

# Lo que importa es la intención: La cláusula de mejores esfuerzos (*best efforts*). Apuntes desde el derecho peruano hacia el derecho comparado

*It is intention that matters: The best efforts clause. Notes from peruvian law to comparative law*

**Sergio García Long**

Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, Perú.

Correo electrónico: s.garcial@pucp.edu.pe; s.garcia-long@gmail.com. <https://orcid.org/0000-0001-5120-7907>.

Recibido el 16/06/2021

Aceptado el 15/10/2021

Publicado el 31/12/2021

<http://doi.org/10.21703/issn2735-6337/2021.n39-06>

Brett: I just want you to know  
how sorry we are  
that things got so f\*\*cked up  
with us and Mr. Wallace  
We got into this thing  
with the best intentions,  
really I never -  
Jules: [Shoots Roger]  
Oh I'm sorry  
Did I break your concentration?  
I didn't mean to do that  
Please, continue.  
You were saying something about "best intentions"?

Pulp Fiction, 1994  
Quentin Tarantino

**RESUMEN:** El presente artículo estudia a la cláusula *best efforts* de origen anglosajón, y en específico, conforme al derecho inglés y americano, a efectos de analizar cómo dicha cláusula podría ser entendida cuando es pactada en un contrato sometido a ley de una jurisdicción civilista.

**PALABRAS CLAVE:** Contratos, mejores esfuerzos, *best efforts*, buena fe.

**ABSTRACT:** This article studies the *best effort clause* from *Common Law*, specifically from English and American law, and analyzes how such a clause should be understood in contracts under a civil law jurisdiction.

**KEY WORDS:** Contracts, *best efforts*, *good faith*.

## I. INTRODUCCIÓN

La cláusula de mejores esfuerzos, conocida en el derecho comparado como «*best efforts*» es una provisión contractual que proviene del sistema jurídico anglosajón. Si bien dicha denominación también se encuentra traducida en otros países del derecho continental como en Francia con *meilleurs efforts*, Italia con *migliori sforzi* o en Alemania con *beste Kräfte*, es claro que sus orígenes se encuentran tanto en Estados Unidos de América como en Inglaterra,<sup>1</sup> en donde prevalecen las denominaciones *best efforts* y *best endeavours*, respectivamente.

En general, la cláusula de mejores esfuerzos dispone que una de las partes (o ambas si así se ha pactado) debe realizar sus mejores esfuerzos para intentar lograr un resultado determinado. Esta cláusula, como es pensada y usada en el *Common Law*, no ha recibido un tratamiento unitario y coherente por las siguientes razones: (1) se trata de una disposición vaga que se limita a señalar que una parte deberá realizar sus mejores esfuerzos pero no define qué cosa son mejores esfuerzos o cómo se determinará si la parte realizó efectivamente sus mejores esfuerzos o no, (2) los *common lawyers* no manejan un estándar único de *efforts* al momento de pactar la cláusula, habiéndose creado distintos estándares del nivel de esfuerzos que pueden solicitarse a una parte en virtud de la literalidad usada en la cláusula respectiva, y (3) la jurisprudencia anglosajona no es uniforme al momento de concluir qué cosa es la cláusula de mejores esfuerzos, y más aún, en algunas ocasiones no ha sido precisa al momento de distinguir a la cláusula de mejores esfuerzos de otras disposiciones contractuales como la buena fe (*good faith*).

A pesar de las razones mencionadas, es posible estudiar a esta cláusula para plantear un marco teórico que nos permita entender qué cosa son los mejores esfuerzos en el derecho de contratos y cómo la misma ha sido entendida en el sistema anglosajón, para posteriormente explicar cómo debemos entender a los mejores esfuerzos en sistemas del *Civil Law* como el Perú.

---

<sup>1</sup> FONTAINE (1988), p. 1006.

## II. LA CLÁUSULA DE MEJORES ESFUERZOS

La existencia de la cláusula de *best efforts* se comprende cuando pensamos en los regímenes de responsabilidad contractual en el derecho comparado. El régimen de responsabilidad contractual en el *Civil Law* es la inversa del régimen de responsabilidad contractual en el *Common Law*.

En el *Civil Law* la responsabilidad contractual es subjetiva, esto es, el deudor debe haber incumplido su obligación por culpa. Ante el incumplimiento contractual el deudor será responsable a menos que pruebe la ausencia de culpa o la ocurrencia de causa no imputable (caso fortuito o fuerza mayor). No se admite la responsabilidad contractual objetiva salvo en casos particulares, como podría ser la asunción expresa de una obligación de resultados o la responsabilidad indirecta que procede cuando el deudor se vale de terceros para ejecutar su obligación y el tercero incumple.<sup>2</sup>

Lo contrario ocurre en el *Common Law*. Quien asume un compromiso contractual es responsable por el simple incumplimiento. La culpa no existe en la responsabilidad contractual dado que se trata de una responsabilidad absoluta. Incluso, tradicionalmente se consideraba que eventos fuera del control del deudor no lo eximían de responsabilidad como se definió en *Paradine v. Jane* (1647). Sin embargo, actualmente sí se admiten supuestos de exoneración de responsabilidad como la *impracticability* americana<sup>3</sup> o la *frustration* inglesa.<sup>4</sup>

Debido a esta realidad del sistema anglosajón, que generalmente no admite excusas ante el incumplimiento contractual, las partes prefirieron no asumir compromisos contractuales sobre eventos que están fuera de su control pues la responsabilidad contractual es objetiva: el deudor responde si el resultado no ocurre. Fue por esta razón que las partes empezaron a pactar una cláusula por el cual el deudor no asuma el resultado sino simplemente a realizar sus mejores esfuerzos.<sup>5</sup>

La cláusula de mejores esfuerzos representa el compromiso que tiene una parte de ejecutar ciertas conductas a efectos de lograr un resultado deseado. Esta cláusula se puede encontrar en la práctica anglosajona de tres maneras:<sup>6</sup> (1) mediante pacto expreso, (2) de manera implícita por la naturaleza misma del contrato, por ejemplo en los contratos de distribución, agencia o licencia,<sup>7</sup> o (3) por aplicación de la sección §2-306(2) del Uniform Commercial Code.<sup>8</sup> Sin perjuicio de ello, los alcances y particularidades de la cláusula de mejores esfuerzos se encuentra en el pacto expreso pues en tales

---

<sup>2</sup> Este supuesto de responsabilidad contractual se encuentra regulado en el artículo 1325 del Código Civil peruano: "El deudor que para ejecutar la obligación se vale de terceros, responde de los hechos dolosos o culposos de éstos, salvo pacto en contrario".

<sup>3</sup> Véase WALTER (1987); TRIMARCHI (1991); SMYTHE (2011).

<sup>4</sup> BEALE, BISHOP y FURMSTON (2008); MCKENDRICK (2012). En el Perú véase ESPINOZA (2018).

<sup>5</sup> Véase LIVI (2019), p. 627.

<sup>6</sup> FARNSWORTH (1984), pp. 4-5.

<sup>7</sup> El *leading case* sobre los *best efforts* implícitos es *WOOD v. LUCY, LADY DUFF-GORDON* (1917). Véase LONG (1986); COPLAN (2002); MILLER (2006), p. 616.

<sup>8</sup> "A lawful agreement by either the seller or the buyer for exclusive dealing in the kind of goods concerned imposes unless otherwise agreed an obligation by the seller to use best efforts to supply the goods and by the buyer to use best efforts to promote their sale".

situaciones se puede observar una variedad de técnicas de redacción (*drafting*) utilizados por los abogados anglosajones.

La cláusula de mejores esfuerzos tiene tres características principales: (1) identifica cuál es el resultado que se pretende obtener, (2) la parte no garantiza la obtención del resultado, y (3) se compromete solo a realizar sus mejores esfuerzos para lograr el resultado sin definir cuáles serán las conductas idóneas para conseguir tal resultado deseado. Como vemos, existen dos aspectos que se mantienen como inciertos: (a) las conductas que debe realizar la parte para que se considere si realizó sus mejores esfuerzos, y (b) la obtención del resultado deseado.

De todas las características mencionadas, la más importante es la indeterminación respecto a las conductas que debe realizar el deudor en virtud de la cláusula de mejores esfuerzos. ¿Qué debe hacer el deudor para demostrar que ha realizado sus mejores esfuerzos?<sup>9</sup> Como se pregunta Farnsworth:<sup>10</sup> “*How hard must one try if one has undertaken to use best efforts?*”. La doctrina americana ha propuesto diversos estándares a ser tomados en cuenta (*good faith*,<sup>11</sup> *diligence insurance*,<sup>12</sup> *fiduciary duty*,<sup>13</sup> *joint maximization*,<sup>14</sup> *subjective*,<sup>15</sup> *objective*<sup>16</sup>), sin embargo, en la jurisprudencia no existe una guía clara al respecto.<sup>17</sup>

Dicha cláusula, tal y como es redactada comúnmente, no define un listado de comportamientos que podrán considerarse como objeto de los mejores esfuerzos. Las partes se limitan a señalar que una de ellas deberá realizar sus mejores esfuerzos para conseguir cierto resultado. Es esta indefinición y vaguedad lo que típicamente caracteriza a la cláusula de mejores esfuerzos.<sup>18</sup>

Por ello, Hertz y Targoff se refieren a la “[...] *inherent imprecision associated with the mere use of a best efforts*”.<sup>19</sup> Por su parte, Sergent describe a los mejores esfuerzos como un “*amorphous contract provision*”,<sup>20</sup> al igual que Goldberg, que también lo considera como un concepto amorfo.<sup>21</sup> Scott y Triantis

---

<sup>9</sup> COPLAN (2002): “*Although the term “best efforts” seems innocuous, its simple meaning is deceiving*”; PARK (2006, p. 705): “*Today, the law of best-efforts obligations is deeply unsettled, badly in need of clarity*”.

<sup>10</sup> FARNSWORTH (1984), p. 1.

<sup>11</sup> Significa aplicar la buena fe como estándar.

<sup>12</sup> Significa aplicar un estándar que priorice el interés del deudor.

<sup>13</sup> Significa aplicar un estándar que priorice el interés del acreedor.

<sup>14</sup> Significa aplicar un estándar que maximice al interés de ambas partes.

<sup>15</sup> Significa aplicar un estándar que mire a la particular posición del deudor y sus habilidades.

<sup>16</sup> Significa aplicar un estándar general (el hombre prudente, el hombre razonable, el buen padre de familia), independiente de la posición del deudor.

<sup>17</sup> Véase MILLER (2006); PARK (2006).

<sup>18</sup> GOLDBERG (2000), p. 1465: “*When contracting parties cannot quite define their obligations, they often resort to placeholder language, like best efforts*”.

<sup>19</sup> HERTZ y TARGOFF (2002, p. 16. Véase también ADAMS (2013): “[...] *it does not have a specific meaning*”.

<sup>20</sup> SERGENT (2007), p. 46.

<sup>21</sup> GOLDBERG (2000), p. 1484.

explican que “*effort is non verifiable*”.<sup>22</sup> Finalmente, Goetz y Scott indican que “[...] *the precise legal meaning to be attached to a best efforts requirement is not at all clear, either from a consideration of the case law or from theoretical discussions in standard legal scholarship*”.<sup>23</sup>

El pacto de cláusulas vagas e indeterminadas en su ámbito de aplicación representa una delegación de las partes en favor de los tribunales para que sean éstos los que completen el alcance de la cláusula en caso surja alguna controversia. Dado que es costoso para las partes definir todos los comportamientos que el deudor deberá realizar para pretender lograr el resultado esperado, resulta eficiente no definir con precisión todas las conductas posibles *ex ante* sino *ex post*.<sup>24</sup> Solo en caso las partes no se pongan de acuerdo, según lo ocurrido en los hechos respecto a si el deudor realizó o no las conductas suficientes para cumplir con sus mejores esfuerzos, entonces será necesario que un tercero resuelva dicha controversia *ex post*. Si los costos no son tan altos, entonces los tribunales decidirán si el deudor cumplió o no con realizar sus mejores esfuerzos. Si los costos son prohibitivos, será deseable que las partes asuman ahora aquellos costos de negociación que no quisieron asumir en un principio y así puedan llegar a un acuerdo a través de la renegociación.

Por esta razón es evidente que el cumplimiento o no por parte del deudor de la cláusula de mejores esfuerzos es una labor casuística que dependerá de la redacción de la cláusula en concreto, de los hechos del caso y las circunstancias del mismo, o como dicen los *common lawyers*, la determinación del alcance de tal cláusula es *fact intensive*.<sup>25</sup>

Para entender correctamente a la cláusula de mejores esfuerzos debemos pensarla como un tipo de diligencia que debe realizar el deudor para pretender lograr un resultado.<sup>26</sup> “*Best efforts is a standard that has diligence as its essence*” –explica Farnsworth.<sup>27</sup> Este es un aspecto muy interesante porque demuestra cómo la práctica comercial no se ha limitado a los estándares supletorios o imperativos existentes en la normativa aplicable, por el contrario, se han definido y propuesto estándares más precisos y exigentes.

<sup>22</sup> SCOTT y TRIANTIS (2006), p. 825.

<sup>23</sup> GOETZ y SCOTT (1981), p. 1111.

<sup>24</sup> JONES DAY (2007): “*Many times, efforts clauses are included precisely because expected performance may be difficult or impossible to define at the time of the contract’s creation*”.

<sup>25</sup> HERTZ y TARGOFF (2002), p. 14: “*As one New York case put it, the clause necessarily takes its meaning from the circumstances.*”; SHINE (2004, p. 16): “*Whether a party has used its best efforts in a particular situation is obviously a factual question*”; ACEVEDO REHBEIN (2006), p. 108: “[...] *las cortes analizarán las cláusulas de mejores esfuerzos mirando cada caso en concreto*”; MILLER (2006), p. 618: “*Therefore, no matter what standard a court uses to determine whether a party’s actions are sufficient in light of a best efforts promise, that determination cannot be made without an examination of the facts surrounding the agreement*”; SERGENT (2007, p. 50): “*What will constitute reasonable efforts under a contract expressly or impliedly calling for them is largely a question of fact* [...]”; LYONS, BUFFIER, FORT y JENNEJOHN (2014), p. 5: “[...] *precedent of treating a best efforts analysis as a fact intensive inquiry*”; ESPOSITO y KAUFMAN (2016): “*Because questions of commercial reasonableness are necessarily fact-intensive*”.

<sup>26</sup> CAPATINA (1988), p. 1044: “*Autrement dit, une diligence équivalente aux «best efforts»*”; ADAMS (2004), p. 13: “*Other recent cases have followed Professor Farnsworth [...] in describing the appropriate standard as one of diligence*”; ACEVEDO REHBEIN (2006), p. 108: “[...] *las cláusulas de mejor esfuerzo tienen las siguientes características: [...] 4. Involucran diligencia. [...]*”; TUCKER y YINGLING (2008), p. 72: “*By calibrating the level of efforts to complete the transaction, both parties try to obligate the other to perform diligently*”.

<sup>27</sup> FARNSWORTH (1984), p. 8.

