

DE ACUERDO EN QUE NO ESTAMOS DE ACUERDO

Análisis Económico de la Interpretación Contractual

IT'S AGREED THAT WE DO NOT AGREE

Economic Analysis of the Contractual Interpretation

Por: **Alfredo Bullard**

Profesor de Derecho Civil y Análisis Económico del Derecho,
Pontificia Universidad Católica del Perú y Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.
abullard@bullardabogados.com.pe

RESUMEN

Se suele entender a la **interpretación contractual** como la operación destinada a encontrar el sentido de un término o condición acordada por las partes en un contrato. El presente artículo plantea, sin embargo, que muchas veces interpretar es llenar de contenido un contrato incompleto porque las partes, en realidad, usaron términos que reflejan que no estaban realmente de acuerdo. Así, no es extraño que las partes deleguen al intérprete (el juez o el árbitro) el llegar al acuerdo que ellos no pudieron alcanzar. Ello dependerá si los costos de transacción de ponerse de acuerdo son superiores o inferiores a aquellos en los que se incurriría para conseguir la decisión del intérprete. A veces la aparente claridad sobre lo que se quiere, se enfrenta a un algo divagante o poco claro y es necesario, mediante la interpretación, darle sentido no sólo a lo que no se dijo, sino a lo que no se llegó a decir.

Por ello, la necesidad de interpretar es consecuencia de acuerdos, a veces tácitos, o no totalmente internalizados, de no estar de acuerdo en todo.

La calidad de los intérpretes y el conocimiento de las propias reglas de interpretación son factores que afectan los costos y beneficios en el momento de negociar y elaborar un contrato. Toda interpretación deberá efectuarse de tal manera que en ella se refleje y respete la confianza y fines contenidos en la voluntad declarada por ambas partes.

PALABRAS CLAVES

interpretación, contrato, acuerdo, costos.

ABSTRACT

It is usual to understand the contractual interpretation as the operation destined to find the sense of a term or condition agreed by the parts in a contract. The present article outlines, nevertheless, that often, interpreting is filling with content an incomplete contract because the parts, actually, used terms that reflect that they did not agree. So, it is not strange that the parts delegate to the interpreter (the judge or the umpire) to come to the agreement that they could not reach. It will depend if the costs of transaction of putting in agreement are superior or lower than the ones which one could incur to obtain the decision of the interpreter. Sometimes the supposed clarity on what it is wanted, faces something blurred or slightly clear and it is necessary, by means of the interpretation, to give sense not only to what it was not said, but to what it did not manage to say.

For it, the need to interpret is consequence of agreements, sometimes tacit, of not agreeing in everything.

The quality of the interpreters and the knowledge of the proper rules of interpretation are factors that affect the costs and benefits in the moment to negotiate and elaborate a contract. Any interpretation will have to be carried out in such a way that in it, it is reflected and respects the confidence and purposes contained in the will declared by both parts.

KEY WORDS

interpretation, contract, agreement, costs.

Tradicionalmente se suele entender la *interpretación contractual* como la labor destinada a encontrar el sentido de un término o condición acordada por las partes. Bajo tal perspectiva, al momento de contratar, se supone que las partes tienen claridad sobre lo que quieren, pero si por alguna razón esa voluntad no queda clara en la declaración contractual, no es sencillo saber qué quisieron decir o qué dijeron ayer. Así, la interpretación subsana lo que en principio es un problema de lenguaje, un problema básicamente de semántica: las partes saben en qué estaban de acuerdo, sólo que no pudieron decirlo con claridad.

Ante esta circunstancia, surgida de una discrepancia sobre el sentido, el contrato requiere que alguien, distinto a las partes (usualmente un juez o un árbitro), nos diga **qué** acordaron las mismas. Esta suerte de “reconstrucción” o “redescubrimiento” de lo que las partes dijeron (o quisieron decir) se asemeja a encontrar el “eslabón perdido” entre voluntad y declaración. El intérprete es, entonces, un mero “descubridor” de algo oculto, enterrado en el texto ambiguo del contrato, pero existente al momento de contratar.

