

CONTRATOS INCOMPLETOS Y SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

*Francisco González de Cossío**

I.	INTRODUCCIÓN.....	1
II.	EL PARADIGMA.....	2
III.	LOS MECANISMOS.....	3
	A. NEGOCIACIÓN.....	4
	B. MEDIACIÓN.....	4
	C. CONCILIACIÓN.....	5
	D. ARBITRAJE.....	6
	E. DISPUTE BOARDS.....	7
	F. EXPERTISE.....	8
	G. ADAPTACIÓN DE CONTRATOS.....	8
IV.	COMENTARIO FINAL.....	9

I. INTRODUCCIÓN

El Premio Nobel de Economía de 2009 fue otorgado a Oliver E. Williamson¹ por *inter alia*² sus estudios sobre ‘contratos incompletos’. Al leer las obras que le merecieron el galardón no pude evitar percatarme que existen lecciones importantes para quienes diseñan, utilizan y cuestionan los mecanismos alternativos de solución de controversias (*MASC*).³

* GONZÁLEZ DE COSSÍO ABOGADOS, S.C. (www.gdca.com.mx) Observaciones bienvenidas a fgcossio@gdca.com.mx

¹ El Premio fue compartido con Elinor Ostrom por sus estudios sobre sistemas policéntricos. Su ponencia magistral fue ‘Beyond Markets and States: Polycentric Governance of Complex Economic Systems’. Se recomienda este estudio a los creadores de política fiscal.

² Para ser exacto, el título de su ponencia magistral fue ‘Transaction Cost Economics: The Natural Progression’. Sus estudios sobre dicho tema genérico incluyeron observaciones sobre ‘contratos incompletos’. En este estudio me centro en éstos.

³ Por ‘mecanismos alternativos de solución de controversias’ me refiero no solo a negociación, mediación y conciliación, sino también al arbitraje y otros instrumentos de más reciente creación. La inclusión de éstos en dicha categoría es cuestionable. No abordo

A continuación se comentarán. Para ello, resumiré el paradigma de los contratos incompletos (§II), para luego comentar cómo ciertos MASC pueden ayudar a ‘completarlos’ (§III), concluyendo con observaciones finales (§IV).

II. EL PARADIGMA⁴

La literatura económica tilda de ‘completo’ a un contrato que especifica las consecuencias legales a todas las contingencias que pueden presentarse en la relación que regula. Es improbable y con frecuencia imposible que ello tenga lugar. Negociar y contratar es difícil y oneroso. Toma tiempo y recursos, no sólo de las partes sino de sus abogados. Ello hace que el ejercicio sea costoso. Y entre más especificidad, más onerosidad en la contratación.⁵ Por ende, raramente ocurre.

Entendido el trasfondo no es difícil de entender el resultado: incentivos contradictorios entre las partes contratantes. Y estos generan una tensión, que propicia conducta estratégica: cada parte incurrirá en conducta que busca generar barreras o coyunturas que le favorezcan y mejoren su situación de negociación. El objetivo: apropiarse la mayor cantidad del valor generado por la relación conjunta. Lo que se conoce como el ‘holdup problem’. En ausencia de un mecanismo que resuelva el dilema, será quien prevea con más éxito dicho juego quien apropiará la mayor cantidad de valor. Dicho resultado *ex post* incentivará que *ex ante* las partes adopten conducta estratégica. Y entre más ‘incompleto’ sea el contrato, más

los motivos (para hacerlo, ver ARBITRAJE, Ed. Porrúa, México, D.F., 2004, p. 25). Sin embargo, los agrupo bajo el mismo tema puesto que las lecciones que comento les aplican a todos.

