



Revista de Derecho Privado

ISSN: 0123-4366

ISSN: 2346-2442

revderprivado@uexternado.edu.co

Universidad Externado de Colombia

Colombia

Haapio, Helena; Siedel, George J.; Bernal Fandiño, Mariana
Aplicación del derecho proactivo como una ventaja competitiva

Revista de Derecho Privado, núm. 31, 2016, Julio-, pp. 265-317

Universidad Externado de Colombia

Colombia

DOI: <https://doi.org/https://dx.doi.org/10.18601/01234366.n31.09>.

Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=417550444009>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org
UAEM

Sistema de Información Científica Redalyc

Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

Aplicación del derecho proactivo como una ventaja competitiva*

» HELENA HAAPIO **
» GEORGE J. SIEDEL ***
» MARIANA BERNAL FANDIÑO ****

RESUMEN: este texto analiza el rol del derecho como una fuerza positiva al interior de las empresas a través de dos movimientos simultáneos en Europa y Esta-

* Fecha de recepción: 24 de agosto de 2016. Fecha de aceptación: 31 de octubre de 2016.
Para citar el artículo: H. HAAPIO, G. J. SIEDEL y M. BERNAL FANDIÑO, “Aplicación del derecho proactivo como una ventaja competitiva”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 31, julio-diciembre de 2016, 265-317. doi: <http://dx.doi.org/10.18601/01234366.n31.09>

Este artículo ha sido traducido y actualizado con base en un documento publicado originalmente en inglés en *American Business Law*, vol. 47, n.º 4, invierno de 2010, 641-686. Los autores agradecen a Leila Hamhoun por su colaboración en la edición del texto. Así mismo, expresan sus agradecimientos a Robert C. Bird por su valiosa contribución editorial, a Allyssa Martina por sus excelentes observaciones y a Leila Hamhoun, Rachel Schy y Megan Steele por su asistencia investigativa.

** Doctora en Ciencias Económicas, Universidad de Vaasa, Vaasa, Finlandia; LL.M., Universidad de Turquía; diplomada en Estudios Jurídicos, Universidad de Cambridge, M.Q., Universidad Tecnológica de Helsinki. Profesora asistente de Derecho de los Negocios, Universidad de Vaasa, Vaasa, Finlandia. International Contract Counsel, Lexpert LTD, Helsinki, Finlandia. Contacto: helena.haapio@lexpert.com

*** J.D., Universidad de Michigan, Michigan, Estados Unidos; diplomado en Estudios de Derecho Comparado, Universidad de Cambridge, Cambridge, Reino Unido. Profesor de Administración de Negocios, “Williamson Family” y “Thurnau”; profesor de Derecho de los Negocios, Universidad de Michigan, Michigan, Estados Unidos. B.A. College of Wooster, Wooster, Estados Unidos. Contacto: gsiedel@umich.edu

**** Doctora en Ciencias Jurídicas, Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia; máster en Derecho Comercial y máster en Derecho Internacional Privado, Universidad de París II. Profesora investigadora, Universidad Sergio Arboleda, Bogotá, Colombia. Abogada, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia. Contacto: mariana.bernal@usa.edu.co

dos Unidos, y expone un caso colombiano, para ilustrar cómo la simplificación y la visualización de los diseños contractuales pueden ser útiles para poner en práctica el derecho proactivo en contratos más amables para el usuario.

PALABRAS CLAVE: derecho proactivo, derecho como ventaja competitiva, simplificación contractual.

Using Proactive Law for Competitive Advantage

ABSTRACT: This article analyzes the role of law as a positive force within companies through parallel developments in Europe and the United States and a Colombian case study that illustrates how contract simplification and visualization can help bring user-friendly contracts and Proactive Law to practice.

KEYWORDS: Proactive law, law as a competitive advantage, contractual simplification.

SUMARIO: Introducción I. El derecho como una fuente de ventaja competitiva: la perspectiva de Estados Unidos. II. El movimiento del derecho proactivo en Europa. III. Contratación proactiva como una ventaja competitiva. Conclusiones. Bibliografía.

Introducción

Durante los últimos años, en Estados Unidos y en Europa se han explorado aspectos de la estrategia legal relacionados con el rol del derecho como una fuerza positiva al interior de las empresas. En Estados Unidos la tendencia ha sido considerar al derecho como una fuente de ventaja competitiva, mientras que en Europa ha comenzado a emerger un enfoque conocido como derecho proactivo. El presente artículo analiza la historia de estos desarrollos simultáneos y las fusiones entre los aspectos similares que existen entre ambos. Aplicando los conceptos de estos movimientos a los procesos contractuales, este documento describe su capacidad potencial de cambiar drásticamente la manera de percibir la gerencia y de aplicar el derecho. El ejemplo en la contratación también enseña las oportunidades que ofrecen los contratos y la ley en general, para crear un nuevo valor e innovar en áreas constantemente olvidadas. Se expondrá un caso colombiano, para ilustrar cómo la simplificación y la visualización de los diseños contractuales pueden ser útiles para poner en práctica el derecho proactivo en contratos más amables al usuario.

La primera parte de este documento provee una visión holística de una investigación adelantada en Estados Unidos que parte del análisis de las relaciones teóricas entre el derecho y el modelo de ventaja competitiva útil para la formulación de un plan de acción específico que incentive a las empresas a realizar un

mejor uso de sus recursos legales. La segunda sección examina el movimiento del derecho proactivo y el reconocimiento que el mismo ha venido alcanzando en el ámbito de las políticas públicas. En este mismo orden de ideas, la tercera parte brinda un estudio de la interrelación entre estos desarrollos, usando el derecho de los contratos y los procesos contractuales para ilustrar sus objetivos. Finalmente, el artículo concluye haciendo énfasis en cómo los conceptos referentes al uso del derecho como una fuente de ventaja competitiva pueden llevar al éxito económico a la vez que promueven altos estándares éticos.

I. El derecho como una fuente de ventaja competitiva: la perspectiva de Estados Unidos

Investigadores en derecho en Estados Unidos comenzaron a considerar seriamente al derecho como una fuente de ventaja competitiva durante la primera década del siglo XXI. No resulta entonces asombroso que los profesores que imparten cursos de derecho de los negocios en las facultades de administración y negocios fueran los líderes en este campo emergente¹. Esta sección del artículo muestra una visión holística de la materia, examinando las investigaciones realizadas a través de una serie de preguntas.

A. El concepto de ventaja competitiva sostenible y su relación con el derecho

Como sus palabras lo dicen, se trata de un fenómeno que les brinda a las empresas una *ventaja sobre los competidores*. En su reconocido trabajo denominado *Competitive advantage*, Porter explica que la ventaja competitiva surge cuando las empresas empiezan a ofrecer a sus clientes un valor agregado que excede el valor ofrecido por sus competidores y funcionan de forma rentable, cargando o trasladando a los clientes un costo mayor que el del valor agregado². Las empresas pueden lograr el primer elemento “ofreciendo precios más bajos que el de los competidores a cambio de beneficios equivalentes o brindando beneficios únicos que la mayoría compensa o contrarresta con un precio más alto”³.

Visto desde otra perspectiva, “una ventaja competitiva es una estrategia que crea un valor que no está siendo aún implementado por actuales o potenciales competidores y que no puede fácilmente ser imitada por los mismos, en el corto

1 Ver BIRD, R., *Law, Strategy and Competitive Advantage* 5, Working Paper Series, 2009, disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1327795> Consultado el 14 de diciembre de 2015; en adelante, BIRD, *Competitive Advantage*. Ver también BIRD, R., “Pathways of Legal Strategy”, 14 *Stanford Journal of Law, Business and Finance*, 19, 2008; en adelante, BIRD, *Pathways*.

2 SIEDEL, G. J., *Using the law for competitive advantage* 5, 2002, citando a PORTER, M., *Competitive Advantage*, 1985.

3 Ibíd., 3, citando a Porter.

plazo”⁴. No obstante, la ventaja competitiva vista de manera aislada, tan necesaria para el éxito de los negocios, no es suficiente. La ventaja competitiva también debe ser sostenible, de manera que los rivales sean incapaces de adoptar la misma estrategia. En un profundo análisis sobre la materia, Robert Bird, de la Universidad de Connecticut, concluye que el derecho “puede ser una fuente de ventaja competitiva sostenible”⁵.

Para llegar a dicha conclusión, Bird formula cuatro preguntas que están basadas en el marco de trabajo de Barney, en el cual se analizan los atributos de los recursos que son necesarios si las empresas desean alcanzar una ventaja competitiva sostenible⁶. Primera, ¿los recursos poseen valor – por ejemplo, los recursos le permiten a una empresa actuar de forma más efectiva y eficiente?⁷. Segunda, ¿es el recurso excepcional en el sentido de ser inaccesible para algunos o todos los competidores?⁸. Tercera, ¿es el recurso “imperfectamente imitable” por razones como “las condiciones históricas únicas”?⁹. Finalmente, ¿existe un “vacío de substitutos equivalentes” – una imposibilidad de los competidores de copiar las fuentes o recursos de una empresa?¹⁰.

Al aplicar las preguntas anteriores en el campo del derecho, Bird concluye:

Los abogados confieren un *valor* significativo a las empresas mediante la protección de la innovación, facilitando el libre mercado laboral y la eficiente regulación contractual. Algunos recursos legales son a la vez escasos, como los beneficios conferidos por medio de contratos individualizados celebrados entre compradores y proveedores, fabricantes y clientes, la mano de obra y la gerencia. La ventaja competitiva de los recursos o fuentes legales debe ser creada en virtud de su imitabilidad imperfecta, su ambigüedad y su complejidad social. Finalmente, los substitutos para las leyes son igualmente escasos y su obtención muy costosa¹¹.

Si el derecho es una fuente de la ventaja competitiva, como lo afirma Bird, entonces, ¿cómo hicieron las empresas para integrar la estrategia de negocios con la estrategia jurídica en el pasado?

4 BIRD, R., *Pathways*, 25, citando a BARNEY, J., “Firm Resources and Sustained Competitive Advantage”, 17 *Journal of Management*, 199, 102, 1991.

5 BIRD, *Competitive Advantage*, 26.

6 Ibíd., 7. Ver también BAGLEY, C. E., “What’s Law Got to Do with It: Integrating Law and Strategy”, 47 *American Business Law Journal*, 587, 2010.

7 BIRD, *Competitive Advantage*, 8, citando a Barney (ver *supra* 4, 106).

8 Ibíd., 8-9, citando a Barney (ver *supra* 4, 106-107).

9 Ibíd., 9-10.

10 Ibíd., 12, citando a Barney (ver *supra* 4, 106).

11 Ibíd., 26.

B. Intentos históricos para integrar la estrategia de negocios con la estrategia jurídica

Históricamente, la estrategia legal estuvo enormemente distanciada de la estrategia de negocios y estaba basada principalmente en el litigio como recurso central y en la administración de riesgos. Por ejemplo, una empresa podía adoptar una estrategia legal para favorecer el acuerdo ante una controversia en lugar de prolongar los litigios, reconociendo el hecho de que los costos de estos últimos son muy elevados. O podía también ocurrir que la estrategia de la empresa fuera la de recurrir al litigio en todos los casos hasta el final, a pesar de los costos, para enviar una señal o mensaje a potenciales demandantes. En palabras de Coffee, un acuerdo “es como ponerle leche tibia a un gato extraviado que maúlla... A la noche siguiente tendrás 30 gatos más. Esto creará un incentivo para que los otros” busquen una solución legal¹².

Existen dos áreas, sin embargo, en las cuales ha existido interacción de la estrategia legal y la estrategia de negocios. Primero, una empresa podría decidir invertir recursos en una reforma legal para alinear las políticas públicas con los objetivos de la empresa. Shell explica un clásico ejemplo en su libro *Make the rules or your rivals will*. Cuando The Walt Disney Co. afrontó la pérdida de la protección de los derechos de autor de personajes como Mickey Mouse, la empresa “persuadió al Congreso para prolongar por veinte años más el tiempo de protección del monopolio que disfruta todo trabajo creativo en Estados Unidos”¹³.

No obstante, invertir en reformas legales es un arma de doble filo porque en múltiples ocasiones la reforma legal beneficiará a todas las empresas de la industria, eliminando la oportunidad para una ventaja competitiva. Peor aún, deteriorando sus propios recursos en un esfuerzo por cambiar la política pública, la empresa puede crear una desventaja competitiva comparada con los *free riders* o consumidores parásitos, quienes se benefician de la reforma legal. En palabras de Thompson, “quienes evitan la contribución son conocidos como evasores o *free riders*. Quienes pagan mientras otros se benefician gratis son afectuosamente conocidos como *tositos*”¹⁴.

La segunda área en la cual la estrategia legal y la estrategia de negocios han interactuado, hace referencia a las decisiones respecto del lugar donde se desarrollan las actividades de los negocios. Históricamente, determinados países aplicaron una *ventaja comparativa* traducida en costos legales más bajos. Por

12 GASPARINO, C., “Merrill Is Paying in Wake of Analysts’ Call on Tech Stock, The Wall Street Journal”, C1, julio 20 de 2001.

13 SHELL, R. G., *Make the rules or your rivals will* 3, 2003.

14 THOMPSON, L., *The mind and heart of the negotiator*, 227, 1998.

ejemplo, algunas empresas se vieron atraídas por China debido a los bajos costos de producción atribuibles, en parte, a la mano de obra y leyes ambientales¹⁵.

La atracción en esta forma de estrategia legal ha disminuido en los últimos años por dos razones. La primera es que, con el intercambio transfronterizo de mercaderías y bienes, servicios, mano de obra e inversiones, los costos legales también se han globalizado; verbigracia, los bienes producidos en un país deben resultar confiables y contar con regulaciones en otro país donde dichos bienes sean vendidos y usados. La segunda, que los abogados han migrado hacia otras fronteras, creando una convergencia entre el derecho sustancial y el derecho procesal, como se aprecia en los siguientes ejemplos:

– Derecho contractual: la Convención de Contratos para la Compraventa Internacional de Mercaderías, aprobada originalmente en la Conferencia de Viena de 1980, ha sido adoptada por 83 países, incluyendo Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Estados Unidos¹⁶.

– Responsabilidad civil por productos: la teoría de la responsabilidad civil objetiva aplicada a la responsabilidad civil por productos se desarrolló originalmente en Estados Unidos. En 1985 la Directiva de Responsabilidad Civil de Productos de la Comunidad Económica Europea, que se basa en la responsabilidad civil objetiva, se extendió por toda la Unión Europea y también por los países de la Costa Pacífica¹⁷.

– Regulación de títulos y valores: otros países han adoptado las mismas leyes de Estados Unidos que gobiernan el uso de información privilegiada¹⁸ y hay indicios de que el incumplimiento de estas leyes será castigado con sanciones o multas rigurosas¹⁹.

El derecho procesal también ha sido objeto de convergencia, ya que muchas características del ordenamiento jurídico de Estados Unidos han sido atenuadas o exportadas a otros países. Por ejemplo, países de Europa y Asia han adoptado el

¹⁵ Ver, p. ej., HARNEY, A., *The China Price: The true Cost of Chinese Competitive Advantage*, 2008. Para un análisis crítico de estas dos fuentes de la ventaja comparativa en China.

¹⁶ CISG, *Table of Contracting States*, [en línea], disponible en: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/countries/cntries.html> Consultado el 14 de diciembre de 2015. Ver también SIEDEL, G. J., "Six Forces and the Legal Environment of Business: The Relative Value of Business Law Among Business School Core Courses", *37 American Business Law Journal* 717, 42, 2000.

¹⁷ Australia, China, Japón y Taiwán están entre los países de la Cuenca del Pacífico que han promulgado leyes sobre responsabilidad por productos. MENZIES, G., *Variations in Damages, International Business Law*, 75, febrero de 1998.

¹⁸ Ver, p. ej., BIEGEN, R. S., "Countries Strengthen Insider Trading Laws", *Nat'l L.J.*, C19, 13 de noviembre de 1995.

¹⁹ Ver, p. ej., "China: Former President of Guangfa Securities Sentenced to Four Years in Prison for Insider Trading", *Securities Docket*, 11 de enero de 2009, disponible en: <http://www.securitiesdocket.com/2009/01/11/china-former-president-of-guangfa-securities-sentenced-to-four-years-in-prison-for-insider-trading> Consultado el 14 de Diciembre de 2015.

uso de costos de contingencia²⁰ y acciones de grupo²¹, mientras que en Estados Unidos los daños punitivos se han visto limitados por las leyes estatales²² y los juicios con jurado se han vuelto inusuales²³.

El efecto neto de esta convergencia entre la ley sustancial y la ley procesal consiste en que la habilidad de las empresas para integrar una estrategia de negocios con estrategias legales con base en la ventaja competitiva de los países ha disminuido. Por ejemplo, después de que China modificó y actualizó sus leyes ambientales, una importante empresa de Estados Unidos cerró su planta en la Provincia de Jiangsu. Dicha empresa concluyó que sus operaciones dejarían de ser rentables como consecuencia de las nuevas regulaciones adoptadas²⁴.

C. Variables al interior de las empresas que promueven el desarrollo del derecho como una fuente de ventaja competitiva

Los cambios en el derecho ambiental deberían crear en las empresas incentivos que promuevan la búsqueda de nuevas formas de ventajas competitivas. Sin embargo, es frecuente que los gerentes consideren al derecho como un obstáculo, en vez de una ventaja competitiva.