Sin embargo, tal aproximación es incompleta e imprecisa. Muchas veces interpretar se parece bastante a descubrir algo que se perdió. Pero en numerosos casos, quizás en la mayoría, interpretar es justamente darle sentido no sólo a lo que las partes no dijeron, sino a lo que nunca quisieron decir. En ese sentido muchas veces interpretar es, en realidad, un acto de creación de nuevas reglas contractuales¹, simplemente porque las partes quisieron usar un lenguaje ambiguo,

o porque el lenguaje del contrato justamente quiso dejar claro que no estaban de acuerdo. Como se verá durante el desarrollo del presente trabajo, en realidad no hay grandes diferencias entre la interpretación y la integración contractual. La diferencia es más de matiz. En la integración se cubre un vacío en el contrato. Pero en la interpretación se cubre un vacío de precisión. Sólo es un tema del nivel de imprecisión existente, por lo que no es más una diferencia de alcance que de fondo, en el proceso cognoscitivo necesario para resolver el entuerto. De hecho, el proceso cognoscitivo, al margen de distinciones conceptuales inútiles, es virtualmente el mismo.

En mi experiencia arbitral ocurrió un hecho que muestra justo el punto que quiero destacar. Durante la ejecución de un contrato de obra bastante complejo surgió una discrepancia sobre quién debía preparar y nivelar el terreno sobre el que se iba a levantar una parte de la construcción. El propietario de la obra sostenía que el trabajo estaba comprendido en las obligaciones asumidas por el contratista. El contratista decía que en realidad se trataba de una labor que el propietario de la obra debía realizar previamente para que aquel pudiera efectuar la construcción de aquello a lo que estaba obligado.

La correspondencia entre las partes mostraba dos posiciones claramente discordantes, que basaban la discrepancia en la ambigüedad del propio contrato. Lo que es cierto es que el contratista decía que preparar el terreno no era su responsabilidad (y por tanto, tampoco su costo). Por el contrario, el propietario era enfático en afirmar que la preparación del terreno era una labor del contratista, que éste no podía evadir.

El problema principal es que la discrepancia no parecía ser de fácil solución y las idas y venidas de posiciones tenían detenida la obra, con lo que se afectaba el interés del propietario de tenerla lista a tiempo y del contratista de acabarla y cobrar su contraprestación.

Ante esta situación las partes elaboraron un acta (que podría ser definida como un contrato modificatorio o complementario) que decía, más o menos, lo siguiente: “El contratista procederá a nivelar el te-

¹ Lo que en el sistema anglosajón se suele denominar el *gap filling* o llenado de los vacíos contractuales.

reno". Sin embargo, al terminar la ejecución de la obra, la interpretación de la frase era, una vez más, claramente divergente. Para el contratista "proceder a nivelar el terreno" no quería decir, hacerlo gratuitamente, y por tanto concedía el derecho a solicitar un adicional de obra que compensara un trabajo no contemplado en el contrato original. Efectivamente nada en el documento indicaba una renuncia a solicitar una contraprestación, pero tampoco indicaba que tal contraprestación existiría, ni menos aún cómo se calcularía.

Pero el propietario de la obra sostenía que la frase significaba un reconocimiento, que nivelar el terreno era parte de las obligaciones del contratista y por tanto no merecía ninguna compensación adicional a la ya pactada.

¿Cuál de las dos interpretaciones era la correcta? Pues ninguna, si es que definimos **interpretar** como *descubrir cuál es la voluntad común expresada por las partes*. Era clarísimo de las pruebas actuadas y de las posiciones de las partes, que nunca se pusieron de acuerdo sobre quién asumiría el costo de la nivelación. Sólo encontraron una redacción suficientemente ambigua como para permitirles a ambas sostener, que era la otra parte. Con ello reservaban la discusión para el futuro, pero por lo menos podían continuar con la obra y así superar la situación de suspensión que afectaba a ambas. Era un texto concientemente ambiguo y que justamente reflejaba el acuerdo de que no estaban de acuerdo. Tanto es así, que durante el informe oral pregunté a las partes, qué tan representativa era la siguiente frase: *"En realidad sólo se pusieron de acuerdo en que no estaban de acuerdo"*. Ambas partes coincidieron en que era una buena descripción de lo "acordado".