⁴ Resumo el paradigma en mis palabras. En caso de desear abundar sobre ello, ver Hart y Moore, INCOMPLETE CONTRACTS AND RENEGOTIATION, *Econometría*, vol 5, no. 4, julio 1988, p. 755-785; Ian Ayres and Robert Gertner, FILLING GAPS IN INCOMPLETE CONTRACTS: AN ECONOMIC THEORY OF DEFAULT RULES, *Yale Law Journal*, vol. 99, no. 1, oct 1989, p. 87-130; Richard A. Posner, ECONOMICS AND THE LAW, Aspen, USA, 5th edition, 1998; Bernard Salanié, ECONOMICS OF CONTRACTS. A PRIMER, The MIT Press, Cambridge Massachusetts, London, England, Second Edition, 2005, p. 193 *et seq.* Oliver E. Williamson, TRANSACTION COST ECONOMICS, en HANDBOOK OF INDUSTRIAL ORGANIZATION, vol. 1, Richard Schmalensee y Robert Willig (eds.), Elsevier, Oxford, 2005, p. 136. Otros son Williamson (1985), Klein, Crawford y Alchian (1978).

⁵ De allí que el tema sea parte de la literatura macroeconómica de Costos de Transacción.

margen de maniobra para la conducta estratégica; y más importante será, pues de ella dependerá quién gane el juego.

El fenómeno tiene agravantes, tanto en *origen* como *resultado*.

Agravantes de origen: en contratos de larga duración las partes se atan mutuamente por periodos largos, realizando inversiones importantes que hacen que sus activos sean ‘específicos’,⁶ reduciendo su fungibilidad.⁷ Su valor agregado será mayor si se utiliza con el co-contratante.

Agravantes en resultado: en algunos casos (como los explicados en el párrafo anterior) las partes se encontrarán en lo que la jerga económica llama ‘monopolio bilateral’ o ‘dependencia bilateral’. *Tienen* que contratar el uno con el otro. (No sólo eso, les interesa seguir contratando, pues su valor agregado *conjunto* es superior a que si trataran con otros.) Ello dificulta la negociación entre las partes pues ambas tienen el sartén por el mango—máxime que la separación no es una (verdadera⁸) opción.

Afortunadamente, existen mecanismos legales⁹ que pueden ser utilizados para resolver el dilema.

III. LOS MECANISMOS

La ciencia jurídica ha ideado herramientas diversas que sirven para completar contratos incompletos. Desafortunadamente, con frecuencia se observa que son poco utilizados, o mal utilizados.¹⁰ Especulo que ello obedece a que aun no nos

⁶ Lo que la literatura económica denomina ‘asset specificity’. El activo está adaptado a la relación.

⁷ Su utilización en otras operaciones o con otros agentes económicos.

⁸ La amenaza de disolver el vínculo no es creíble.

⁹ Mucha de la literatura económica sobre el tema busca resolver el problema. No hago eco de ella. Me ciño a las herramientas legales. De desear abundar, ver la literatura descrita en los pies de página anteriores.

¹⁰ En los últimos años he participado como árbitro en diversos casos que reúnen las características indicadas. Y, con algunas excepciones, observo que la relación pudo haber sido mejor manejada, y el problema mejor resuelto—¡inclusive evitado!—si se hubiera utilizado uno de estos mecanismos.

hemos percatado del valor agregado que dan.¹¹ Por ende, a continuación se resumirá el mecanismo y el valor agregado que da. El objetivo: abrir los ojos a cómo los abogados podemos ayudar con un problema económico de actualidad.

A. NEGOCIACIÓN

Puede cuestionarse si la negociación es un mecanismo *jurídico* para resolver el problema. Después de todo, no ofrece un mecanismo exógeno y coactivo a la negativa de una de las partes a negociar o, habiendo negociado, aceptar la respuesta más sensata (o 'justa').

