las personas a minimizar el riesgo de tener problemas jurídicos y maximizar los beneficios legales, Brown publicó "*Preventive Law*", en 1950, seguido a su vez de numerosos libros y artículos en la materia<sup>5</sup>. En "*Preventive Law*", manifiesta una verdad sencilla pero profunda que no ha perdido vigencia en más de cincuenta años: "Usualmente cuesta menos evitar los problemas que pagar para salir de ellos"<sup>6</sup>.

En un buen número de organizaciones, los contratos podrían ser usados más efectivamente de lo que se usan en la actualidad, y los problemas contractuales podrían prevenirse con más frecuencia

La asistencia jurídica proactiva tiene sus orígenes en el derecho preventivo. Ambas teorías tienen similitudes con la medicina preventiva:

---

4 De manera similar, Edgard A. Dauer, profesor y decano emérito de la Universidad de Denver, Colorado, EE. UU., cofundador y antiguo presidente del Centro Nacional de Derecho Preventivo, añade: "No obstante, hay numerosas ventajas al identificar esta rama de la práctica legal como un campo diferente con nombre propio. Nos lleva a apreciar principios unificados en la práctica, que pueden ser aprendidos y aplicados de forma que se hace más sistemático —y confiable— lo que de otro modo solo es posible aplicar por instinto o experiencia", en Dauer (2006), p. 93.

5 Ver, por ejemplo, Brown (1950), (1955) y (1986). El legado de Louis M. Brown continúa hoy a través del Programa en Derecho Preventivo Louis M. Brown y del Centro Nacional de Derecho Preventivo —NCPL, por sus siglas en inglés— de la *California Western School of Law* en San Diego, California, EE. UU. El NCPL está dedicado a prevenir que los riesgos legales se conviertan en problemas legales, actúa como centro de referencia e información y como una red para aquellos interesados en la teoría del derecho preventivo, o en saber cómo se aplica para áreas particulares de consejería o en las cortes. Véase <http://www.preventivelawyer.com>.

6 Brown (1950), p. 3, bajo "El costo de la prevención v. el costo de la cura".

una rama de la ciencia médica que trata de los métodos —como la vacunación— para prevenir la ocurrencia de las enfermedades<sup>7</sup>. En ese sentido, puede decirse que el derecho proactivo busca “inmunizar” las organizaciones contra la “enfermedad” del problema legal, el conflicto y el litigio. La meta es construir un sistema protector o un mecanismo de defensa que haga al cliente, a su personal de confianza y a sus trabajadores, fuertes y resistentes; manteniéndolos en buena salud jurídica e “inmunes” a los riesgos legales inherentes a los negocios. El objetivo es promover el “bienestar” del cliente, ayudándolo a alcanzar sus metas y a tener éxito.

En el derecho tradicional del litigio es esencial para el abogado predecir lo que *la corte* hará. En la práctica del derecho proactivo, es esencial predecir lo que *las personas* harán<sup>8</sup>. Aquí, lo importante no es aplicar la normatividad legal a hechos que ocurrieron en el pasado, sino aplicar prácticas legales saludables para generar hechos futuros y planear una forma futura de conducta:

“El derecho litigioso es en su mayoría normas. El derecho preventivo es en su mayoría hechos. Y el momento crítico para la abogacía preventiva es cuando nacen esos hechos. Como un abogado que se dirige a la gente que hace negocios, tengo una solicitud que hacerles: permítannos participar en la realización de esos hechos”<sup>9</sup>.

Los clientes no necesariamente buscan a los abogados *anticipadamente*. No necesariamente piden servicios jurídicos proactivos. Puede que ni siquiera sepan que tales servicios existen. De hecho, puede que en la práctica, la asesoría legal proactiva sea mucho más necesaria de lo que hoy se ofrece y se solicita. Es posible que haya un gran mercado sin descubrir, un *mercado legal latente*<sup>10</sup>. Un gran número

---

7 Diccionario completo Merriam-Webster. Ver <http://unabridged.merriam-webster.com>. Inclusive en otras profesiones, tales como el mantenimiento de instalaciones y la gestión de calidad, se sabe desde hace mucho tiempo que la prevención es más efectiva que el control y las acciones correctivas.