En ese caso la interpretación no significaba descubrir una voluntad común inexistente. Era, por el contrario, resolver un punto en el que precisamente las partes no estaban de acuerdo, sólo que se encontraba oculto en una aparente ambigüedad, que no era propiamente tal.

No quiero, sin embargo, sugerir que la interpretación se reduce a casos tan extremos como el descrito. Si significa, en ocasiones, descubrir una voluntad común expresada defectuosamente o de manera ambivalente. Sin embargo, veremos que tal

formulación no es tan distinta a la anterior. Por ejemplo, en una ocasión tuve, en otro arbitraje, que determinar si el término "*medida judicial*", incluido en un contrato, significaba también medidas adoptadas por un árbitro.

También incluye supuestos en que las partes, consciente o inconscientemente, usan términos generales o abiertos porque no quieren "atarse" a términos excesivamente precisos, pues desconocen con claridad cómo deberá aplicarse el contrato cuando se presente una situación concreta. Por ejemplo, a veces en lugar de definir con precisión todas las obligaciones de un contratista, se limitan a decir que *"ejecutará sus obligaciones como lo haría un contratista experimentado"* sin haber definido qué se entendía por *"contratista experimentado"*. Y sinceramente ese término puede significar muchas cosas distintas. Las partes prefieren, sin embargo, dejar al juzgador la definición de su sentido frente a la circunstancia concreta que surja en el futuro. Términos de ese tipo, muy comunes en los contratos, son en realidad invitaciones al juzgador (es decir, al intérprete) para completar un contrato que no puede ser completado con precisión al momento de su celebración.

Sin embargo, las situaciones que describo en los últimos dos párrafos no difieren tanto de la primera que mencioné, pues directa o indirectamente reflejan una voluntad, en ocasiones muy clara y en otras imprecisa, de no ponerse de acuerdo sobre todo, o de dejar temas "librados a la imaginación" de un intérprete futuro, usualmente ajeno a las partes.

Cuando las partes usan un término como *"contratista experimentado"* en el fondo están diciendo que no se sienten en capacidad de ponerse de acuerdo en torno a todo lo que ello significa. Es cierto que buena parte del contenido del término puede estar definido por la ley o por precedentes judiciales o arbitrales. Puede ser también que el término tenga un sentido más o menos conocido en la práctica comercial. Pero incluso si eso fuera cierto, las partes renunciaron a incluir tales definiciones en el texto del contrato, porque finalmente contratar cuesta y, contratar con mayor detalle, cuesta más.

Y la situación, con claros matices, tampoco es muy distinta a la falta de previsión de las partes en definir

qué *medida judicial* también comprende a las medidas arbitrales. Lo más probable es que la omisión sea consecuencia de un desliz o la falta de previsión, o simplemente de haber tomado el texto de un modelo anterior incluido sin mucha reflexión. Si bien las partes no fueron concientes de su omisión, sí lo son de cuánto tiempo dedican a revisar y reflexionar sobre el contrato. Todos sabemos que más tiempo en la redacción y negociación debe conducir a un contrato más claro y preciso. Pero también somos concientes de que más redacción y negociación tiene un costo en tiempo y abogados, es decir, en dinero. En un momento, ambas partes expresan que ya no quieren seguir negociando o redactando más. Y saben que en ese momento su decisión conducirá a un nivel de perfección menor a aquel que el contrato tendría si decidieran invertir más recursos. De la misma manera como la gente que decide no hacer ejercicio es conciente de que su expectativa de vida se puede reducir, las personas que deciden no seguir estudiando la redacción de su contrato, son concientes de que “dejar de seguir poniéndose de acuerdo” significa contratos con mayor riesgo de imprecisión y por tanto de litigio y discrepancia futura. Hay una cierta “intencionalidad” en la imprecisión; no es sólo que el efecto concreto haya sido querido (la ambigüedad) pero sí había conciencia del riesgo que se estaba asumiendo de que tal ambigüedad podría producirse. De alguna manera las partes están de acuerdo en que no quieren seguir poniéndose de acuerdo.