El motivo por el que lo cito obedece a su utilidad cuando se usa y la frecuencia con la que se contiene como parte de esquemas de contratación y solución de controversias. *Ex hypothesy*, si las partes *voluntariamente* aceptan una solución, será *siempre* más eficiente que una impuesta por un tercero.¹²

B. MEDIACIÓN

Existe una (insípida¹³) diferencia de opinión sobre lo que diferencia a la mediación de la conciliación. En este contexto entenderé por 'mediación' como 'negociación asistida'. Es decir, el mecanismo mediante el cual un tercero ayuda a las partes a que *ellas mismas* solucionen su problema. El mediador no hace sugerencia de

¹¹ En su origen, considero que la causa del problema es doble. Primero, es hasta hace poco que la materia ha sido obligatoriamente incluida en los planes de estudio de (algunas) escuelas de Derecho. Por ende, estamos atestiguando la primera generación de abogados adiestrados con dichos conceptos. Segundo, el abogado apropia más valor de un problema legal si lo canaliza al litigio. De allí que tenga incentivos para no recomendar su utilización.

¹² La aseveración puede despertar diferencias. Por ejemplo, pueden citarse los casos en que una parte acepte una oferta ventajosa de su contraparte que tiene una mejor situación de negociación, y cuyo resultado no es 'justo'. Apropia la mayor cantidad de valor a favor del oferente. Sin embargo, sigue siendo mejor que una respuesta legalista, suma-cero, impuesta por un tercero. Si no, por definición, no lo hubiera aceptado.

¹³ El adjetivo obedece a que no aporta nada. Lo que importa no es la nomenclatura sino el valor agregado de cada uno, comprendida su diferencia. Es a ello a lo que me ciño en este ensayo.

solución. Y por ‘conciliación’ cuando el conciliador puede sugerir la solución, sin que sea obligatoria.¹⁴

Entendido así, el valor agregado de la mediación es que un tercero desinteresado que conoce la *verdadera*¹⁵ postura de las partes y sus intereses (no derechos), puede indicar si vale la pena que continúen invirtiendo recursos en una negociación o si lo que más conviene es que acudan a un mecanismo adversarial (litigio o arbitraje) a resolver su problema.

Y la utilidad del mecanismo continúa inclusive en casos de fracaso. Aún si el mediador sugiere que no pierdan su tiempo y que acudan al arbitraje, el valor agregado que da es que las partes tienen la certeza que la decisión es sensata—no el producto de un fracaso de comunicación o dejarse llevar por las estrategias y psicologías que la negociación detona, y que evitan un resultado más eficiente.¹⁶

C. CONCILIACIÓN

Como se indicó, el conciliador puede hacer sugerencias de transacción. El valor agregado que el mecanismo aporta, además de aquél ofrecido por la mediación, es doble. Primero, velocidad. Segundo, evita tener que conocer el motivo de la solución, lo cual puede desincentivarla.

¹⁴ No abundaré sobre porqué los considero así. De desear hacerlo, ver ARBITRAJE, ob cit y MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS. NOTA SOBRE SU DESARROLLO, Revista de Investigaciones Jurídicas, 2003, p. 213 y *Ars Iuris*, 30, 2003, p. 39.

¹⁵ El adjetivo es importante. Las partes en disputa con frecuencia sobre-exponen su postura con la finalidad de obtener ventajas tácticas y de negociación. Dicha (natural) tendencia tiende a complicar la solución del problema. El ejercicio de caucus permite al mediador conocer la *verdadera* postura de las partes y percibir si existe un común denominador que sirva de puente de solución de la controversia.

¹⁶ El motivo por el cual es más eficiente es explicado en CRÓNICA DE ÉXITO DE MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS: RESULTADOS EMPÍRICOS DE UN MODELO, visible en www.gdca.com.mx/publicaciones/varios.

Gracias a que un tercero hace una sugerencia que cae dentro del común denominador de intereses de las partes, da a cada una lo que le interesa sin divulgar porqué. Por motivos diversos, ello puede facilitar la transacción.¹⁷

D. ARBITRAJE

Las virtudes del arbitraje lo han hecho exitoso en áreas diversas,¹⁸ incluyendo controversias contractuales. Y han sido las mismas las que lo convierten en un instrumento frecuentemente socorrido para contratos incompletos. Resaltan las siguientes: especialidad y eficiencia.