8 Sobre derecho preventivo, ver Dauer (2006), p. 94, citando las “Brownian Lessons”, las premisas fundamentales del derecho preventivo.

9 Dauer (1988). Sobre una discusión acerca de la importancia de los *hechos* y la *cultura* —en vez de solo las *reglas*— en la asistencia jurídica proactiva y el manejo del riesgo legal, ver Dauer 2006.

10 Ver Susskind (1988), p. 27, y Susskind (2000), pp. 113–114.

de oportunidades tanto para los negocios como para los abogados pueden estar esperando a ser descubiertas<sup>11</sup>.

La asistencia jurídica proactiva tiene un valor significativo para las organizaciones de todos los tamaños. Entre más grande sea la organización, más puede beneficiarse de las ventajas de aquella<sup>12</sup>. En lo sucesivo, nos enfocaremos en las grandes compañías que hacen negocios internacionalmente, principal campo de acción de la autora. No hace falta decir que este es un campo donde las compañías inevitablemente enfrentan asuntos legales de gran importancia financiera y en donde es fácil, inclusive para personal experimentado, hacer negocios y luego meterse en problemas legales. De otra parte, cuando se practica eficazmente la asistencia jurídica proactiva, los beneficios son amplios —no solo para aquellos involucrados, sino para la sociedad como un todo—.

## **2. El uso de los contratos para el éxito de los negocios y la prevención de problemas**

“Cuando usted firma ‘en la línea punteada’, se obliga a sí mismo; antes de firmar, disfruta de una libertad de decisión que no volverá a tener después”. Louis M. Brown, prefacio a *How to Negotiate a Successful Contract*. 1955

En las transacciones de negocios todo —cronogramas, entregas, pagos, cancelaciones, derechos, responsabilidades, indemnizaciones— gira en torno a los contratos subyacentes. Las cláusulas de esos contratos afectan la rentabilidad, el aumento o reducción de los costos y las responsabilidades, y juegan un papel importante en la satisfacción del cliente y del proveedor. Si el contrato falla, el desarrollo del negocio

---

11 La asistencia jurídica proactiva tiene varias aplicaciones y no se limita a las áreas mencionadas en este artículo. En años recientes, el número de contratos se ha disparado, inclusive en organizaciones públicas, y un número creciente de gerentes se enfrenta a nuevos retos en la formación de las relaciones contractuales y en el establecimiento de las reglas que han de regir esas relaciones. Ver, por ejemplo, Cooper (2003).

12 Aunque el personal de las grandes organizaciones puede tener más experiencia en contratos que sus colegas de organizaciones más pequeñas, el seguimiento y manejo de los riesgos y oportunidades contractuales no es nunca una tarea fácil. De hecho, entre más grande sea la organización, más difíciles y complejos serán los retos. Ver, por ejemplo, Krappé y Kallayil (2003).

sufrirá. Hay mucho en riesgo, incluyendo el *good will* y la reputación. A las empresas no les interesa que se produzca jurisprudencia en torno a conflictos que pueden ser evitados.

Muchas organizaciones han invertido en recursos, herramientas y tecnologías que les permiten hacer y manejar sus contratos eficazmente. Muchas, todavía necesitan ayuda en esas áreas<sup>13</sup>. En un buen número de organizaciones, los contratos podrían ser usados más efectivamente de lo que se usan en la actualidad, y los problemas contractuales podrían prevenirse con más frecuencia de lo que se hace ahora.

### ***2.1. Los tres niveles de asistencia jurídica proactiva en la contratación corporativa***

Así como la asistencia médica, la asistencia jurídica proactiva se puede dividir en tres niveles: atención primaria, secundaria y terciaria. En el contexto de la contratación corporativa, las metas principales de la asistencia jurídica proactiva son: 1) promover transacciones y relaciones exitosas, eliminando las causas de potenciales problemas; 2) minimizar el riesgo, los inconvenientes y los efectos dañinos ocurridos cuando surgen problemas y 3) manejar el conflicto, evitar el litigio, y minimizar los costos y pérdidas cuando estas sean inevitables.

