

LOS MEJORES ESFUERZOS DE ASTRAZENECA

La interpretación del contrato entre la Comisión Europea y el laboratorio AstraZeneca para la provisión de vacunas da que hablar.

Según dice la prensa europea y repiten los diarios argentinos, la multinacional Farmacéutica AstraZeneca plc, con sede en Cambridge, Inglaterra (la quinta empresa farmacéutica del mundo según sus ingresos y con operaciones en más de cien países) habría incumplido sus compromisos contractuales al demorar o retrasar (y hasta reducir) la entrega de vacunas contra el COVID-19¹.

Las obligaciones de AstraZeneca surgen de un contrato firmado el 13 de junio de 2020 con Inclusive Vaccines Alliance, un grupo formado por Francia, Alemania, Italia y los Países Bajos para fabricar y suministrar hasta 400 millones de dosis de su vacuna experimental contra aquel virus a todos los estados miembros de la Unión Europea.

La prensa ha reflejado también la indignación del público europeo al enterarse de que las dificultades para cumplir con ese contrato afectan sólo las obligaciones bajo el celebrado con los países de Europa, mientras que la empresa cumple normalmente con sus entregas de vacunas en el Reino Unido.

Ello llevó a que Pascal Roland Soriot, que desde 2012 es director ejecutivo de Astra-

Zeneca (luego de una larga carrera en varias otras importantes empresas farmacéuticas) tuviera que ofrecer una conferencia de prensa para dar las explicaciones del caso el pasado 28 de enero.

En lo que nos interesa —esto es, en los aspectos legales de la cuestión—, llama la atención que Soriot, defendiéndose de la acusación de favorecer al Reino Unido en desmedro de la Unión Europea y ante ciertas preguntas, esgrimiera un curioso argumento.

Soriot, en efecto, dijo: “Que quede claro: *no existe ninguna obligación hacia la Unión Europea. En nuestro contrato está dicho claramente: “best efforts”; es decir, “haremos lo mejor posible”*”².

Soriot agregó que “en este caso decidimos usar esa fórmula en el contrato porque en ese momento la Unión Europea quería tener la misma capacidad productiva [a su disposición] que el Reino Unido, a pesar de que el contrato fue firmado tres meses después. *Entonces dijimos: ‘OK, haremos lo posible pero no podemos empeñarnos contractualmente porque tenemos tres meses de retardo con respecto al Reino Unido. Por consi-*

¹ Loewy, M. “La Unión Europea reclama por vacunas a AstraZeneca” *Medscape Noticias Médicas*, 29 de enero 2021.

² Guerrero, Antonello, “Vaccini in ritardo”; *La Repubblica*, 26 enero 2021.

guiente no hay una obligación contractual sino un esfuerzo para hacer lo mejor posible. Sabíamos que iba a ser difícil y, efectivamente, ahora estamos atrasados”³.

Aunque la transcripción periodística no parece muy ajustada al lenguaje técnico, los diarios mencionan que esa respuesta “puso furiosas a las autoridades de la Unión Europea, que ha pedido a AstraZeneca dejar de lado la cláusula de confidencialidad para poder publicar el contrato” y explicar así ante la opinión pública cuáles son los derechos y obligaciones de las partes.

A partir de allí, el debate no ha dejado de escalar y los medios discuten acerca del verdadero alcance de las obligaciones del proveedor de las vacunas.

En una entrevista con un medio europeo, Sébastien de Rey, profesor de derecho de la Universidad de Lovaina, declaró que “obviamente, el señor Soriot no es un jurista”, al intentar explicar las declaraciones del director de la empresa ⁴.

Para colmo, según la prensa italiana, las cláusulas penales que habitualmente se insertan en los contratos para establecer las sanciones a quienes no los cumplen, en este caso serían sumamente débiles y no permitirían a las autoridades europeas multar o castigar al proveedor.

¿Quién tiene razón, desde el punto de vista legal?

Para responder adecuadamente a esa pregunta habría que leer el contrato; algo que, al momento de escribir estas líneas no es po-

sible, pues está sujeto a una cláusula de confidencialidad.

¿Y qué habría que mirar allí? En primer lugar, la cláusula acerca de cuál es la ley aplicable. El concepto de “*best efforts*” (o “mejores esfuerzos”) puede tener distintos significados según el sistema legal que se aplique.

En primer lugar, hay que tener en cuenta que ese estándar fue inicialmente desarrollado bajo el derecho anglosajón. Puede resultar relativamente fácil explicarlo si tenemos en cuenta que tiene algo así como un “hermano mellizo”: el estándar de “esfuerzos razonables”, generalmente interpretado como más favorable para quien debe cumplir una obligación que el anterior. En efecto, por lo general se entiende que hacer *lo razonable* no es necesariamente hacer *lo mejor*.

Más aun: hay quienes sostienen que cumplir con los “mejores esfuerzos” implica dedicar todos los recursos disponibles, sin límite alguno, a la satisfacción de lo prometido.