Los contratos incompletos donde más utilidad ofrece el arbitraje son aquellos complejos o cuantiosos. En éstas áreas el valor agregado que ofrece el arbitraje es que permite que un experto neutral le dedique el tiempo necesario¹⁹ a resolver en forma adecuada²⁰ una disputa.

El Derecho Arbitral se nutre de las lecciones aprendidas durante décadas (no, siglos) por tribunales internacionales que han logrado confeccionar un *modus operandi* adjetivo que deja de lado la procesalitis y formalismos, privilegiando soluciones adecuadas, costo-eficientes y confiables, evitando los voluminosos regímenes procesales tan proclives a trucos y 'burocracia' procesal que hace que el medio cobre más importancia que el fin. Se trata de un cuerpo normativo

¹⁷ Piénsese por ejemplo en el caso que aceptar cierta postura como resultado de la negociación podría comunicar las preferencias de dicha parte, dando una ventaja a la contraparte. Otro ejemplo es el caso en que aceptar algo pueda llevar implícita una admisión que, de seguirse un procedimiento adversarial, sería considerado responsable. Aun y cuando el procedimiento no se siga, es entendible que una parte prefiera no comunicarlo. Después de todo, los hechos dicen más que las palabras.

¹⁸ En ARBITRAJE Y LA JUDICATURA (Ed. Porrúa, México, D.F., 2007, p. 192 *et seq*) se hace un recuento de temas complejos y problemas sociales serios que han sido solucionados mediante el arbitraje.

¹⁹ Por definición, los tribunales tienen tiempo limitado para conocer de las controversias. Por más onerosa o compleja que sea, el juzgador ve la misma como ve el resto de los expedientes en su oficina: como un pendiente que debe resolver dedicándole la menor cantidad de tiempo posible.

²⁰ El adjetivo se extiende tanto al contenido como tiempo. Y ello es una función que se conjuga de formas distintas atendiendo al caso. En ocasiones, las partes necesitan una respuesta rápida. En otras ocasiones, el tiempo no es tan importante como lo es su contenido. El arbitraje se adecua a las necesidades de cada caso.

sofisticado y esbelto que evita trampas, genera incentivos correctos y deposita confianza en el juzgador.²¹ Es eficiente y confiable.

E. DISPUTE BOARDS

Los *Dispute Boards* son instrumentos creados para contratos de construcción.²² Se trata de tribunales arbitrales *sui generis* que navegan junto con una obra y se activan exclusivamente si surge una controversia. Dado que están enterados de la obra, pueden ponerse en acción de la noche a la mañana.

Existen tres especies que dan un valor agregado distinto:

1. *Dispute Review Boards*: que emiten ‘Recomendaciones’ que no son inmediatamente obligatorias. En ocasiones, lo que se necesita es adoptar una solución temporal que permite reducir los efectos negativos del *statu quo*, sujeto a lo que determine en definitiva el tribunal arbitral.
2. *Dispute Adjudication Boards*: emiten ‘Decisiones’ que son inmediatamente obligatorias. Ello permite obtener soluciones temporalmente—además de sustantivamente—adecuadas.
3. *Combined Dispute Boards*: el Panel puede decidir emitir una Decisión o una Recomendación. Al hacerlo, tomará en cuenta las circunstancias de la disputa. Esta facultad da el valor (adicional a las anteriores dos) que permite adoptar una mejor solución no sólo en fondo, sino forma. Si la solución de la disputa es mejor lograda mediante el vehículo de una ‘Recomendación’ no vinculatoria, así se hará.²³

²¹ Pues el juzgador es escogido por las partes.

²² Reglamento Relativo a *Dispute Boards* de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional.