Bird ha identificado dos clases de variables involucradas en el desarrollo de estrategias legales: las variables actitudinales y las variables atributivas²⁵. El mismo define las variables actitudinales como “puntos de vista que son incorporados o plasmados por los individuos y que pueden impactar en las decisiones, intereses, valores o creencias de las demás personas”²⁶. Las variables atributivas son las características “de una organización o de las personas empleadas por esta”²⁷. Ejemplos de este último tipo de variables incluyen el uso de un asesor legal interno, el uso de las empresas de estudiantes que aún no son abogados para encargarles el manejo de problemas legales, y el grado de regulación que asumen las empresas²⁸.

²⁰ SIEDEL, *supra* 16, 735, 50.

²¹ LOVEDAY, C., “Multi-Party Rules: US, Canada, Australia and the UK”, *International Business Law*, 77, febrero de 1998.

²² Ver, p. ej., MIDDLETON, M., “A Changing Landscape: As Congress Struggles to Rewrite the Nation’s Tort Laws, the States May Have Already Done the Job”, *A.B.A. J.*, 56, agosto de 1995.

²³ Ver, p. ej., YOUNG, W. G., “Vanishing Trials, Vanishing Juries, Vanishing Constitution”, *40 Suffolk U.L.*, 67, 2006.

²⁴ TAO, J., “Environmental Liability of Foreign Invested Enterprises in the People’s Republic of China”, *International Business Law*, 314, julio-agosto de 2000.

²⁵ Ibíd. OROZCO, D., “Legal Knowledge as a Managerial Resource”, *47 American Business Legal Journal*, 687, 2010, donde se analizan los elementos de estas dos variables.

²⁶ BIRD, *Competitive Advantage*, 14.

²⁷ Ibíd., 21-22.

²⁸ Ibíd., 23-25.

El análisis de Bird de ambas variables es especialmente útil, puesto que establece una agenda para futuros estudios relacionados con el derecho y la ventaja competitiva. Concluye Bird que “existen pocas investigaciones sobre las actitudes gerenciales encaminadas a un derecho mercantil y de negocios”²⁹. Así, las futuras investigaciones deberían construirse sobre estudios anteriores. Uno de estos estudios, que está basado en información y observaciones de cientos de gerentes y directivos, muestra que aprender derecho tiene un gran valor para ellos, hasta el punto de considerar que este conocimiento está por encima de las demás disciplinas que se enseñan en las facultades de administración y negocios, exceptuando las relacionadas con el comportamiento organizacional y recursos humanos, gerencia, administración y finanzas³⁰.

D. Objetivos del derecho en las políticas públicas

Una vez que las variables actitudinales y atributivas estén listas para fomentar el desarrollo de las estrategias jurídicas y el uso del derecho como una ventaja competitiva, los gerentes necesitarán un marco para comprender los objetivos de la ley en las políticas públicas. Bagley ha desarrollado un marco de acción ejemplar que ilustra cómo estos objetivos incrementan las posibilidades de las empresas de alcanzar el éxito³¹. Esta profesora agrupa los objetivos en cuatro categorías.

En primer lugar, el derecho está diseñado para promover el crecimiento económico. Como Bagley explica, el derecho promueve el crecimiento por medio de “La protección de los derechos de la propiedad privada, velando por el cumplimiento de los acuerdos privados, facilitando la obtención de capital, asignando riesgos, creando incentivos para la innovación, promoviendo la liquidez y los mercados con mano de obra calificada, suministrando subsidios, incentivos tributarios y de infraestructura, y promoviendo el libre comercio en los mercados globales”³².

La segunda categoría de los objetivos de la ley en las políticas públicas está relacionada con la protección a los trabajadores, la cual “se logra mediante la regulación de términos específicos y condiciones de empleo, exigiendo al empleador que garantice determinados beneficios, respetando los derechos civiles de los trabajadores”³³. Algunos ejemplos de estos beneficios incluyen la com-

²⁹ Ibíd., 15.

³⁰ SIEDEL, *supra* 16, 727.

³¹ Constance Bagley ha enfatizado en la importancia de la “astucia legal” como una posible fuente de ventaja competitiva. Ver BAGLEY, *supra* 6, 623-629.

³² BAGLEY, C., *Winning legally: How to use the law to create value, marshal resources, and manage risk*, 28, 2005.

³³ Ibíd., 35.

pensación a trabajadores e indemnizaciones por accidentes de trabajo, seguro de desempleo y la seguridad social³⁴.

La tercera categoría se enfoca en el consumidor. Las empresas están decididas a vender “productos y/o servicios innovadores y seguros a un precio justo”³⁵. Esto se logra gracias al cumplimiento de las leyes (entre otros factores) que gobernan la responsabilidad civil por productos, las leyes antimonopolio, la propiedad intelectual y la protección al consumidor.

La cuarta categoría hace referencia al bienestar público “promoviendo el uso efectivo de la administración de justicia, el recaudo de impuestos y el gasto público, la protección de los derechos fundamentales y la protección del medio ambiente”³⁶.

E. Técnicas para una estrategia legal

Bird ha desarrollado un admirable modelo que incluye cinco métodos para consolidar una estrategia legal, denominado “los cinco caminos para la estrategia legal empresarial”³⁷. El primero de los cinco métodos consiste en las medidas evasivas – es decir, los intentos de las empresas por evitar exigencias y requerimientos legales, en un esfuerzo por reducir costos. Así, algunas firmas y empresas deben decidir minimizar los programas de seguridad, luego de concluir que resulta menos costoso pagar multas que cumplir con las exigencias legales³⁸.

El segundo método hace referencia a que algunas empresas adoptan una estrategia basada en el cumplimiento del derecho, pero yendo un poco más allá. Se trae a colación el reconocido artículo sobre integridad organizacional de Paine, quien concluye que las estrategias de cumplimiento son “dirigidas por los abogados” y diseñadas para “prevenir conductas dolosas y criminales”³⁹.

La tercera técnica para una estrategia legal es la prevención. Es aquí donde Bird afirma que “una estrategia basada en el derecho comienza aemerger. Por primera vez, las exigencias legales refuerzan y promueven el cumplimiento de las metas y objetivos de negocio”⁴⁰. Se pueden citar algunos ejemplos, como el de Home Depot que cambió su proceso de contratación después de enfrentarse a una demanda colectiva donde se alegó una discriminación de género⁴¹; Home

34 Ibíd., 36.

35 Ibíd., 37.

36 Ibíd., 39.

37 BIRD, *Pathways*, 12.

38 Ibíd.

39 SHARP, L., “Managing for Organizational Integrity”, *Harvard Business Review*, 106, 113, marzo-abril de 1994.

40 BIRD, *Pathways*, 23.

41 Ibíd., 23-24.

Depot observó que las empresas que se basan en un enfoque de prevención, a diferencia de las que lo hacen en uno de cumplimiento, “utilizan sus recursos legales para alcanzar un resultado estratégico – una ventaja competitiva”⁴².

El cuarto método es la ventaja diferencial, donde el derecho toma una posición tan importante en la estrategia como la de otras disciplinas. Un ejemplo es convertir los problemas legales en oportunidades⁴³; tal como lo hace la regulación medioambiental que genera oportunidades para replantearse cómo las empresas transforman sus procesos de producción y rediseñan sus productos, beneficiando el medio ambiente, a la vez que generan valor para los consumidores y a la empresa⁴⁴.

El método final es la transformación, que propone una ventaja competitiva sostenible⁴⁵. Como ejemplo, Bird pone de presente su análisis sobre el éxito de Lincoln Electric, que ha desarrollado una fuerza de trabajo muy productiva gracias a una política legal en la cual la empresa ha renunciado a su derecho de despedir a cualquier empleado por voluntad propia⁴⁶.

F. Un plan de acción para alcanzar la ventaja competitiva

El producto final en el campo del “derecho como ventaja competitiva” ha sido la creación de un plan de acción que los gerentes pueden seguir, con el propósito de alcanzar la ventaja competitiva. Ha sido denominado “Plan Legal de Gerentes” y cuenta con cuatro pasos⁴⁷.

1. *El entendimiento gerencial del derecho*

El *entendimiento gerencial del derecho* constituye un cimiento importante para la implementación de las siguientes etapas, que a su vez son necesarias para alcanzar una ventaja competitiva. El punto de partida para la educación jurídica de los gerentes y administradores es el marco de trabajo sobre políticas públicas de Bagley descrito en la sección I.D. A modo de ejemplo, el régimen de responsabilidad por productos defectuosos es un aspecto importante dentro de los múltiples objetivos del derecho⁴⁸. Los gerentes y administradores deberían entender los fundamentos de este tipo de responsabilidad mediante las teorías que se muestran en el esquema 1.

⁴² Ibíd., 25.

⁴³ Ibíd., 26-27.

⁴⁴ SIEDEL, *supra* 2, 128.

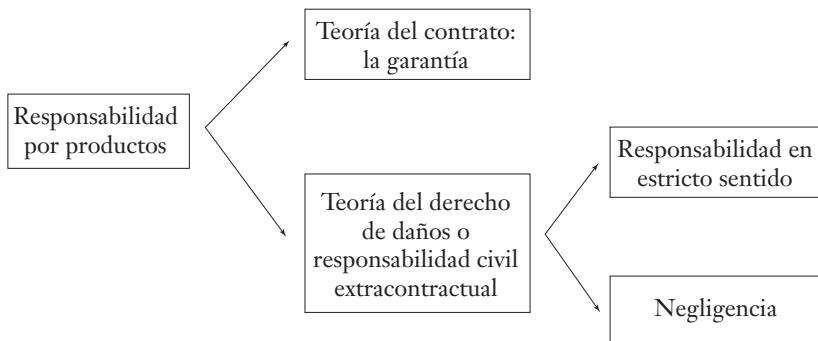
⁴⁵ BIRD, *Pathways*, 31.

⁴⁶ Ibíd., 33-38.

⁴⁷ SIEDEL, *supra* 2, 20-25.

⁴⁸ BAGLEY, *supra* 6, 26-42.

Esquema 1. Teorías de la responsabilidad por productos



El estudio de estos fundamentos del derecho se deriva de diversas fuentes. Los cursos de derecho comercial y derecho de los negocios que hacen parte del núcleo esencial del currículum en las facultades de negocios son especialmente valiosos ya que suministran a los futuros administradores los conceptos y herramientas necesarios para la toma de decisiones administrativas y gerenciales. Los gerentes que no poseen un entendimiento básico del derecho de daños y del derecho contractual, entre otros, enfrentan dificultades al momento de minimizar riesgos legales y tomar ventaja de la importancia del derecho para generar oportunidades.

Las variables atributivas, mencionadas en la sección I.C, también resultan importantes para establecer la base del conocimiento y la mentalidad necesaria para lograr una ventaja competitiva. Por ejemplo, los abogados corporativos y asesores legales expertos en temas societarios juegan un papel fundamental en la tarea de la educación jurídica en el trabajo. De acuerdo con una encuesta a varios CEO o directores ejecutivos, el papel más importante de los abogados corporativos es la habilidad para formar a los administradores en asuntos legales⁴⁹.

2. *Afrontar los asuntos legales*

El segundo paso para el plan de acción aborda la manera en que los gerentes afrontan y sobrellevan los asuntos legales. Este paso corresponde a las clásicas *reacciones* gerenciales enfocadas hacia un derecho que considera a los abogados como el personal de una sala de urgencias, quienes son llamados sólo después de que la empresa está atravesando problemas legales, como pleitos o litigios. Al actuar de este modo reactivo, los gerentes y asesores legales trabajan para resolver los casos o para dar fin a los litigios y pleitos. Usando el análisis de

49 SIEDEL, *supra* 2, 23, citando a Am. Corp. Counsel Ass'n, *In-House Counsel for the 21st Century*, 7 de septiembre de 2001.

Bird, este paso se correlaciona con las medidas evasivas. No obstante, el método de cumplimiento de Bird también podría ser visto como la primera reacción natural, por ejemplo, cuando las empresas desarrollan manuales o códigos de conducta como respuesta a exigencias y requerimientos legales. Mientras que estos no podrían proporcionar una ventaja competitiva *sostenible* debido a que son bastante fáciles de imitar, varios procesos gerenciales han sido desarrollados en los últimos años brindando alternativas en el proceso de litigios para resolver las disputas del negocio.

La búsqueda de estas alternativas se originó hace más de dos décadas cuando los administradores y gerentes comenzaron a cuestionarse sobre por qué las disputas de negocios eran tercerizadas o subcontratadas con abogados y con el sistema legal en general, cuando ellos (los administradores y gerentes) tenían las aptitudes necesarias para resolver el conflicto. Para responder a esta pregunta, una variedad de procesos, comúnmente conocidos como mecanismos alternativos de solución de controversias (MASC), se fueron desarrollando con base en tres modelos tradicionales: (1) la negociación, (2) la mediación y (3) el arbitraje.

Las herramientas gerenciales se han desarrollado como un complemento de los MASC. Por ejemplo, más de 4.000 empresas activas han adoptado una cláusula general comprometiéndose a usar los MASC para resolver las disputas comerciales con empresas que hayan estipulado una cláusula similar⁵⁰. Algunas empresas utilizan herramientas por parte de los gerentes para decidir qué resulta más conveniente, si recurrir a los procesos de los MASC vinculantes o a los de los no vinculantes, y, si ellos eligen los mecanismos vinculantes, determinar si optan por el arbitraje o por proceder y continuar con el litigio⁵¹. El análisis Xerox, por ejemplo, incluye una serie de preguntas acerca de las partes, la naturaleza de la controversia, los intereses en juego, la duración y costos del acuerdo. Los gerentes hacen uso de las respuestas a estas preguntas para determinar el método de solución de controversias más apropiado⁵².

Finalmente, cabe decir que hoy en día la mayoría de los acuerdos de negocios incluyen en la negociación una cláusula contractual sobre los MASC. Estas cláusulas podrán usarse en un proceso independiente o los procesos podrán integrarse. Por ejemplo, las partes pueden comenzar con una negociación, después optar por la mediación y, por último, recurrir al arbitraje⁵³.

El árbol de decisiones es otra herramienta que los administradores, gerentes y abogados utilizan para tomar decisiones en los acuerdos. Este método muestra, en primer lugar, la representación de las cuestiones jurídicas en forma de árbol, y en segundo lugar agrega probabilidades que exponen el análisis jurídico de los

⁵⁰ Ibíd., 159-160.

⁵¹ Ibíd.

⁵² HARRIS, C. C., *Building ADR into the corporate law department*, 105, 07, 1997.

⁵³ SIEDEL, *supra* 2, 160-163.

abogados y de los valores que reflejan las ganancias y pérdidas financieras. Se utilizan promedios ponderados y los valores esperados del litigio como base para evaluar las ofertas de acuerdos⁵⁴.

3. Desarrollar estrategias y soluciones para prevenir futuros problemas legales

El tercer paso del plan de acción, el desarrollo de estrategias de negocios y soluciones para prevenir futuros problemas legales, se encamina hacia las reacciones *ex post* ante las preocupaciones jurídicas del paso dos, cuyo énfasis era en las estrategias *ex ante* o preventivas. Este paso, al igual que el método preventivo de Bird, representa el comienzo de una ventaja competitiva sostenible porque resulta difícil para muchas empresas copiarlo o imitarlo⁵⁵.

Por ejemplo, los administradores y gerentes se encuentran con frecuencia muy ocupados para reflexionar sobre el conocimiento adquirido del paso dos, e incluso si tuvieran el tiempo, dicha reflexión requiere disciplina. De acuerdo con un estudio realizado por Russo y Schoemaker, los gerentes invierten el 87% de su tiempo recolectando información y tomando decisiones, y solo el 13% aprendiendo de sus experiencias⁵⁶.

Después de que un caso por responsabilidad por producto ha sido objeto de un litigio, los gerentes y sus asesores jurídicos deberían reflexionar sobre sus experiencias y desarrollar estrategias diseñadas para prevenir futuros litigios o, al menos, para limitar su responsabilidad. En efecto, podrían, por ejemplo, revisar los procesos que utilizan al diseñar los productos y perfeccionar las advertencias⁵⁷.

El tercer paso también ofrece una oportunidad para que las empresas piensen de manera holística acerca de las herramientas y procesos de resolución de conflictos, en lugar de considerarlos una fórmula desarticulada. El esquema 2 ilustra un método que relaciona varios elementos de la resolución de conflictos, analizados previamente en el paso dos⁵⁸.

54 Ibíd., 152-157.

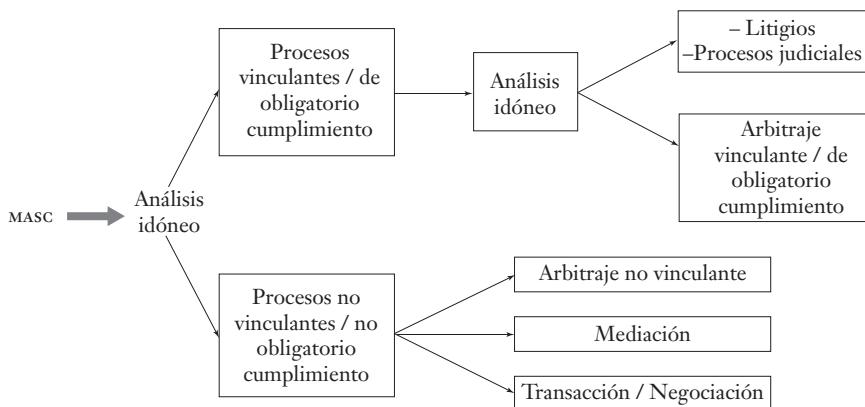
55 Ver *supra* 1.