La asistencia jurídica proactiva en el contexto de la contratación corporativa se ilustra en la figura 1, que fue adaptada de la medicina preventiva. La pirámide tiene tres niveles: primario —causas—, secundario —efectos—, y terciario —pérdidas y otras consecuencias

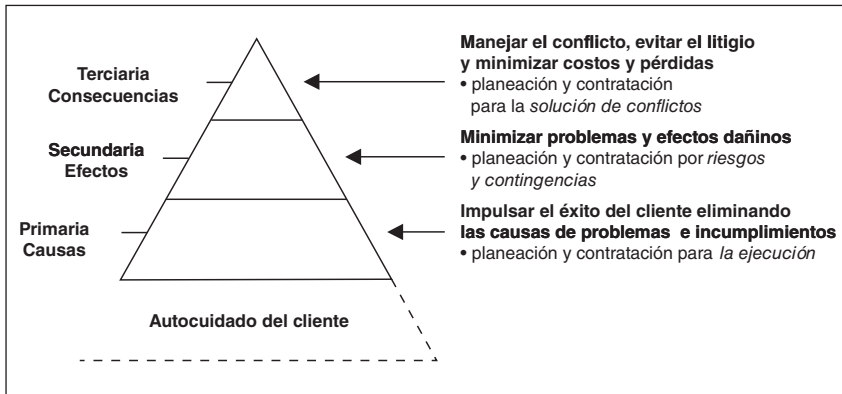
---

13 En Krappé y Kallayil (2003), los autores describen el resultado de una encuesta que resalta cómo las compañías frecuentemente desconocen sus riesgos contractuales y su incapacidad de mitigar el riesgo, lo que puede llevar a suponer que son incapaces también de presentar informes precisos a sus inversionistas y a las autoridades. A pesar del hecho que el reciente enfoque en el gobierno corporativo ha aumentado la conciencia sobre el riesgo contractual, la encuesta encontró que mientras el 75% de las compañías miraban esta como una “gran área de preocupación”, ellas no podían hacer un seguimiento adecuado de sus riesgos contractuales; el 61% de las compañías no tenía idea de las interdependencias entre sus contratos; el 66% rara vez le hacía seguimiento a las comunicaciones relacionadas y el 60% no le hacía seguimiento a las responsabilidades contingentes. La encuesta, que entrevistó a más de 100 compañías con su matriz en Estados Unidos y Europa, reveló que un alto número, el 81%, reportó que encontrar los contratos cuando se necesitaban era un “área de preocupación”.

dañinas—<sup>14</sup>. La asistencia jurídica proactiva realza la importancia de trabajar en todos los niveles. Para beneficiarse plenamente de las oportunidades ofrecidas por los contratos, el autocuidado del cliente es fundamental. Es tan importante que sin él la asistencia jurídica proactiva no puede tener éxito.

**Figura 1.**

**Los tres niveles de la asistencia jurídica proactiva en la contratación corporativa**



Como se muestra en la figura 1, los contratos y procesos contractuales pueden ser usados para preparar, guiar y administrar: primero, la *ejecución* —traduciendo los objetivos y las expectativas compartidas en contratos que aseguren el éxito del negocio, aseguren los resultados deseados y balanceen el riesgo con los beneficios—; segundo, *el riesgo y las contingencias* —con cláusulas contractuales relacionadas con el incumplimiento, la distribución de riesgos, fuerza mayor, responsabilidades, indemnizaciones, reparación, etc.— y tercero, *la resolución de conflictos* —con mecanismos de solución alternativa de conflictos, elección apropiada de jurisdicción y ley aplicable al contrato en las cláusulas contractuales, etc.—.