Pero las cosas no son tan claras: para muchos tribunales tanto de los Estados Unidos como de Inglaterra, no hay demasiada diferencia entre ambos conceptos y se los ha utilizado indistintamente, (a menos que el convenio establezca otra cosa o se usen ambos estándares en un mismo contrato).

Incluso los tribunales neoyorquinos (a los que generalmente se someten numerosas contiendas internacionales) han dicho que las expresiones “mejores esfuerzos” y “esfuerzos razonables” son intercambiables entre sí ⁵. Otros han dicho que la diferencia es puramente semántica. Y el Código Uniforme

³ Blenkinsop, P., Smout, A., “AstraZeneca contract includes UK as 'best effort' base for output to EU”; *Reuters*, 29 de enero 2021.

⁴ Van Dorpe, S., “AstraZeneca’s “best efforts” defense is not bulletproof”, *Politico*, 31 de enero 2021.

⁵ *Scott-Macon Sec., Inc. v. Zoltek Cos.*, No. 04-Civ.-2124, 2005 U.S. Dist. LEXIS 9034, (S.D.N.Y. 12 mayo 2005)

de Comercio (adoptado por los 50 estados) usa ambos términos indistintamente.

Para algunos pocos tribunales ingleses, sin embargo, existen ciertas diferencias de grado entre ellos.

En líneas generales, en los Estados Unidos se reconoce que todo contrato está implícitamente sujeto a la buena fe; pero cuando a ella se le agrega la obligación de aplicar los *mejores esfuerzos* o realizar *esfuerzos razonables* para cumplirlo, el nivel de exigencia sobre el deudor es mayor⁶. La pregunta es entonces si ese nivel es idéntico en ambos casos.

El caso que se cita con más frecuencia para ilustrar la cuestión es “Bloor”⁷: entre comprador y vendedor se había pactado que parte del precio de compra de una empresa cervecera se pagaría con un porcentaje de las ventas de cerveza. El comprador se obligó a hacer sus *mejores esfuerzos* para mantener el nivel de ventas que la empresa tenía al momento de la venta, para así maximizar el monto a pagar al vendedor. Cuando las ventas bajaron, éste acusó al comprador de no haber hecho sus *mejores esfuerzos*. El tribunal sostuvo que la expresión obligaba al comprador a actuar de buena fe “usando todo su potencial o capacidad” —los jueces usaron el término “capability”—, actuando como lo haría una persona prudente en esa situación “*pero dando consideración razonable a sus propios intereses*”.

Esto último se interpreta como que otorga al deudor cierto grado de discreción para establecer la mejor manera de lograr el resultado deseado.

⁶ *Nat'l Data Payment Sys. v. Meridian Bank*, 212 F.3d 849, 854 (3d Cir. 2000).

⁷ *Bloor v. Falstaff Brewing Corp.*, 601 F.2d 609 (2d Cir. 1979)

Al aplicar el estándar de “persona prudente”, los tribunales introdujeron la posibilidad de comparar el modo en que un deudor cumplió o intentó cumplir con la forma en que otros deudores cumplieron una obligación similar. En el caso, si el contrato estuviera sujeto al derecho de algún estado de los Estados Unidos (lo que sería raro), la forma en que AstraZeneca se comporta frente a la Comisión Europea podría ser comparada con la aplicada por otros proveedores (como Pfizer, por ejemplo) que también han celebrado contratos similares con aquel organismo, teniendo en cuenta, obviamente, todas las circunstancias de hecho que rodean al deudor (como su experiencia, tamaño y capacidad operativa).

Sea como fuere, la existencia de una estipulación de hacer los mejores esfuerzos o esfuerzos razonables jamás libera al deudor de cumplir con su obligación: sólo establece un estándar de cumplimiento.

Si el contrato estuviera sujeto al derecho inglés (lo cual es probable), la cuestión sería algo más compleja, pues el significado de “mejores esfuerzos” ha sufrido distintas interpretaciones a lo largo del tiempo.

En algún momento, los jueces ingleses entendieron que “mejores esfuerzos” significaba nada menos que “no dejar piedra sin remover”⁸ y aun “actuar en contra de sus propios intereses”, pero el estándar se fue morigerando con el correr del tiempo y ahora incluye el concepto de “razonabilidad”⁹ y excluye la obligación de actuar en contra de los propios intereses del deudor.

Como en los Estados Unidos, la diferencia entre “mejores esfuerzos” y “esfuerzos razonables” se ha diluido hasta desaparecer (sal-

⁸ *Sheffield Dist. Ry. Co. v. Great Cent. Ry. Co.* (1911) 27 TLR 451.

⁹ *Pips (Leisure Prods.) Ltd. v. Walton* (1981) EGD 100.

vo en los casos en los que se estipula que el deudor debe realizar ciertos actos en particular e identificados por las partes).