56 RUSSO, J. E. y SCHOEMAKER, P. J., *Winning Decisions: Getting it right the first time*, 9, 2001.

57 SIEDEL, *supra* 2, 47-52.

58 Ibíd., 162.

Esquema 2. Herramientas y procesos para la resolución de conflictos



4. Replantear los asuntos legales como preocupaciones comerciales y oportunidades de negocio

El cuarto paso brinda una gran oportunidad para la ventaja competitiva sostenible, ya que es el paso más difícil de imitar por los competidores. Aquí el enfoque se centra en replantear los asuntos legales para considerarlos oportunidades de negocio. Para usar una metáfora expuesta por Ury⁵⁹, los gerentes deberían “ir al balcón” para lograr una perspectiva más amplia del panorama de oportunidades.

Al abordar el tema de la responsabilidad por productos defectuosos, por ejemplo, las empresas deberían analizar los usos previsibles (y el mal uso) de sus productos, para desarrollar de forma apropiada cambios en el diseño y en las advertencias. Esto puede significar un proceso incómodo para los gerentes que consideren que a los consumidores o clientes que hacen un mal uso de sus productos no se les deben reparar los daños. Sin embargo, al alinear sus preocupaciones legales con las propias del negocio, dichos gerentes pueden percibir este proceso como una forma de investigación de mercados. Los consumidores que usan los productos para propósitos diferentes a los comúnmente destinados, podrían, en efecto, brindar esta información a las empresas y pedirles que tengan en cuenta estos usos, ya que los productos existentes en el mercado no satisfacen todas sus necesidades. Esto proporciona a las empresas una oportunidad para desarrollar nuevos productos⁶⁰.

En palabras de Alfred Sloan, el legendario CEO de la General Motors, “Considerar la Investigación de Consumidores como una actividad operativa daría una impresión errónea. Dentro de sus grandes implicaciones, esto se encuentra

59 URY, W., *Getting past No*, 11, 1993.

60 SIEDEL, *supra* 2, 52-55.

más en la naturaleza de la FILOSOFÍA OPERATIVA, la cual, para ser totalmente efectiva, debe extenderse a todas las fases del negocio [...] [y] servir a los clientes en la forma en que los mismos desean ser atendidos”⁶¹. Durante todo el proceso preventivo de responsabilidad por productos, entre otros, el derecho se convierte en una de las “fases del negocio” que proporciona una excelente oportunidad para servir a los clientes en la forma en que ellos quieren que se les sirva.

El cuarto paso del Plan Legal de Gerentes puede ser utilizado como una herramienta de enseñanza, y la vez como un plan estratégico para alcanzar la ventaja competitiva⁶². Por ejemplo, Aalberts consideró el plan para realizar un taller en su clase de Executive MBA⁶³. Despues de formar a sus estudiantes mediante el conocimiento de una serie de conceptos legales (paso uno), Aalberts les pide a los grupos de estudiantes que trabajen en un problema legal actual, analizando cómo una empresa reacciona ante un problema específico (paso dos)⁶⁴. Por ejemplo, si la empresa ha sido demandada, ¿continuarían con el litigio o llegarían a un acuerdo? Los equipos de estudiantes decidieron elegir problemas legales relacionados, entre otros temas, con “compensaciones a trabajadores, acuerdos restrictivos de la competencia, premisas de la responsabilidad, la Ley para estadounidenses con discapacidades, litigios por defectos en la construcción, contratos laborales y acoso sexual”⁶⁵.

Más adelante, Aalberts les pide a los grupos desarrollar varias estrategias comerciales y de negocio, que logren prevenir o al menos minimizar futuras controversias legales (paso tres). Finalmente, él les solicita a los diferentes equipos idear o replantear un problema legal como una oportunidad de negocio (paso cuatro). Aalberts registra toda esta información y una vez finalizada esta actividad, algunos miembros usan el plan elaborado por su grupo para aplicarlo en el trabajo⁶⁶.

El común denominador que subyace en estas investigaciones es que “el derecho es la última gran fuente de la ventaja competitiva, aún sin explorar”⁶⁷.

61 BARKSDALE, H., *Marketing in progress*, 199, 1964.

62 Ver SIEDEL, G. J., *The Sixth Strategy: Integrating the Law School and Business School Case Methods*, *Law Teacher*, 2008, disponible en: <http://lawteaching.org/lawteacher/2008fall/lawteacher-2008fall.pdf> Consultado el 14 de diciembre de 2015.

63 E-mail de R. J. Aalberts, profesor de la Facultad de Finanzas de la Universidad de Nevada, Las Vegas, archivo en poder de los autores, 25 de agosto de 2009.

64 Ibíd.

65 Ibíd.

66 Ibíd.

67 Bird, *Pathways*, 41, citando a L. DOWNES, “First, Empower All the Lawyers”, *Harvard Business Review*, 19, diciembre de 2004.

II. El movimiento del derecho proactivo en Europa

En las últimas décadas, el movimiento del derecho proactivo en Europa se ha vuelto muy popular. Revisaremos un poco de la historia y el estado actual de este movimiento, describiendo el reconocimiento que el mismo ha recibido y analizando la relación entre el derecho proactivo en Europa y el movimiento del derecho como una ventaja competitiva de Estados Unidos. Como punto de partida, el derecho proactivo se define como:

Una aproximación del derecho orientada hacia el futuro que pone el énfasis del conocimiento jurídico en su aplicación antes de que las situaciones se compliquen. Esto constituye una forma de pensamiento jurídico y un conjunto de habilidades, prácticas y procedimientos que ayudan a identificar oportunidades a tiempo, para sacar ventaja de las mismas – y reconocer problemas potenciales mientras la acción preventiva aún sea posible. Además de evitar disputas, litigios y potenciales obstáculos, el derecho proactivo procura encontrar diversas formas de usar el derecho para generar valor, fortalecer las relaciones y administrar riesgos⁶⁸.

A. Orígenes y situación actual del Movimiento del Derecho Proactivo

La primera publicación relacionada con lo que ahora es conocido como el movimiento del derecho proactivo fue un ensayo titulado “Mejoramiento de calidad a través de la contratación proactiva”, presentado en 1998 por Helena Haapio en el Congreso Anual de la Sociedad Americana para la Calidad, en Filadelfia⁶⁹. A este ensayo le siguieron una serie de publicaciones y la primera Conferencia sobre Derecho Proactivo que se llevó a cabo en Helsinki, Finlandia, en el año 2003. Esta y otras conferencias eventualmente llevaron a la creación de la Nordic School of Proactive Law⁷⁰ y el departamento de estudios denominado Proactive Think Tank⁷¹.

68 NORDIC SCHOOL OF PROACTIVE LAW, página web oficial de la Nordic School of Proactive Law: <http://www.proactivelaw.org> Consultada el 14 de diciembre de 2015.

69 HAAPIO, H. y VARJONEN, A., “Quality Improvement through Proactive Contracting: Contracts Are Too Important to Be Left to Lawyers!”, 52 *Proc. Of Ann. Quality Congress*, 243, 1998, resumen disponible en: <http://www.asq.org/qic/display-item/index.html?ite=10690&item=10690> Consultado el 14 de diciembre de 2015.

70 NORDIC SCHOOL OF PROACTIVE LAW, *supra* 68.

71 NORDIC SCHOOL OF PROACTIVE LAW, Proactive ThinkTank, disponible en: <http://www.proactivethinktank.com> Consultado el 14 de diciembre de 2015; *International Association for Contract and Commercial Management*, ProActive ThinkTank, página web oficial: <https://www2.iaccm.com/gp/proactive> Consultado el 14 de diciembre de 2015; ver también HAAPIO, H., “Introduction to Proactive Law: A Business Lawyer’s View”, en *Scandinavian Studies in Law*, 49, “A Proac-

Otra nueva corriente de este movimiento puede remontarse a la interacción del derecho con las tecnologías de información y comunicaciones y a la disciplina legal del *derecho e informática*. Cecilia Magnusson Sjoberg se convirtió en una de las fundadoras de The Nordic School of Proactive Law. El artículo “Ventas seguras en el ciberespacio”⁷², enfocado en la construcción de garantías de calidad, administración de riesgo y la prevención de controversias legales en las ventas electrónicas, condujo a una temprana unión entre profesionales e investigadores en el campo de la contratación proactiva y del derecho y la informática. En la segunda Conferencia de Derecho Proactivo que se llevó a cabo en Estocolmo, Suecia, en el año 2005, la idea subyacente de la conferencia fue que “los contratos, los recursos informáticos y de las tecnologías de la información son activos intangibles valiosos y una fuente de ventaja estratégica. Estos crean valor y tienen un impacto fundamental en los resultados financieros. Por lo tanto, deben ser planeados, asegurados y protegidos efectivamente”⁷³.

La Escuela Nómica ha sido fundamental para la creación de un centro de investigación y de pensamiento proactivo. La misión del grupo de pensamiento proactivo es la de proveer un espacio para gerentes de negocios, abogados, académicos y otros profesionales con el fin de debatir, desarrollar y promover la administración proactiva de las relaciones, contratos y riesgos, y la prevención de incertidumbres jurídicas y litigios⁷⁴.

El derecho proactivo tiene dos dimensiones, una previa y otra orientada hacia el futuro. La primera se enfoca en una dimensión preventiva y la segunda, en una dimensión promotora. La dimensión preventiva surgió con el trabajo de Luis Brown, “el padre del derecho preventivo”⁷⁵. Una de las premisas fundamentales de Brown era que en el derecho reactivo es esencial para el abogado predecir lo que una *corte* hará, mientras que en el derecho preventivo es esencial predecir lo que las *personas* harán⁷⁶. En su experiencia como abogado y como profesor de

tive Approach”, Peter Wahlgren (ed.), 2006, 21 ss., 26, disponible en: <http://www.scandinavian-law.se/pdf/49-2.pdf> Consultado el 14 de diciembre de 2015; en adelante, *A Proactive Approach*.

72 HAAPIO, H. y SMITH, A., “Safe Sales in Cyberspace”, 18 *Am. Corp. Couns. Ass'n Docket*, 24, 2000, reimpr. en *International Contract Manual – Contract Checklists*, Albert Kritzer, 2000, disponible en: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/haapiosmith.html> Consultado el 14 de diciembre de 2015.

73 MAGNUSSON SJÖBERG, C., “Introduction”, en *A Proactive Approach*, 13-15.

74 NORDIC SCHOOL OF PROACTIVE LAW, ProActive ThinkTank Mission Statement, disponible en: <http://www.juridicum.su.se/proactivelaw/main/thinktank/missionstatement.pdf> Consultado el 14 de diciembre de 2015.

75 DAUER, E. A., “The Role of Culture in Legal Risk Management”, en *A Proactive Approach*, 93-94.

76 Ibíd. Ver, en general, BROWN, L. M., *Lawyering through life - The origin of preventive law*, 1986; BROWN, L. M. y DAUER, E. A., *Planning by lawyers: Materials on nonadversarial legal process*, 1978; BROWN, L. M., *Preventive law*, 1950.

derecho, Brown evidenció que las disputas legales crecían porque las personas se sentían agredidas y no porque alguien hubiera violado sus derechos⁷⁷.

El trabajo de Brown sobre derecho preventivo estaba dirigido a los abogados. La Escuela Nórdica, influenciada por el trabajo de Brown, avanzó al hacer énfasis en la importancia de una colaboración entre profesionales del derecho y otras disciplinas. Según Pohjonen, el derecho preventivo favorece el punto de vista de los abogados, es decir, la prevención del riesgo y problemas legales, mientras que el derecho proactivo se centra en alcanzar las metas deseadas utilizando la experticia jurídica en colaboración con otras disciplinas⁷⁸.

La segunda dimensión del derecho proactivo, la dimensión promotora, tiene un énfasis positivo y constructivo. Para explicar la diferencia entre los aspectos preventivo y promotor, los conceptos relacionados con el bienestar brindan una buena analogía. Una persona que sufre de una enfermedad grave necesita atención médica inmediata. Esta aproximación *reactiva* es análoga a la de una empresa que contrata a un abogado una vez ha sido demandada o judicializada por el gobierno.

Hay dos caminos proactivos para llegar a tener una vida saludable que pueden minimizar los viajes a la sala de emergencias. Un camino es la prevención, por ejemplo, por medio de vacunas para evitar una enfermedad. Siguiendo la misma vena (sin ironías), el derecho proactivo juega un papel preventivo, “vacunando a los hombres de negocios contra las enfermedades que serían los problemas legales, disputas y litigios”⁷⁹. El otro camino hacia una buena salud se preocupa por promover un estilo de vida saludable. En un contexto de negocios, el objetivo de este aspecto promotor del derecho proactivo “es el de incorporar el conocimiento y las habilidades legales en la estrategia de clientes y en las acciones de todos los días para fomentar el éxito del negocio, asegurando resultados y equilibrando riesgos y beneficios”⁸⁰.

Las dimensiones preventiva y promotora del movimiento del derecho proactivo están muy bien cimentadas en la teoría sicológica. Por ejemplo, Tory Higgins, un profesor de administración de la facultad de negocios de la Universidad de Columbia, que también es profesor de sicología, desarrolló una teoría llamada la Teoría del Enfoque Regulatorio, que se basa en las motivaciones y en

77 DAUER, *supra* 75, 94.

78 POHJONEN, S., “Proactive Law in the Field of Law”, en *A Proactive Approach*, 53, 54. Ver también POHJONEN, S., “Law and Business – Successful Business Contracting, Corporate Social Responsibility and Legal Thinking”, *Tidskrift Utgiven Av Juridiska Föreningen I Finland*, 470, 477, 2009, disponible en: <http://www.helsinki.fi/oikeustiede/omasivu/pohjonen/Law%20and%20Business.pdf> Consultado el 14 de diciembre de 2015. En adelante, POHJONEN, *Law and Business*.

79 HAAPIO, “Introduction to Proactive Law: A Business Lawyer’s View”, *A Proactive Approach*, 22.

80 Ibíd., 24.

cómo las personas intentan alcanzar sus objetivos⁸¹. De acuerdo con Higgins, hay dos orientaciones hacia las metas: (1) el enfoque preventivo, que enfatiza en la seguridad y la responsabilidad, y (2) el enfoque promotor, que se centra en la esperanza, los logros y los avances⁸². Cuando a las personas se les asigna un objetivo, la forma en que ellas reaccionan ante el proceso de búsqueda y la obtención del mismo dependerá de si tienen un enfoque preventivo o promotor⁸³.

Por ejemplo, las personas con un enfoque preventivo ven las metas como pequeños objetivos, que, una vez alcanzados, generan una respuesta de baja intensidad. En contraste, aquellas con un enfoque promotor ven las metas como los retos más importantes, y “el cumplimiento de las mismas se convierte en una gran felicidad”⁸⁴. Debido a la implementación del enfoque preventivo y el promotor, el derecho proactivo utiliza estas teorías motivacionales para lograr resultados simultáneos, tanto en las metas jurídicas (que a menudo son preventivas) como en las metas del negocio (que tienden a ser promotoras).

B. El impacto del Movimiento del Derecho Proactivo

El Movimiento del Derecho Proactivo se basó originalmente en dar diferentes aplicaciones a los negocios, en asuntos de contratación, comercio electrónico, dirección de proyectos, administración de riesgos y manejo de documentos legales⁸⁵, y se expandió, más adelante, a otros campos de aplicación. Así, en el año 2008, el movimiento ganó un mayor reconocimiento en el ámbito de las políticas públicas cuando el Comité Económico y Social Europeo (CESE)⁸⁶ adoptó un enfoque proactivo en un dictamen dirigido hacia el fortalecimiento de las disposiciones y regulaciones en la Unión Europea.

81 Ver LAB, H., *Regulatory Focus*, disponible en: <http://www.columbia.edu/cu/psychology/higgins/research.html> Consultado el 14 de diciembre de 2015.

82 Ibid.

83 MAYER, K. J. y WEBER, L., *Unpacking Contract Capabilities: Shaping Behavior by Implementing Appropriate Contract Framing*, 8, 22 de febrero de 2009, disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1349247> Consultado el 14 de diciembre de 2015. Ver, también, WEBER, L., *The Right Frame of Mind for M&A: The Post-Merger Impact of Deal Frames on Target Management Behavior*, 25 de febrero del 2009, disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1349209> Consultado el 14 de diciembre de 2015.

84 MAYER y WEBER, *supra* 83, 9.

85 MAGNUSSON SJÖBERG, C., “Proactive ICT Law in the Nordic Countries”, en Haapio, H. (ed.), *A Proactive Approach to Contracting and Law*, Turku, IACCM & Turku University of Applied Sciences, 2007, 47.

86 The European Economic and Social Committee, página web oficial: <http://www.eesc.europa.eu> Consultado el 14 de diciembre de 2015.