En el momento en que los contratos son elaborados, hay que asegurarse de que puede hacerseles seguimiento. Y si tal seguimiento

---

14 Los niveles correspondientes en medicina preventiva son: primario —por ejemplo, la prevención de enfermedad cardíaca coronaria en una persona saludable—, secundario —por ejemplo, prevención de ataque cardíaco en una persona con enfermedad del corazón— y terciario —por ejemplo, prevención de la incapacidad y muerte después de un ataque cardíaco—. El autocuidado no es siempre parte del mapa de la medicina preventiva.

no puede hacerse deben cambiarse, o bien los contratos, o bien la forma en que la organización opera. Usualmente es más fácil cambiar los contratos<sup>15</sup>. De todos modos, los contratos —u otras *reglas*— no son los que hacen que las cosas sucedan —son las *personas* las que hacen eso—. Para que los contratos puedan ser implementados, las personas deben actuar. Deben entender lo que se debe hacer, estar motivados y comprometidos. La asistencia jurídica proactiva se concentra en las personas y en el uso consciente de los contratos para ayudar al éxito del cliente. Busca llevar a los clientes tanto la certidumbre como la flexibilidad que requieren para prosperar<sup>16</sup>. En palabras de Edward A. Dauer: "... un manejo eficaz del riesgo legal efectivo requiere un trío de estrategias: la creación de reglas, la realización de acciones que limiten la violación de las reglas, e inculcar una cultura que haga cumplir las reglas con facilidad y con frecuencia"<sup>17</sup>.

Una planeación y documentación adecuadas son necesarias, no solo cuando se elaboran los contratos, sino también cuando se ponen en práctica, o cuando son modificados. Acciones diarias, tales como hacer pagos, llevar archivos, hacer notificaciones y manejar problemas se vuelven cruciales. La asistencia jurídica proactiva del cliente necesita fusionarse con su estrategia, sus procesos de negocios y su cultura. Requiere ser incluida en el gobierno corporativo, y en el manejo de la relación entre el consumidor y el proveedor, así como en la gestión de proyectos, calidad, riesgo y otras prácticas empresariales del cliente. Así y solo así, la asistencia jurídica proactiva y los contratos funcionan mejor: ayudando a los clientes a administrar sus operaciones y relaciones de forma más eficiente, con resultados mejorados, con una exposición al riesgo balanceada y con menos problemas.

Tanto en el sector privado como en el público, cierto número de instituciones ya han desarrollado procedimientos para el manejo de

---

15 Ver Hartman (2003), p. 397.

16 Sobre la tensión entre certidumbre —concebida en la mente de muchos abogados como la existencia normas claras— y flexibilidad —considerada en la mente de mucha gente que hace negocios como mínima regulación—, ver por ejemplo, Collins (2003), pp. 174-201. Ver también Cummins (2006).

17 Ver Dauer (2006), p. 106, en donde el autor va más allá en cuanto a qué tanto de este trío debe ser trabajo de *abogados*. Su respuesta es directa: todo. Urge que los abogados se involucren en las tres facetas del manejo del riesgo en la empresa. Ver también Dauer (1998) y capítulo 3, con citas.

conflictos y han aprovechado los métodos alternativos de solución de los mismos<sup>18</sup>. Aunque estos esfuerzos son importantes, no son suficientes por sí solos para el manejo de los “típicos” asuntos legales. Los clientes no perciben ganancias a través de procesos de solución de controversias, ni de recibir indemnizaciones u otras reparaciones. No es eso lo que quieren. Lo que quieren, y de lo que obtienen ingresos, es de las relaciones exitosas, de las transacciones libres de problemas y de los resultados esperados. Cada día, cientos de abogados todavía gastan muchas horas escribiendo y negociando cláusulas relacionadas con el arreglo de conflictos —exoneración de las responsabilidades y limitación de las indemnizaciones—, muchas más horas de las que gastan en escribir y negociar cláusulas que fortalecen la comunicación, dejan en claro las tareas y ayudan a asegurar un desarrollo exitoso<sup>19</sup>.

Cuando las cosas salen como se planearon, cuando el éxito se asegura en el nivel primario, pocos esfuerzos se necesitan en los niveles secundario y terciario. Estos últimos —mecanismos de solución de conflictos, manejo del riesgo contractual, indemnizaciones, cláusulas de salida o terminación, etc.— pueden tan solo minimizar efectos dañinos y pérdidas. Ellos, por sí solos, nunca podrán asegurar el éxito,

---

18 En Australia, un reglamento sobre la prevención, manejo y solución de problemas legales fue aprobado en 1999. Ver *Guía para la prevención, manejo y solución de conflictos 1999*, AS 4608-1999. Este reglamento fue revisado en el 2004, a través de la aprobación de la AS 4608-2004, *Sistemas de manejo de conflicto (2004)*. En el Reino Unido, la Oficina de Gobierno Comercial —OGC, por sus siglas en inglés—, que apoya al sector público para mejorar sus servicios y las actividades comerciales, publicó su *Guía de solución de conflictos en 2002*.