Estos estándares se pueden ubicar tanto: (1) a nivel de la rigurosidad de los medios que deben emplearse para intentar conseguir un resultado, y (2) a nivel de la calidad del resultado. En otras palabras, estamos ante modificaciones convencionales a las reglas supletorias de la responsabilidad contractual destinadas a agravar el nivel de diligencia exigible y la calidad del cumplimiento.<sup>28</sup>

Pensemos en un contrato de servicio de asesoría legal. Supongamos que un abogado es contratado para asesorar al demandante en un caso de responsabilidad extracontractual contra una empresa que le causó daños. En un servicio como el mencionado el abogado puede comprometerse a realizar diversas conductas específicas (los medios) para lograr un fallo judicial favorable (el resultado). Por definición, en un servicio como el mencionado el abogado no puede garantizar que ganará el caso desde que existen muchos factores endógenos y exógenos que pueden afectar la decisión del juez. Solo para llegar a un extremo, un estudio en ciencias sociales ha demostrado que los jueces tienden a emitir más fallos favorables después del almuerzo que antes del mismo. En otras palabras, un juez con hambre es más peligroso que un juez con la barriga llena.<sup>29</sup> Entonces, cualquier abogado no se arriesgaría desde el inicio a garantizar al 100% un fallo favorable.

Sin perjuicio que el abogado no pueda garantizar un fallo favorable, el demandante sabe que no existe un solo tipo de estándar que pueda exigir al abogado a efectos de que gane el caso. Podría ser recomendable pactar en el contrato un estándar superior de esfuerzos a aquellos que se aplican supletoriamente o imperativamente a todo tipo de contrato.

En la ejecución de los contratos el Código Civil peruano regula como estándar supletorio a la diligencia ordinaria<sup>30</sup> y como estándar imperativo a la buena fe,<sup>31</sup> como requerimientos de cómo las partes deben ejecutar los contratos. Sin perjuicio que el abogado no garantice el resultado, deberá realizar una defensa de tal manera que cumpla con la diligencia ordinaria y la buena fe.

Pero al aplicarse estos estándares de manera supletoria a todos los contratos, las partes podrían pactar un estándar convencional superior a la simple diligencia ordinaria y a la buena fe. El demandante podría incluir un pacto por el cual le exija a su abogado a realizar sus mejores esfuerzos, a cumplir su prestación con una diligencia superior a la ordinaria o a cumplir con los estándares profesionales que se usan en este tipo de procesos judiciales, lo que en otro tipo de contratos se conoce como las prácticas aceptadas por la industria o los usos y costumbres. En estos casos el abogado no podría mantener una conducta pasiva y simplemente redactar una demanda pequeña y sin muchos fundamentos de hecho y de derecho. Los mejores esfuerzos implican que deberá elaborar la mejor demanda posible para este tipo de procesos judiciales.

---

<sup>28</sup> JORDANO FRAGA (1987), p. 330-331.

<sup>29</sup> DANZINGER, LEVAV Y AVNAIM-PESSO (2011), p. 6889.

<sup>30</sup> "Artículo 1314: Quien actúa con la diligencia ordinaria requerida, no es imputable por la inexecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso".

<sup>31</sup> "Artículo 1362: Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes". En relación a la buena fe, en el Código Civil peruano la buena fe interpretativa también está reconocida en el artículo 168: "El acto jurídico debe ser interpretado de acuerdo con lo que se haya expresado en él y según el principio de buena fe".

Entonces, a pesar que el abogado no se compromete a obtener un resultado en concreto, sí se compromete a un nivel de diligencia mayor que el regulado de manera supletoria. Claramente este tipo de estándar convencional superior al ordinario tendrá un impacto directo en la responsabilidad contractual del abogado. El abogado no podrá liberarse de responsabilidad ante la obtención de un fallo judicial perjudicial probando simplemente la ausencia de la culpa ordinaria. Solo podrá liberarse de responsabilidad probando, por ejemplo, que realizó sus mejores esfuerzos para lograr el resultado deseable. Por ello, es muy gráfico cuando un autor señala que este tipo de cláusulas como los mejores esfuerzos está dirigida a agravar la responsabilidad contractual del deudor.<sup>32</sup>

El uso de diferentes estándares que puede emplear una parte (agente) cuando debe realizar algo en favor de otro (principal) también se evidencia de manera clara en la Sección §379 del *Restatement (Second) of Agency*. Según el primer párrafo de la sección §379, si el contrato de agencia es oneroso, entonces el agente está sujeto a un “*duty to the principal to act with the standard care and with the skill which is standard in the locality for the kind of work which he is employed to perform and, in addition, to exercise any special skill that he has*”

Por el contrario, si el contrato de agencia es uno gratuito el agente simplemente está sujeto, conforme al segundo párrafo de la misma sección §379, a un “*duty to the principal to act with the care and skill which is required of persons not agents performing similar gratuitous undertakings for others*”. En simple, solo cuando el agente recibe una remuneración tiene el deber de cumplir con un estándar que le exige usar sus habilidades especiales como agente, de lo contrario, deberá ejecutar el encargo como si no fuera un agente especializado.

Algo similar ocurre en el Código Civil peruano, aunque a la inversa. Por ejemplo, el artículo 1762 señala que “*Si la prestación de servicios implica la solución de asuntos profesionales o de problemas técnicos de especial dificultad, el prestador de servicios no responde por los daños y perjuicios, sino en caso de dolo o culpa inexcusable*”. En vez de señalar que en asuntos de difícil dificultad el deudor deberá ejercer una diligencia superior a la ordinaria para intentar lograr el resultado, indica que el deudor no será responsable por culpa leve en caso no logre el resultado esperado. En última instancia, lo que se hace es reducir el estándar de responsabilidad contractual por ejecución de prestaciones de especial dificultad.

La variedad de estándares también se encuentra presente en relación a la calidad del resultado. Si estamos ante un supuesto en donde el deudor se obliga a obtener un resultado en específico, ello es distinto a las diversas calidades que podría caracterizar al resultado en concreto. Pensemos por un momento en las obligaciones de dar un bien incierto para ilustrar esta idea. En tales supuestos el deudor se obliga a entregar un bien que aún no ha sido determinado y que pertenece a un género en concreto. Por ejemplo, se puede comprometer a entregar dos kilos de tomate. Aunque esté especificado que el deudor debe entregar dos kilos de tomate, no está especificado la calidad de los tomates (algunos pueden estar en buen estado mientras que otros no).

---

<sup>32</sup> CAPATINA (1988), p. 1043: “*En essence, cette clause tend à aggraver la responsabilité du débiteur contractuel*”.

La elección del bien específico que finalmente se entregará se regula conforme al artículo 1143 del Código Civil peruano,<sup>33</sup> por el cual, si la elección corresponde al deudor no puede elegir tomates de calidad inferior a la media (sino entregaría los tomates de mala calidad) y si la elección corresponde al acreedor no puede elegir tomates de calidad superior a la media (de lo contrario elegiría los mejores tomates para sí mismo). Es evidente que en virtud de la autonomía privada las partes podrán pactar un estándar de calidad distinto al supletorio o más exigente que uno imperativo. Por ejemplo, se podría pactar que si la elección la tiene el acreedor, que podrá elegir bienes de calidad superior a la media.

El ejemplo de las obligaciones de dar un bien incierto demuestra claramente que es distinto comprometerse a un resultado en concreto que a comprometerse a una calidad específica de un resultado. Si el deudor se obliga a elaborar y entregar un cuadro, cumplirá si elabora y entrega el cuadro. Pero si el acreedor incorpora en el contrato que el deudor deberá elaborar y entregar un cuadro de calidad superior a la ordinaria (no es lo mismo elaborar un cuadro que se usará como adorno en una casa que uno que se exhibirá en un museo famoso), entonces el pintor solo cumplirá si elabora y entrega un cuadro de tal calidad superior.

Estos ajustes contractuales que suelen usarse en la práctica demuestran que en ocasiones las partes prefieren por imponer mayores estándares de diligencia o de calidad que aquellos que serían aplicables a falta de pacto. Un buen ejemplo de la imposición de un estándar superior a la simple diligencia ordinaria es precisamente la cláusula de mejores esfuerzos. Como afirma Acevedo Rehbein: “[...] cuando las partes acuerdan incluir cláusulas de mejores esfuerzos en sus contratos deben tener presente que las cortes esperan un nivel de diligencia bastante alto en el cumplimiento de sus obligaciones”.<sup>34</sup>

#### **A. La experiencia americana**

Lo particular de esta cláusula anglosajona es que no solo se limita a ser una cláusula vaga que impone un estándar mayor a la diligencia ordinaria, sino que en la práctica la misma puede imponer diferentes estándares de *efforts* según como sea redactada la cláusula concreta. De manera general podemos hablar de la cláusula de mejores esfuerzos como una categoría o género. Sin embargo, también puede hacer referencia al estándar de *efforts* que se exige en virtud de un pacto específico.

Por tales motivos, y a efectos didácticos, para comprender cómo se redacta este tipo de cláusula en la experiencia anglosajona debemos establecer en adelante una metodología semántica: (a) cuando nos refiramos a la cláusula de «mejores esfuerzos» estaremos haciendo referencia a la institución contractual sin detallar cuál es el estándar utilizado en concreto. Para ello también usaremos sim-

---

<sup>33</sup> “Artículo 1143: En las obligaciones de dar bienes determinados sólo por su especie y cantidad, la elección corresponde al deudor, salvo que lo contrario resulte de la ley, del título de la obligación o de las circunstancias del caso. Si la elección corresponde al deudor, debe escoger bienes de calidad no inferior a la media. Si la elección corresponde al acreedor, debe escoger bienes de calidad superior a la media. Si la elección corresponde a un tercero, debe escoger bienes de calidad media”.

<sup>34</sup> ACEVEDO REHBEIN (2006), p. 117.

plemente la denominación «*efforts*», y (b) cuando queramos referirnos a un estándar específico de *efforts*, mantendremos la denominación anglosajona original, por ejemplo, «*best efforts*», «*reasonable best efforts*», «*reasonable efforts*», «*commercially reasonable efforts*», «*good faith efforts*», «*best endeavours*», «*all reasonable endeavours*», «*reasonable endeavours*», entre otros.

Esta denominación es importante porque para los *common lawyers* no es lo mismo pactar *best efforts* que *reasonable efforts*.<sup>35</sup> En el sistema anglosajón se prima la voluntad literal de las partes y se presta mucho énfasis al *drafting* de los contratos. Si bien para un civilista podría parecer lo mismo hablar de *best efforts* y *reasonable efforts*, para un *common lawyer* el «*best*» y el «*reasonable*» imponen estándares distintos de *efforts*.

En el derecho americano, para los abogados el *best efforts* es el estándar más riguroso y oneroso que puede imponer una cláusula de *efforts*.<sup>36</sup> Por definición, «*best*» significa todo lo que sea posible realizar para lograr el resultado pretendido y, en consecuencia, no se limita a imponer simplemente lo que sea razonable. “*Thus, certainly one could argue that “best efforts” requires one to do one’s best, not simply to do something reasonable*”.<sup>37</sup> Por ejemplo, un deudor obligado por una cláusula *best efforts* podría verse compelido a asumir un costo excesivo para conseguir el resultado pactado, incluso hasta el punto de sacrificar sus propios intereses y a generarse un daño a sí mismo hasta llegar a la quiebra, todo en favor del acreedor.

Como explica Adams: “*The conventional wisdom among corporate lawyers is that best efforts is the most onerous of the efforts standards –that the promisor is required to do everything in its power to accomplish the goal, even if it bankrupts itself in the process– while other efforts standards are less onerous*”.<sup>38</sup>

Un caso muy ilustrativo es lo señalado por la *New York Supreme Court* en *Showtime Networks v. Comsat* (1998). En tal caso la corte demostró el alto estándar que podría terminar imponiéndose a una de las partes en virtud de una cláusula vaga como *best efforts*. La corte señaló que “*difficulty of performance occasioned only by financial difficulties, even to the extent of insolvency, does not excuse performance of the contract*» y que «*the cost of providing the Showtime programming and its unprofitability does not excuse [Comsat’s] performance of this provision*”.<sup>39</sup>

Sin embargo, posteriormente las cortes han rechazado que en virtud de la cláusula *best efforts* se pueda imponer un estándar tan oneroso en contra de una de las partes incluso hasta el punto de

---

<sup>35</sup> LIVI (2019), p. 620.

<sup>36</sup> JONES DAY (2007): “*The conventional wisdom among contract lawyers is that the best-efforts standard is the most onerous of the efforts standards. Some believe that a simple best-efforts clause requires a promisor to do everything in its power to accomplish the obligation, including spending unlimited amounts of money, time, and effort, all to the promisor’s detriment*”; FOX (2008), p. 90: “[...] most practitioners take the view that an obligation to use best efforts includes the obligation to make every possible effort, and to use all possible financial resources, to achieve the desired goal. [...] For this reason, a “best efforts” standard is often resisted”.

<sup>37</sup> SERGENT (2007), p. 50.

<sup>38</sup> ADAMS (2004), pp. 12-13.

<sup>39</sup> HERTZ y TARGOFF (2002), p. 15.

sacrificar sus propios intereses en favor del beneficiario de la cláusula. Ello fue reconocido en el ampliamente estudiado<sup>40</sup> y *leading case* americano *Bloor v. Falstaff* (1979).<sup>41</sup>

Ballantine era una cervecería local que operaba en New York y que fue vendida a *Investors Funding Corporation* (IFC) en 1969. En 1972 IFC dejó el negocio de cervecería por pérdidas y vendió el negocio de Ballantine a Falstaff, una cervecería más grande pero sin presencia en Nueva York. Como parte del acuerdo, Falstaff pagó un precio fijo de USD 4 millones y debía pagar una regalía (*earn-out*) de 50 centavos por la venta de cada barril de Ballantine como lo venía promocionando IFC (además de la venta de las propias cervezas de Falstaff), para lo cual el contrato requería que Falstaff “[to] use its best efforts to promote and maintain a high volume of sales” de la marca Ballantine.

Sin embargo, las ventas no fueron exitosas. En 1975, Paul Kalmanovitz tomó control efectivo de Falstaff y cambió dramáticamente sus operaciones, entre ellas, cortó el presupuesto de promoción para Ballantine en cerca de un 90%, redujo personal y cerró cuatro de seis centros de distribución. Entonces las ventas de Ballantine se desplomaron. Entre las razones se alegó una reducción general en la industria, pero las ventas de Ballantine disminuyeron más rápido que las de otros competidores en situaciones similares. Mientras tanto, IFC entró en bancarrota y Bloor, el trustee de IFC, demandó a Falstaff por incumplir su deber de realizar sus mejores esfuerzos en promover a Ballantine, lo cual habría ocurrido por las decisiones de Kalmanovitz.

La corte de primera instancia señaló que Falstaff había incumplido la cláusula de *best efforts*. La corte de segunda instancia confirmó lo resuelto, aunque reconoció que “the best efforts clause did not require Falstaff to spend itself into bankruptcy” y que “The requirement that a party use its best efforts necessarily does not prevent the party from giving reasonable consideration to its own interests”. En otras palabras, una parte sujeta a una cláusula *best efforts* no tiene que realizar todos los posibles actos, incluyendo los más onerosos, que sean necesarios para lograr el resultado, desde que ella puede tener en cuenta razonablemente sus propios intereses.