1. La Misión del Comité Económico y Social Europeo (CESE)

El CESE es un órgano consultivo creado por el Tratado de Roma de 1957⁸⁷. Su principal función es asesorar al Parlamento Europeo, al Consejo de la Unión Europea y a la Comisión Europea⁸⁸. El CESE se encuentra conformado por 350 miembros quienes representan (entre otros) a las organizaciones de empleadores europeos, sindicatos, grupos de consumidores y asociaciones profesionales⁸⁹. El CESE juega un papel activo en los procesos de políticas para la comunidad, preparando las decisiones que la involucren y permitiendo la participación de organizaciones de la sociedad civil tanto a nivel nacional como de la UE en general⁹⁰.

En la UE, la Comisión Europea, el Parlamento Europeo y el CESE han promovido y velado por una *mejor regulación, simplificación y comunicación* como objetivos principales de las políticas⁹¹. El programa de Adecuación y Eficacia de la Reglamentación de la Comisión Europea (REFIT) procura hacer más sencillas las leyes de la Unión Europea y reducir los costos de regulación, contribuyendo así a un claro, estable y confiable marco regulatorio, que fomente el crecimiento y el empleo⁹².

2. El reconocimiento del Movimiento del Derecho Proactivo por el CESE

La agenda sobre Mejor Regulación condujo al contacto entre los representantes del smo (Single Market Observatory) del CESE y la Escuela Nórdica de Derecho Proactivo. La presentación de Helena Haapio sobre el derecho proactivo en la

87 Para conocer las funciones del CESE, ver *Treaty Establishing the European Community*, art. 258-262, C 325, 137, 24 de diciembre de 2002, disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:12002E/TXT&qid=1450091573579&from=EN> Consultado el 14 de diciembre de 2015, modificado por el Tratado de Lisboa (Versión unificada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, art. 301-304, C326, 47, 26 de octubre de 2012, disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/ALL/?uri=CELEX:12012E/TXT> Consultado el 14 de diciembre de 2015. Ver, también, *The European Economic and Social Committee, The EESC in 10 Points*, disponible en: http://www.eesc.europa.eu/resources/docs/cece_10q_en.pdf Consultado el 14 de diciembre de 2015; en adelante, *EESC 10 Points*.

88 Ver el Tratado de Lisboa, *supra* 87, art. 304.

89 The European Economic and Social Committee, *Respuesta a las preguntas frecuentes*, disponible en: <http://www.eesc.europa.eu/?i=portal.en.faq> Consultado el 14 de diciembre de 2015. En adelante, *EESC FAQ*.

90 Ibíd. Ver, también, *EESC 10 Points*, *supra* 87.

91 Ver Dictamen de la European Economic and Social Committee, en *The proactive law approach: A further step towards better regulation at EU level*, C 175 § 4.2, 2009, disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2009:175:0026:0033:EN:PDF> En adelante, Dictamen CESE.

92 Ver *REFIT – Making EU law lighter, simpler and less costly*, disponible en: http://ec.europa.eu/smart-regulation/refit/index_en.htm Consultado el 14 de diciembre de 2015.

Conferencia de Derecho Privado y Múltiples Culturas de Europa⁹³, en la que fijó su atención en el contexto de la contratación corporativa y societaria –“Más vale prevenir que lamentar... El derecho proactivo se preocupa por el éxito en la contratación corporativa y societaria”⁹⁴–, llevó a que el CESE considerara el tema para un dictamen de iniciativa propia, a que se conformara un grupo de estudio al interior del smo, y a que se invitara a Haapio para ser la perito experta⁹⁵. Despues de un año de trabajo, el 3 de diciembre de 2008, el CESE adoptó el dictamen “El método del proactivismo legal: otro paso hacia una mejor regulación a nivel de la EU”⁹⁶.

En el dictamen, el CESE hace referencia al trabajo de la Escuela Nórdica de Derecho Proactivo⁹⁷ e insiste en un cambio en el paradigma del derecho de la UE, manifestando:

Llegó el momento de abandonar los métodos reactivos del derecho, propios de los viejos siglos, para adoptar una metodología proactiva. Es el momento de mirar el derecho desde una perspectiva diferente: de mirar hacia adelante en lugar de mirar hacia atrás, de enfocarnos en cómo la ley es aplicada y opera en la vida cotidiana y cómo es recibida en la comunidad que busca regular. Mientras responde y resuelve problemas actualmente importantes, prevenir las causas de los mismos resulta vital, al igual que satisfacer las necesidades y facilitar la interacción productiva de particulares y empresas⁹⁸.

El dictamen muestra cómo el método del derecho proactivo favorece una mejor regulación, proporcionando una nueva forma de pensar que “toma como punto de partida las necesidades de la vida real y las aspiraciones tanto de los individuos como de las empresas”⁹⁹. Al adoptar el mencionado dictamen, “El CESE enfatiza en que una ‘mejor regulación’ debería dirigirse hacia una combinación óptima de

93 Esta Conferencia fue organizada por el Primer Proyecto de Investigación *Private Law in a Multicultural and Multilingual European Society* y el Instituto de Derecho Económico Internacional de la Universidad Helsinki, en agosto de 2006.

94 Este documento fue publicado posteriormente como HAPIO, H., “An Ounce of Prevention... Proactive Legal Care for Corporate Contracting Success”, *JFT TIDSKRIFT UTGIVEN AV JURIDISKA FÖRENINGEN I FINLAND*, 39, 2007.

95 Ver, en general, PEGADO, J., *EESC Opinion on the Proactive Law Approach: A Further Step Towards Better Regulation at EU level*, Presentation at the 1st European Proactive Law Symposium, ICN Business School, Francia, 14 de octubre de 2009.

96 Dictamen CESE, *supra* 91.

97 Ibíd. §§ 3.8, 5.2.

98 Ibíd. § 1.4

99 Ibíd. § 6.9.

medios regulatorios que promuevan el buen funcionamiento y objetivos de la sociedad, de los ciudadanos y negocios compatibles con un ambiente legal”¹⁰⁰.

Adicionalmente, el dictamen establece un principio que se rige por la estrategia empresarial y las disposiciones del derecho público, consistente en “plasmar las metas esperadas y asegurar la combinación más apropiada de medios para lograr exigencias en las que participen a tiempo los interesados, asociando los objetivos, creando una visión conjunta y construyendo un soporte y orientación para una pronta implementación exitosa”¹⁰¹. El dictamen agrega:

Cuando se está ante proyectos de ley, el legislador debería preocuparse por producir normas eficientes desde el punto de vista operativo que reflejen las necesidades de la vida real, y por implementarlas de forma tal que el principal propósito de dichas normas pueda cumplirse.

El ciclo de vida de un artículo en la legislación no comienza con la redacción de una propuesta ni termina cuando la misma ha sido formalmente adoptada. Redactar un artículo o norma no es el propósito; lo es su exitosa implementación. Ni la implementación significa solamente el cumplimiento por parte de instituciones; pues el éxito está también en los mecanismos de adopción, aceptación y, cuando resulta necesario, en los cambios de comportamiento por parte de los individuos y las organizaciones¹⁰².

Una vez se ha identificado que el CESE está convencido de que el método proactivo es totalmente aplicable al derecho, el dictamen señala que “las normas y la regulación normativa no son el único mecanismo ni son siempre el mejor camino para alcanzar los objetivos esperados; a veces, el regulador debe apoyar realmente los propósitos más valiosos, absteniéndose de regular y, cuando sea conveniente, fomentando la autorregulación y la corregulación”¹⁰³. Concluye el dictamen:

El CESE considera que el Mercado Único podrá beneficiarse profundamente [...] cuando las leyes de la UE y sus artífices –legisladores o administradores en un escenario más amplio– den un giro desde el interior del sistema legal, las normas e instituciones, hacia el exterior, a los usuarios del derecho: a la sociedad, a los ciudadanos y a las empresas a quienes el sistema legal intenta complacer.

¹⁰⁰ Ibíd. § 2.2.

¹⁰¹ Ibíd. §1.6.

¹⁰² Ibíd. §§ 2.4-2.5.

¹⁰³ Ibíd. § 1.7.

Mientras que la alteración y la implementación de leyes son un paso importante hacia una mejor regulación en la UE, el éxito regulatorio debería ser medido por la manera como los objetivos son alcanzados a nivel de los usuarios de la ley, los ciudadanos de la UE y las empresas. Las leyes deberían ser comunicadas de forma tal que sean importantes y significativas para la audiencia en cuestión, primero y ante todo para aquellos cuyo comportamiento se verá afectado, y no sólo para los administradores e instituciones importantes¹⁰⁴.

El CESE recomienda que la Comisión, el Consejo y el Parlamento Europeo adopten la metodología del derecho proactivo al planear, establecer, revisar e implementar leyes para la comunidad, y que incentiven a los Estados miembros para que también la adopten, cuando se considere conveniente¹⁰⁵, afirmando que el método del derecho proactivo debería ser considerado de manera sistemática en todas las producciones normativas y en su implementación al interior de la UE¹⁰⁶.

C. El derecho proactivo y la ventaja competitiva

Durante la última década, en ambos lados del Atlántico se han desarrollado nuevos marcos de trabajo, conceptos y herramientas para cambiar el rol que cumple el derecho en los negocios. Aunque los dos movimientos aparentemente hacen énfasis en diversos elementos, la realidad es que hay una superposición considerable que está ilustrada en el Plan Legal de Gerentes, discutido anteriormente. En esencia, una vez establecidas las bases jurídicas de un gerente con el paso uno, el Plan comienza con el enfoque reactivo tradicional del derecho en el paso dos, un paso que es inevitable cuando surge un litigio. En el paso tres, la atención se dirige a aprender del paso dos, previniendo o al menos minimizando los problemas o riesgos legales hacia el futuro. Usando la metáfora “de ir al balcón”, los cuatro pasos invitan a los gerentes a replantear los asuntos legales como asuntos del negocio y oportunidades.

La filosofía del derecho proactivo se adapta muy bien a los cuatro pasos del Plan Legal de Gerentes. El derecho proactivo hace énfasis en que los gerentes deberían conocer sus responsabilidades y deberes jurídicos, que es el paso uno del Plan. Para evitar caer en el enfoque tradicional reactivo de la ley (paso dos), el derecho proactivo recomienda dos alternativas: la primera es el método preventivo, que se basa en la colaboración entre abogados y profesionales de otras

¹⁰⁴ Ibíd. §§ 1.8-1.9.

¹⁰⁵ Ibíd. § 2.8. Ver, también, Comunicado de Prensa, *European Economic and Social Committee, The Proactive Law Approach: A Novelty*, 16 de diciembre de 2008, disponible en: <http://www.eesc.europa.eu/?i=portal.en.press-releases.400> Consultado el 14 de diciembre de 2015.

¹⁰⁶ Dictamen CESE, *supra* nota 91, § 1.10.

áreas, que es similar al paso tres. La segunda alternativa recomienda un enfoque promotor que, al igual que el paso cuatro, incentiva a los gerentes a pensar más ampliamente en el derecho e incorporarlo en el desarrollo y la implementación del plan de negocios, y que sea visto como una fuente de oportunidades y no solo como un riesgo y amenaza.

Explicaremos ahora un ejemplo de esta sinergia aplicando los conceptos a un proceso de contratación, al que llamaremos contratación proactiva. A menudo ignorada por los gerentes, este tipo de contratación posee muchas ventajas para usar el derecho proactivo en la generación de una ventaja competitiva¹⁰⁷. Los contratos ofrecen especialmente una aplicación apropiada porque “Adquirir un contrato es el principal objetivo de una entidad empresarial”¹⁰⁸.

La preeminencia del derecho contractual se verifica gracias a las encuestas realizadas a los gerentes de negocios y a los abogados corporativos, quienes consideran que el derecho contractual es uno de los temas legales más importantes para los gerentes y administradores¹⁰⁹. Como lo señaló Cummies, “los contratos residen en el corazón de la mayoría de las relaciones de negocios y, más aún, en el interior de las culturas y economías occidentales, y se han ido expandiendo hacia todas las empresas o entidades que buscan posicionarse en el mercado internacional”¹¹⁰.

1. Paso uno: el entendimiento gerencial del derecho

El paso uno, de los cuatro pasos del Plan Legal para Gerentes descrito en la Parte I.F, se denomina “*entendimiento gerencial del derecho*”. Por las razones descritas en la introducción de la sección III, cada estudiante de administración debería adquirir lo que Haapiro llama “alfabetización contractual”¹¹¹ dentro del núcleo de formación del derecho de los negocios. Adicional a reconocer cuándo están iniciando un contrato (que puede no estar ligado a un documento que contenga el título *Contrato*), ellos deberían estar familiarizados con los elementos legales que contienen los contratos y entender que estos requisitos pueden variar dependiendo de la jurisdicción y el tema central de los mismos. En muchos contextos, la alfabetización contractual incluye también una interpretación de lineamientos legales para dilemas éticos que surgen durante las negociaciones.

¹⁰⁷ SIEDEL, G. J. Y HAAPIO, H., *Proactive law for managers: A hidden source of competitive advantage*, 2011.

¹⁰⁸ LEE REED, O., *The Role of Contracts in the Introductory and Only Law Course That Most Business Students Will Ever Take*, 9 *J. Legal Stud. Educ.* 1, 14, 23, 1990, citando *Legal responsibilities of corporate managers*, Am. *Corporate Counsel Ass'n*, 45, 1985.

¹⁰⁹ Ibíd., 13-14.

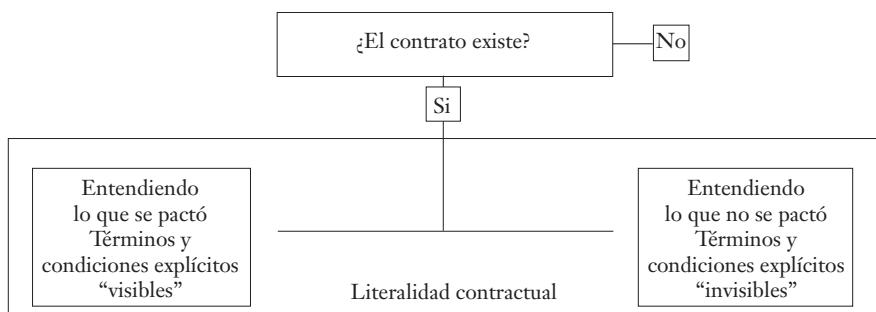
¹¹⁰ CUMMINS, T., “Best Practices in Commercial Contracting”, en *A Proactive Approach*, 131-132.

¹¹¹ HAAPIO, H., “Business Success and Problem Prevention through Proactive Contracting”, en *A Proactive Approach*, 149, 169.

Estos parámetros involucran situaciones como eventos en que el contrato infrigió algunas obligaciones fiduciarias, cuando alguna de las partes incurrió en conductas fraudulentas, o cuando un acuerdo era exorbitante.

La alfabetización contractual requiere, además, del dominio de interpretaciones de los términos invisibles o implícitos en el derecho, como lo ilustra la esquema 3¹¹². Por ejemplo, la Convención sobre Compraventa Internacional de Mercaderías (cisG) puede hacer parte del contrato, sin que las partes lo sepan, así como usos y prácticas internacionales¹¹³.

Esquema 3. La literalidad contractual



2. Paso dos: afrontar los asuntos legales

En el paso dos, los gerentes hacen uso del conocimiento legal adquirido en el paso uno cuando trabajan con los abogados para abordar y afrontar las preocupaciones legales que surgen en el lugar de trabajo. Esta es la clásica reacción *ex post*: “el derecho como una sala de urgencias”, descrita anteriormente en la sección I.F.

Supongamos que, por ejemplo, Printer, una empresa pequeña de impresiones de Estados Unidos con una sólida reputación y una gran base de datos de clientes, ha alquilado un *hardware* de computación a Lessor, una reconocida empresa que tiene un gran poder financiero¹¹⁴. Una vez el sistema fue instalado, Printer se dio cuenta de que el programa no cumplía con las especificaciones necesarias ya que no tenía un programa de aplicación. Como resultado de esto, Printer deja de hacer los pagos del alquiler y demanda a Lessor por lucro cesan-

112 Ibíd., 170.

113 Ibíd., 171.

114 Este ejemplo se basó en un juicio simulado denominado *Rapid Printing v. Scott Computers*. Ver SIEDEL, G.J., “Interdisciplinary Approaches to Alternative Dispute Resolution”, 10 *J. Legal Stud. Educ.*, 141, 152, 1992. Ver, también, LYITLE, A. L., BRETT, J. M. y SHAPIRO, D. L., “The Strategic Use of Interests, Rights, and Power to Resolve Disputes”, 15 *Negotiation Journal*, 31, 1999.

te. En la demanda, Printer alega que Lessor incumplió con el contrato porque los ejecutivos de ventas de Lesser le aseguraron a su empresa que el programa de aplicación estaba incluido sin tener que incurrir en pagos adicionales.

El gerente general de Lessor, reacciona ante la demanda dirigiéndose hacia el estadio de la sala emergencia –lo que significa contratar a un abogado para defender el caso–. Al consultar con el abogado, el gerente general descubre que Lessor tiene razones de peso ya que (1) ni en el contrato celebrado ni en la solicitud de oferta presentada por Lessor se mencionó el programa de la aplicación, y (2) los ejecutivos de ventas no estaban autorizados para ofrecer ese servicio de forma gratuita. El único programa de la aplicación que Lessor tenía, lo tuvo que retirar debido a problemas técnicos. Lessor se encuentra en proceso de desarrollar un nuevo programa aplicativo con un gran potencial de éxito financiero, sin embargo, el novedoso programa requiere de un desarrollo de campo sustancial.