19 La Asociación Internacional para la Gestión Comercial y Contractual —IACCM, por sus siglas en inglés— hace una encuesta anual en la que a los participantes, que representan a cientos de las grandes compañías localizadas en diversas partes del mundo, se les pide que señalen las cláusulas que negocian con mayor frecuencia. La limitación de responsabilidades ha mantenido el puesto n.º 1 todos los años. En palabras del presidente de la IACCM, Tim Cummins, “La encuesta muestra poca evidencia del tiempo empleado en negociaciones creativas que ‘agranden el pastel’, esto es, que agranden la solución o el negocio, o en definir parámetros que aumenten la idea de éxito. La lista está dominada por las cláusulas de contención del riesgo (...) Evitar la más mínima exposición a los reclamos o el litigio, asegurar que los activos corporativos estén protegidos y suministrar un marco para los contratos y la relación empresarial, son elementos clave. Pero, ¿en qué parte de la lista están esas cláusulas que pueden aumentar nuestra reputación? ¿Dónde hay evidencia de que estamos entendiendo el buen gobierno no solo en términos de ubicar previamente el riesgo, sino en términos de su manejo en el futuro? (...) Estas preguntas aplican por igual a ambos lados; es del interés de compradores y vendedores preguntarse en qué se está invirtiendo el tiempo”. Ver también Cummins (2004).

si los esfuerzos en el nivel primario y el autocuidado del cliente son insuficientes. Esto no quiere decir que la solución de conflictos y la gestión del riesgo no tienen importancia, sí la tienen. Lo que se quiere decir es que el nivel primario, junto con el autocuidado del cliente, merecen mucha más atención de la que han recibido en el pasado.

## **2.2. Los muchos elementos y funciones de los contratos: el rompecabezas contractual**

“El vendedor piensa en el contrato como obra del demonio; es tan solo otro obstáculo en el camino de cerrar una venta”. —Stewart Macaula y, *The Use and Non-Use of Contracts in the Manufacturing Industry*. 1963.

Los clientes no suscriben un contrato tan solo para tener un contrato, ni lo suscriben para protegerse contra riesgos legales. Lo que quieren es alcanzar sus objetivos y generar rentabilidad, utilidades y *good will*. Les importan las relaciones, las expectativas de los interesados y las oportunidades de negocios. Desde el punto de vista de un empresario ocupado, elaborar un contrato puede ser considerado un mal necesario, tan solo un paso sin el que los trámites internos no permitirán que proceda un negocio o un proyecto.

Las funciones de los contratos corporativos pueden ser resumidas como se muestra en la figura 2. Allí, los contratos son presentados como herramientas para coordinar y manejar negocios y compromisos; para crear, distribuir y proteger valor, bien tangible o intangible —como los derechos de propiedad intelectual—; para comunicar información crucial dentro y entre organizaciones; para motivar y para repartir los derechos de decisión y control<sup>20</sup>. Además, los contratos ayudan a compartir,

---

20 Sobre las funciones de negocios de los contratos, ver por ejemplo la discusión de Argyres y Mayer (2005) sobre las posibilidades del diseño contractual desde una perspectiva empresarial en términos de roles y responsabilidades, procedimientos de comunicación, derechos de decisión y control, solución de conflictos y planeación de contingencias. Ver también Eckhard y Mellewig (2006), Bogetoft y Olesen (2004), y Roxenhall y Ghauri (2004). Roxenhall (1999) explora tres casos suecos de estudio para determinar cómo se usan los contratos escritos como un medio de comunicación para controlar al personal de la compañía así como al personal de la parte contraria, y para coordinar las actividades de suministro y producción de ambas partes. Pruth (2002) investiga las alianzas logísticas. Su estudio empírico muestra que los contratos logísticos funcionan como herramientas gerenciales que apoyan la eficiencia operativa, el desarrollo y el cambio, formalizan el objetivo común y motivan el comportamiento

minimizar y manejar el riesgo, a definir y formalizar relaciones, prevenir problemas y resolver conflictos<sup>21</sup>.