El *reasonable efforts*, por el contrario, impone un estándar menos gravoso en comparación al *best efforts* pues semánticamente «reasonable» es menor a «best». <sup>42</sup> Como explica Fox: “[...] the reasonableness standard is the device most frequently used to soften the hard edges of contract provisions”.<sup>43</sup>

Una parte obligada por un *reasonable efforts* no estaría compelida a realizar todo aquello que esté a su alcance para obtener el resultado, sino que se limitaría a aquello que sea razonable. Claramente estaría excluida dentro de las conductas que deba ejecutar el deudor aquellas que impliquen asumir costos excesivos y a ocasionarse daños así mismo.

---

<sup>40</sup> SPECIAL REPORT (1980); GOETZ y SCOTT (1981), p. 1120-1123; FARNSWORTH (1984), p. 10-12; LONG (1986), p. 1729-1730; FONTAINE (1988), p. 1007-1008; GOLDBERG (2000); HERTZ y TARGOFF (2002), p. 14; ADAMS (2004), p. 13; SHINE (2004), p. 16; MILLER (2006); PARK (2006); JONES DAY (2007); ACEVEDO REHBEIN (2006), p. 104-105; SERGENT (2007), p. 50.

<sup>41</sup> *Bloor con Falstaff Brewing Corp.* (1979).

<sup>42</sup> COPLAN (2002), p. 734.

<sup>43</sup> FOX (2008), p. 88.

Como se ha señalado en *LTV Aerospace v. Thomson*:<sup>44</sup> “The standard imposed by a ‘reasonable efforts’ clause such as the contained in section 7.01 of the Agreement is indisputably less stringent than that imposed by the ‘best efforts’ clauses contained elsewhere in the Agreement”.<sup>45</sup> De igual manera, como se señaló en el caso canadiense *Diamond Robinson Building Ltd. v. Conn*:<sup>46</sup> “It is now well established in law that a party who contracts to use their ‘best efforts’ faces a more onerous obligation than a person who contracts to use reasonable efforts”.<sup>47</sup>

Debido a esta alta precisión en la redacción de los contratos en la experiencia americana, también existe el estándar del *reasonable best efforts*. Este sería un intermedio entre el *best efforts* y el *reasonable efforts*. Siendo el «best» la palabra que implica la mayor exigencia de *efforts*, añadir el «reasonable» antes del «best» implica matizar el estándar más exigente. Ya no se trata de realizar todo lo que sea factible, sino de realizar todo aquello que sea factible pero a su vez también razonable.<sup>48</sup>

En este sentido, la jerarquía de *efforts* sería la siguiente: (1) *best efforts*, (2) *reasonable best efforts*, y (3) *reasonable efforts*. Adicionalmente, y principalmente en operaciones comerciales, se usa la denominación «commercially reasonable efforts». Claramente este estilo de redacción pretende evitar el alto estándar de exigencia que impone el *best efforts* y, precisamente, por eso no usa la denominación «best». ¿Pero qué ocurre con el *reasonable efforts*? ¿Es igual al *commercially reasonable efforts*?

El ABA Committee on Mergers and Acquisitions considera que el *commercially reasonable efforts* es un estándar menor al *reasonable efforts*. Incluso, por debajo del *commercially reasonable efforts* se encontraría otro estándar de *efforts* denominado *good faith efforts*.<sup>49</sup>

Para nosotros, el *commercially reasonable efforts* es un estándar similar al *reasonable efforts*. La única diferencia es que se agrega el «commercially» para que sea indiscutible que el deudor no debe realizar cualquier tipo de conducta sino una razonable en términos comerciales,<sup>50</sup> lo cual implica que el deudor no está requerido a subordinar sus propios intereses. Como se ha señalado en el caso *MBIA v.*

<sup>44</sup> *LTV Aerospace v. Thomson* (1996).

<sup>45</sup> *LTV Aerospace and Defense Co. con Thomson* (In re Chateaugay) (1996). Sin embargo, se ha cuestionado el valor como precedente de esta decisión que distingue entre *best efforts* y *reasonable efforts*. Véase SHINE (2004), p. 16: “The only case that clearly supports this view is *LTV Aerospace and Defense Company v. Thomson-CSF S.A.* However, *LTV* is a bankruptcy court decision and, although the court applies New York law, its precedential value is obviously limited”.

<sup>46</sup> *Diamond Robinson Building Ltd. v. Conn* (2010).

<sup>47</sup> ADAMS (2014b), p. 13.

<sup>48</sup> SHINE (2004), p. 15: “Best efforts is at the top of the scale and is generally perceived to mean that a party must do all that can possibly be done to seek and obtain an end, even if the impact would be materially adverse to the seeking party and even if there is a material monetary cost to the action. “Reasonable best efforts” is a level down from the top end of the scale and is generally perceived as requiring substantial efforts be exerted in the process, but that a party would not ultimately be required to take any actions that would be commercially unreasonable under the circumstances”.

<sup>49</sup> *Akorn con Fresenius* (2018).

<sup>50</sup> ADAMS (2004), p. 15: “Commercially reasonable efforts should mean the same thing as reasonable efforts [...]”; SHINE (2004, p. 15): “Finally, “commercially reasonable efforts” is toward the bottom of the scale and is generally perceived as limiting both the effort required to be exerted in the process as well as what a party may ultimately be obligated to do in order to obtain the desired end”.

Patriarch Partners:<sup>51</sup> “[a] contractual requirement to act in a commercially reasonable manner does not require a party to act against its own business interests”<sup>52</sup>

Si las partes están celebrando una operación comercial, es evidente que la razonabilidad está pensada en términos comerciales porque se refiere al caso en concreto. Por ello, en operaciones comerciales el uso del «commercially» al lado del «reasonable» es redundante. Sirve para mayor precisión en la delimitación del estándar de *efforts* pero no implica la imposición de un estándar diferente.

A efectos ilustrativos, tendríamos la siguiente jerarquía en los estándares de *efforts*: (1) *best efforts*, (2) *reasonable best efforts*, (3) *reasonable efforts*, (4) *commercially reasonable efforts*, y (5) *good faith efforts*. Este uso excesivo de palabras en una serie de diversas combinaciones con el objetivo de lograr la precisión perfecta, es lo que algunos abogados corporativos han llamado como «extensive wordsmithing»<sup>53</sup> e incluso como «misbegotten literal mindedness».<sup>54</sup>

Sin perjuicio de que es común considerar en el derecho americano que la jerarquía de *efforts* se estructura como lo acabamos de explicar, la jurisprudencia puede generar incluso mayor confusión de la que ya existe. En *The Williams Companies v. Energy Transfer Equity*,<sup>55</sup> en el contrato de fusión se pactó tanto un *reasonable best efforts* como un *commercially reasonable efforts*. La Delaware Court of Chancery se pronunció sobre el estándar del *commercially reasonable efforts* (que supuestamente es un estándar menor al *reasonable best efforts*) y señaló lo siguiente: “I find that, by agreeing to make “commercially reasonable efforts” to achieve the 721 Opinion, the Partnership necessarily submitted itself to an objective standard –that is, it bound itself to do those things objectively reasonable to produce the desired 721 Opinion in the context of the agreement reached by the parties”<sup>56</sup>

Posteriormente, la Delaware Supreme Court señaló en el mismo caso,<sup>57</sup> que *commercially reasonable efforts* impone “an affirmative obligation on the parties to take all reasonable steps to obtain the 721 Opinion [...]”. Por su parte, en una opinión disidente a dicho fallo, el Juez Strine señaló que *commercially reasonable efforts* “is an affirmative covenant and a comparatively strong one”<sup>58</sup>

En resumen, parece que en Delaware se insinúa que la cláusula de *commercially reasonable efforts* es un estándar objetivo y uno fuerte que impone una obligación afirmativa de realizar todo aquello que sea razonable para lograr un resultado. De esta manera, parece que el *commercially reasonable efforts*

---

<sup>51</sup> MBIA v. Patriarch Partners (2013).

<sup>52</sup> ESPOSITO y KAUFMAN (2016).

<sup>53</sup> ARNOLD & PORTER (2016).

<sup>54</sup> ADAMS (2014a), p. 21.

<sup>55</sup> Williams Cos., Inc. v. Energy Transfer Equity (2016).

<sup>56</sup> Véase también PAUL, WEISS, RIFKIND, WHARTON & GARRISON (2016).

<sup>57</sup> Williams Cos. v. Energy Transfer Equity (2016).

<sup>58</sup> ADAMS (2014a), p. 25.

que para los abogados es uno de los estándares más débiles, sería tan riguroso o incluso más fuerte que el *reasonable best efforts*.

Así es como la *Delaware Supreme Court* se aparta de aquél pronunciamiento por parte de la *Delaware Court of Chancery* en *Hexion Specialty Chemicals, Inc. v. Huntsman Corp.*,<sup>59</sup> en donde señaló que *commercially reasonable efforts* era similar a *reasonable best efforts*.<sup>60</sup>

Debido a que usualmente Delaware suele tener la última palabra en temas corporativos, este reciente pronunciamiento de la *Delaware Supreme Court* ha generado que los abogados corporativos<sup>61</sup> ya empiecen a alterar el orden de la jerarquía de los *efforts*. Ahora tendríamos el siguiente orden: (1) *best efforts*, (2) *commercially reasonable efforts*, y (3) *reasonable best efforts*. Lamentablemente, el exceso de combinaciones de palabras que a veces usan los abogados corporativos y las decisiones cambiantes que se pueden presentar en una misma jurisdicción a lo largo de los años, puede no ser una buena combinación para establecer parámetros claros respecto a una cláusula indeterminada como los *best efforts*.

Es interesante observar cómo la jurisprudencia americana se ha pronunciado respecto a estas técnicas de redacción (*drafting*) de los abogados para diferenciar entre distintos estándares de *efforts*. Para hacer las cosas aún más complicadas, las cortes americanas han comentado que la distinción de estándares es una simple exquisitez semántica que no debería afectar el alcance de la cláusula. Como explica Adams:<sup>62</sup> “*The case law on the meaning of best efforts suggest that instead of representing different standards, other efforts standards mean the same thing as best efforts, unless a contract definition provides otherwise*”.

Diversas cortes han utilizado el término «razonabilidad» para calificar el alcance de los *efforts*. Como se ha explicado de manera ilustrativa en el conocido caso *Coady v. Toyota*:<sup>63</sup> “*Best efforts [...] cannot mean everything possible under the sun [...] ‘Best efforts’ is implicitly qualified by a reasonableness test [...]*”.<sup>64</sup> En *Kroboth v. Brent*,<sup>65</sup> la corte señaló que “*Best efforts requires that plaintiffs pursue all reasonable methods [...]*”.<sup>66</sup> Por su parte, en *Corporate Lodging Consultants v. Bombardier Aero Corp.*,<sup>67</sup> se señaló que “*Best efforts does not mean perfection and expectations are only justifiable if they are reasonable*”.<sup>68</sup>

---

<sup>59</sup> *Delaware Court of Chancery* en *Hexion Specialty Chemicals, Inc. v. Huntsman Corp.* (2008).

<sup>60</sup> ADAMS (2014a), p. 12.

<sup>61</sup> TOEDT III (2017).

<sup>62</sup> ADAMS (2004), p. 14.

<sup>63</sup> *Coady v. Toyota* (2004).

<sup>64</sup> ADAMS (2004), p. 13. Véase también ACEVEDO REHBEIN (2006), p. 104.

<sup>65</sup> *Kroboth v. Brent* (1995).

<sup>66</sup> SERGENT (2007), p. 50.

<sup>67</sup> *Corporate Lodging Consultants v. Bombardier Aero Corp.* (2005).

<sup>68</sup> *Corporate Lodging Consultants, Inc. con Bombardier Aero Corp.* (2005).

Si el alcance del *best efforts* debe interpretarse en virtud de parámetros de razonabilidad según el caso en concreto, entonces ¿cuál es el sentido de distinguir al *best efforts* del *reasonable best efforts* y del *reasonable efforts*? Originalmente la distinción propuesta por los abogados tenía sentido –al menos semánticamente y en virtud de la literalidad de cada palabra usada en la denominación del estándar– siempre que el «*best*» sea superior al «*reasonable*». Por ende, se justificaba tener en primer lugar al *best efforts*, en segundo lugar al *reasonable best efforts* (se añade el «*reasonable*» al «*best*» para matizarlo), y en tercer lugar al *reasonable efforts* (se elimina completamente al «*best*» de la denominación).

Pero teniendo en cuenta que el *best efforts* no puede ejecutarse de manera ilimitada en perjuicio del deudor, varias cortes han preferido pensar al *best efforts* en términos de razonabilidad. Por este motivo la tendencia de muchas cortes americanas ha sido la de rechazar las diferentes denominaciones propuestas por los abogados de diferenciar entre estándares de *efforts*, y en consecuencia, señalan que su uso puede ser indistinto.

Como se ha indicado en *Permanence v. Kennametal*, un caso de un *best efforts* implícito: “While the phrase ‘best efforts’ is often used to describe the extent of the implied undertaking, this has properly been termed an ‘extravagant’ phrase. A more accurate description of the obligation owed would be the exercise of ‘due diligence’ or ‘reasonable efforts’”.<sup>69</sup> Por su parte, en *Trecom v. Prasad* se concluyó que el uso de *best efforts* o *reasonable efforts* es «merely an issue of semantics». <sup>70</sup> En Australia, la *High Court* señaló en *Electricity Generation Corporation v. Woodside Energy Ltd.*,<sup>71</sup> que no existe diferencia entre el *best endeavours* y el *reasonable endeavours*.<sup>72</sup>

Por esta razón, es discutible en el derecho americano si en realidad existen estándares de *efforts*,<sup>73</sup> desde que jurisprudencialmente se ha señalado que tal cláusula debe interpretarse en términos de razonabilidad. Pensar al *best efforts* como una cláusula contractual que exige a una parte realizar las conductas razonables para lograr un resultado, permite generar certeza y coherencia en torno a la misma. Más aún si ya ha quedado claro que el *best efforts* no puede llegar al extremo de generar la quiebra de una de las partes en favor de la otra.

Por ello, Kenneth A. Adams, un abogado especialistas en redacción de contratos, ha señalado reitera-

---

<sup>69</sup> *Permanence Corp. con Kennametal, Inc.* (1990).

<sup>70</sup> *Trecom Bus. Sys. con Prasad* (1997).

<sup>71</sup> *Electricity Generation Corporation v. Woodside Energy Ltd* (2014).

<sup>72</sup> ROSS y WHITE (2014), p. 11.