Dados estos hechos, los gerentes generales en esta situación recurrirían al consejo de sus abogados, quienes cuentan con el conocimiento jurídico para tomar la decisión de continuar con el proceso e irse a un juicio o dirimir la controversia llegando a un acuerdo. Esta situación refleja las tensiones entre el litigio o el llegar a un acuerdo (*fight or flight*) que han desarrollado los seres humanos por millones de años¹¹⁵. Para tomar la decisión y llegar a un acuerdo entre las partes, el árbol de decisiones y los MASC, discutidos previamente en la sección I.F, podrían ser de gran ayuda.

Los gerentes se beneficiarían si tuvieran un entendimiento general de las diferencias entre resolución de conflictos y negociaciones de acuerdos. Los gerentes probablemente tendrán experiencia negociando acuerdos, basados en consideraciones con proyección a futuro y en los intereses mutuos de las partes. Las negociaciones en la resolución de controversias, por su parte, se basan en el pasado, tienden a ser más adversariales y se centran en la posición de cada parte¹¹⁶. Ya que Lessor es una empresa financieramente poderosa y tiene una postura legal fuerte en caso de llegar al juicio, en la negociación de esta clase de solución de conflictos Lessor tiene la capacidad para forzar a Printer a que acepte un acuerdo con los términos y condiciones fijados por el primero. Si Printer se rehúsa a cooperar, las probabilidades de que Lessor gane el pleito son muy altas.

3. Paso tres: desarrollar estrategias y soluciones para prevenir futuros problemas legales

La reacción tradicional de ir a litigio o lograr un acuerdo ante un problema legal, explicada en el paso dos, es el fin de la historia para muchas empresas por las ra-

¹¹⁵ SIEDEL, *supra* 2, 6-7.

¹¹⁶ Ver, en general, SANDER, F. E. y J. Z. RUBIN, “The Janus Quality of Negotiations: Dealmaking and Dispute Settlement”, *4 Negotiation Journal*, 109, 1988.

zones señaladas en la sección I.F. Para que las empresas decidan avanzar un paso más allá, el paso tres representa el comienzo del uso del derecho para lograr una ventaja competitiva. Explicado en términos del derecho proactivo, en este punto las empresas tienen una oportunidad para volverse proactivas, aprendiendo de las experiencias del paso dos y desarrollando estrategias preventivas y soluciones.

El paso tres hace énfasis en el derecho contractual, entendiendo el contrato como una herramienta. Dado que los abogados juegan un rol importante, este paso es más efectivo cuando ellos trabajan en equipo con los gerentes. Por ejemplo, basados en su experiencia en litigios, los gerentes y abogados tanto de Printer como de Lessor podrían revisar los términos y condiciones del contrato y asegurarse de estar protegidos en caso de presentarse en el futuro otra disputa con similares características. Esto requiere de un fuerte acento en la asignación y gestión de riesgos, en el diseño de cláusulas sobre incumplimiento contractual de ambas partes. El objetivo del contrato es que sea “definitivo, vinculante y exigible. Los documentos contractuales deberían, por lo tanto, ser legalmente tan perfectos como sea posible”¹¹⁷.

En un intento por alcanzar este objetivo, es probable que los gerentes y los abogados se enfoquen en las cláusulas que de acuerdo con las encuestas IACCM son las que se negocian con mayor frecuencia; en la lista del top 30 de los “términos y condiciones más negociados” predominan las cláusulas referentes a la responsabilidad, indemnizaciones, propiedad intelectual, protección de bases de datos, daños y perjuicios y cláusulas de confidencialidad¹¹⁸. Los temas en los cuales quienes negocian los contratos invierten la mayor parte de su tiempo han permanecido prácticamente inalterados durante los últimos 15 años, con términos y condiciones sobre la gestión y distribución de riesgos y los incentivos negativos, ocupando los primeros lugares en la lista¹¹⁹. La evaluación en la IACCM sobre las habilidades para la contratación de personal muestra que una de las mayores fortalezas dentro de esta comunidad es la capacidad de resolver problemas: “Las áreas jurídicas y de contratos son buenas para solucionar problemas. Sin embargo, se ignora el hecho de que muchos de estos problemas se podrían haber evitado de haber contado simplemente con buenos contratos y procesos de contratación”¹²⁰.

¹¹⁷ POHJONEN, S. y K. VISURI, “Proactive Approach in Project Management and Contracting”, en Haapio, H. (ed.), *A Proactive Approach to Contracting and Law*, Turku, IACCM & Turku University of Applied Sciences, 2007, 75, 82.

¹¹⁸ Ver “International Association for Contract and Commercial Management” (IACCM), *Top Negotiated Terms 2015: No News is Bad News*, 2015, disponible en: <http://www2.iacm.com/resources/?id=8930> Consultado el 14 de diciembre de 2015. En adelante, IACCM 2015 Survey Results. La encuesta fue realizada por el IACCM entre mayo y agosto de 2015, con resultados de una muestra de más de 10.000 negociadores de más de 100 países. Los encuestados representan principalmente a grandes empresas y la mayoría de ellos se dedican a los negocios internacionales.

¹¹⁹ Esto, de acuerdo con la IACCM, es una mala noticia. Ver ibid., 4.

¹²⁰ Ibíd., 8-9.

Adicional a la evaluación de sus modelos contractuales, los gerentes y abogados podrían centrarse en los MASC y en sus estrategias de negociación. En lugar de usar el enfoque reactivo en los litigios que se analizó en el paso dos, podría realizarse un examen proactivo para decidir si incluyen o no una cláusula sobre los MASC en sus contratos y luego seleccionar la más conveniente, en caso de optar por esta alternativa¹²¹. Los gerentes también pueden trabajar con sus asesores legales en sus prácticas de adquisiciones y ventas y en las estrategias de negociación, para garantizar la redacción cuidadosa de las disposiciones sobre distribución y gestión de riesgos y su debida incorporación en todos los contratos futuros.

4. Paso cuatro: replantear los asuntos legales como preocupaciones comerciales y oportunidades de negocio

DiMatteo establece una distinción entre la ventaja competitiva que es obtenida a costa de otros (que es conocido como “oportunismo”) y la ventaja competitiva que es adquirida a través de una actitud más cooperativa: “A menudo, los contratos pueden ser diseñados para fortalecer la ventaja competitiva de una de las partes a expensas de la otra. En ocasiones, el diseño estratégico del contrato es un compromiso mutuo”¹²². El paso tres, que hace énfasis en el derecho contractual y en la asignación de riesgos, se centra más en el oportunismo, mientras que el paso cuatro se enfoca más en la cooperación.

A la vez que ambos pasos son difíciles de imitar¹²³, el paso cuatro crea una clara oportunidad de generar una ventaja competitiva ya que deriva en el aspecto promotor y el fomento del derecho proactivo. En este paso los gerentes y sus asesores legales “van al balcón” para ampliar su perspectiva y determinar cuáles asuntos pueden ser replanteados como oportunidades de negocio que no habían visto antes.

¿Qué podría revelar el panorama desde el balcón acerca del derecho contractual y el proceso de contratación? Además de incrementar los conocimientos de la empresa sobre las prácticas contractuales actuales y la alfabetización contractual de sus gerentes, esta pregunta siembra oportunidades que se extienden a dos dimensiones: una dimensión hace referencia al contenido de los contratos comerciales, mientras que la otra se concentra en la filosofía de la negociación que gobierna las negociaciones en los contratos¹²⁴.

¹²¹ Ibíd.

¹²² DIMATTEO, L. A., “Strategic Contracting: Contract Law as a Source of Competitive Advantage”, *47 American Business Legal Journal*, 727, 2010.

¹²³ Ver RUSSO Y SCHOEMAKER, *supra* 56, 9.

¹²⁴ “In addition to these two dimensions, other dimensions of corporate contracting capabilities may become visible that offer opportunities for improvement both in negotiated and non-negotiated contracts, online

a. El contenido de los contratos de negocios

El contenido de fondo de estos contratos plantea interrogantes respecto de la naturaleza de los mismos. En términos básicos, los contratos *Business-to-business* (negocio a negocio, *B2B*) corresponden al valor que adquieren los acuerdos al ser exigidos por medios legales. Tradicionalmente los abogados se han enfocado en el componente de obligatoriedad de un contrato.

Esta tendencia de los abogados no resulta sorpresiva dada su formación y mentalidad. Los abogados son entrenados para analizar los contratos a través de los ojos de un juez, quien podrá, eventualmente, tomar la decisión en una controversia. Como lo reconoció un profesor de derecho, “el enfoque tradicional en las facultades de derecho no es enseñar a los alumnos cómo hacer buenos contratos que faciliten los negocios, sino cómo tomar las decisiones correctas ante los tribunales. La educación de los abogados no los prepara en contratación de negocios ni en cómo trabajar en equipo”¹²⁵. Tradicionalmente, los abogados han considerado que un buen contrato es aquel exigible en las cortes¹²⁶, y tienden a basarse en modelos y patrones desarrollados en acuerdos pasados¹²⁷, en lugar de adoptar el enfoque del borrón y cuenta nueva, usado en la reingeniería de procesos empresariales (*Business process reengineering, BPR*)¹²⁸.

Mientras que la expresión “exigidos por medios legales” de la definición de los contratos de negocios es importante y no puede ser ignorada, la perspectiva ofrecida por la panorámica desde el balcón revela la necesidad de equilibrar dicha afirmación con la expresión “el valor que adquieren los acuerdos”, también contenida en la definición. En otras palabras, a la vez que los clientes quieren que sus acuerdos sean exigibles y ejecutables, también “quieren que sus contra-

and offline. Beyond the contract content dimension, recent research has recognized dimensions related to the contracting process, along with relational and organizational dimensions”. Ver *Contracting Capabilities in Industrial Life-Cycle and Service Business*, disponible en: <https://www2.uef.fi/documents/16189/1381049/ccc-research+report.pdf/1de73f54-9589-431a-8919-c6e178d2cab6> Consultado el 14 de diciembre de 2015. Ver también LEE, N., “From Tangibles to Intangibles – Contracting Capability for Intangible Innovation”, 21 *U. Joensuu Publications in L.* 33, 35-39, 2008, disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1350337>

¹²⁵ NYSTÉN-HAARALA, S., “Contract Law and Everyday Contracting”, en *A Proactive Approach*, 263-264. Ver, también, SIEDEL, G. J., “Legal Complexity in Cross-Border Subsidiary Management”, 36 *Tex. Int'l L.J.*, 611, 614-15, 2001.

¹²⁶ HAAPIO, H., “Business Success and Problem Prevention through Proactive Contracting”, en *A Proactive Approach*, 160-161.

¹²⁷ MAHLER, T., y BING, J., “Contractual Risk Management in an ICT Context – Searching for a Possible Interface Between Legal Methods and Risk Analysis”, en *A Proactive Approach*, 339, 351.

¹²⁸ Ver HAMMER, M. y CHAMPY, J., *Reengineering the corporation: A manifesto for Business Revolution*, 218, 1993.

tos cumplan con el propósito de sus negocios [...] consistente en el desempeño exitoso y la continuidad y conservación de las relaciones valiosas”¹²⁹.

Esta perspectiva cambia la dirección de un *derecho contractual* hacia un *proceso contractual*, en el cual el contrato se convierte más en una herramienta estratégica gerencial que en una herramienta jurídica¹³⁰.

Este modo de pensar se encuentra acorde a los cambios en las prácticas empresariales que han ocurrido a lo largo de los años. Hubo una época en que el modelo dominante en los negocios era la venta de productos terminados¹³¹ usando contratos “terminados” que suministraban información con especificaciones detalladas de los bienes vendidos y una clara delimitación de los derechos y obligaciones. En la época actual, el objeto de los contratos –ampliamente aceptado– es ser cada vez más indefinidos y complejos. Por ejemplo, ha habido un cambio de los productos acabados a los servicios todo incluido y a productos con un ciclo de vida útil¹³². Las contrataciones son mucho más complicadas en las redes que han sido diseñadas para producir nuevos bienes y servicios¹³³. En este mundo, las relaciones empresariales y de negocios no se han regido tanto por los contratos tradicionales que gobiernan “la interdependencia entre los socios y la necesidad de proteger su propia reputación”¹³⁴. En esta clase de relaciones, los socios actúan dentro de lo que Axelrod denomina “la sombra del futuro”¹³⁵.

La distinción entre el derecho contractual y la contratación ha sido analizada por Macneil, quien identificó que en la medida en que una sociedad se vuelve más compleja, las relaciones contractuales cobran mayor importancia que la literalidad de lo escrito en un contrato. Estas relaciones “se caracterizan por su larga duración, la flexibilidad y la tolerancia ante las incertidumbres”¹³⁶. Macneil y Gudel explican que “sólo los abogados y otros sujetos que se orientan hacia el conflicto ven los contratos principalmente como una fuente de problemas y litigios, en lugar de verlos como una vía para cumplir objetivos”¹³⁷. En su opinión, el derecho contractual “no es sino una pequeña parte de los contratos. Una persona no puede empezar a entender el derecho de los contratos, a menos que

¹²⁹ HAAPIO, H., “Business Success and Problem Prevention through Proactive Contracting”, en *A Proactive Approach*, 161.

¹³⁰ Ibíd., 152-153.

¹³¹ Ver HAAVISTO, “Contracting in Networks”, en *A Proactive Approach*, 237 y 247.

¹³² Ibíd., 244-245.

¹³³ Ver ibíd., 247.

¹³⁴ Ibíd., 248.

¹³⁵ Ibíd., 248, citando a AXELROD, R., *The evolution of cooperation*, 1984.

¹³⁶ Ibíd., 243-244, citando a I. Macneil, “Contracts: Adjustment of Long-Term Economic Relations under Classical, Neoclassical and Relational Contract Law”, 72 *N.W.L. Rev.*, 854, 1978.

¹³⁷ HAAPIO, H., “Business Success and Problem Prevention through Proactive Contracting”, en *A Proactive Approach*, 177, 54, citando a MACNEIL Y GUDEL, *Contracts: Exchange transactions and relations*, vii-viii, 2001.

tenga también una compresión sobre los contratos – qué son, cómo funcionan, por qué las personas recurren a estos y para qué la gente los usa”¹³⁸.

Con una perspectiva de los contratos desde el balcón, vistos como una herramienta gerencial que facilita y guía la creación de valor y colaboración, en lugar de verlos exclusivamente como una herramienta jurídica, los gerentes y administradores (junto con sus asesores legales) tienen una oportunidad de desarrollar estrategias concretas para una ventaja competitiva.

La estrategia de contratación simplificada aplica los conceptos de la *producción simplificada* a la “producción” de contratos, preguntándose cuáles contratos de una empresa pueden simplificarse a través del análisis costo-beneficio de algunas cláusulas contractuales. Por ejemplo, los abogados del área jurídica de la empresa cervecera Scottish & Newcastle detectaron que los recursos de la compañía se estaban desperdiando en los procesos de negociaciones contractuales. Su trabajo al desarrollar lo que ellos llamaron la Metodología del Camino Más Claro (*Pathclearer*) hacia la contratación comercial, brinda un caso práctico para estudiar las posibilidades que surgen cuando los procesos contractuales son vistos desde el balcón¹³⁹. Ante este panorama, estos abogados formularon tres preguntas fundamentales.

La primera, ¿cuál es el fin de un contrato? Para responder a esta pregunta, ellos consolidaron una definición tradicional del contrato jurídico. Como se explica en un artículo de Steven Weatherley, Asesor Legal General de la empresa Scottish:

El único fin de un contrato (en contraste con una declaración de voluntad no contractual sobre las intenciones en el negocio) es garantizar que los derechos y obligaciones acordados por las partes puedan ser exigidos en un juicio (o arbitramento). En términos aún más claros, la esencia de un contrato es la habilidad de forzar a alguien a hacer lo que esa persona no quiere, o de obtener una compensación de su incumplimiento¹⁴⁰.

Con esta definición en mente, dichos abogados descubrieron que ciertos términos, como lo son el precio y las especificaciones de un producto, deberían siempre consagrarse por escrito y que ciertos tipos determinados de acuerdos u ofertas, como “la compra de acciones, los acuerdos sobre préstamos, acuerdos de pagos y garantías”¹⁴¹, requieren de estipulaciones escritas detalladas en los contratos. Pero desde la posición del balcón, ellos también reconocen que existen

¹³⁸ Ibíd., 165, n. 32, citando a MACNEIL y GUDIEL, *supra* 137, 2.

¹³⁹ WEATHERLEY, S., “Pathclearer: A More Commercial Approach to Drafting Commercial Contracts”, *L. Dep’t Q.*, 39, octubre-diciembre de 2005.

¹⁴⁰ Ibíd., 40.

¹⁴¹ Ibíd.

muchos otros escenarios, como las relaciones de largo plazo entre un consumidor y un proveedor conocidas como “contacto legal más ligero”¹⁴². Al darse cuenta de que en estas situaciones las consecuencias de forzar las obligaciones contractuales en un socio o parte que no tiene la disposición de cumplir –mediante “acciones indolentes”¹⁴³ o litigios– no son atractivas, concluyen que dejar las relaciones de largo plazo “a las fuerzas irresistibles de la economía del libre mercado [es mejor que] intentar continuar con las obligaciones contractuales de cada uno”¹⁴⁴.

En otras palabras, el libre mercado debería predominar sobre la libertad tradicional de la filosofía de los contratos que ha liderado los acuerdos con estipulaciones escritas y detalladas.