## **Figura 2.** **Funciones de los contratos corporativos<sup>22</sup>**

Los contratos corporativos son herramientas para:

1. Coordinar y dirigir negocios y compromisos
2. Crear, determinar y proteger valor
3. Comunicación, motivación y control
4. Compartir, minimizar y manejar el riesgo
5. Formalizar, prevenir los problemas y solucionar conflictos

Nosotros los abogados estamos acostumbrados a determinar qué obligaciones y responsabilidades están incluidas y cuáles están excluidas en el acuerdo contractual. Le prestamos atención a los requerimientos regulatorios y a las leyes aplicables, consideramos las promesas precontractuales —si se hizo alguna y si se puede exigir—, tenemos en cuenta las cláusulas tanto expresas —“visibles”— como implícitas —“invisibles”—<sup>23</sup>, buscamos estipulaciones como la escogencia de la

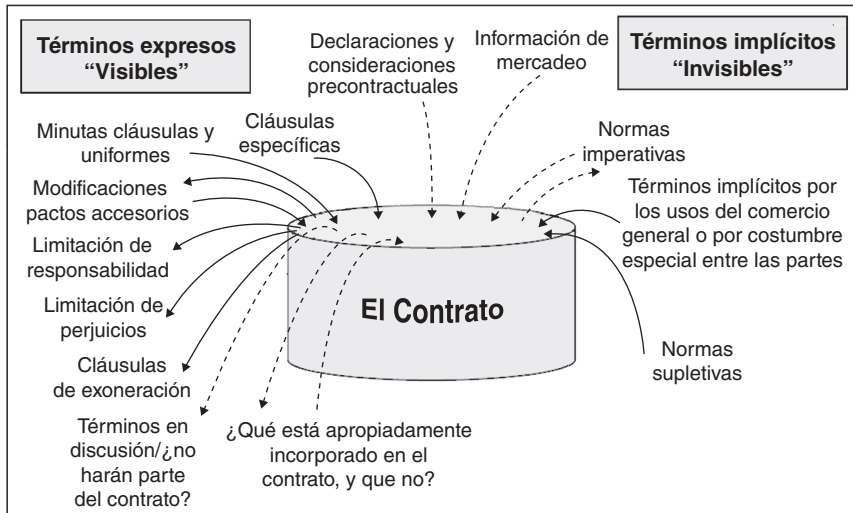
---

con incentivos estructurales. Los contratos pueden ser, además, usados para otros propósitos no mostrados aquí, incluyendo la protección de información confidencial, la determinación de derechos de decisión y control, y la exclusión o reducción de la responsabilidad civil. Para la determinación contractual de los derechos de propiedad intelectual y los derechos de control para productos hechos a la medida, basados en un análisis empírico de firmas finlandesas pequeñas y medianas, ver Paija (2003) y (2004).

- 21 Aunque las funciones posteriores son importantes, *no* son las metas *primarias* de los contratos. De acuerdo con la Asociación Internacional para la Gestión Comercial y Contractual, en promedio, cerca del 80% de las cláusulas de contratos negocio-a-negocio *no* son áreas de preocupación legal pura, como sí lo son las cláusulas especializadas del negocio y las financieras, tales como los reglamentos de trabajo, especificaciones, y acuerdos sobre el nivel de servicio. Ver Cummins (2003).
- 22 Adaptado de Haapio y Haavisto (2005), con elementos añadidos por Vlaar (2006).
- 23 La autora ha acuñado la distinción entre cláusulas contractuales “visibles” e “invisibles”, para que la materia sea más accesible a la gente de negocios. De acuerdo con la retroalimentación recibida, la distinción ha sido un paso exitoso para hacerles el mundo del derecho más interesante. Para una discusión más detallada sobre las cláusulas

ley aplicable y la jurisdicción, así como aquellas que excluyan o limiten tipos particulares de responsabilidades e indemnizaciones, etc. El punto de vista de un abogado sobre los elementos incluidos —o excluidos— en un contrato puede ser ilustrado así —figura 3—:

**Figura 3.**  
**Elementos de un contrato:**  
**El punto de vista de un abogado<sup>24</sup>**



Para un empresario que quiere asegurar un trato y una relación de negocios exitosa, la mayoría de las cosas por las que nos preocupamos los abogados no parecen importar mucho —particularmente si se discuten en el lenguaje típico de los abogados—. Para los clientes, los aspectos del negocio, los aspectos técnicos y los asuntos financieros son fundamentales, las relaciones y reputación importan más que las cláusulas detalladas o aquello que hace parte o no del contrato formal.