<sup>73</sup> HERTZ y TARGOFF (2002), p. 1: “As your lawyer will tell you, even though these differing standards are utilized frequently by contracting parties in almost all types of commercial agreements, they are not well-tested in the courts. Indeed while some general principles can be gleaned as to how a “best efforts” standard might be interpreted by a court, there is by no means any settled law as to precisely what these two words really mean. Moreover, we are not aware of any case that interprets “commercially reasonable efforts,” or even “reasonable best efforts” as distinct, less stringent standards than “best efforts.” The few cases that have analyzed a contracting party’s behavior in light of a “reasonable best efforts” clause often simply ignore the word “reasonable” and interpret the provision as a “best efforts” standard, rather than some lesser performance standard. And while common sense would suggest that a single contract, where one section requires “commercially reasonable efforts,” another requires “reasonable best efforts” and a third requires “best efforts” would be construed as imposing differing, and progressively more onerous, performance standards, there is no clear guidance as to how a court would interpret such a contract”.

damente que en el Common Law, tanto en Estados Unidos,<sup>74</sup> Canadá,<sup>75</sup> como en Inglaterra,<sup>76</sup> no tiene sentido distinguir entre estándares de *efforts* sino hablar de un solo estándar. Para ello recomienda utilizar «*reasonable efforts*» en vez de «*best efforts*» como la denominación oficial de tal cláusula contractual, desde que el uso del término «*reasonable*» es el más adecuado en virtud de los desarrollos jurisprudenciales y la esencia misma de la cláusula.

Claramente, si las partes expresamente pactan en su contrato que están incorporando un estándar determinado de esfuerzos, entonces deberá primarse la voluntad de las partes. Las partes deberán probar que la redacción de la cláusula no fue accidental sino claramente intencional, pues el objetivo era fijar un tipo de estándar de *efforts*. Si las partes no logran probar esto, deberá aplicarse la razonabilidad.

## B. La experiencia inglesa

La imposición de diferentes estándares de *efforts* también se presenta en la práctica inglesa. En primer lugar, debemos precisar que los ingleses no usan la denominación «*efforts*» sino «*endeavours*», que ambos traducidos al castellano significan igualmente «esfuerzos». No existen diferencias entre «*efforts*» y «*endeavours*» desde una perspectiva comparada. Se trata de términos distintos para hacer referencia a lo mismo. A los americanos les gustan «*efforts*» y a los ingleses «*endeavours*».<sup>77</sup>

La práctica comercial inglesa reconoce también diferentes estándares de *endeavours* tal y como lo hacen los abogados americanos: (1) *best endeavours* es el estándar más oneroso, (2) *all reasonable endeavours* es un intermedio, (3) mientras que *reasonable endeavours* impone el estándar más ligero.<sup>78</sup> Esta clasificación ha sido reconocida, por ejemplo, en los casos ingleses *UBH (Mechanical Services) Ltd v. Standard Life Assurances Co (1986)*<sup>79</sup> y *Jolley v. Carmel Ltd (2000)*.<sup>80</sup>

En el derecho inglés, al igual que el derecho americano, el «*best*» representa el estándar más exigente, de allí que *best endeavours* sea el primero en la jerarquía por el cual se requiere a la parte “*to take all reasonable courses of action to achieve the desired result*”.<sup>81</sup> Como se ha señalado en *Sheffield District Railway v. Great Central Railway*,<sup>82</sup> uno de los más antiguos y *leading case* inglés: “*We think “best endeavours” means what the words say; they do not mean second-best endeavours*”, hasta llegar al punto

---

<sup>74</sup> ADAMS (2004).

<sup>75</sup> ADAMS (2014b), p. 13.

<sup>76</sup> ADAMS (2014a).

<sup>77</sup> Véase CHAPPUIS (2002), p. 281-282.

<sup>78</sup> La misma clasificación se reconoce en otras jurisdicciones del *Common Law* como Australia y Singapur. Véase YI (2015); WONG (2019), p. 1072.

<sup>79</sup> *UBH (Mechanical Services) Ltd v. Standard Life Assurances Co (1986)*. Véase YOUNG (2014), p 102.

<sup>80</sup> YI (2015), p. 252.

<sup>81</sup> ADAMS (2014a), p. 19.

<sup>82</sup> *Sheffield Dist. Ry. Co. con Great Cent. Ry. Co. (1911)*.

de señalar que tal estándar significa “[to] *leave no stone unturned*”<sup>83</sup> (no dejar ni una piedra sin mover), lo cual se ha convertido en el derecho contractual inglés en una de las frases más importantes y emblemáticas para explicar la rigurosidad de los *best endeavours*. La rigurosidad del *best endeavours* también ha sido reconocida en *Jet2.com Ltd v. Blackpool Airport Ltd*.<sup>84</sup>

A tal punto se ha llegado en virtud de la frase “*to leave no stone unturned*” que por mucho tiempo se consideró que el deudor tenía que subordinar sus propios intereses comerciales en favor del interés del acreedor o actuar incluso en su propio detrimento a efectos de lograr el objetivo deseado, tal y como se pensaba en el derecho americano. Sin embargo, posteriores cortes inglesas señalaron que el *best endeavours* debía ejercerse con razonabilidad y que no implicaba que el deudor haga todo lo posible hasta llegar a la bancarrota. El parámetro de la razonabilidad, que implica que el deudor podría tomar en cuenta sus intereses, ha sido reconocido –a manera de ejemplo– en *Terrel v. Mabie*,<sup>85</sup> *Malik Co v. Central European Trading Agency* (1974),<sup>86</sup> *IBM United Kingdom Ltd v. Rockware Glass Ltd* (1980),<sup>87</sup> y *Pips v. Walton* (1981).<sup>88</sup>

Una particularidad del derecho inglés es el uso del término «*all*» como técnica de redacción para diferenciar los diversos estándares de *endeavours*. Mientras que *best endeavours* implica realizar todo lo que sea posible (lo cual claramente impone una gran carga sobre el deudor), *all reasonable endeavours* es muy cercano al *best endeavours* al imponer la realización de «*todos*» los actos posibles siempre y cuando además sean razonables. Finalmente, *reasonable endeavours* al no tener el «*all*» al principio, solo implica realizar “*one reasonable course of action to achieve the desired result*”.<sup>89</sup>

Sin perjuicio de lo señalado por los abogados ingleses, y al igual que en la experiencia americana, las cortes inglesas no brindan reglas claras sobre cómo entender la jerarquía de los *endeavours*. La jerarquía semántica propuesta por los abogados no necesariamente concuerda con la interpretación de las cortes inglesas.<sup>90</sup>

En *Rodhia International Holdings Ltd. v. Huntsman International*,<sup>91</sup> la *High Court* distinguió al *best*

---

<sup>83</sup> FONTAINE (1988), p. 1006; YOUNG (2014), p. 97.

<sup>84</sup> *Jet2.com Ltd v. Blackpool Airport Ltd* (2012). YOUNG (2014), p. 99; YI (2015), p. 259-260.

<sup>85</sup> *Terrel con Mabie Todd & Co. Ltd.* (1952).

<sup>86</sup> YOUNG (2014), p. 97.

<sup>87</sup> YOUNG (2014), p. 98.

<sup>88</sup> *Pips (Leisure Prods.) Ltd. con Walton* (1981).

<sup>89</sup> ADAMS (2014a), p. 19.

<sup>90</sup> CHAPPUIS (2002), p. 281: “There is no particular magic in the words *best efforts*. And still, with the obvious meaning given to these words by some English judges, the total lack of criteria others complain about and the uncertainty in the view of some American judges, the agreement drafter is likely to hesitate. Should he have recourse to such provisions or, on the contrary, exclude them, forever, from his contractual vocabulary”; YOUNG (2014), p. 111: “Notwithstanding the widespread use of “*endeavours*” *undertakings* in commercial contracts in the common law world, their exact meaning and scope have remained unclear”. Véase también ROSS y WHITE (2014).

<sup>91</sup> *Rodhia International Holdings Ltd. v. Huntsman International* (2007).

*endeavours* del *reasonable endeavours* pero consideró como similares al *best endeavours* y *all reasonable endeavours* al señalar que “*an obligation to use all reasonable endeavours equates with using best endeavours*”.<sup>92</sup> Posteriormente, en *Hiscox Syndicates Ltd v. Pinnacle Ltd.*,<sup>93</sup> se siguió lo indicado en *Rodhia* al señalar que *all reasonable endeavours* es más oneroso que el *reasonable endeavours* y que se acerca al *best endeavours*.<sup>94</sup>

Una posición similar ha sido reconocida en Singapur conforme al caso *KS Energy Services Ltd v. BR Energy (M) Sdn Bhd*,<sup>95</sup> en donde la corte de apelaciones explicó que no hay mayor diferencia entre *all reasonable endeavours* y *best endeavours* al señalar que “*any attempt to draw a distinction between them would merely be a pointless hair-splitting exercise*”, a menos que las partes expresamente las distinguan.<sup>96</sup>

Si seguimos lo dispuesto en *Rodhia* tendríamos la siguiente jerarquía de estándares: (1) *best endeavours* o *all reasonable endeavours*, y (2) *reasonable endeavours*. En virtud de tal jerarquía la única diferencia que existiría entre ambos estándares es que el primero impone realizar «todos» los comportamientos razonables para lograr el objetivo, mientras que el segundo impone un solo comportamiento concreto. Al respecto, cabe mencionar la posición en Australia, la cual considera como sinónimos al *best endeavours*, *all reasonable endeavours* y *reasonable endeavours*, todos sujetos al requisito de razonabilidad.<sup>97</sup>

Al igual que en el derecho americano, en el derecho inglés el estándar más alto termina interpretándose en términos de razonabilidad, con lo cual el *best endeavours* no es absoluto ni altamente gravoso. Sin embargo, en el derecho inglés existiría al menos una distinción entre dos estándares, que sin perjuicio de tal diferenciación, deben interpretarse en parámetros de razonabilidad: uno que implica realizar todas las conductas que sean razonables según el caso en concreto para lograr el objetivo (*best endeavours* o *all reasonable endeavours*) y otro que exige realizar una sola conducta razonable (*reasonable endeavours*).

Nuevamente, si por pacto expreso las partes incorporan un estándar de *endeavours* específico y que de manera indiscutible impone un propio estándar, lo más probable es que se respete la autonomía de las partes. El juez inglés es uno muy respetuoso del pacto de las partes. Lo dispuesto por el *caselaw* inglés constituye norma supletoria que puede superarse por pacto expreso.

---

<sup>92</sup> JONES DAY (2007); YOUNG (2014), p. 103.

<sup>93</sup> *Hiscox Syndicates Ltd v. Pinnacle Ltd* (2008).

<sup>94</sup> ADAMS (2014a), p. 21; YOUNG (2014), p. 104.

<sup>95</sup> *KS Energy Services Ltd v. BR Energy (M) Sdn Bhd* (2014).

<sup>96</sup> YI (2015), p. 252; WONG (2019), p. 1073.

<sup>97</sup> YOUNG (2014).

### III. LOS MEJORES ESFUERZOS Y LA BUENA FE

Habiendo explicado el contenido y alcance de la cláusula de mejores esfuerzos, cómo la misma fue concebida inicialmente y cómo ha sido finalmente moldeada –por el momento– por la jurisprudencia anglosajona, parece claro que la misma es distinta a la buena fe. Si bien ambas se encuentran en planos teóricos distintos, no en pocas ocasiones fueron confundidas.<sup>98</sup> Por ejemplo, después de analizar ciertos casos en donde se pactó una cláusula *best efforts*, Houh afirmó que:<sup>99</sup> “*Thus, that each party will use its best efforts to actuate the purpose of the contract and the intent of the parties is also assumed under the rubric of good faith*”. Por parte de la jurisprudencia americana, en *Maestro W. Chelsea v. Pradera Realty* la corte explicó que “*A best efforts clause imposes an obligation to act in good faith in light of one’s own capabilities*”.<sup>100</sup> De igual manera, se han reportado diversos casos americanos en donde se considera a los *best efforts* y la *good faith* como conceptos intercambiables entre sí.<sup>101</sup> Desde un inicio, ya resulta cuestionable interpretar una cláusula general (de mejores esfuerzos) en virtud de otra cláusula general (de buena fe).<sup>102</sup>

A pesar de que conceptualmente la cláusula de *best efforts* sea distinta a la buena fe, en la práctica podrían coincidir en el sentido que la diligencia exija cierto comportamiento que también sea uno requerido por la buena fe. Sin embargo, si entendemos que los mejores esfuerzos imponen una diligencia superior a la ordinaria, es claro que el acreedor tendría el derecho a exigir que el deudor ejecute determinados comportamientos que no podrían catalogarse como de buena fe, por ejemplo, asumir sobrecostos en la ejecución del contrato para lograr el resultado pretendido.<sup>103</sup> Recordemos que la buena fe tiene una función limitativa de derechos y que ella podría evitar que el acreedor requiera el cumplimiento del contrato si tal ejecución involucra una mayor onerosidad.

Al respecto, tengamos en cuenta la falta de determinación de la cláusula de mejores esfuerzos, la que, al no estar definida, no provee ningún tipo de estándar objetivo que permita concluir qué cosa son los mejores esfuerzos y cómo una parte cumple con ellas. Por tal motivo, si bien algunas cortes americanas admitieron la validez de este tipo de cláusulas, otras se negaron a ejecutarlas por falta de determinación.<sup>104</sup> En *Goodman v. Motor Products Corporation*, la corte señaló que los *best efforts* eran

---

<sup>98</sup> FARNSWORTH (1984), p. 8: “[...] courts sometimes confuse the standard of best efforts with that of good faith”.

<sup>99</sup> HOUH (2005), p. 18.

<sup>100</sup> *Maestro W. Chelsea SPE con Pradera Realty* (2012).

<sup>101</sup> Véase SCALES (1958); MILLER (2006).

<sup>102</sup> Sobre la buena fe como cláusula general, véase MACQUEEN (2006); LANDO (2007); LEÓN (2007, p. 541); BERGER & ARNTZ (2016); GARCÍA LONG (2017a).

<sup>103</sup> Solo recordemos que uno de los argumentos para corregir los desequilibrios económicos sobrevinientes es que el acreedor no puede exigir de buena fe el cumplimiento del contrato si las circunstancias han cambiado de manera radical. Entonces, la buena fe es un límite a la pretensión de cumplimiento del contrato.

<sup>104</sup> SCALES (1958), p. 388: “*In some cases the best efforts clause has been attacked on the grounds that it was too vague and indefinite*”; GOETZ Y SCOTT (1981), p. 1119-1120: “*A search for the meaning of a best efforts obligation in terms of traditional legal doctrine is not very illuminating. Early common law courts were reluctant to sanction the use of such an ambiguous obligation, finding best efforts agreements vague, indefinite, or illusory and thus lacking in mutuality of obligation. Although pockets of resistance to legal enforcement remain, the majority of courts now concede that such obligations represent a substantial and legally enforceable obligation between the parties*”; MILLER (2006), p. 615: “*The judicial landscape is littered with conflicting interpretations of efforts clauses. Some*

«fairly intelligible» e incapaz de “being reduced to certainty by judicial interpretation”.<sup>105</sup> Los términos contractuales indefinidos, por regla, no se ejecutan. Deben cumplir con el requisito de determinación en su contenido. Como explica Scott:<sup>106</sup> “One of the core principles of contract law is the requirement of definiteness. An agreement will not be enforced as a contract if it is uncertain and indefinite in its material terms”.