Buena parte de la teoría de la interpretación contractual considera que para evitar problemas de interpretación, las reglas y decisiones futuras deben sancionar a la parte que pudo prever el problema a menor costo. Reglas como que el contrato se interpreta en contra de quien lo redactó o que existe una obligación derivada del principio de buena fe, de hablar claro, parecerían dirigidas a motivar que las partes “se sigan poniendo de acuerdo” creando incentivos para que ello ocurra. Y efectivamente, en muchos casos alguna de las partes puede desarrollar conductas estratégicas orientadas a tener contratos imprecisos para sacar partido de la imprecisión. Pero ello no siempre es así. Muchas veces la imprecisión del contrato refleja la voluntad expresa o implícita de no seguir poniéndose de acuerdo. Es una imprecisión, de alguna manera, voluntaria. Forzar a

que las partes se sigan poniendo de acuerdo podría entonces ser contraproducente.

1. Costos de Transacción e Interpretación del Contrato

¿Por qué las cosas son así? La explicación, desde el punto de vista económico, es relativamente sencilla: contratar cuesta y, como dijimos, contratar mejor y más completo, cuesta más.

Los costos de contratar son costos de transacción.² Si quiero comprar una casa debo identificar la casa que quiero adquirir y quién es su propietario. Ello implica invertir una serie de recursos (tiempo y dinero) en buscar casas, compararlas, informarme de sus precios y elegir la que finalmente me gusta. Pero luego tengo que negociar con el probable vendedor que también deberá invertir recursos en ubicarme y en averiguar quién soy. Esta negociación puede consumir también una cantidad importante de recursos. Mientras nos ponemos de acuerdo puedo perder oportunidades de celebrar otros contratos, perder mi tiempo en discusiones interminables, invertir recursos en negociar y en tratar de convencer a la otra parte con mi propuesta.

Luego tenemos que contratar un abogado que también invertirá tiempo y dinero en redactar un contrato y en hacer el estudio de títulos correspondientes para asegurar mi adquisición. Si mi deseo por una casa nueva y el del vendedor de recibir dinero lo justifican, estaremos dispuestos a incurrir en toda esta serie de costos, que pueden llegar a ser importantes, para perfeccionar la transferencia de la propiedad de la casa y el pago del precio.

² El Premio Nobel de Economía Ronald Coase (“The Problem of the Social Cost” *Journal of Law and Economics*, Octubre 1960, pp. 1-44.) define los costos de transacción en los siguientes términos: “Para llevar a cabo transacciones de mercado es necesario descubrir con quién deseamos transar, informar a la gente qué deseamos intercambiar y en qué términos, conducir negociaciones que lleven a un convenio, redactar el contrato, llevar a cabo la inspección necesaria para asegurarnos de que los términos del contrato son observados, y demás. Estas operaciones son, a menudo, muy costosas; suficientemente costosas para evitar muchas transacciones que se llevarían a cabo en un mundo en el que el sistema de precios funcione sin costos”.

Finalmente, una vez que tengo un contrato, tengo que hacerlo cumplir. Los costos de ejecución y cumplimiento de éste, son parte de los costos de transacción, dado que cuanto mayores sean, habrá menos contratos. Por ejemplo, Poderes Judiciales poco predecibles que hacen difícil saber si el contrato podrá cumplirse, elevan el costo transaccional y con ello desincentivan a contratar o conducen a contratar en términos ineficientes.

Bajo ciertas circunstancias, los costos de transacción pueden impedir que un contrato se celebre, a pesar de que pudiera ser razonable y beneficioso para ambas partes. O pueden llevar a que sí se celebre, pero no en los términos que maximizan el bienestar social. Por ejemplo, si un consumidor compra una lavadora que no deseaba porque los costos de transacción le impidieron evaluar cuál era su verdadera calidad, hay contrato, pero podría conducir a una peor asignación de recursos.