En las transacciones rutinarias, los clientes reciben y dan lo que esperan en más del 99,9% de los eventos. Sin embargo, como bien

"invisibles", en contratación internacional, y qué hacer al respecto, ver Haapio (2004). Sobre una investigación interdisciplinaria y un acercamiento comparativo a las dimensiones implícitas de los contratos, ver Collins (2003) y otros en Campbell et ál. (2003).

24 Adaptado de Mulcahy y Tillotson (2004), p. 178. La noción de cláusulas "visibles" e "invisibles" y otros elementos fueron añadidos por la autora.

sabemos los abogados —quizá demasiado bien—, las expectativas no siempre son satisfechas. Puede que no obtengan lo que querían. La entrega puede ser tardía, los bienes pueden estar dañados o defectuosos, o puede que se les cobre más a los clientes de lo que esperaban pagar. Desilusionadas y furiosas, las personas empiezan a pensar en métodos que les permitan recibir lo que esperaban, al precio que están dispuestas a pagar<sup>25</sup>. Buscan su contrato y piden ayuda a su abogado. Para la asistencia jurídica proactiva es, obviamente, demasiado tarde.

### 2.2.1. *El rompecabezas contractual*

Para referirse a las decisiones que las organizaciones deben tomar y los retos a los que se enfrentan cuando elaboran y usan contratos, es útil visualizar los contratos y la contratación como un rompecabezas. Con un proyecto complejo en mente, la figura 4 muestra al contrato como un rompecabezas, con una parte técnica, una de implementación, una de negocios y una parte legal, las cuales deben ser completamente consistentes y coordinadas.

Los contratos no son simples documentos legales o mecanismos de cumplimiento, o algo usado como evidencia en la corte. Para los clientes, un contrato es un vehículo para lograr rentabilidad

Si se arma correctamente, las piezas del rompecabezas forman una figura, completa, sincronizada. El contrato ideal encaja con las necesidades negociales de los contratantes y refleja sus verdaderas metas. Puede implementarse en el tiempo previsto, con los recursos que le han sido asignados y dentro del presupuesto. La solución diseñada encaja con su precio, lo que a su vez encaja con la solución descrita —la cual será implementada—<sup>26</sup>. La solución suministrada cumplirá con los requerimientos del cliente, mientras que el proyecto satisfecerá las necesidades del proveedor respecto de la rentabilidad y el manejo del riesgo. Las piezas del rompecabezas encajan juntas y crean un negocio y una relación excelentes. El contrato permite eliminar las causas