De todas las formas bajo las cuales se podía argumentar la validez de este tipo de cláusulas indeterminadas, una de ellas fue asimilarla a la buena fe (*good faith*).<sup>107</sup> Si la cláusula de mejores esfuerzos no es otra cosa que una manifestación específica de la buena fe, al estar la buena fe generalmente reconocida tanto en el *Uniform Commercial Code*<sup>108</sup> como el *Restatement (Second) of Contracts*<sup>109</sup> en la etapa de ejecución de los contratos, entonces su validez estaría fuera de discusión. Esta fue una manera de salvar la inejecutabilidad (*unenforceability*) de las cláusulas de *best efforts*.

Sin perjuicio de lo anterior, actualmente es indiscutible que por definición misma de ambos institutos contractuales, la cláusula de mejores esfuerzos es diferente a la buena fe y la principal diferencia se encuentra en el mayor estándar de cumplimiento que impone los mejores esfuerzos respecto de la buena fe.<sup>110</sup> Este mayor estándar se incorpora al contrato mediante pacto, mientras que el estándar de la buena fe ya es aplicable por ley a todos los contratos. Entonces, cuando se pacta un *best efforts* se agrega algo distinto, entiéndase, más riguroso de lo que ya existe. Explica Miller (2006, p. 635) que:<sup>111</sup> “Since the starting point of a party’s performance is good faith, common sense suggests that by explicitly including a best efforts clause, the parties intended to obligate the promisor to a level of performance beyond that of mere good faith. Holding otherwise sterilizes best efforts clauses leaving them without independent meaning”.

---

courts apply tough, exacting standards when analyzing a bound party’s performance, while other courts hold that efforts clauses in general are too vague to be enforced”; PARK (2006), p. 707-708: “Nevertheless, some courts suggest that best efforts provisions create no obligation beyond that specified elsewhere in the contract. That is, unless there is mutuality of obligation elsewhere in the agreement, these promises fail to create a legal obligation. Under this rule, a best efforts clause has no legal effect”; HAMLIN (2011), p. 14: “On one hand, courts have recognized the validity of best efforts clauses in the absence of articulated objective criteria by which efforts may be measured. Alternatively, courts have refused to enforce best efforts clauses unless the relevant agreement contains clear, objective guidelines against which to measure a party’s performance”.

<sup>105</sup> *Goodman v. Motor Products Corp.* (1956).

<sup>106</sup> SCOTT (2003), p. 1643.

<sup>107</sup> HAMLIN (2011, p. 12, nota 34): “In *Clever Ideas*, the court held that a discount program designer’s promise to use its best efforts to promote and publicize its program was enforceable despite the fact that the term best efforts was not defined in the agreement and such agreement lacked specific criteria whereby best efforts could be measured. There, the court was reluctant to find the best efforts clause ambiguous after the parties had performed under the agreement for 12 years and where the agreement resembled an exclusive contract under which best efforts clauses previously had been interpreted as an expression of the implied obligation to use good faith and reasonable efforts”.

<sup>108</sup> “§1-203. Obligation of Good Faith: Every contract or duty within this Act imposes an obligation of good faith in its performance or enforcement”.

<sup>109</sup> “§205. Duty of Good Faith and Fair Dealing: Every contract imposes upon each party a duty of good faith and fair dealing in its performance and its enforcement”.

<sup>110</sup> ACEVEDO REHBEIN (2006), p. 106: “Aunque el alcance de este deber no está mejor definido que el alcance del deber de buena fe, es claro que el deber de mejores esfuerzos es más oneroso que el deber de buena fe”.

<sup>111</sup> MILLER (2006), p. 635.

En efecto, como se ha afirmado de manera clara en *Kroboth v. Krent*: “[Best] efforts’ requires more than ‘good faith,’ which is an implied covenant in all contracts [...]”.<sup>112</sup> Por su lado, en *Crum & Crum v. NDC* la corte explicó que “Generally, the duty of “best efforts” is more exacting than the duty of good faith [...]”.<sup>113</sup>

Nuevamente, esto es claro si recordamos que vía consenso las partes puedan definir mayores estándares convencionales que los que se aplican a todo tipo de contratos. La buena fe siempre se encuentra regulada expresamente por una norma legal en la etapa de ejecución contractual en países del *Civil Law* (y excepcionalmente en jurisdicciones anglosajonas como la americana según el *Uniform Commercial Code*). Por el contrario, la cláusula de mejores esfuerzos debe ser pactada pues normalmente no se encuentra regulada expresamente por una norma legal en países del *Civil Law* y solo de manera excepcional para ciertas situaciones en el *Common Law*, como ocurre en el derecho americano con la sección §2-306(2) del *Uniform Commercial Code*.

Como explica Farnsworth respecto al derecho americano:<sup>114</sup> “Good faith is showcased by the Uniform Commercial Code and by the Restatement (Second) of Contracts and has inspired hundreds of pages of earnest debate in the law reviews. Best efforts is infrequently mentioned in the Code and the second Restatement [...]”. Este es el motivo por el cual los *best efforts* encuentran su fuente en la autonomía privada de las partes, quienes son las que se han encargado de estandarizar esta cláusula con su pacto continuo y repetitivo en diferentes tipos contractuales.

Esto ayuda a entender las diferencias entre la buena fe y los mejores esfuerzos en países del *Civil Law*. Recordemos que la intención de la cláusula de mejores esfuerzos es imponer un estándar de diligencia más alto que el ordinario, tanto es así que en sus inicios se pensó que en virtud de ella se podía exigir a una de las partes a llegar hasta la quiebra con el fin de lograr el resultado deseado.

Entonces, siendo que la buena fe tiene como fuente una norma legal imperativa que impone su aplicación en la etapa de ejecución de los contratos (por ejemplo, el artículo 1362 del Código Civil peruano), mientras que la cláusula de mejores esfuerzos solo se aplica cuando es pactada, es fácil concluir que la última se incorpora al contrato cuando las partes tienen la intención de imponer un estándar de diligencia mayor al regulado de manera general para todos los contratos (por ejemplo, el artículo 1314 del Código Civil peruano). El alcance de los mejores esfuerzos se definirá en el caso concreto. Así las partes se ahorran en costos de transacción a cambio de asumir el riesgo de gastar en mayores costos de ejecución en el futuro (cuando sea necesario definir hasta dónde llegan los mejores esfuerzos).

Una precisión final es importante. Sin perjuicio que la buena fe y los mejores esfuerzos sean distintos, desde que el segundo impone un estándar más alto que el primero, esto no quiere decir que la buena fe no sea aplicable al ejercicio mismo de los mejores esfuerzos.

---

<sup>112</sup> *Kroboth con Brent* (1995). Véase ADAMS (2004), p. 13.

<sup>113</sup> *Crum & Crum Enterprises, Inc. con NDC of California* (2010).

<sup>114</sup> FARNSWORTH (1984), p. 7.

El pacto de cláusulas de *best efforts* o *best endeavours* tiene sentido en jurisdicciones del *Common Law* porque allí la buena fe no tiene la misma fuerza integradora del contrato como lo tiene en el *Civil Law*. Incluso, el rechazo es más claro en el derecho inglés en donde la buena fe ha sido considerada por las cortes como una enfermedad contagiosa de origen extraño y como inherentemente repugnante frente a la posición adversarial de las partes.<sup>115</sup>

Entonces, si el deudor debe ejercer ciertos comportamientos (aún no determinados) en favor del acreedor, no se recurre a la buena fe sino se pacta expresamente una cláusula de mejores esfuerzos.

Al ser los mejores esfuerzos una cláusula ambigua, aún queda pendiente definir cómo el deudor cumple con sus mejores esfuerzos. ¿Cuál es el estándar de cumplimiento? ¿Qué tanto se debe esforzar el deudor para cumplir con su deber? ¿En qué casos el deudor incumple con sus mejores esfuerzos? Este es un tema casuístico que no tiene respuesta general y que dependerá del pacto expreso y de las circunstancias del caso.

En la práctica contractual americana e inglesa se suelen pactar diversas jerarquías de *efforts* o *endeavours*. Por el lado de la doctrina, la misma también ha discutido la aplicación de diversos estándares de cumplimiento según el nivel de *efforts* (*good faith*, *fiduciary duty*, *diligence insurance*, entre otros). Finalmente, también la jurisprudencia ha tratado de dar algunas guías. Al respecto, resulta pertinente lo resuelto por la corte de apelaciones de Singapur en el caso *Travista Development Pte Ltd v. Tam Kim Swee Augustine* (2008),<sup>116</sup> en donde se formularon guías para determinar si una cláusula *best endeavours* se había cumplido:<sup>117</sup>

- (a) *Such clauses require the obligor 'to go on using endeavours until the point is reached when all reasonable endeavours have been exhausted', or 'to do all that it reasonably could'.*
- (b) *The obligor need only do that which has a significant or real prospect of success in procuring the contractually-stipulated outcome.*
- (c) *If there is an insuperable obstacle to procuring the contractually-stipulated outcome, the obligor is not required to do anything more to overcome other problems which also stood in the way of procuring that outcome but which might have been resolved.*
- (d) *The obligor is not always required to sacrifice its own commercial interests in satisfaction of its obligations, but it may be required to do so where the nature and terms of the contract indicate that it is in the parties' contemplation that the obligor should make such sacrifice.*
- (e) *An obligor cannot just sit back and say that it could not reasonably have done more to procure*

---

<sup>115</sup> TEUBNER (1998, p. 11).

<sup>116</sup> *Travista Development Pte Ltd v. Tam Kim Swee Augustine* (2008).

<sup>117</sup> YI (2015, p. 256); WONG (2017, p. 1076).

*the contractually-stipulated outcome in cases where, if it had asked the obligee, it might have discovered that there were other steps which could reasonably have been taken.*

(f) *Once the obligee points to certain steps which the obligor could have taken to procure the contractually-stipulated outcome, the burden ordinarily shifts to the obligor to show that it took those steps, or that those steps were not reasonably required, or that those steps would have been bound to fail.*

Entonces, es importante no confundir el pacto de la cláusula de mejores esfuerzos con el estándar de cumplimiento aplicable al primero. Usualmente las partes solo negocian si se debe incluir una cláusula de mejores esfuerzos y cuál será el nivel de esfuerzo específico (*best efforts*, *reasonable best efforts*, *reasonable efforts*, y otros). Dicho pacto solo representa la intención de las partes de calificar el deber como uno de mejores esfuerzos y precisar cuál es el nivel de esfuerzos aplicable (entiéndase, que tan onerosa es la obligación para el deudor). Sin embargo, aún queda abierto discutir cuándo se considera que el deudor cumple con sus mejores esfuerzos según lo pactado y las circunstancias del caso, y esto solo se sabrá cuando la cláusula se aplique efectivamente a los hechos. No es lo mismo cumplir un *best efforts* que un *reasonable efforts*. Al respecto, son aplicables los diversos estándares de cumplimiento para verificar si el deudor cumplió o no con su deber.

Todo el desarrollo en la práctica, doctrina y jurisprudencia anglosajona se ha enfocado en fijar cómo cumplir con los mejores esfuerzos, lo cual demuestra la preferencia por el *Common Law*, liderado por el derecho inglés, de rechazar conceptos generales para preferir por redacciones específicas. Sin perjuicio de partir de esta premisa, se reconoce que la buena fe puede cumplir un rol como estándar de cumplimiento para determinar si el deudor cumplió con realizar sus mejores esfuerzos según el nivel de esfuerzos pactado en el contrato.

Si queremos aterrizar y verificar cómo lo anterior se aplica en el *Civil Law*, podríamos discutir si el estándar de cumplimiento general para los mejores esfuerzos es siempre la buena fe (dado su poder en dicho sistema jurídico) o si la misma es solo uno de los estándares de cumplimiento que podría aplicarse en el caso en concreto. De optarse por esta última opción, se admitiría la posibilidad de pactar estándares de cumplimiento más altos que la buena fe como el que corresponde a un deber fiduciario, pero no un estándar menor al ser la buena fe usualmente considerada como un estándar imperativo (y como tal, que impone un estándar mínimo de buen comportamiento).

Por el momento, queremos discutir cómo la buena fe podría aplicarse como estándar de cumplimiento de los mejores esfuerzos. En primer lugar, debemos diferenciar a la buena fe de la razonabilidad que le da contenido a los mejores esfuerzos. Tanto la jurisprudencia americana como la inglesa han dotado de contenido a la cláusula de mejores esfuerzos y han establecido que la misma no significa que el deudor deba subordinar su interés o incluso ocasionarse daños.

Un civilista podría pensar que allí donde se está hablando de razonabilidad en realidad se está pensando en la buena fe. Sin embargo, dado que por definición la cláusula de *best efforts* impone un nivel más exigente que la buena fe, entonces la razonabilidad no puede pensarse como sinónimo de la bu-

na fe. Como explica Hamlin,<sup>118</sup> respecto al *leading case* americano *Bloor v. Falstaff*: “The court stated that Falstaff had the “right to give reasonable consideration to its own interests” but held that Falstaff was obligated to take actions beyond good faith efforts to satisfy its obligation”.<sup>119</sup>

La buena fe se aplica en los mejores esfuerzos para determinar qué conductas debería realizar el deudor para cumplir con su deber. Debido a que la cláusula de mejores esfuerzos es una cláusula vaga, la misma no define *ex ante* los comportamientos requeridos para el deudor. Existe una infinidad de conductas que el deudor podría ejecutar para intentar conseguir el resultado. En este sentido, la buena fe se aplica a los mejores esfuerzos en el momento del juicio que tiene que realizar el deudor para definir cuáles son las conductas específicas que permitirán lograr el resultado.

El caso más emblemático que explica cómo la buena fe es aplicada a la elección que tiene el deudor sobre las diferentes opciones de conductas es *LTV Aerospace v. Thomson*, en donde la corte, citando el caso *Bloor*, señaló que “Even in the face of a best efforts clause, however, a party is entitled to give “reasonable consideration to its own interests” in determining an appropriate course of action to reach the desired result”. Así es como se usa la razonabilidad para proteger al deudor y no imponerle un estándar muy oneroso. Sin embargo, la corte prosiguió y explicó que “A party may thus exercise discretion, within its good faith business judgment, in devising a strategy for achieving its ultimate goal”.<sup>120</sup> En otras palabras, la elección de las conductas idóneas para pretender el resultado debe ser de buena fe.

Incluso, para profundizar aún más, es interesante que la corte en el caso *LTV Aerospace*, en vez de referirse a secas a la buena fe (*good faith*), haya preferido utilizar la denominación «*good faith business judgment*», y esto es importante porque la misma hace referencia a una institución existente en el derecho corporativo.<sup>121</sup>

Los directores no pueden sobreponer sus intereses frente a los intereses de los accionistas de la empresa, y para asegurarse de ello, el derecho corporativo impone dos deberes fiduciarios: el deber de diligencia (*duty of care*) y el deber de lealtad (*duty of loyalty*).<sup>122</sup> Sin embargo, es evidente que en diversas oportunidades los directores deben tomar decisiones riesgosas con el objetivo de obtener un gran beneficio en favor de la empresa y sus accionistas. Como dicen los empresarios, a mayor riesgo mayor rentabilidad. En este escenario, para incentivar la toma de decisiones riesgosas pero necesarias que puedan generar beneficios, se creó un límite a la responsabilidad de los directores: el *business judgment rule*,<sup>123</sup> por el cual si el director tomó una decisión informada y diligente, entonces

---

<sup>118</sup> HAMLIN (2011), p. 15.