Como se desprende de lo dicho, los costos de transacción pueden ser de diversa naturaleza y presentarse en momentos diferentes del devenir contractual. Podemos, sin embargo, ensayar una clasificación, basándonos en Cooter y Ulen³.

- a. Costos de búsqueda, referidos a los costos de identificar con quién y sobre qué contratar. Por ejemplo, el tiempo y dinero invertido para identificar a la contraparte, conocer mis necesidades y preparar la formulación de una oferta, entre otros.
- b. Costos de arreglo, entendidos como aquellos derivados del proceso de negociación y redacción de los términos contractuales, lo que incluye el tiempo, el costo de oportunidad durante las discusiones del contrato, los honorarios de abogados, etc.
- c. Costos de ejecución, que incluye el costo de hacer cumplir el contrato una vez celebrado éste, monitoreando el cumplimiento y movilizándolo los mecanismos necesarios para castigar la inexecución del mismo, lo que va desde la ejecución de garantías contractuales hasta los costos de los procesos judiciales y arbitrales que fueran necesarios.

Como se puede apreciar, las dos primeras categorías (costos de búsqueda y de arreglo) ocurren ex ante a la celebración del contrato y son los costos necesarios para llegar a tener un acuerdo. Por el contrario, la tercera categoría (costos de ejecución) se presenta ex post a la celebración del contrato.⁴

La labor de interpretación se da ex post a la celebración del contrato y es parte de los costos de ejecución. Así, la interpretación es necesaria al momento en que, debiéndose ejecutar el contrato, surge una discrepancia en torno a cómo debe ser leído y entendido el texto de alguna o algunas de sus estipulaciones. Los costos de interpretación son los costos en que incurren los "intérpretes oficiales" del contrato (jueces o árbitros) que involucran el costo mismo de financiar su labor (remuneraciones, equipo de apoyo, tiempo, etc.), el costo para las partes en tiempo y dinero (lo que incluye contratar abogados, expertos o árbitros) así como el costo de error, es decir, el costo que puede generar el hecho de que la interpretación esté "equivocada" y que por tanto genere pérdidas.⁵

³ Cooter, Robert y Thomas Ulen. "Derecho y Economía" Fondo de Cultura Económica, México. Primera Edición en Español. pp. 120-121.

⁴ Posner (Posner, Richard, "The Law and Economics of Contract Interpretation" John Olin Law & Economics Working Paper No. 229, (2D series), p. 4 en <http://www.law.uchicago.edu/Lawecon/index.html>) propone una fórmula para determinar los costos de transacción que enfrenta un contrato:

$$C = x + p(x)[y + z + e(x, y, z)]$$

Donde "C" es Costos de transacción, "x" es el costo de negociar y redactar el contrato, "p" es la probabilidad de que surja un conflicto, "y" el costo de litigio para las partes, "z" el costo de litigio para el sistema judicial y "e" el costo del error. El primer término del lado derecho de la ecuación ("x") representa la primera etapa en la determinación de lo que el significado del contrato, la etapa en que son las partes las que deciden qué dice el contrato y conforman los costos ex ante. El segundo término ("p(x)[y+z+e(x, y, z)]") representa la segunda etapa (costos ex post), en los que en el evento de una disputa legal sobre el significado del contrato, el problema, es sometido a la decisión de un juez o de un árbitro.

⁵ Colocamos la expresión "equivocada" entre comillas precisamente porque, aunque suene paradójico, puede ser un término equívoco. Puede entenderse como la incapacidad del intérprete de encontrar la voluntad correcta, entendiendo como la que fue la voluntad real de las partes. Pero ya vimos que usualmente el problema es justamente el hecho de que tal voluntad no existe, al menos de manera completa. Por eso definiremos como "equivocada" aquella interpretación que no maximiza el valor del contrato, en el entendido de que las partes hubieran elegido la opción que maximizaba dicho valor, de haberse planteado el problema interpretativo que debe ser resuelto.