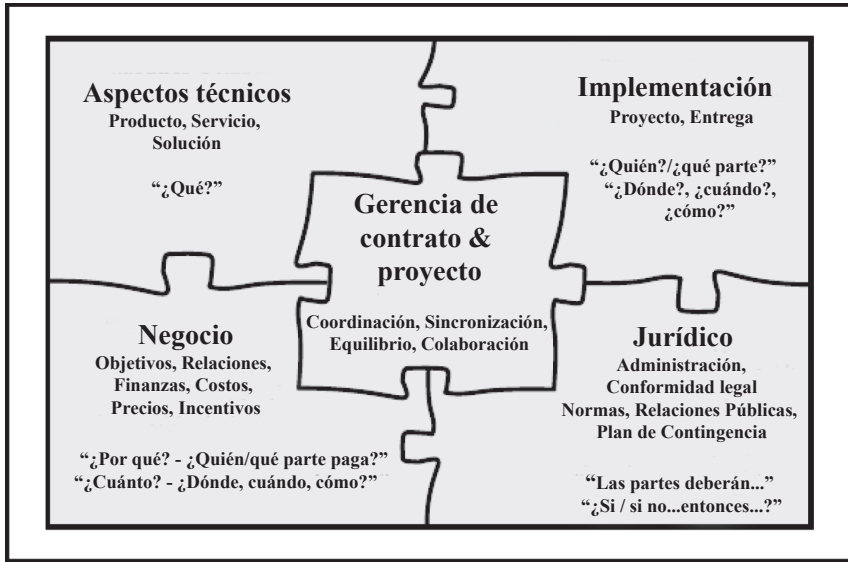
---

25 Las bases no han cambiado en más de 50 años. Ver Brown (1955), p. 3, y Brown (1950).

26 Ver también Garret y Kipke (2003), pp. 106-108.

de los problemas y los malentendidos, y suministra seguridad, procedimientos y mecanismos de solución si ocurren cambios, demoras o perturbaciones, o si un conflicto surge.

**Figura 4.**  
**El rompecabezas contractual**



Un abogado novato en contratación corporativa debe tener presente que, en la realidad de los negocios, los contratos no son simples documentos legales o mecanismos de cumplimiento, o algo usado como evidencia en la corte. Para los clientes, un contrato es un vehículo para lograr rentabilidad, ingresos, bienes, servicios, etc. La parte legal es solo una pieza del rompecabezas, y no el rompecabezas como tal. Debe crearse un balance entre los diferentes —y a veces conflictivos— requisitos, tales como la necesidad de reglas claras y certeza, por un lado, y flexibilidad, por el otro. Los contratos deben ser comercialmente aceptables —inclusive atractivos, para que generen nuevos negocios y rentabilidad, y ayuden a mantener buenas relaciones—. Al mismo tiempo, deben ser legalmente válidos y asegurar el cumplimiento de compromisos previos, leyes aplicables y normas de buen gobierno. Los contratos deben ser financieramente seguros, deben mejorar el desempeño de la cadena de suministro, dar protección adecuada y balancear los riesgos con los beneficios.

### **2.3. Planeación contractual: bases prácticas y teóricas para el éxito**

Los fundamentos de los contratos de buena calidad se establecen en la fase de planeación, mucho antes de la negociación y de la firma —entre más temprano, mejor—. Tanto para clientes como para proveedores, la fase de planeación es vital para crear las bases de los proyectos, contratos y relaciones exitosas. La mayoría de la información contractual es capturada —o debería serlo— en esa fase, en el proceso precontractual.

La selección del proveedor es una de las decisiones más importantes que hará un comprador. El éxito del contrato y del proyecto depende de la competencia y confiabilidad del proveedor principal y de sus subcontratistas. Los documentos de compra pueden tener muchas formas e incluir o no el formato contractual del comprador, o sus términos y condiciones. Los documentos comunican —o deberían comunicar— con claridad las necesidades y requerimientos del comprador a los potenciales proveedores. De las mejores peticiones por parte del comprador generalmente resultan las mejores ofertas, mientras que las solicitudes comunicadas pobremente terminan frecuentemente en demoras, confusión, pocas ofertas y respuestas de baja calidad.

Para el proveedor, tomar la decisión de ofertar o no ofertar incluye evaluar la solicitud del cliente, las especificaciones propuestas, el área de trabajo, los requisitos, contratos —incluyendo términos y condiciones, cuando se suministren— y evaluar el riesgo contra las oportunidades. Este paso es crucial en el proceso contractual del proveedor. La preparación de una oferta puede tomar desde una persona escribiendo un correo electrónico, o una página de propuesta, hasta un equipo de personas desarrollando una propuesta de cientos de páginas que requiere semanas o meses<sup>27</sup>.

En la elaboración de la oferta —o cotización, licitación, propuesta u ofrecimiento—, el proveedor debe satisfacer dos objetivos en conflicto. Por un lado, la función primordial de la oferta es actuar como una ayuda para la venta: el proveedor busca persuadir al comprador de que él, en vez de cualquier otro, debe ser seleccionado otorgándole el

---

27 Ver, por ejemplo, Garret (2003), p. 25 y pp. 89-97 y Garret y Kipke (2003), pp. 20-27.