<sup>119</sup> *Bloor v. Falstaff* (1979).

<sup>120</sup> *LTV Aerospace and Defense Co. con Thomson (In re Chateaugay)* (1996).

<sup>121</sup> Véase GRIFFITH (2005).

<sup>122</sup> En el derecho peruano, tales deberes se encuentran reconocidos en el artículo 171 de la Ley General de Sociedades: “Los directores desempeñan el cargo con la diligencia de un ordenado comerciante y de un representante leal. Están obligados a guardar reserva respecto de los negocios de la sociedad y de la información social a que tengan acceso, aun después de cesar en sus funciones”.

<sup>123</sup> WACHTTELL, LIPTON, ROSEN & KATZ (2016), p. 28: “[...] the business judgment rule is a presumption that directors are complying with their fiduciary duties. The purpose of the rule is to encourage corporate fiduciaries to attempt to increase stockholder wealth by engaging in those risks that, in their business judgment, are in the best interest of the corporation without the debilitating fear that

no es responsable si causó daños por tomar una decisión de negocios. En términos civiles, el *business judgment rule* consiste en un estándar de diligencia propio de los empresarios.<sup>124</sup>

Tradicionalmente los deberes fiduciarios solo consistían en el deber de cuidado y el deber de lealtad. Sin embargo, esto cambió cuando la buena fe empezó a tener más importancia en el derecho corporativo como lo tiene en el derecho contractual. Es como si la buena fe hubiera migrado del derecho de contratos al derecho societario.

Este deber de buena fe, entre otras manifestaciones, se aplica al momento en que el director debe tomar una decisión determinada. No solo debe actuar con cuidado y con lealtad frente a los accionistas, sino que al momento de optar por una decisión empresarial, de todas las decisiones disponibles, debe elegir una de buena fe. Por tales razones, ahora en el derecho corporativo se habla en general de un *duty of good faith* y de manera específica de un *good faith business judgment*.<sup>125</sup>

Ahora se entiende por qué en el caso *LTV Aerospace* la corte utilizó la denominación *good faith business judgment*: para señalar que incluso cuando no se logre el resultado esperado, el deudor habrá cumplido con realizar sus mejores esfuerzos si al momento de elegir entre todas las conductas disponibles, tomó una decisión conforme a la buena fe. Siendo esto así, incluso si no se logra el resultado, el deudor podría ser responsable frente al acreedor por no cumplir con la buena fe.

Visto de esta manera, es claro cómo la buena fe se distingue de la razonabilidad. La razonabilidad fue un parámetro usado por las cortes para limitar la extensión de los *best efforts*, los cuales casi se asimilaban a una obligación de resultado. La razonabilidad es parte del contenido mismo de los *best efforts* desde que las cortes anglosajonas se negaron a reconocer que a través de una cláusula vaga se pueda imponer un alto costo económico sobre la parte que debe realizar sus mejores esfuerzos. Solo recordemos la expresión jurisprudencial inglesa «*to leave no stone unturned*». En términos simples, la razonabilidad está pensada en favor del deudor para evitar pretensiones abusivas del acreedor. Por su parte, la buena fe está pensada como criterio de elección de las conductas idóneas para conseguir el resultado deseado. Entonces, la buena fe está pensada en favor del acreedor para evitar que el deudor opte por cualquier medio inidóneo.

Claramente se podría argumentar que la razonabilidad es la buena fe. Sin embargo, si tenemos en cuenta la evolución en la práctica y la jurisprudencia anglosajona sobre la cláusula *best efforts*, consi-

---

*they will be held personally liable if the company experiences losses*”.

<sup>124</sup> En el derecho peruano, según el artículo 177 los directores no responden por culpa leve: “Los directores responden, ilimitada y solidariamente, ante la sociedad, los accionistas y los terceros por los daños y perjuicios que causen por los acuerdos o actos contrarios a la ley, al estatuto o por los realizados con dolo, abuso de facultades o negligencia grave. Es responsabilidad del directorio el cumplimiento de los acuerdos de la junta general, salvo que ésta disponga algo distinto para determinados casos particulares. Los directores son asimismo solidariamente responsables con los directores que los hayan precedido por las irregularidades que éstos hubieran cometido si, conociéndolas, no las denunciaren por escrito a la junta general”.

<sup>125</sup> En el derecho americano se ha discutido sobre el lugar y rol que cumple el deber de buena fe en el derecho corporativo. EISENBERG (2006, p. 4) explica que la buena fe estaba reconocida implícitamente por las cortes en el *business judgment rule*: “The duty of good faith also has long been implicitly recognized in case law –for example, in the formulation of the business judgment rule”. Otros autores señalan que el deber de buena fe es parte del contenido del deber fiduciario de lealtad, con lo cual, la buena fe no sería un deber fiduciario independiente sino un efecto del deber de lealtad. Véase STRINE, HAMERMESH, BALOTTI Y GORRIS (2010).

deramos que es evidente que ambos conceptos cumplieron funciones distintas, y si bien en la práctica contemporánea la buena fe podría ser usada en países del *Civil Law* como el criterio para impedir que una cláusula *best efforts* pueda convertirse en una obligación de resultado, dicha utilidad no es necesaria desde que en la actualidad ya es comprendido que la razonabilidad es inherente a la cláusula *best efforts* o *best endeavours* (salvo pacto expreso en contra), de manera que la buena fe encuentra su verdadera utilidad al momento de elegir qué conductas son las más idóneas para intentar conseguir el resultado, y en consecuencia, cumplir con los mejores esfuerzos. Esto es, la buena fe es un estándar de cumplimiento para verificar si el deudor, según el pacto y las circunstancias, cumplió o no con realizar sus mejores esfuerzos.

Así es como debemos entender a la razonabilidad y a la buena fe cuando algunos autores señalan que “*Courts have generally interpreted “best efforts” [...] as creating an obligation to act reasonably and in good faith under the applicable circumstances*”.<sup>126</sup> Razonabilidad es un límite para que el *best efforts* no se convierta en una obligación de resultado (y por ello protege al deudor), mientras que la buena fe es un límite para que el deudor no ejecute conductas que no sirvan para conseguir el resultado (y por ello protege al acreedor). Así es como debe ser entendida la buena fe cuando es mencionada en referencia al *best efforts*. De esta manera se logra responder la pregunta que se formulaba Adams:<sup>127</sup> “*Why combine good faith with reasonableness?*”.

Nuevamente, y para concluir, en países del *Civil Law* la buena fe podría ser considerada como el estándar general de cumplimiento de la cláusula de mejores esfuerzos a diferencia del *Common Law* (donde se han propuesto distintos estándares). Esta distinción de tratamiento se justifica en el diverso rol que tiene la buena fe en el derecho comparado: es fuerte en el *Civil Law* pero débil –e incluso rechazada– en el *Common Law*.<sup>128</sup> Entonces, si bien en el *Civil Law* no cabría pactar un estándar por debajo de la buena fe (a diferencia de alguna jurisdicción del *Common Law*), sí sería posible pactar un estándar mayor al de la buena fe.

#### IV. LOS MEJORES ESFUERZOS EN EL CIVIL LAW

Resulta interesante pensar cómo incorporar una cláusula anglosajona como la *best efforts* en países del *Civil Law*. Habiendo explicado cómo funciona tal cláusula, es clara su similitud con las obligaciones de medios (*obligations de moyens*) y su contraparte las obligaciones de resultados (*obligations de résultat*). Mediante las obligaciones de medios el deudor no se compromete a obtener un resultado determinado sino solo a desplegar una determinada actividad, mientras que en las obligaciones de resultado el deudor se compromete a obtener el resultado deseado.

Esta distinción tiene un gran impacto en el régimen de diligencia, responsabilidad contractual y carga

---

<sup>126</sup> HERTZ y TARGOFF, 2002, p. 14.

<sup>127</sup> ADAMS (2014b), p. 13.

<sup>128</sup> Véase GARCÍA LONG (2017b).

de la prueba. En las obligaciones de medios el deudor no es responsable si no obtiene el resultado siempre que pruebe que cumplió con desplegar la actividad usando la diligencia ordinaria. Por otro lado, en las obligaciones de resultado el deudor es responsable si no obtiene el resultado por más diligente que haya sido, y solo podrá liberarse de responsabilidad si prueba la ocurrencia de un evento de caso fortuito o fuerza mayor.

Siendo que en las obligaciones de medios el deudor solo se obliga a realizar –precisamente– un medio y no un resultado, cuando en el derecho comparado se estudia a la cláusula *best efforts* se hace expresa referencia a las obligaciones de medios (*obligations de moyens*) como su equivalente civilista. Por el lado del *Common Law*, Farnsworth concluye que “*Our common law counterpart of the French obligation as to appropriate means is, of course, the duty of best efforts*”.<sup>129</sup> A su vez, Pejovic explica que “[...] *essentially, obligations de moyens correspond to the common law concepts of due diligence and best efforts*”.<sup>130</sup>

Por parte del *Civil Law*, en Europa y respecto al derecho español Arbesú González señala que:<sup>131</sup> “El interés respecto del estudio comparado con las obligaciones de medios y de resultados, radica en la determinación del estándar de diligencia o esfuerzo de la obligación, es decir, mediante las cláusulas de mejores esfuerzos, los contratantes determinan el alcance de la obligación, en que, si bien no se compromete un resultado, sí se compromete un nivel de esfuerzo determinado [...]”. A su vez, en Latinoamérica y respecto al derecho colombiano Acevedo Rehbein explica que:<sup>132</sup> “Así las cosas, se puede concluir que cuando se está frente a una obligación de medios el deudor debe desplegar sus mejores esfuerzos”. De igual manera, cuando Witz y Bopp estudian desde el derecho alemán a los *best efforts* explican la distinción entre las obligaciones que comprometen una actividad (*Tätigkeit*) y las que comprometen un resultado (*Erfolg*).<sup>133</sup>

Aparentemente, si los mejores esfuerzos del *Common Law* son las obligaciones de medios del Civil, se podría afirmar que deberíamos pensar a los mejores esfuerzos como obligaciones de medios y no como una institución contractual nueva que ingresa al *Civil Law*. Los civilistas podrían razonar que en las obligaciones de medios el deudor debe realizar sus mejores esfuerzos para obtener el resultado. Si esto es así, se entiende por qué un autor proveniente de un país civilista ha señalado que “[...] *las cláusulas de mejores esfuerzos son redundantes en los contratos en Colombia*”.<sup>134</sup>

Al respecto, una precisión en relación a los Principios UNIDROIT. El artículo 5.1.4 de la versión en inglés hace referencia a un *duty of best efforts*<sup>135</sup> mientras que la versión en francés habla de la *obligation*

---

<sup>129</sup> FARNSWORTH (1984), p. 3.

<sup>130</sup> PEJOVIC (2001), p. 826. También CHAPPUIS (2002), p. 286: “It can be accepted that the French obligation de moyens corresponds under common law, to a duty of best efforts”.

<sup>131</sup> ARBESÚ GONZÁLEZ (2016), pp. 44-45.

<sup>132</sup> ACEVEDO REHBEIN (2006), p. 117.

<sup>133</sup> WITZ Y BOPP (1988), pp. 1035-1037.

<sup>134</sup> ACEVEDO REHBEIN (2006), p. 117.

<sup>135</sup> “(Duty to achieve a specific result. Duty of best efforts).

de moyens.<sup>136</sup> Sin embargo, ello no quiere decir que ambas sean idénticas o se hayan fusionado. La razón se debe a propósitos terminológicos. En el idioma inglés las obligaciones de medios se traducen como *best efforts*, sobre todo porque en el *Common Law* no se usa la distinción entre obligaciones de medios y resultados. Por el contrario, sí tenía sentido hablar de obligaciones de medios en la versión francesa. Entonces, no pensemos que los Principios UNIDROIT han unificado a las obligaciones de medios con los mejores esfuerzos.

Es cierto que cuando uno analiza a los *best efforts* desde el derecho civil es inevitable pensar automáticamente en las obligaciones de medios. Sin embargo, esto no quiere decir que se traten de sinónimos perfectos. Tal vez en algunas ocasiones y desde una perspectiva limitada podría considerarse que ambos conceptos son idénticos, y ello deberá evaluarse según el contrato concreto. Sin embargo, si tenemos en cuenta cómo funcionan los *best efforts* en el *Common Law*, entonces no será complicado entender por qué el pacto de dicha cláusula puede significar algo distinto a la asunción de una obligación de medios.

Si estamos ante un contrato internacional que se redacta en inglés pero sujeto a ley francesa, uno podría esperar que se pacten obligaciones de medios y de resultado, y que las obligaciones de medios sean denominadas y traducidas como *duty of best efforts*. En estos casos se podría concluir que los mejores esfuerzos son las obligaciones de medios. Esta conclusión sería el resultado de una labor interpretativa del contrato. Al respecto, el artículo 5.1.5 de los Principios UNIDROIT describe pautas para concluir si una obligación pactada es de medios o resultado.<sup>137</sup>

Sin embargo, si estamos ante un contrato de adquisición de empresa, vemos que los *best efforts* tienen un ámbito de aplicación mucho más amplio y oneroso en comparación de las obligaciones de medios. Solo recordemos el desarrollo jurisprudencial americano e inglés al respecto. Antes se pensaba que el *best efforts* exigía realizar todo el esfuerzo posible hasta no dejar ni una piedra sin mover, de manera que parecía que un *best efforts* en realidad de *efforts* no tenía nada pues el objetivo real era lograr el resultado como sea y a cualquier precio, a pesar que según la letra del contrato el deudor solo se obligaba a intentarlo. Luego los *best efforts* se fueron matizando al condicionarse a criterios de razonabilidad.

De igual manera, se ha reportado que en contratos de licencia el pacto de una cláusula de *best efforts*

---

(1) To the extent that an obligation of a party involves a duty to achieve a specific result, that party is bound to achieve that result.  
(2) To the extent that an obligation of a party involves a duty of best efforts in the performance of an activity, that party is bound to make such efforts as would be made by a reasonable person of the same kind in the same circumstances”.

<sup>136</sup> “(Obligation de résultat et obligation de moyens)

1) Le débiteur d’une obligation de résultat est tenu de fournir le résultat promis.

2) Le débiteur d’une obligation de moyens est tenu d’apporter à l’exécution de sa prestation la prudence et la diligence d’une personne raisonnable de même qualité placée dans la même situation”.

<sup>137</sup> “(Determination of kind of duty involved) In determining the extent to which an obligation of a party involves a duty of best efforts in the performance of an activity or a duty to achieve a specific result, regard shall be had, among other factors, to (a) the way in which the obligation is expressed in the contract; (b) the contractual price and other terms of the contract; (c) the degree of risk normally involved in achieving the expected result; (d) the ability of the other party to influence the performance of the obligation”.

puede colocar al deudor en una posición similar a una de carácter fiduciaria frente a su acreedor.<sup>138</sup> Mientras que los deberes contractuales asumen que cada parte ejecuta el contrato buscando satisfacer su interés personal (de allí que exista la buena fe para atemperar estos intereses opuestos), en las relaciones fiduciarias (como en la agencia) una parte ejecuta el contrato en interés de la otra, y como tal, debe evitar conflictos de intereses.