En “Phillips”, un caso resuelto por los jueces ingleses en 1997 ¹⁰, se decidió que, ante la ausencia de una clara definición acerca de qué quería decir la expresión “esfuerzos razonables” frente a una obligación determinada, la cláusula carecía de sentido.

Entonces es probable que, en un caso como el de AstraZeneca, la vaguedad de la expresión “mejores esfuerzos” sea razón suficiente para que los jueces la dejen de lado por carecer de efectos prácticos.

Si, en cambio, el contrato explicara que los “mejores esfuerzos” de AstraZeneca deberían ser equivalentes a los efectuados bajo contratos anteriores o estar de acuerdo con estándares determinados, la cláusula pasaría a tener un contenido concreto y, en caso de conflicto, podría orientar a los jueces.

Pero, otra vez: en ningún caso la cláusula de mejores esfuerzos o esfuerzos razonables puede ser interpretada como que *dispensa al deudor de cumplir con sus obligaciones contractuales*. Si fuera así, el contrato no sería otra cosa más que una expresión de deseos, cuyo cumplimiento sería opcional para el deudor.

En definitiva, es claro que, en ningún caso, la cláusula por la cual un deudor hará “sus mejores esfuerzos” o “esfuerzos razonables” para cumplir un contrato significa que está dispensado de cumplirlo, como cree el señor Soriot.

Por el contrario, debe entenderse que esa cláusula otorga al juez mayor latitud que la

habitual para examinar el contrato, establecer si el incumplimiento es irrazonable o no y analizar la conducta de las partes.

Si el contrato, como es más que probable, estuviera regido por derecho continental (el que también usamos en la Argentina) la cláusula de “mejores esfuerzos” debería ser juzgada a la luz de la clásica distinción entre las obligaciones de medios y las de resultado.

¿Qué quiere decir esto? Veamos: la obligación de un médico de salvar a su paciente o la de un abogado de lograr la absolución de su cliente no pueden asegurar un resultado determinado: el paciente puede morir o el juez condenar al acusado. Pero en ambos casos, el contenido de las obligaciones de ambos profesionales (llamadas *obligaciones de medio*) es hacer *todo lo posible* para lograr el resultado buscado.

En cambio, la obligación de un sastre de hacer un traje o la de un pintor de pintar una pared son *obligaciones de resultado*: se cumplen si y solo si se entrega el traje terminado o la pared pintada.

La distinción es relevante en cuanto a la prueba del cumplimiento de la obligación. En las obligaciones de resultado, el deudor sólo queda liberado si entrega lo prometido o puede demostrar causa mayor. En las obligaciones de medio, es el acreedor quien deberá demostrar que el deudor omitió hacer todo lo posible para cumplir en tiempo y forma.

En el caso de las vacunas, la Comisión Europea debería demostrar que AstraZeneca omitió ciertos recaudos; es decir, que no hizo *todo lo posible*. Por ejemplo, comparando su modo de actuar durante dificultades anteriores o con el de otros proveedores, como Moderna o Pfizer.

¹⁰ *Phillips Petroleum Co. (UK) Ltd. v. Enron (Europe) Ltd. (1997) CLC 329.*

La respuesta a los interrogantes legales, por otra parte, sólo podrá darse cuando se pueda revisar el contrato que, como dijimos, por el momento es confidencial. Allí se podrá establecer si las obligaciones de AstraZeneca eran de medios o de resultado.

Mientras tanto, la farmacéutica y la Unión Europea no ahorran declaraciones punzantes. Así, AstraZeneca acusa a la Unión Europea de intentar poner trabas a sus exportaciones de vacunas a Gran Bretaña, mientras que Stella Kyriakides, comisaria de la salud de la Unión, acusa a la empresa de olvidar “su responsabilidad moral, social y contractual que debe respetar”.

Al mismo tiempo, ha dejado entrever otro argumento de más peso aún: la Unión Eu-

ropea, luego de la firma del contrato, se obligó a adelantar 336 millones de euros (aun no desembolsados del todo) para ayudar a AstraZeneca a superar el llamado “riesgo de fabricación”.

Ese adelanto de la Unión Europea tuvo como objetivo ayudar a la empresa a iniciar la producción de sus vacunas, de manera que su obligación de fabricación fuera en firme y no quedara sujeta a posibles dificultades financieras. Haber aceptado ese adelanto sin reserva alguna pone a AstraZeneca, en nuestra opinión, en una situación débil frente al comprador de las vacunas.

¿Llegarán las partes a trenzarse en un pleito?

* * *

Esta nota ha sido preparada por Juan Javier Negri. Para más información sobre este tema pueden comunicarse con el teléfono (54-11) 5556-8000 o por correo electrónico a np@negri.com.ar.

**Este artículo es un servicio de Negri & Pueyrredon Abogados a sus clientes y amigos.
No tiene por objeto prestar asesoramiento legal sobre tema alguno.**