La segunda de las tres preguntas fundamentales es: “¿cuáles son las desventajas de los contratos escritos sumamente detallados?”¹⁴⁵. Para responder a esta pregunta, los asesores legales internos llegaron a numerosas y profundas conclusiones.

En primer lugar, que “la aparente certeza y protección de los contratos detallados y escritos [...] es a menudo ilusoria”¹⁴⁶, y que es un derroche que las empresas paguen a sus abogados primero para redactar los contratos que sólo entre los abogados entienden y luego paguen por interpretar el significado de lo que está consagrado en estos. Los asesores jurídicos internos son testigos de los “extraños intentos” de los abogados por alcanzar la seguridad jurídica y certeza en la redacción de los contratos, como los “abogados externos que pasan horas redactando y debatiendo la definición legal precisa de *cerveza* para incluirla en un simple contrato de suministro de cerveza”¹⁴⁷. Ellos también reconocen la inutilidad de intentar predecir el futuro¹⁴⁸.

Su segunda conclusión fue que los contratos detallados generan controversias en lugar de evitarlas. “Sin un contrato detallado, los hombres de negocios que se han involucrado en una disputa, generalmente discutirán el asunto y llegarán a un acuerdo sensato sobre cómo resolver el conflicto [...]. Sin embargo, donde existe un contrato detallado, las mismas partes se sentirán obligadas a consultar a sus abogados”¹⁴⁹. Esto trae a colación la premisa de Louis Brown en virtud de la cual el derecho preventivo está basado en predecir lo que la gente hará, y no en lo que una Corte hará.

¹⁴² Ibíd.

¹⁴³ Ibíd., 41.

¹⁴⁴ Ibíd.

¹⁴⁵ Ibíd., 42.

¹⁴⁶ Ibíd.

¹⁴⁷ Ibíd.

¹⁴⁸ Ibíd., 44.

¹⁴⁹ Ibíd., 42.

En tercer lugar, la complejidad de dichos contratos causa confusión y el riesgo de que las partes sean incapaces de enfocarse en los términos fundamentales del contrato “porque los árboles impiden ver el bosque”¹⁵⁰.

En cuarto lugar, la teoría general del contrato brinda “un punto medio en la solución de la mayoría de las controversias”, y “la belleza de confiar simplemente en la *teoría general*, en lugar de tratar de proponer un acuerdo comercial con un exceso de detalles escritos en el contrato, radica en que en estos casos no hay necesidad de negociar los términos que no son esenciales en un acuerdo”¹⁵¹.

En quinto lugar, negociar los detalles de los contratos escritos es costoso en términos administrativos y de tiempo invertido por un abogado y retrasan las oportunidades de negocio¹⁵².

Finalmente, los contratos escritos y detallados también pueden concentrar a las partes en el peor escenario posible, lo que “puede conducir al deterioro de las relaciones. [...] Continuar con las relaciones comerciales es como las mariposas. Ellas son sútiles y difíciles de capturar. Si intentas atraparlas con las uñas, puedes matarlas en el intento”¹⁵³.

La tercera y última pregunta es: ¿existen otros medios para alcanzar los objetivos del negocio sin recurrir a los contratos escritos y detallados? Los abogados de Scottish & Newcastle respondieron a esta pregunta de forma afirmativa, centrándose en su respuesta en el concepto de “afinidad comercial”; la fuerza que mantiene a las partes unidas es “el beneficio mutuo en las relaciones comerciales”¹⁵⁴. Los intereses comunes entre las partes que se alinean a través de incentivos diseñados cuidadosamente, combinados con el derecho de cualquiera de ellas de desistir del negocio si deja de ser atractivo económicamente, las invita a consultar las necesidades de ambas y a mitigar la necesidad de “un sinnúmero de tácticas con relación a los derechos y obligaciones del contrato”¹⁵⁵.

Para resumir, al observar desde el balcón, los abogados de Scottish & Newcastle evidenciaron que podría aplicarse un método diferente “cuando las partes están en una permanente relación de negocios, en lugar de realizar una negociación a la ligera”¹⁵⁶ que puede requerir de un contrato escrito y detallado. Ellos no consideraron correcto volver en su totalidad a los acuerdos consensuales o de apretones de mano. Por ejemplo, “las modalidades para retirarse (como las obligaciones de comprar bienes o activos delicados por el proveedor) necesitan

¹⁵⁰ WEATHERLEY, *supra* 139, 43.

¹⁵¹ Ibíd.

¹⁵² Ibíd., 44.

¹⁵³ Ibíd.

¹⁵⁴ Ibíd., 45.

¹⁵⁵ Ibíd.

¹⁵⁶ Ibíd., 40.

consagrarse detalladamente en el contrato.¹⁵⁷ Pero al abordar las tres preguntas fundamentales concluyeron que, en la medida de lo posible, entre menos denso sea un contrato, mejor.

La Metodología del Camino Más Claro se centra en la continuidad de las relaciones comerciales permanentes, la cual se refleja en un contrato sencillo que la empresa celebró con un proveedor de servicios. Las dos partes tuvieron originalmente un contrato por diez años que superaba las 200 páginas. Durante la renegociación del contrato redujeron sustancialmente la extensión del mismo, a través de esta metodología, otorgando a ambas partes el derecho a terminar el contrato con doce meses de preaviso¹⁵⁸. “Al darnos a nosotros mismos la facultad de dar por terminado un contrato en cualquier momento, evitamos la necesidad de tener que negociar términos y condiciones detallados en el mismo [...] Este es un mecanismo de persuasión mucho más poderoso sobre el proveedor de servicios que un debate técnico acerca de si estaban o no cumpliendo con los términos acordados por escrito en el contrato”¹⁵⁹.

Incluso cuando las partes deciden que es necesario un contrato escrito y detallado, el panorama desde el balcón podría mostrarles que allí hay una oportunidad para una ventaja competitiva si eliminan las cláusulas específicas y definitivas de sus contratos, que conducen a negociaciones contractuales ineficientes. A modo de ejemplo, Microsoft incluyó en sus contratos una cláusula de indemnizaciones a terceros que provocó la negociación de múltiples contratos para prorrogarlos entre 60 y 90 días adicionales porque a los clientes no les gustó esta cláusula¹⁶⁰. Apreciando una panorámica completa de esta disposición, Microsoft suavizó esta disposición después de aceptar que estaba protegiendo a la empresa de una “amenaza fantasma”¹⁶¹.

En otras palabras, los beneficios de la cláusula eran mínimos en comparación con los costos potenciales que incluían costos reputacionales (como consecuencia de las confrontaciones agresivas en las negociaciones), costos de recursos utilizados (los abogados y el tiempo invertido en consolidar estrategias administrativas y gerenciales) y los costos de flujo de caja (generados por los retrasos en las ventas durante los dos o tres meses adicionales de los contratos negociados). En palabras de Cummins, “el riesgo gerencial consiste en equilibrar consecuencias y probabilidades”¹⁶².

Las encuestas IACCM sobre prácticas en la negociación son especialmente útiles para determinar el beneficio de las cláusulas de gestión de riesgos. Como

¹⁵⁷ Ibíd., 45

¹⁵⁸ Ibíd., 41.

¹⁵⁹ Ibíd.

¹⁶⁰ CUMMINS, T., “Best Practices in Commercial Contracting”, en *A Proactive Approach*, 138.

¹⁶¹ Ibíd.

¹⁶² Ibíd.

se anotó previamente, las encuestas IACCM concluyen que muchas de las disposiciones más frecuentes acordadas en los contratos se centran en la gestión del riesgo y en el manejo de los incentivos negativos. Uno de los comentarios en los resultados de las encuestas IACCM refuerza el análisis de los abogados internos de Scottish & Newcastle:

Se ha vuelto cada vez más evidente que lo que nosotros negociamos no se ajusta a las necesidades de los negocios [...] Muchos negociadores consideran que están negociando de forma errónea [...] Específicamente, la economía global ha abierto sus puertas a los servicios que crecen día tras día [...] El contrato y el proceso a través del cual es creado y ejecutado, se ha convertido en la clave para los instrumentos que gobiernan las relaciones. Los estándares contractuales tradicionales y las áreas concentradas en la negociación poco contribuyen a brindar un marco de referencia. Las responsabilidades, indemnizaciones, los derechos de propiedad intelectual y la tasación de daños son todos temas que preparan para el fracaso y los desacuerdos¹⁶³.

b. La negociación en los contratos de negocios

La vista del derecho contractual desde el balcón proporciona una visión global del proceso de negociación, esto es, de la estrategia y las tácticas usadas en la negociación de los contratos comerciales. Esta visión global revela que muchas organizaciones adoptan un enfoque de negociación que separa la formación de los contratos de la implementación de los mismos. En palabras de Ertel, “una organización que adopta el enfoque negociador [...] tiende a estructurar equipos de desarrollo de negocios que fomentan un flujo cada vez más numeroso de nuevos acuerdos [...] Sin embargo, los mismo llegan a estar desconectados de su implementación y probablemente se enfocarán más en el acuerdo como tal que en su impacto en el negocio”¹⁶⁴.

Así como las organizaciones adoptan una mentalidad negociadora, los individuos al interior de una empresa pueden migrar hacia la mentalidad negociadora cuando sus instintos competitivos salen a la luz durante una negociación¹⁶⁵.

Estos “negociadores actúan como si su principal objetivo fuera firmar el acuerdo”¹⁶⁶. Hemos visto que una de las consecuencias de esta mentalidad se

¹⁶³ International Association for Contract and Commercial Management (IACCM), “The Top Negotiated Terms: Negotiators Admit They Are On Wrong Agenda”, *Contracting Excellence Magazine*, julio de 2009, disponible en: <https://www2.iacm.com/resources/?id=8086> Consultado el 14 de diciembre de 2015. En adelante, Resultados de las Encuestas IACCM de 2008.

¹⁶⁴ ERTEL, D., “Getting Past Yes: Negotiating as if Implementation Mattered”, *Harvard Business Review*, 60-62, noviembre de 2004.

¹⁶⁵ Ver BAZERMAN, M. H., *Judgment in managerial decision making*, 3.^a ed., 1994, 150.

¹⁶⁶ ERTEL, *supra* 164, 62.

concentra en las cláusulas penales y la administración de riesgos. Otras consecuencias incluyen la prevalencia de tácticas para la negociación y búsqueda de soluciones, como el uso de sorpresas para ganar ventaja, retener información y fijas plazos y fechas falsas para cerrar acuerdos¹⁶⁷.

Dichas tácticas de negociación podrían producir un contrato que se ve bien en el papel pero que inhibe las relaciones necesarias para una implementación exitosa de los contratos. Dado el poder de los modelos de negocio que se encuentran construidos con base en las relaciones y en lo que Macneil denomina *contratación relacional*¹⁶⁸, los gerentes y abogados que pueden desplazarse de una mentalidad negociadora hacia una mentalidad basada en la implementación poseen una oportunidad de crear una ventaja competitiva para sus empresas, facilitando la ejecución y el cumplimiento exitoso de sus contratos. Como lo afirma Ertel, “para ser exitosos, los negociadores deben reconocer que firmar un contrato es tan sólo el comienzo del proceso de crear valor”¹⁶⁹. Entre las características de la nueva mentalidad se encuentran el hecho de considerar el fin de un acuerdo, la identificación de obstáculos para una ejecución y terminación exitosa y la disposición para ayudar a la otra parte a prepararse para la negociación, incluyendo todo lo relativo a su implementación¹⁷⁰.

A menudo, los problemas surgen como resultado de las expectativas que no fueron expresadas o reconocidas por las partes – un inconveniente que podría ser tratado adoptando un modo de pensar diferente. Por ejemplo, en las negociaciones entre Lessor y Printer analizadas anteriormente, ellos podrían haberse ayudado mutuamente, intercambiando simples preguntas desde el principio, sobre el alcance del acuerdo, su ejecución y si se requería algo más para lograr el resultado esperado. Identificando y compatibilizando las necesidades, fijando expectativas y promesas, y aclarando el impacto actual de la solución ofrecida, ambas partes podrían haberse ahorrado un problema legal y salvado un buen negocio.

Adoptar una mentalidad diferente resulta coherente con las encuestas IACCM sobre prácticas en la negociación, en las cuales a los participantes se les pidió no sólo describir a qué dedican más tiempo en las negociaciones actuales, sino también identificar los términos y condiciones que más contribuyen al éxito¹⁷¹. El top 10 de los resultados de las encuestas de 2015 se muestran a continuación en la tabla 1.

¹⁶⁷ Ibíd., 65.

¹⁶⁸ Ver, p. ej., MACNEIL Y GUDEL, *supra* 137, 11-25, 177-182.

¹⁶⁹ ERTEL, *supra* 164, 62.

¹⁷⁰ Ibíd., 63.

¹⁷¹ IACCM 2015 Survey Results, 8.

Tabla 1. Los términos y condiciones más importantes que conducen al éxito, según las encuestas IACCM

1.	Alcance y objetivos.
2.	Responsabilidades de las partes.
3.	Modalidades de servicios.
4.	Garantías de funcionamiento/Garantías en general.
5.	Precio/Tarifas y recargos/Variaciones del precio.
6.	Entrega/Aceptación.
7.	Calidad/Ausencia de vicios.
8.	Gestión del cambio.
9.	Especificaciones del producto.
10.	Limitación de la responsabilidad.

En el top 10 de los términos y condiciones enunciados en la tabla anterior predomina la necesidad de esclarecer e identificar las verdaderas intenciones de las partes y la necesidad de garantizar que el acuerdo continúe por un buen camino y pueda ajustarse a los cambios de condiciones y necesidades. Con estos elementos analizados, las partes pueden intentar establecer procedimientos para un flujo de información más transparente, demostrando así su interés por colaborar y trabajar conjuntamente para administrar los riesgos y optimizar resultados. Como pudo observarse en las anteriores encuestas IACCM, las cláusulas sobre responsabilidad deberían ser el último recurso al que se debe recurrir en caso de que las buenas intenciones de las partes comiencen a descarrilarse¹⁷².

Otro aspecto para la puesta en marcha de una nueva mentalidad consiste en evaluar el éxito de una negociación. Por ejemplo, en lugar de centrarse en los descuentos logrados en el precio, los compradores deberían enfocarse en el costo total, que incluye elementos como “la eficiencia operativa lograda a través del uso de proveedores, la reducción en los defectos gracias al proveedor, e incluso el papel que desempeña este último en el desarrollo de un producto o innovación en los servicios”¹⁷³. Así mismo, en lugar de concentrarse en el volumen de las ventas, los vendedores deberían preocuparse por “la longevidad de sus relaciones con los clientes, las innovaciones que resultan de sus interacciones con los mismos [...] y las recomendaciones de negocio que puedan surgir por parte de estos clientes”¹⁷⁴.

¹⁷² IACCM 2008 Survey Results.

¹⁷³ ERTÉL, D., “Turning Negotiation into a Corporate Capability”, *Harvard Business Review*, 55, 62, mayo-junio de 1999.

¹⁷⁴ Ibíd.

Las deficiencias en el proceso de negociación también podrían evidenciarse desde la perspectiva del balcón. La metodología Seis Sigma puede ilustrar las oportunidades para mejorar y perfeccionar el proceso. Por ejemplo, un asesor interno de la empresa Becton Dickinson (BD) desarrolló un diagrama de procesos que mostraba los pasos en su proceso de negociación y usó el diagrama para medir el tiempo que se requiere para llevar a cabo las negociaciones contractuales. Un análisis de sus datos reveló las oportunidades para mejorar, tales como los limitantes únicos o extraordinarios en las comunicaciones o notificaciones entre los negociadores de Becton Dickinson que no fueron compartidas con el equipo de negociación¹⁷⁵.

Con base en su análisis, el equipo realizó unas mejoras en el proceso de negociación que produjeron “períodos de negociación un 65% más cortos”¹⁷⁶. Las oportunidades para una ventaja competitiva son tan evidentes que la empresa concluyó que con esta reducción de tiempo “una gran empresa llegará rápidamente a una mejoría en sus rendimientos y productividad equivalente a millones de dólares”¹⁷⁷. Más allá de los ahorros de tiempo y dinero, el proyecto Seis Sigma llega a conclusiones similares a las alcanzadas por los abogados de Scottish & Newcastle cuando debatían sobre la “afinidad comercial”: “Si el acuerdo es para un *software* que no es estratégico y es ofrecido por muchos competidores, entonces el tiempo invertido en negociar, revisar y firmar el acuerdo no proporcionó un resultado práctico. Esto se debe a que si las partes están inconformes con el acuerdo, en un futuro el cliente puede simplemente contratar a un vendedor o proveedor substituto para que le suministre el mismo bien”¹⁷⁸.

Previamente en la sección III, al analizar la controversia entre Printer y Lessor, descubrimos que las negociaciones sobre resolución de conflictos tienden a ser adversariales y basadas en las posiciones personales, en contraste con las negociaciones de los acuerdos que se preocupan más por el futuro y tienden a basarse en los intereses comunes¹⁷⁹. Nosotros concluimos en el paso dos que al otorgar un poder jurídico y financiero, Lessor podría forzar a Printer hacia un acuerdo atractivo o tomar ventaja fácilmente durante el litigio. También analizamos que en el paso tres, las partes podrían adoptar una postura preventiva fortaleciendo sus disposiciones sobre la distribución de riesgos y superando arduas negociaciones para incluir estas condiciones en los contratos futuros.