²³ Por ejemplo, cuando la solución *definitiva* debe ser arribada únicamente después de conocer más de la misma. Sin embargo, con la información disponible y dadas las circunstancias, lo más eficiente es que se adopte una solución temporal, sujeta a lo que determine en definitiva el tribunal arbitral.

En conjunto, el valor agregado que ofrece el instrumento es contar con un órgano empapado de las características de la construcción que pueda, de ser necesario, emitir una respuesta adecuada no sólo en cuanto a tiempo sino otras características—algo visiblemente útil para quien tenga experiencia en controversias de construcción.

F. EXPERTISE

Los procedimientos de expertos permiten obtener una solución a una diferencia que divide a las partes sobre un tema técnico, no necesariamente jurídico. El valor agregado que dan es que canalizan la solución de una controversia a la persona mejor situada para resolverla: el *connaisseur*.

G. ADAPTACIÓN DE CONTRATOS

La adaptación de contratos es la facultad que se da a un tercero de colmar lagunas que el contrato pueda presentar durante su vigencia.²⁴ El trasfondo es interesante. La *ratio* de la facultad parte de la premisa que la situación económica que llevó a las partes a contratar puede cambiar—y con frecuencia cambia. Ante ello, el principio de obligatoriedad e intangibilidad de los contratos puede ser (económicamente) miope—además de asfixiante.²⁵ Y no es inusual ver que, ante la camisa de fuerza de un contrato, un cambio económico puede resultar en forzar el incumplimiento del contrato, sea por imposibilidad o excesiva onerosidad.²⁶ De allí que ciertos cuerpos legales contemplen soluciones.²⁷

²⁴ Recibe diferentes nombres. Por ejemplo, *contract adaptation* o *contractual gap filling*. Con algunos matices, en esencia se trata de lo mismo.

²⁵ Piénsese por ejemplo en un súbito e inesperado disparo del precio de un insumo esencial del proveedor en un contrato de larga duración.

²⁶ Lo que la literatura económica un ‘incumplimiento eficiente’ (*efficient breach*). Cuando conviene más pagar las consecuencias del incumplimiento que seguir cumpliendo.

²⁷ Por ejemplo, los Principios sobre Contratos Comerciales de la UNIDROIT (versión 2004) (artículo 6.2.1) y el *Restatement of the Law on Contracts*, segunda edición, de Estados Unidos (§266). *Rebus sic stantibus* y variantes son contempladas en ciertos derechos (vgr., *hardship* en inglés, *Wegfall der Geschäftsgrundlage* en alemán, *imprévision* en francés, *excessiva onerosità sopravvenuta* en italiano). En México, algunos códigos civiles lo contienen. Por ejemplo, el artículo 2147 del Código Civil de Coahuila.

Seguramente el lector está pensando que el principio que (implícitamente) estoy cuestionando cumple una función importante,²⁸ y que si a las partes no les gusta, siempre tienen la opción de regularlo.²⁹ Estando la opción disponible *ex contractu*, adoptarlo *ex lege* puede tener el (grave) efecto de desestabilizar los cimientos de las relaciones contractuales.

A ello tendría que contestar que estoy de acuerdo. Pero mi punto es otro. En ciertos contratos,³⁰ la facultad puede ser valiosa, particularmente si se compara con la opción. El *statu quo* de *pacta sunt servanda* es que, de ocurrir un evento como los descritos, el resultado es que *alguien* pierde. ¿Quién? ¿Es imposible saberlo *a priori*? Ante ello, la ausencia de *rebus sic stantibus* hace las veces de un volado.³¹ Y no tiene que ser así. Las partes pueden evitar dicho riesgo si se deposita la facultad en un tercero (cuidadosamente seleccionado) para que ‘adapte’ su contrato al (nuevo) presente, procurando el mismo equilibrio económico que las partes pactaron *ab initio*.