A pesar que estemos ante una relación contractual y no fiduciaria como en el contrato de licencia, el pacto de un *best efforts* podría imponer una carga tan grande sobre deudor que parecería colocarlo en una posición fiduciaria, en donde lo único que importa es hacer todo lo posible para satisfacer el interés del acreedor (entiéndase, lograr el resultado esperado por él). Al respecto, se critica que la opción eficiente sea que el *best efforts* deba evaluarse y medirse desde la posición del deudor y sus intereses (*diligence insurance*).<sup>139</sup>

Además, téngase presente el requisito de determinación, el cual es un aspecto estructural de los pactos contractuales. Los anglosajones usan la cláusula de *best efforts* cuando no saben qué comportamiento deberá realizar el promisor. Como explica Goldberg:<sup>140</sup> “*When contracting parties cannot quite define their obligations, they often resort to placeholder language, like “best efforts.” They (and their counsel) likely have little idea of what they might mean, but, so long as they avoid litigation, it will not matter much*”. Como tal, la regla es que la cláusula de mejores esfuerzos, si bien no es determinada *ex ante* al menos es determinable *ex post* (pero nunca indeterminable). Esto es importante a fin de cumplir con el requisito de determinabilidad para que un pacto sea válido.<sup>141</sup>

Por el contrario, las obligaciones de medio no tienen este nivel de vaguedad. Cuando un deudor asume un compromiso, el compromiso (su prestación) normalmente ya está delimitado, solo que se precisa que no se compromete a obtener el resultado sino solo a ejecutar la prestación para intentar obtener el resultado. Esta es la lógica de las obligaciones de medios, y por tal, como regla es determinada *ex ante*. Por el contrario, una cláusula de mejores esfuerzos puede presentarse como una cláusula general que disponga que el deudor debe realizar diversos tipos de comportamientos idóneos (sin especificarlos) para lograr la obtención del resultado. Entonces, el deudor no sabe qué deberá realizar sino hasta que sea necesario ejecutar la cláusula en los hechos para lograr el resultado que sí se encuentra previamente determinado.

Visto las cosas de esta manera, la cláusula de mejores esfuerzos no puede ser simplemente reconducida a una obligación de medios. Es cierto que en ambas no se garantiza un resultado sino simplemente la ejecución de una actividad destinada a intentar conseguir el resultado deseado. Pero ello no puede llevarnos a concluir que los mejores esfuerzos son en todos los casos idénticas a las obligaciones de medios. Pensar a los mejores esfuerzos solo como una obligación de medios reduce consi-

---

<sup>138</sup> LONG (1986), p. 1731-1732; COPLAN (2002).

<sup>139</sup> LONG (1986), p. 1732. Véase también GOETZ y SCOTT (1981).

<sup>140</sup> GOLDBERG (2000), p. 1465.

<sup>141</sup> En el Perú, el artículo 219(3) del Código Civil señala que “El acto jurídico es nulo: [...] 3.- Cuando su objeto [...] sea indeterminable”.

derablemente el ámbito de aplicación de la institución contractual de los *best efforts*. Al respecto, es necesario realizar una actividad interpretativa para concluir si la denominación «*best efforts*» es usada solo como traducción de «obligaciones de medios» o, por el contrario, si la intención de las partes fue introducir algo distinto al contrato: (1) un mayor ámbito y flexibilidad respecto a los comportamientos idóneos que debe realizar el deudor para obtener el resultado previsto, y/o (2) un estándar de diligencia mayor al regulado por las normas supletorias de la ley aplicable.

Para comprender lo señalado debemos internalizar que los *best efforts*, al aplicarse en el *Civil Law* como distintas a las obligaciones de medios, pueden ser utilizados en dos manifestaciones distintas pero complementarias: (1) como una cláusula general de fuente convencional (conocida también como estándar o término contractual abierto), y (2) como calificador de obligaciones.

En primer lugar, la literatura económica ha demostrado la utilidad del uso equilibrado de reglas y estándares en el diseño contractual. Las reglas tienen un contenido definido *ex ante* mientras que los estándares no. La eficiencia de los estándares es que permite reducir costos de negociación a cambio de mayores costos de ejecución. Estos estándares son conocidos por los *common lawyers* como *open terms*, que son términos contractuales de contenido indefinido (*indefinite agreements*) pero determinable.

Para los civilistas los estándares o términos abiertos no son desconocidos pues ellos también están acostumbrados al uso de cláusulas generales, cuyo contenido es indefinida *ex ante* pero llenada de contenido *ex post* (siendo así determinable). El ejemplo paradigmático es la buena fe. En vez de llamarla como deber o principio, dado que no tiene un contenido definido *ex ante* es mejor considerarla como una cláusula general de contenido indeterminado *ex ante* pero determinable *ex post* cuando sea aplicable a los hechos.

La cláusula general puede estar reconocida en la ley pero también podría crearse por pacto, siempre que se respete los límites a la autonomía de la voluntad. En la práctica comercial se han estandarizado diversas cláusulas generales de fuente convencional como la cláusula MAC (*Material Adverse Change*)<sup>142</sup> o la cláusula de mejores esfuerzos.

Nuevamente, la principal diferencia entre una obligación de medios y una cláusula de *best efforts* es el nivel de flexibilidad y determinación de las conductas idóneas para obtener el resultado deseado. Mientras que en las obligaciones de medios ya se identifica el medio idóneo para obtener el resultado pero no se garantiza el mismo, en los mejores esfuerzos los medios pueden no estar determinados previamente, quedando a elección del deudor ejecutar los comportamientos idóneos para lograr el resultado que sí está identificado pero no garantizado.

En segundo lugar, los mejores esfuerzos pueden funcionar como calificadores (*qualifiers*) de otros pactos. El uso de calificadores es común en la práctica anglosajona pero no tan extendida en el *Civil Law* (salvo en la práctica corporativa y financiera). Esto no quiere decir que los *qualifiers* no existan en

---

<sup>142</sup> Sobre la cláusula MAC, véase GARCÍA LONG (2016).

el *Civil Law*, simplemente los mismos no son usados con tal nombre y normalmente no se les conoce como una institución contractual que se estudie expresamente en el derecho de contratos.

Un calificador es aquello que extiende o limita el alcance de una cláusula contractual en concreto. Por ejemplo, la cláusula de declaraciones y garantías (*reps & warranties*) suele ser objeto de los siguientes calificadores: (a) conocimiento, (b) razonabilidad, y (c) materialidad.

Una declaración limpia y sin calificadores diría: “No existen más pasivos ambientales que los señalados en el Anexo 1”. El declarante podría limitar la extensión de tal declaración señalando que: “A conocimiento del vendedor no existen más pasivos ambientales que los señalados en el Anexo 1”. El comprador podría responder haciendo la siguiente precisión: “A Conocimiento del Vendedor no existen más pasivos ambientales que los señalados en el Anexo 1”, en donde «Conocimiento del Vendedor» significa “el conocimiento que razonablemente debería tener el vendedor como accionista de la empresa”. Así se permite extender el alcance de la declaración. Finalmente, el vendedor podría intentar limitar su declaración agregando que “A Conocimiento del Vendedor no existen más pasivos ambientales materiales que los señalados en el Anexo 1”, de manera que se excluyen los pasivos ambientales de escasa importancia. También podría optar por la redacción “A Conocimiento del Vendedor no existen más pasivos ambientales que los señalados en el Anexo 1 y que ocasionen un Cambio Sustancialmente Adverso”.

La misma función puede cumplir los mejores esfuerzos como calificador de otras instituciones civiles, sobre todo de obligaciones. De particular interés es analizar el efecto de calificar obligaciones a través de los mejores esfuerzos. La primera y gran razón que permite diferenciar a las obligaciones de medios de los mejores esfuerzos es que a la primera se le aplica la diligencia ordinaria, la cual rige a todo tipo de obligaciones, mientras que los mejores esfuerzos implican la imposición convencional de un estándar mayor de diligencia. En este sentido, los mejores esfuerzos podrían calificar a una obligación de medios para imponer un estándar de diligencia más exigente en los medios a ser realizados. Entonces, el deudor se debe esforzar más de lo normal.

La obligación de medios calificada con los mejores esfuerzos se convierte, digamos, en una obligación de medios con esteroides: no se garantiza el resultado, solo se comprometen los medios, pero los mismos no serán ejecutados con la diligencia ordinaria sino con una diligencia especial, más exigente, que extiende la eventual responsabilidad del deudor. Incluso si no se obtiene el resultado, el deudor podría ser responsable por no cumplir con la ejecución del mayor nivel de diligencia.

Hasta este momento una obligación de medios calificada (entiéndase, reforzada) con mejores esfuerzos no se diferencia mucho, al menos funcionalmente, de una cláusula de mejores esfuerzos como estándar o cláusula general. Ambas funcionan igual: imponen un estándar mayor de diligencia que la ordinaria. La diferencia sería meramente estructural. En un caso tenemos a una propia cláusula general de mejores esfuerzos, mientras que en otro caso tenemos a una obligación calificada por mejores esfuerzos.

La gran utilidad de pensar a los mejores esfuerzos como un calificador es más evidente cuando nos damos cuenta que no solo los medios pueden estar calificados sino también los resultados. Una obli-

gación de resultado también podría estar calificada con mejores esfuerzos para afectar el resultado en términos cualitativos o cuantitativos.

En una obligación de entregar un bien incierto, dependiendo de quién sea quien ejerza la elección, se entregará un bien superior o inferior a la media. Es indiscutible que se entregará un bien, con lo cual es claro que la obligación de entregar un bien incierto es una obligación de resultado. Pero lo que también es claro es que el resultado puede estar sujeto a estándares en términos cualitativos.

Recordemos el ejemplo del cuadro: no es lo mismo entregar un cuadro que será usado como adorno en una casa, que un cuadro que será destinado a un museo. En ambos casos se debe entregar un cuadro (el resultado) pero la calidad del mismo podrá variar. Esto evidencia que es viable comprometerse a un resultado dejando aún abierto la calidad del mismo. Se garantiza un resultado, pero la calidad se observará una vez ejecutada la prestación.

El resultado también puede comprometerse en términos cuantitativos. En un contrato de distribución, el distribuidor se compromete frente al principal a vender productos de éste. El número de bienes que serán vendidos dependerá del nivel que esfuerzos que realice. Si se pacta como una obligación de resultados, el distribuidor cumple si vende los bienes (no solo si hace el esfuerzo), pero lo que no puede determinarse con precisión es cuántas unidades del bien se venderá. Podría pactarse un mínimo de bienes teniendo en cuenta la cantidad de productos que suelen venderse en virtud de contratos de distribución similares, pero el máximo siempre será un contingente. En tales casos, el resultado está sujeto también a los mejores esfuerzos que pueda realizar el distribuidor.

Cuando se califica una obligación de resultado con mejores esfuerzos, el resultado está garantizado (entregar un bien) pero la calidad o cantidad del mismo dependerá de los mejores esfuerzos que realice el deudor en ejecución de su diligencia. Esto quiere decir que en términos teóricos, el deudor debe cumplir en dos niveles: con la entrega del bien y con la entrega de un bien que demuestre que ejerció sus mejores esfuerzos. Si en un contrato de distribución el deudor ha vendido el bien pero no ha ejercido sus mejores esfuerzos, entonces habrá incumplido. Así es como los mejores esfuerzos pueden calificar a una obligación de resultado.

En estos casos analizar el nivel de diligencia empleado no quiere decir que estemos ante una obligación de medios. La diligencia está en todo tipo de obligación, pero se presta especial atención al nivel de diligencia empleada porque de ella dependerá directamente la calidad o cantidad del resultado –en este caso– prometido.

Entonces, mientras que en una obligación de medios calificada con mejores esfuerzos se debe analizar la diligencia para determinar si se cumplió el contrato aunque no se haya obtenido el resultado esperado, en una obligación de resultados calificada con mejores esfuerzos también se analiza la diligencia pero para determinar si el resultado obtenido es el que se obtendría de haberse ejecutado una diligencia mayor a la ordinaria.

Esta distinción de los mejores esfuerzos como cláusula general y como calificador no puede ser omi-

tida frente a la importación de esta cláusula anglosajona al *Civil Law*. Pensar a los *best efforts* simplemente como obligaciones de medios no es correcto y reduce considerablemente el ámbito de aplicación de la misma.

Una cláusula general de mejores esfuerzos implica que alguien debe esforzarse con un nivel alto de diligencia para conseguir el resultado, sin garantizarlo. Pero los mejores esfuerzos utilizados como calificador, pueden reforzar el nivel de diligencia en una obligación de medios (sin garantizar el resultado), o condicionar el resultado en una obligación de resultados (en donde sí se garantiza el resultado).

## V. REFLEXIONES FINALES

La cláusula de *best efforts* es una buena oportunidad para recordar la importancia del derecho comprado y la globalización del contrato de contratos.

El derecho comparado es indispensable para ser un buen abogado. Nuestro sistema jurídico puede estar inspirado o encontrar sus antecedentes en un derecho extranjero (cuya constancia usualmente se deja en la respectiva exposición de motivos). Entonces, la revisión de tal sistema jurídico extranjero está justificada. Pero ello no quiere decir que no debemos revisar otros sistemas jurídicos extranjeros que no hayan servido de directa inspiración o como antecedente.

Existen diversas formas de afrontar un problema. El derecho comparado nos enseña cómo los diversos países pueden optar por diversos caminos para llegar a un mismo destino. Si nos limitamos a ver lo que pasa en un solo derecho nacional, nos limitamos a una sola perspectiva, y tratar de explicar todo desde un solo ángulo puede mantenernos ciegos de por vida. Es necesario ver desde todos los ángulos para apreciar la figura completa. Sobre todo en el derecho de contratos en donde las partes tienen la posibilidad de regular sus relaciones con libertad mientras respeten los límites impuestos por ley. Entonces puede ser muy provechoso conocer todas las perspectivas para manejar todos los ángulos y así incluir soluciones novedosas en los contratos.

Y el derecho comparado no solo implica mirar hacia otros sistemas jurídicos de la misma familia. Los latinoamericanos no solo deben ver a Alemania, Francia, España o Italia porque también sean jurisdicciones del *Civil Law*. Tan importante –e incluso más en algunas situaciones– es conocer el derecho de Inglaterra o Estados Unidos de América. No es extraño que contratos internacionales estén sometidos a la ley inglesa, como tampoco es ajeno entre nosotros el uso de cláusulas contractuales americanas en contratos sujetos a ley civilista.

En relación al derecho americano, cuando hablamos de globalización entiéndase americanización –en este caso– del derecho de contratos. A pesar de tratarse de un derecho que pertenece a una familia jurídica distinta, que parte de premisas diferentes e incluso en ocasiones opuestas a las del *Civil Law*, las fuerzas del mercado han provocado que en la práctica contractual latinoamericana y europea se haya empezado a usar –y actualmente ya como regla– determinadas instituciones contractuales

americanas por la simple razón que responden mejor a las necesidades de la operación concreta. Ello es algo indiscutible actualmente en la práctica corporativa y financiera. Estas cláusulas normalmente se conocen como *boilerplate*<sup>143</sup> al encontrarse tan estandarizadas que se repiten en su literalidad en todos los contratos del mismo tipo.