¿Qué pasaría si Lessor, desde el balcón, considera que la negociación para solucionar su disputa con Printer podría convertirse en una negociación para lo-

¹⁷⁵ ANDERMAN, J. M., “The Future of Contracts Seen Through Six Sigma”, *Ass’n Corp. Couns. Dockt. et*, 40, 44-45, septiembre de 2007.

¹⁷⁶ Ibíd., 46.

¹⁷⁷ Ibíd.

¹⁷⁸ Ibíd., 48.

¹⁷⁹ Ver *supra* secc. III.B.

grar un trato? Por ejemplo, los hechos indican que (1) Lessor está implementando un nuevo aplicativo que posee un gran potencial financiero pero que requiere de un campo de desarrollo, y (2) Printer tiene una reputación sólida y una base de datos de clientes relevante. Pareciera que Printer pudiera ser un socio ideal para una alianza estratégica para las pruebas beta del nuevo producto de Lessor.

Al pasar de una negociación de resolución de conflictos de ganador-perdedor, enfocada en excluir los daños de Printer ante un eventual incumplimiento mediante la asignación de riesgos, hacia una negociación basada en los intereses de las partes, en lograr un acuerdo que incentive a Printer a desarrollar un producto extraordinario gracias al *joint venture*, las partes tienen una oportunidad de aumentar su participación en el tamaño de la torta, beneficiándose mutuamente. Lessor podría, adicionalmente, aplicar esta mentalidad en las negociaciones de acuerdos futuros con otros socios para generar oportunidades de negocio en lugar de luchar contra cláusulas sobre asignación de riesgos.

c. Simplificación y visualización de los contratos: caso de estudio colombiano

Una parte muy importante de la contratación proactiva está enfocada hacia la necesidad de la elaboración de contratos más simples, de contenido más ligero y visualmente más claros. Para lograr este objetivo, el derecho debe acudir a otras áreas del conocimiento como el diseño y la comunicación visual. Un ejemplo interesante de esta tendencia la encontramos en materia de regulación de telecomunicaciones, como pasamos a explicar.

El derecho no puede alejarse del contexto del país o región. Si la dificultad en la claridad de los contratos, y en general de los textos jurídicos, se presenta en países desarrollados, con mayor razón en países en vías de desarrollo es necesario hacer un esfuerzo adicional para que las personas entiendan realmente este tipo de instrumentos de intercambio comercial. En efecto, de conformidad con las pruebas PISA 2015, los resultados de los estudios para los países latinoamericanos que se analizaron (Brasil, Argentina, Colombia, Chile, México, Perú y Uruguay) revelan que a pesar de haber mejorado el nivel de lectura de los jóvenes en los últimos años, los niveles de calidad en la educación son muy bajos comparados con los de otras regiones¹⁸⁰.

La necesidad de asegurar una efectiva protección a los consumidores ha sido creciente en todo el mundo y América Latina no ha sido ajena a este fenómeno. La UIT ha explicado que para garantizar el cumplimiento de las normas de protección a los usuarios en los contratos de telecomunicaciones, existen diferentes mecanismos, como la vigilancia *ex post* de los contratos o una supervisión previa

¹⁸⁰ RIVAS, A., *América Latina después de PISA: lecciones aprendidas de la educación en siete países (2000-2015)*, Buenos Aires, CIPPEC, 2015, 189 ss.

de sus contenidos¹⁸¹. En Chile, por ejemplo, el SENARC, la agencia del Estado de Chile encargada de velar por la protección de los derechos de los consumidores, realizó junto con el ente regulador (SUBTEL) una revisión previa de los contratos de telecomunicaciones, lo que implicó una disminución en los reclamos provenientes de este tipo de acuerdos¹⁸².

En Colombia, el ente regulador de las comunicaciones decidió recurrir a una estrategia mucho más audaz. La regulación de protección a los consumidores en Colombia es amplia, existe tanto la protección general del Estatuto del Consumidor (Ley 1480 de 2011) como una extensa regulación sectorial en telecomunicaciones. Sin embargo, la mayoría de las quejas presentadas ante la Superintendencia de Industria y Comercio provienen del sector de las telecomunicaciones¹⁸³. Por esta razón, la Comisión de Regulación de Comunicaciones de Colombia (CRC) realizó una investigación en la que se evidenció que pese a toda la regulación existente en la materia, los contratos de telefonía móvil celular en el país no cumplían con unos niveles mínimos de comprensión por parte de los usuarios. El estudio en mención tuvo en cuenta otras disciplinas, además del derecho, para buscar un modelo de contrato más eficiente y claro para los consumidores. En efecto, el estudio se apoyó en la psicología económica, el diseño gráfico y la comunicación visual.

La psicología económica¹⁸⁴, que es de reciente aparición en comparación con otras ramas de la sicología, analiza la forma en que el contexto socioeconómico influye las decisiones de las personas. A través del diseño gráfico y la comunicación visual se evidenciaron los problemas de los contratos que suscribían los operadores de servicios móviles con sus usuarios y se buscó una opción que simplificara estos acuerdos y los convirtiera en unos documentos más claros y comprensibles para los usuarios.

La aproximación sistemática del estudio en mención hacia la simplificación, se basó en tres conceptos clave desarrollados por Alan Siegel e Irene Etzkorn¹⁸⁵: empatía con las necesidades y expectativas de los usuarios, claridad por medio

¹⁸¹ International Communication Union (UIT), “Marco legal reglamentario e investigación sobre el comportamiento de los consumidores de los servicios de telecomunicaciones en América Latina”, marzo de 2015, disponible en: <http://www.itu.int/en/ITU-D/Regional.../Bhvr-Cnsmr-Telco-SP.pdf>

¹⁸² Ibíd.

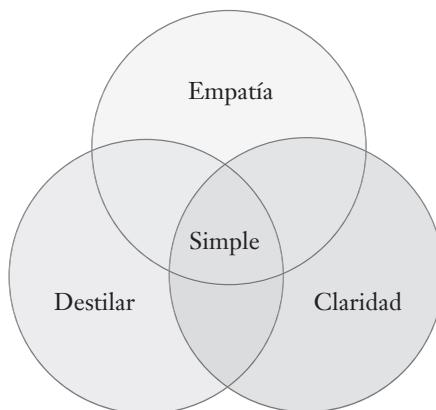
¹⁸³ Superintendencia de Industria y Comercio, *Informe telefonía móvil primer trimestre de 2015*, disponible en: <http://www.sic.gov.co/drupal/informes-trimestrales-de-abonados>.

¹⁸⁴ Sobre esta rama de la psicología y su relación con el comportamiento de los usuarios, ver GIL, A., FELIU, J., BORRÀS, V., y JUANOLA, E., *Psicología económica y del comportamiento del consumidor*, Barcelona, UOC, 2004.

¹⁸⁵ SIEGEL, A. y ETZKORN, I., *Simple – Conquering the crisis of complexity*, 2013.

del uso del diseño y de un lenguaje claro, y destilación de la comunicación hasta su esencia. Estos tres requisitos se ilustran en la siguiente figura¹⁸⁶.

Figura 1. Tres conceptos clave hacia la simplicidad



La metodología utilizada para la evaluación de la comunicación visual de estos contratos fue establecer una escala de 10 indicadores fundamentales¹⁸⁷:

- *Títulos*: se tiene en cuenta no solamente el tamaño de la letra utilizado en los títulos sino también su separación con respecto al texto del contrato.
- *Navegabilidad del documento*: se refiere a la facilidad de lectura del documento. Se determina teniendo en cuenta elementos como la presencia y particularidad de puntos focales, el interlineado, el tamaño de la letra en el texto y el contraste de la tipografía, entre otros.
- *Espacios en blanco*: la separación de los elementos del contrato se tiene en cuenta pues los espacios entre las gráficas, los textos, los títulos, etc. es un factor muy importante en la facilidad de comprensión de los documentos.
- *Consistencia*: un lenguaje gráfico consistente ayuda a que el documento sea más amigable para el usuario.

¹⁸⁶ Comisión de Regulación de Comunicaciones (CRC), *Simplificación de Modelos de Contrato de Telefonía Móvil. Regulación de Protección a Usuarios*, 57, marzo de 2014, disponible en: https://www.crc.com.gov.co/recursos_user/Documentos_CRC_2014/Actividades_Regulatorias/Simplificacion/Documento_soporte_simplificacion.pdf Consultado el 14 de diciembre de 2015. Adaptado de SIEGEL y ETZKORN, *supra* 185, 49.

¹⁸⁷ Ver este estudio en el documento soporte de la resolución, Comisión de Regulación de Comunicaciones, *Simplificación de modelos de contrato de telefonía móvil. Documento soporte*, 2014, disponible en: http://www.crc.com.gov.co/recursos_user/Documentos_CRC_2014/Actividades_Regulatorias/Simplificacion/Documento_soporte_simplificacion.pdf

– *Densidad del contenido*: a través de una relación matemática se calcula la proporción que debe existir entre la altura de línea, el espacio entre las letras, el tamaño de la fuente y la longitud de la línea.

– *Énfasis en elementos de importancia*: el contenido más importante del contrato debe estar especialmente determinado. Esto puede lograrse por medio de negrillas, cambio del tamaño de la letra o el uso de itálicas, entre otras posibilidades.

– *Organización del contenido*: la manera de distribuir la información de un documento ayuda a facilitar su lectura, evitar la fatiga e interrumpir la monotonía del texto.

– *Limpieza en la implementación gráfica*: el uso de gráficos, íconos, imágenes, etc. es un soporte visual importante en la comprensión del documento.

– *Separadores*: la división del documento en secciones promueve la facilidad de su lectura.

– *Márgenes*: un buen uso de las márgenes permite al lector concentrarse mejor en el texto.

Adicionalmente, la CRC realizó varias sesiones con grupos focales para evaluar el proceso de decisión en la contratación de servicios de telefonía móvil que contaron con la participación de usuarios de diferente género, edad y condiciones socioeconómicas. El resultado de estas sesiones demostró que los contratos eran muy extensos, complejos y tenían una alta densidad de información. El estudio comprobó que a un usuario le tomaba en promedio 6 horas y 40 minutos leer y comprender las condiciones establecidas en los contratos objeto de análisis.

La estrategia que se planteó para corregir los problemas evidenciados fue la de simplificar los contratos para convertirlos en una verdadera herramienta de ejercicio de los derechos de los usuarios, para que estos puedan entenderlos, consultarlos y hacerlos valer, teniendo en cuenta, entre otros, un factor fundamental¹⁸⁸:

La información más relevante no puede ser la presentada de forma más compleja.

A través de un modelo simplificado de contrato de telefonía celular, la CRC logró diseñar un contrato tipo de telefonía móvil que en solamente una hoja contiene la información relevante del acuerdo en forma sencilla y clara, y cuya lectura puede realizarse en tan solo doce minutos en promedio.

La CRC expidió, como consecuencia de la investigación realizada, la Resolución 4625 de 2014¹⁸⁹ que estableció un modelo de contrato único para ser

188 Comisión de Regulación de Comunicaciones de Colombia (crc), *Simplificación de modelos de contrato de telefonía móvil. Documento soporte*, 2014, disponible en: http://www.crc.com.gov.co/recursos_user/Documentos_CRC_2014/Actividades_Regulatorias/Simplificacion/Documento_soporte_simplificacion.pdf

189 Comisión de Regulación de Comunicaciones de Colombia (crc), Resolución 4625 de 2014, disponible en: <https://www.crc.com.gov.co/es/noticia/resoluci-n-crc-4625-de-2014>.

adoptado por todos los operadores que presten servicios de telefonía móvil celular con el fin de mejorar las relaciones entre proveedores y usuarios.

Conclusión

En la sección I de este artículo se describe el desarrollo y el esquema conceptual de un movimiento de Estados Unidos que se enfoca en el uso del derecho para lograr una ventaja competitiva, utilizando un Plan Legal de Gerentes que se divide en cuatro partes, para ilustrar cómo los conceptos de la ventaja competitiva pueden trasladarse a un plan de acción. La sección II abarca un movimiento paralelo en Europa, el Movimiento del Derecho Proactivo. La tercera parte explora la interrelación entre los dos movimientos e ilustra, por medio de ejemplos de la contratación en los negocios, el gran potencial para la creación de valor e innovación que estos ofrecen tanto a los gerentes como a los abogados.

Para desarrollar una analogía con la medicina, mencionada a grandes rasgos en este artículo¹⁹⁰, el tradicional método gerencial que es quizás el que sigue predominando hoy en día (especialmente en los negocios pequeños y estrechamente controlados) es *reactivo* por naturaleza. Es decir, la mayoría de los gerentes, administradores y abogados desempeñan una función *ex post*, como en las salas de urgencias. La analogía médica se encuentra en el paciente, quien acude a los médicos para someterse a tratamientos después de haber contraído la malaria. Este enfoque reactivo es el paso dos del Plan Legal de Gerentes.

El paso tres del mencionado Plan es similar al aspecto preventivo del derecho proactivo. El objetivo es prevenir daños legales mediante la implementación de diferentes medidas, como las cláusulas de distribución de riesgos en un contrato. Esto se asemeja a quienes usan píldoras y mallas protectoras para prevenir la malaria que se propaga por medio de los mosquitos¹⁹¹.

El paso cuatro del Plan Legal de Gerentes trae a colación el aspecto promotor del derecho proactivo. Aquí, el propósito es transformar los asuntos legales en temas gerenciales, e incluso considerarlos como una oportunidad de negocio. Por analogía, nosotros debemos considerar las acciones que podrían ser tomadas en una zona en la cual prevalezca la malaria. En lugar de depender de las mallas protectoras y las píldoras, la raíz del problema podría ser tratada eliminando los mosquitos con el drenaje de los estanques y pantanos, lo cual podría a su vez traducirse en mejores condiciones de salud y beneficios económicos para la comunidad¹⁹². De igual forma, si la negociación contractual pudiera alejarse del

¹⁹⁰ Ver *supra* secc. II.A.

¹⁹¹ HAAPIO, H., "Introduction to Proactive Law: A Business Lawyer's View", en *A Proactive Approach*, 25-26, citando a DAUER, E. A., *Developing Preventive Law: From Lawyering to Quality, Leadership and management directions newsletter*, A.B.A./Law Practice Division, 1998.

¹⁹² Ibíd.

uso de las píldoras y mallas en la administración de riesgos, el entorno económico global y las relaciones entre las partes empezarían a beneficiarse. El análisis del caso colombiano¹⁹³ pone de presente las oportunidades ofrecidas por la simplificación y visualización de los contratos. Nosotros agradecemos el hecho de que una institución gubernamental haya adoptado esta metodología, y esperamos que esta iniciativa sea implementada por numerosas empresas privadas en Colombia y en otros países.

La toma de decisiones en los negocios se basa en tres elementos descritos en el esquema 6: la economía, el derecho y la ética¹⁹⁴. Mientras que en la formación académica de las facultades de derecho predomina la toma de decisiones económicas, el derecho y la ética también son elementos fundamentales para cualquier decisión de negocio, y resultan esenciales en la educación de todos los egresados de administración y negocios. La aplicación del derecho proactivo para lograr una ventaja competitiva refleja el vínculo entre los criterios económicos, legales y éticos.

Esquema 4. Los tres elementos para la toma de decisiones en los negocios



La interrelación resulta más evidente en el paso cuatro del Plan Legal de Gerentes. En este paso, cuando los administradores y gerentes replantean los asuntos legales como preocupaciones gerenciales y oportunidades de negocio, ellos pueden ver, por ejemplo, que una cuestión jurídica sobre la responsabilidad por un producto puede transformarse en una cuestión del negocio en cuanto al desarrollo de productos seguros que satisfagan las necesidades de los consumidores. Un problema legal sobre acoso sexual se convierte en una preocupación gerencial que puede conducir a eliminar barreras –como el abuso del poder– que, a su vez,

¹⁹³ Ver *supra* secc. III.D.

¹⁹⁴ Ver FORT, T. L., “How Relationality Shapes Business and Its Ethics”, *16 J. Bus. Ethics* 171, 177, 1997.

impiden a los empleadores conocer las necesidades de los clientes. Gracias a este proceso de replanteamiento, los gerentes pueden ofrecer un liderazgo jurídico y ético que contribuye al éxito de una empresa. En el presente artículo se hizo referencia a la investigación de Paine sobre las estrategias de cumplimiento de una empresa que son dirigidas por abogados y diseñadas para prevenir la infracción del derecho penal¹⁹⁵. Estas estrategias son minimalistas a la hora de proporcionar a los trabajadores una orientación ética. En palabras de un ex Presidente de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de Estados Unidos, “no es un estándar ético adecuado para aspirar a sobrellevar el día sin ser acusados”¹⁹⁶. Para los gerentes ambiciosos en sus metas y proactivos –lo que Paine llama una “estrategia de integridad”¹⁹⁷, las estrategias de ventaja competitiva basadas en el derecho permiten a las empresas alcanzar el éxito económico de una forma ética.