Nunca he visto que en México se utilice esta facultad. Y en cambio he participado en muchos casos en los que hubiera convenido no sólo a quien ‘perdió el volado’ del imprevisto, sino a ambas partes.³²

IV. COMENTARIO FINAL

Las mentes económicas más destacadas han recientemente enfocado su (enorme) poder intelectual en la disciplina jurídica.³³ Ello es por algo. *Inter alia* han

²⁸ Jurídicamente, estabilidad contractual y por ende seguridad jurídica. Económicamente, la distribución de riesgos.

²⁹ Artículo 2111 del Código Civil Federal.

³⁰ Por ejemplo, los de larga duración, complejos, los que versan sobre áreas reguladas, y la contratación gubernamental de largo plazo que exige inversiones cuantiosas iniciales por el contratista (vgr., materia energética).

³¹ Admito que un Talón de Aquiles del argumento es la existencia de seguros.

³² Después de todo, la experiencia enseña que ligarse contractualmente con una parte jurídicamente estrangulada tarde o temprano impacta *a ambos*. Sea mora, incumplimiento, rescisión, litigio, etcétera, la relación no se sigue tranquilamente. Ello genera costos transaccionales que nunca son totalmente sufragados por sólo una de las partes.

³³ Han sido muchos los premios Nobel de Economía de los últimos años que han merecido dicho galardón por hacer observaciones económicas sobre el Derecho. Por la aplicación de

descubierto algo que los abogados con frecuencia pasamos por alto: la importancia que el Derecho sea correctamente diseñado y enérgicamente aplicado.³⁴ Tal es su trascendencia que hay quien concibe al Estado de Derecho como un elemento de riqueza de las naciones.³⁵

Existe coincidencia de objetivos entre nuestra disciplina y la ciencia económica. Uno de ellos es la consecución de justicia: dar a cada quien lo que le corresponde. Hay muchas maneras de aplicar el postulado anterior. Uno que brinda lecciones normativas es la eficiencia.³⁶ Y dentro de dicha generalización, el problema de los contratos incompletos juega un papel importante—además de interesante.

Los abogados podemos ayudar en la consecución de dicho fin. Sea que se trate del *diseñador* de contratos (abogados transaccionales) o su *cumplidor* (los litigantes) podemos dar un valor agregado a nuestros clientes si entendemos y utilizamos las herramientas jurídicas arriba resumidas.

Y *en passant* colaboraremos con la solución de una de las grandes incógnitas económicas de nuestros días: cómo reducir los costos de transacción inherentes a los contratos ‘incompletos’, lo cual fomenta la eficiencia asignativa.³⁷

principios de conducta de mercado a conducta meta-mercado—la raíz de la (fascinante) disciplina del análisis económico del Derecho.

³⁴ Ver González de Cossío, D=OxE, ensayo presentado ante la Asociación Latinoamericana y del Caribe de Análisis Económico del Derecho, Barcelona, Junio de 2009. Visible en www.gdca.com.mx/publicaciones/varios.

³⁵ González de Cossío, EL ESTADO DE DERECHO: UN ENFOQUE ECONÓMICO, Ed. Porrúa, México, D.F., 2007.

³⁶ De hecho, algunos pensamos que la ‘eficiencia’ debería ser sembrada en la mente de estudiantes del Derecho como uno de los criterios contenidos en las fuentes materiales o reales de Derecho, con miras a dar una estrella polar conceptual en la confección del Derecho (escrito o jurisprudencial) que sirva para crear cuerpos normativos que, además de lograr su objetivo específico, logren otro importante: la ‘eficiencia’ (como se entiende bajo la economía de bienestar). (Anticipo (y doy la bienvenida a) respuestas a esta (provocativa) aseveración.)

³⁷ De desear abundar sobre los tipos de ‘eficiencia’, *cfr* NUEVA POLÍTICA DE COMPETENCIA: ALUMBRAMIENTO, PUBERTAD Y MADUREZ DE UNA IDEA en COMPETENCIA ECONÓMICA, Carlos Mena Labarthe y Roldan Xopa, Ed. Porrúa, México, D.F., 2007.