Lo interesante del uso de estas cláusulas americanas es la contraposición del pacto de las partes con el derecho aplicable. Si el contrato se negocia en Perú pero se sujeta a la ley de New York, no hay mayor problema. Pero si el derecho aplicable es el peruano o cualquier otra ley de un país del *Civil Law*, entonces se genera una disociación. Las partes son libres de incluir en sus contratos los pactos que más se acomoden a sus intereses, pero siempre deben recordar que dichos pactos se registrarán en virtud de una ley aplicable. Si la ley aplicable no reconoce el pacto por el simple hecho que se trata de la importación de una categoría jurídica ajena, entonces surge la cuestión de cómo entender a dicha cláusula extranjera en un territorio que no le corresponde.

Esta situación representa uno de los desafíos más interesantes para un abogado transaccional: analizar cómo pactar una cláusula anglosajona en un sistema jurídico del *Civil Law*. La cláusula *best efforts* es un buen ejemplo para realizar este ejercicio. Dicha cláusula no es una institución contractual reconocida en las codificaciones civiles y, sin embargo, los privados la pactan todos los días en diversos tipos contractuales, entre ellos, los que tienen como objeto la adquisición de una empresa.

Entonces, la cláusula *best efforts* ingresa al *Civil Law* porque le permite obtener a las partes una utilidad que no puede ser otorgada por las instituciones tradicionales del *Civil Law*. Es por esta simple razón que su pacto se encuentra hoy estandarizada en diversos tipos contractuales. Este trabajo ha sido un primer intento de explicar los beneficios de la importación del *best efforts* en el *Civil Law* y de cómo la misma debe ser realizada y entendida.

## BIBLIOGRAFÍA

### Doctrina citada

- ACEVEDO REHBEIN, Alberto (2006): “Los mejores esfuerzos (best efforts) en el derecho contemporáneo de los contratos”, en: *Revista de Estudios Socio-Jurídicos* (vol. 8, núm. 2, julio-diciembre).
- ADAMS, Kenneth (2004): “Understanding “Best Efforts” And Its Variants (Including Drafting Recommendations)”, en: *The Practical Lawyer*, Agosto.
- ADAMS, Kenneth (2013): “Delaware “Efforts” Caselaw and Why It’s Irrelevant”, en: *Adams on Contract Drafting* (21 de octubre).
- ADAMS, Kenneth (2014a): “Beyond Words”, en: *Solicitors Journal* (vol. 158, núm. 37).
- ADAMS, Kenneth (2014b): “With ‘efforts’ provisions, reasonable is better than best”, en: *The Lawyers Weekly, Business Law* (16 de mayo).

---

<sup>143</sup> Véase GULATI y SCOTT (2013).

- ARBESÚ GONZÁLES, Vanesa (2016): *La responsabilidad civil en el ámbito de la cirugía estética* (Madrid, Dykinson).
- ARNOLD & PORTER (2016): “Delaware Court Addresses the Meaning of “Commercially Reasonable Efforts” in M&A Context”, en: *Arnold & Porter Advisory* (29 de junio).
- BEALE, H. G.; BISHOP, W. y FURMSTON, M. P. (2008): *Contract. Cases and materials*, fifth edition (New York, Oxford University Press).
- BERGER, Klaus Peter y ARNTZ, Thomas (2016): “Good faith as a ‘general organising principle’ of the common law”, en: *Arbitration International* (vol. 32, núm. 1).
- CAPATINA, Octavian (1988) : “La Clause “Best Efforts” dans les Contrats conclus par les Entreprises Roumaines de Commerce Extérieur”, en: *RDAI* (núm. 8).
- CHAPPUIS, Christine (2002) : “Les clauses de *best efforts*, *reasonable care*, *due diligence* et les règles de l’art dans les contrats internationaux”, en: *International Business Law Journal* (vol. 2002, núm. 3 & 4).
- COPLAN, Daniel J. (2002): “When is “best efforts” really “best efforts”: an analysis of the obligation to exploit in entertainment licensing agreements and an overview of how the term “best efforts” has been construed in litigation”, en: *Southwestern University Law Review* (vol. 31, núm. 4).
- DANZINGER, Shai; LEVAV, Jonathan y AVNAIM-PESSO; Liora (2011): “Extraneous factors in judicial decisions”, en: *PNAS* (vol. 108, núm. 17).
- EISENBERG, Melvin A. (2006): “The Duty of Good Faith in Corporate Law”, en: *Delaware Journal of Corporate Law* (vol. 31).
- ESPINOZA ESPINOZA, Juan (2018): “La *doctrine of frustration*: ¿es factible su aplicación en el ordenamiento jurídico peruano?”, en *Actualidad Civil* (núm. 49, julio).
- ESPOSITO, Grant y KAUFMAN, Jessica (2016): ““Best Efforts’, ‘Commercially Reasonable’ And Other Terms No One Understands”, en: *New York Law Journal, Commercial Litigation* (14 de marzo).
- FARNSWORTH, E. Allan (1984): “On Trying to Keep One’s Promises: The Duty of Best Efforts in Contract Law”, en: *University of Pittsburgh Law Review* (vol. 46).
- FONTAINE, Marcel (1988) : “Best Efforts, Reasonable Care, Due Diligence et Règles de L’Art dans les Contrats Internationaux”, en: *RDAI* (núm. 8).
- FOX, Charles M. (2008): *Working With Contracts*, second Edition (New York, Practising Law Institute).
- GARCÍA LONG, Sergio (2016): *Un Big MAC, por favor: La cláusula MAC en fusiones y adquisiciones* (Lima, Fondo Editorial PUCP).
- GARCÍA LONG, Sergio (2017a): “La muerte de la buena fe: reflexiones en torno al rol de la buena fe en el derecho comparado. Primera Parte”, en: *Actualidad Civil* (núm. 37, julio).
- GARCÍA LONG, Sergio (2017b): “La muerte de la buena fe: reflexiones en torno al rol de la buena fe en el derecho comparado. Segunda parte”, en: *Actualidad Civil* (núm. 38, agosto).
- GRIFFITH, Sean J. (2005): “Good Faith Business Judgment: A Theory of Rhetoric in Corporate Law Jurisprudence”, en: *Duke Law Journal* (vol. 55, núm. 1).
- GOETZ, Charles J. y SCOTT, Robert E. (1981) : “Principles of Relational Contracts”, en: *Virginia Law Review* (vol. 67, núm. 6).
- GOLDBERG, Victor P. (2000): “In search of best efforts: reinterpreting *Bloor v. Falstaff*”, en: *Saint Louis University Law Journal* (vol. 44, núm. 4).
- GULATI, Mitu y SCOTT, Robert E. (2013): *The 3 ½ minute transaction. Boilerplate and the limits of contract design* (Chicago, The University of Chicago Press).

- HAMLIN, Christopher W. (2011): “Be Clear When Using Best Efforts”, en: *The St. Louis Bar Journal*, Spring.
- HERTZ, Stephen R. y TARGOFF, Joshua L. (2002): “What Does “Best Efforts” Really Mean?”, en: *Private Equity Report*, Debevoise & Plimpton (vol. 2, núm. 4).
- HOUH, Emily (2005): “The Doctrine of Good Faith in Contract Law: A (Nearly) Empty Vessel?”, en: *Utah Law Review* (núm. 1).
- JONES DAY (2007): “Best Efforts and Endeavours. Case Analysis and Practical Guidance under U.S. and U.K. Law”, en: *Jones Day Publications* (Julio).
- JORDANO FRAGA, Francisco (1987): *La responsabilidad contractual* (Madrid, Civitas).
- LANDO, Ole (2007): “Is good faith an over-arching general clause in the Principles of European Contract Law?”, en: *European Review of Private Law* (vol. 15, núm. 6).
- LEÓN HILARIO, Leysser (2007): *Responsabilidad civil. Líneas fundamentales y nuevas perspectivas* (Lima, Jurista Editores).
- LIVI, Maria Alessandra (2019): “Clausola best efforts”, en: Confortini, Massimo (editores), *Clausole Nego-ziali*, vol. II (Milano: UTET Giuridica).
- LONG, Lawrence S. (1986): “Best efforts as diligence insurance: in defense of “profit uber alles””, en: *Columbia Law Review* (vol. 86, núm. 8).
- LYONS, Peter; BUFFIER, Beau; FORT, Tamara y JENNEJOHN, Matthew (2014) : “Reasonable Best Efforts: Cold Comfort to Sellers”, en: *The M&A Lawyer* (vol. 18, núm. 1).
- MACQUEEN, Hector L. (2006): “Good faith”, en: MacQueen, Hector L. & Zimmermann, Reinhard (eds). *European Contract Law: Scots and South African Perspectives* (UK, Edinburgh University Press).
- McKENDRICK, Ewan (2012): “Chapter 23. Discharge by frustration”, en: *Chitty on Contracts, thirty-first edition*, volume I, General Principles (UK, Sweet & Maxwell).
- MILLER, Zachary (2006): “Best efforts?: Differing judicial interpretations of a familiar term”, en: *Arizona Law Review* (vol. 48, núm. 3).
- PARK, Rob (2006): “Putting the “best” in best efforts”, en: *University of Chicago Law Review* (vol. 73, núm. 2).
- PAUL, WEISS, RIFKIND, WHARTON & GARRISON LLP (2016): “Delaware Court of Chancery Holds That Outside Counsel’s Refusal to Render Tax Opinion Required for Closing of Merger Was in Good Faith and Permits Termination of Merger Agreement”, en: *Paul Weiss Client Memorandum*, 29 de junio.
- PEJOVIC, Caslav (2001): “Civil Law and Common Law: Two Different Paths Leading to the Same Goals”, en: *Victoria University of Wellington Law Review* (vol. 32, núm. 3).
- RENGIFO GARCÍA, Ernesto (2002): “La fijación unilateral del precio”, en: *Revista de Derecho Privado* (núm. 22).
- ROSS, Cameron y WHITE, Sam (2014): “Recent judicial consideration of endeavours clauses in Australia and Singapore”, en: *Construction Law International* (vol. 9, núm. 2).
- SCALES, Merl (1958): “Best efforts and implied obligations in patent licenses”, en: *Marquette Law Review* (vol. 41, núm. 4).
- SCOTT, Robert E. (2003): “A Theory of Self-Enforcing Indefinite Agreements”, en: *Columbia Law Review* (vol. 103, núm. 7).
- SCOTT, Robert E. y TRIANTIS, George G. (2006): “Anticipating Litigation in Contract Design”, en: *The Yale Law Journal* (vol. 115).
- SERGEANT, Randolph Stuart (2007): “Do Your Best with “Best Efforts”: Using Open Contract Terms”, en: *Maryland Bar Journal*, Marzo.

- SHINE, David (2004): ““Best Efforts” Standards under New York Law: Legal and Practical Issues”, en: *The M&A Lawyer* (vol. 7, núm. 9).
- SMYTHE, Donald J. (2011): “Impossibility and impracticability”, en: De Geest, Gerrit (editor), *Contract Law and Economics, Encyclopedia of Law and Economics*, 2nd edition (Cheltenham, Edward Elgar).
- SPECIAL REPORT (1980): “The best efforts clause”, en: *Rutgers-Camden Law Journal* (vol. 11, núm. 4).
- STRINE, Leo E. Jr.; HAMERMESH, Lawrence A.; BALOTTI, Franklin R. y GORRIS, Jeffrey M. (2010): “Loyalty’s Core Demand: The Defining Role of Good Faith in Corporation Law”, en: *The Georgetown Law Journal* (Vol. 98).
- TEUBNER, Gunther (1998): “Legal irritants: good faith in British law or how unifying law end ups in new divergences”, en: *The Modern Law Review* (vol. 61, núm. 1).
- TOEDT III, D. C. (2017): “Commercially reasonable efforts”: two Delaware court cases raise the stakes for contract drafters, en: *On Contracts*, 3 de marzo.
- TRIMARCHI, Pietro (1991): “Commercial Impracticability in Contract Law: An Economic Analysis”, en: *International Review of Law and Economics* (vol. 11).
- TUCKER, Darren S. y YINGLING, Kevin L. (2008): “Keeping the Engagement Ring: Apportioning Antitrust Risk with Reverse Break up Fees”, en: *Antitrust* (vol. 22, núm. 3).
- YI, Tan Tian (2015): “The interpretation of endeavours clauses”, en: *Singapore Academy of Law Journal* (vol. 27, núm. 1).
- YOUNG, Jessica (2014): “An endeavour to understand endeavours undertakings”, en: *Hong Kong Law Journal* (vol. 44, núm. 1).
- WACHTELL, LIPTON, ROSEN & KATZ (2016): *Takeover Law and Practice* (NY, Wachtell, Lipton, Rosen & Katz).
- WALTER, Paula (1987): “Commercial impracticability in contracts”, en: *St. John’s Law Review* (vol. 61, núm. 2).
- WITZ, Claude y BOPP, Thomas M. (1988): “Best Efforts, Reasonable Care: Considerations de Droit Allemand”, en: *RDAI* (núm. 8).
- WONG YONGQUAN, Benjaming (2019): “Endeavours clauses in Singapore contract law”, en: *Singapore Academy of Law Journal* (vol. 31, núm. 2).

### **Jurisprudencia citada**

- Sheffield Dist. Ry. Co. con Great Cent. Ry. Co.* (1911).
- Terrel con Mabie Todd & Co. Ltd.* (1952).
- Bloor con Falstaff Brewing Corp.* (1979).
- Pips (Leisure Prods.) Ltd. con Walton* (1981).
- UBH (Mechanical Services) Ltd v. Standard Life Assurances Co* (1986)
- Permanence Corp. con Kennametal, Inc.* (1990).
- Kroboth con Brent* (1995)
- LTV Aerospace v. Thomson* (1996).
- Trecom Bus. Sys. con Prasad* (1997).
- Coady v. Toyota* (2004).
- Corporate Lodging Consultants v. Bombardier Aero Corp.* (2005).
- Rodhia International Holdings Ltd. v. Huntsman International* (2007).
- Delaware Court of Chancery en Hexion Specialty Chemicals, Inc. v. Huntsman Corp.* (2008).

*Hiscox Syndicates Ltd v. Pinnacle Ltd* (2008).  
*Travista Development Pte Ltd v. Tam Kim Swee Augustine* (2008).  
*Diamond Robinson Building Ltd. v. Conn* (2010).  
*Crum & Crum Enterprises, Inc. con NDC of California* (2010).  
*Jet2.com Ltd v. Blackpool Airport Ltd* (2012).  
*Maestro W. Chelsea SPE con Pradera Realty* (2012).  
*MBIA v. Patriarch Partners* (2013).  
*KS Energy Services Ltd v. BR Energy (M) Sdn Bhd* (2014).  
*Electricity Generation Corporation v. Woodside Energy Ltd* (2014).  
*Williams Cos., Inc. v. Energy Transfer Equity* (2016)  
*Akorn con Fresenius* (2018).