Bibliografía

- ANDERMAN, J. M., “The Future of Contracts Seen Through Six Sigma”, *Ass'n Corp. Couns. Docket*, 40, 44-45, septiembre de 2007.
- AXELROD, R., *The evolution of cooperation*, New York, Basic Books, 1984.
- BAZERMAN, M. H., *Judgment in managerial decision making*, 3.^a ed., 1994.
- BAGLEY, C. E., “What’s Law Got to Do with It: Integrating Law and Strategy”, *47 American Business Law Journal*, 587, 2010.
- BAGLEY, C., *Winning legally: How to use the law to create value, marshal resources, and manage risk*, 2005.
- BARKSDALE, H., *Marketing in progress*, 1964.
- BARNEY, J., “Firm Resources and Sustained Competitive Advantage”, *17 Journal of Management*, J99, 102, 1991.
- BERGER-WALLISER, G. y OSTERGAARD, K., *Proactive law in a business environment*, 2012.

¹⁹⁵ Ver Paine, L. S. y L. Adamsons, *Note on the Law of Sexual Harassment* 5-7. Caso de estudio de la Facultad de Negocios de Harvard n.º 9-308-096, 1 de agosto de 2008.

¹⁹⁶ Ibíd., 111.

¹⁹⁷ Ibíd.

BIRD, R., *Law, Strategy and Competitive Advantage 5*, Working Paper Series, 2009, disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1327795> Consultado el 14 de Diciembre del 2015.

BIRD, R., "Pathways of Legal Strategy", *14 Stanford Journal of Law, Business and Finance*, 19, 2008.

BROWN, L. M. y DAUER, E. A., *Planning by lawyers: Materials on nonadversarial legal process*, 1978.

BROWN, L.M., *Preventive law*, 1950.

BROWN, L. M., *Lawyering through life - The origin of preventive law*, 1986.

CUMMINS, T., "Best Practices in Commercial Contracting", en *Scandinavian Studies in Law*, 49, "A Proactive Approach", Peter Wahlgren (ed.), 2006, disponible en: <http://www.scandinavianlaw.se/pdf/49-8.pdf>

DAUER, E. A., *Developing Preventive Law: From Lawyering to Quality, Leadership and management directions newsletter*, A.B.A./Law Practice Division, 1998.

DAUER, E. A., "The Role of Culture in Legal Risk Management", en *Scandinavian Studies in Law*, 49, "A Proactive Approach", Peter Wahlgren (ed.), 2006, disponible en: <http://www.scandinavianlaw.se/pdf/49-6.pdf>

DIMATTEO, L. A., "Strategic Contracting: Contract Law as a Source of Competitive Advantage", *47 American Business Legal Journal*, 727, 2010.

DOWNES, L., "First, Empower All the Lawyers", *Harvard Business Review*, 19, diciembre de 2004.

ERTEL, D., "Getting Past Yes: Negotiating as if Implementation Mattered", *Harvard Business Review*, 60-62, noviembre de 2004.

ERTEL, D., "Turning Negotiation into a Corporate Capability", *Harvard Business Review*, 55, 62, mayo-junio de 1999.

FORT, T. L., "How Relationality Shapes Business and Its Ethics", *16 J. Bus. Ethics* 171, 177, 1997.

GASPARINO, C., "Merrill Is Paying in Wake of Analysts' Call on Tech Stock", *The Wall Street Journal*, C1, 20 de julio de 2001.

- GIL, A.; FELIU, J.; BORRÀS, V. y JUANOLA, E., *Psicología económica y del comportamiento del consumidor*, Barcelona, UOC, 2004.
- HAAPIO, H. (ed.), *A Proactive Approach to Contracting and Law*, Turku, IACCM & Turku University of Applied Sciences, 2007.
- HAAPIO, H. y SMITH, A., *Safe Sales in Cyberspace*, 18 Am. Corp. Couns. Ass'n Docket, 24, 2000, reimpr. en: *International Contract Manual – Contract Checklists*, Albert Kritzer, 2000, disponible en: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/haapiosmith.html> Consultado el 14 de diciembre del 2015.
- HAAPIO, H. y VARJONEN, A., “Quality Improvement through Proactive Contracting: Contracts Are Too Important to Be Left to Lawyers!”, 52 Proc. Of Ann. Quality Congress, 243, 1998; resumen disponible en: <http://www.asq.org/qic/display-item/index.html?item=10690&item=10690> Consultado el 14 de diciembre de 2015.
- HAAPIO, H., “Business Success and Problem Prevention through Proactive Contracting”, en *Scandinavian Studies in Law*, 49, “A Proactive Approach”, Peter Wahlgren (ed.), 2006, 21 ss., disponible en: <http://www.scandinavian-law.se/pdf/49-9.pdf>
- HAAPIO, H., “Introduction to Proactive Law: A Business Lawyer’s View”, en *Scandinavian Studies in Law*, 49, “A Proactive Approach”, Peter Wahlgren (ed.), 2006, 21 ss., disponible en: <http://www.scandinavianlaw.se/pdf/49-2.pdf>
- HAAPIO, H., “An Ounce of Prevention... Proactive Legal Care for Corporate Contracting Success”, *JFT Tidskrift Utgiven Av Juridiska Föreningen I Finland*, 39, 2007.
- HAAVISTO, V., “Contracting in Networks”, en *Scandinavian Studies in Law*, 49, “A Proactive Approach”, Peter Wahlgren (ed.), 2006, disponible en: <http://www.scandinavianlaw.se/pdf/49-8.pdf>.
- HAMMER, M. y CHAMPY, J., *Reengineering the corporation: A manifesto for Business Revolution*, 1993.
- HARNEY, A., *The China Price: The true Cost of Chinese Competitive Advantage*, 2008.
- HARRIS, C. C., *Building ADR into the corporate law department*, 105, 07, 1997.

LAB, H., *Regulatory Focus*, disponible en: <http://www.columbia.edu/cu/psychology/higgins/research.html> Consultado el 14 de diciembre de 2015.

LEE, N., “From Tangibles to Intangibles – Contracting Capability for Intangible Innovation”, 21 *U. Joensuu Publications in L.* 33, 35-39, 2008.

LEE REED, O., “The Role of Contracts in the Introductory and Only Law Course that Most Business Students Will Ever Take”, 9 *J. Legal Stud. Educ.* 1, 14, 23, 1990.

LOVEDAY, C., “Multi-Party Rules: US, Canada, Australia and the UK”, *International Business Law*, 77, febrero de 1998.

LYTLE, A. L.; BRETT, J. M. y SHAPIRO, D. L., *The Strategic Use of Interests, Rights, and Power to Resolve Disputes*, 15 *Negotiation Journal*, 31, 1999.

MAHLER, T. y BING, J., “Contractual Risk Management in an ICT Context – Searching for a Possible Interface Between Legal Methods and Risk Analysis”, en *Scandinavian Studies in Law*, 49, “A Proactive Approach”, Peter Wahlgren (ed.), 2006, disponible en: <http://www.scandinavianlaw.se/pdf/49-20.pdf>

MACNEIL, I., “Contracts: Adjustment of Long-Term Economic Relations Under Classical, Neoclassical and Relational Contract Law”, 72 *N.W. L. Rev.*, 854, 1978.

MACNEIL, I. y GUDEL, P., *Contracts: Exchange transactions and relations*, 2001.

MAYER, K. J. y WEBER, L., *Unpacking Contract Capabilities: Shaping Behavior by Implementing Appropriate Contract Framing*, 8, 22 de febrero de 2009, disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1349247> Consultado el 14 de diciembre de 2015.

MAGNUSSON SJÖBERG, C., “Proactive ICT Law in the Nordic Countries”, en Haapio, H. (ed.), *A Proactive Approach to Contracting and Law*, Turku, IACCM & Turku University of Applied Sciences, 2007, 43 ss.

MENZIES, G., *Variations in Damages, International Business Law*, 75, febrero de 1998.

MIDDLETON, M., “A Changing Landscape: As Congress Struggles to Rewrite the Nation’s Tort Laws, the States May Have Already Done the Job”, *A.B.A. J.*, 56, agosto de 1995.

- NYSTÉN-HAARALA, S., “Contract Law and Everyday Contracting”, en *Scandinavian Studies in Law*, 49, “A Proactive Approach”, Peter Wahlgren (ed.), 2006, disponible en: <http://www.scandinavianlaw.se/pdf/49-15.pdf>
- NYSTÉN-HAARALA, S., *Corporate contracting capabilities, conference proceedings and other writings*, 2008.
- OROZCO, D., “Legal Knowledge as a Managerial Resource”, 47 *American Business Legal Journal*, 687, 2010.
- PAINÉ, L. S. y ADAMSONS, L., *Note on the Law of Sexual Harassment* 5-7. Caso de estudio de la Facultad de Negocios de Harvard n.º 9-308-096, 1 de agosto de 2008.
- PEGADO, J., *EESC Opinion on the Proactive Law Approach: A Further Step Towards Better Regulation at EU level*, Presentation at the 1st European Proactive Law Symposium, ICN Business School, Francia, 14 de octubre de 2009.
- POHJONEN, S., “Proactive Law in the Field of Law”, en *Scandinavian Studies in Law*, 49, “A Proactive Approach”, Peter Wahlgren (ed.), 2006, disponible en: <http://www.scandinavianlaw.se/pdf/49-4.pdf>
- POHJONEN, S. y VISURI, K., “Proactive Approach in Project Management and Contracting”, en “Proactive ICT Law in the Nordic Countries”, en HAAPIO, H. (ed.), *A Proactive Approach to Contracting and Law*, Turku, IACCM & Turku University of Applied Sciences, 2007, 75 ss.
- PORTER, M., *Competitive Advantage*, 1985.
- RIVAS, A., *América Latina después de PISA: lecciones aprendidas de la educación en siete países (2000-2015)*, Buenos Aires, CIPPEC, 2015.
- RUSSO, J. E. y SCHOEMAKER, P. J., *Winning Decisions: Getting it right the first time*, 2001.
- SANDER, F. E. y RUBIN, J. Z., “The Janus Quality of Negotiations: Dealmaking and Dispute Settlement”, 4 *Negotiation Journal*, 109, 1988.
- SHARP, L., “Managing for Organizational Integrity”, *Harvard Business Review*, 106, 113, marzo-abril de 1994.
- SHELL, R. G., *Make the rules or your rivals will* 3, 2003.

SIEDEL, G. J., "Legal Complexity in Cross-Border Subsidiary Management", *36 Tex. Int'l L.J.*, 611, 2001.

SIEDEL, G. J., "Six Forces and the Legal Environment of Business: The Relative Value of Business Law Among Business School Core Courses", *37 American Business Law Journal* 717, 42, 2000.

SIEDEL, G. J., *The Sixth Strategy: Integrating the Law School and Business School Case Methods, Law Teacher*, 2008, disponible en: <http://lawteaching.org/lawteacher/2008fall/lawteacher2008fall.pdf> Consultado el 14 de diciembre de 2015.

SIEDEL, G. J. y HAAPIO, H., *Proactive law for managers: A hidden source of competitive advantage*, 2011.

SIEDEL, G. J., "Interdisciplinary Approaches to Alternative Dispute Resolution", *10 J. Legal Stud. Educ.*, 141, 152, 1992.

SIEDEL, G. J., *Using the law for competitive advantage*, 2002.

SIEGEL, A. y ETZKORN, I., *Simple – Conquering the crisis of complexity*, 2013.

TAO, J., "Environmental Liability of Foreign Invested Enterprises in the People's Republic of China", *International Business Law*, 314, julio-agosto de 2000.

THOMPSON, L., *The mind and heart of the negotiator*, 1998.

URY, W., *Getting past No*, 1993.

WEATHERLEY, S., "Pathclearer: A More Commercial Approach to Drafting Commercial Contracts", *L. Dep't Q.*, 39, octubre-diciembre de 2005.

WEBER, L., *The Right Frame of Mind for M&A: The Post-Merger Impact of Deal Frames on Target Management Behavior*, 25 de febrero de 2009, disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1349209> Consultado el 14 de diciembre del 2015.

YOUNG, W. G., "Vanishing Trials, Vanishing Juries, Vanishing Constitution", *40 Suffolk U.L.*, 67, 2006.

Fuentes de información electrónicas

China: Former President of Guangfa Securities Sentenced to Four Years in Prison for Insider Trading, Securities Docket, 11 de enero de 2009, disponible en: <http://www.securitiesdocket.com/2009/01/11/china-former-president-of-guangfa-securities-sentenced-to-four-years-in-prison-for-insider-trading> Consultado el 14 de diciembre de 2015.

CISG, *Table of Contracting States*, disponible en: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/countries/cntries.html> Consultado el 14 de Diciembre de 2015.

Comisión de Regulación de Comunicaciones (crc), *Simplificación de Modelos de Contrato de Telefonía Móvil. Regulación de Protección a Usuarios*, marzo 2014, disponible en: https://www.crc.com.gov.co/recursos_user/Documentos_CRC_2014/Actividades_Regulatorias/Simplificacion/Documento_soporte_simplificacion.pdf Consultado el 14 de diciembre de 2015. Adaptado de SIEGEL, A. y ETZKORN, I., *Simple – Conquering the crisis of complexity*, 2013.

Comisión de Regulación de Comunicaciones de Colombia (crc), *Simplificación de modelos de contrato de telefonía móvil. Documento soporte*, 2014, disponible en: http://www.crc.com.gov.co/recursos_user/Documentos_CRC_2014/Actividades_Regulatorias/Simplificacion/Documento_soporte_simplificacion.pdf.

Comisión de Regulación de Comunicaciones de Colombia (crc), Resolución 4625 de 2014, disponible en: <https://www.crc.com.gov.co/es/noticia/resolucion-crc-4625-de-2014>

Comunicado de prensa, *European Economic and Social Committee, The Proactive Law Approach: A Novelty*, Diciembre 16 del 2008, disponible en: <http://www.eesc.europa.eu/?i=portal.en.press-releases.400> Consultado el 14 de diciembre de 2015.

Contracting Capabilities in Industrial Life-Cycle and Service Business, disponible en: <https://www2.uef.fi/documents/16189/1381049/ccc-research+report.pdf/1de73f54-9589-431a-8919-c6e178d2cab6> Consultado el 14 de diciembre de 2015.

Diario Oficial de la Unión Europea, disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/JOIndex.do?i=ihmlang=en> Consultado el 14 de diciembre de 2015.

Dictamen de la European Economic and Social Committee en: *The proactive law approach: A further step towards better regulation at EU level*, C 175 § 4.2, 2009, disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2009:175:0026:0033:EN:PDF>

E-mail de AALBERTS, R. J., Profesor de la Facultad de Finanzas de la Universidad de Nevada, Las Vegas (archivo en poder de los autores), Agosto 25 de 2009.

Eur-Lex, regulaciones del derecho de la Unión Europea, disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/en/index.htm> Consultado el 14 de diciembre de 2015.

Funciones del CESE, ver *Treaty Establishing the European Community*, art. 258-262, C 325, 137, Diciembre 24 de 2002, disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:12002E/TXT&qid=1450091573579&from=EN> Consultado el 14 de diciembre de 2015.

International Association for Contract and Commercial Management (IACCM), *Top Negotiated Terms 2015: No News is Bad News*, 2015, disponible en: <http://www2.iacm.com/resources/?id=8930> Consultado el 14 de diciembre de 2015.

International Association for Contract and Commercial Management, ProActive ThinkTank, página web oficial: <https://www2.iacm.com/gp/proactive> Consultado el 14 de diciembre de 2015.

International Association for Contract and Commercial Management (IACCM) *The Top Negotiated Terms: Negotiators Admit They Are On Wrong Agenda, Contracting Excellence Magazine*, julio de 2009, disponible en: <https://www2.iacm.com/resources/?id=8086> Consultado el 14 de diciembre de 2015.

International Communication Union (UIT), *Marco legal reglamentario e investigación sobre el comportamiento de los consumidores de los servicios de telecomunicaciones en América Latina*, marzo de 2015, disponible en: <https://www.itu.int/en/ITU-D/Regional.../Bhvr-Cnsmr-Telco-SP.pdf>

Institutet för Rättsinformatik, The Swedish Law & Informatics Research Institute, página web oficial: <http://irilaw.org> Consultada el 14 de diciembre de 2015.

Nordic School of Proactive Law, página web oficial: <http://www.proactivelaw.org> Consultada el 14 de diciembre de 2015.

Nordic School of Proactive Law, Proactive ThinkTank, disponible en: <http://www.proactivethinktank.com> Consultado el 14 de diciembre de 2015.

REFIT – Making EU law lighter, simpler and less costly, disponible en: http://ec.europa.eu/smart-regulation/refit/index_en.htm Consultado el 14 de diciembre de 2015.

Superintendencia de Industria y Comercio, *Informe telefonía móvil primer trimestre de 2015*, disponible en: <http://www.sic.gov.co/drupal/informes-trimestrales-de-abonados>

The European Economic and Social Committee, página web oficial disponible: <http://www.eesc.europa.eu> Consultado el 14 de diciembre de 2015.

Top-Law-Schools.com, entrevista con D. D. Van Zandt, Northwestern University School of Law, disponible en: <http://www.top-law-schools.com/van-zandt-interview.html> Consultado el 14 de diciembre de 2015.

Tratado de Lisboa (Versión unificada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, art. 301-304, C326, 47, 26 de octubre 26 de 2012, disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/ALL/?uri=CELEX:12012E/TXT> Consultado el 14 de diciembre de 2015.

The European Economic and Social Committee, The EESC in 10 Points, disponible en: http://www.eesc.europa.eu/resources/docs/cese_10q_en.pdf Consultado el 14 de diciembre de 2015.