Sin embargo, la función de costos de transacción ex ante es interdependiente de la función de costos de transacción ex post. Ello significa que modificaciones en los costos ex ante afectan los costos ex post. Para ponerlo sencillo: el incremento de los costos de búsqueda y sobre todo de negociación puede reducir el costo de ejecución. Al mismo tiempo la reducción de costos de búsqueda y negociación puede incrementar los costos de ejecución. Y ello por el impacto que tienen los costos ex ante en los costos de interpretación, que son costos ex post o costos de ejecución.

Me explico mejor con algunos ejemplos: Comencemos con el caso tomado de mi experiencia arbitral referido a si es el propietario o el contratista el que debe asumir los costos de nivelación del terreno según el acta que suscribieron cuando surgió la discrepancia entre ambas partes. Las partes no se pudieron poner de acuerdo sobre quién debía asumir el costo de la nivelación, pero sí estaban de acuerdo con el hecho de que sea el contratista quien ejecute los trabajos. Es posible que si hubieran seguido negociando, hubieran llegado al final a un acuerdo. Pero en su cálculo, las partes ven que el tiempo de demora en la negociación para salvar el impasse es alto y se refleja en el costo de oportunidad de tener las actividades de la obra paralizadas. Ante ello prefieren llegar a un acuerdo que justamente significa que no están de acuerdo sobre quién asume el costo, pero que permite continuar con la obra. Al hacerlo reducen los costos de negociación (no acordar es en términos de costos de negociación más barato que acordar algo), pero incrementan los costos de ejecución futura porque elevan los costos de interpretación del contrato, lo que finalmente significaría que tendrían un arbitraje. Así han decidido aliviar los costos de negociación a sabiendas de que ello requerirá un arbitraje posterior, con honorarios de árbitros y abogados, para dirimir cómo debe "interpretarse" una supuesta voluntad común que no existe.⁶

Si las partes en el contrato actuaron racionalmente, entonces debe entenderse que en su evaluación advirtieron que el costo de tener paralizada la obra (derivado de los costos de negociación) era sustancialmente superior al costo esperado de la actividad interpretativa posterior de los árbitros. Entonces pre-

firieron un acuerdo concientemente imperfecto porque el análisis costo - beneficio así lo aconsejaba.⁷

⁶ Un ejemplo parecido se dio en mi experiencia profesional en un pacto de honorarios con un cliente. En el contrato se dijo que el honorario de éxito se devengaría cuando "se llegara a un acuerdo con los principales acreedores". Sin embargo, el concepto de principal acreedor no estaba definido, como tampoco estaba definido qué significaba acuerdo. Si uno conociera la historia sabría que cuando se pactó el honorario el desenlace de la historia era realmente impredecible, con lo que definir los términos referidos era realmente muy difícil. El uso de términos generales permitía, luego de saber cómo ocurrieron las cosas, buscar un sentido razonable. Pero las partes eran concientes de que existía una ambigüedad. Cuando se llegó a un acuerdo con algunos acreedores, surgió una discrepancia sobre si se había devengado o no el honorario. Afortunadamente las partes llegaron a un acuerdo sobre la interpretación razonable que evitó ir a una interpretación por un tercero, usando el "espíritu del acuerdo". La explicación de lo ocurrido es sencillo. Si las partes se hubieran puesto a negociar en el momento de gran incertidumbre inicial, la cláusula hubiera sido muy compleja. La decisión de dejarla en términos tan ambiguos obedecía a la conciencia de que el costo de interpretación posterior era inferior al costo de redacción ex ante. Los hechos demostraron que las partes estuvieron en lo correcto.

⁷ Para los aficionados a la economía el acuerdo incompleto e imperfecto es razonable si el costo marginal de una unidad más de negociación (digamos una semana más negociando qué es lo que estiman les va a tomar llegar a un acuerdo completo y que sería un beneficio si se visualiza como ahorro) es superior al costo marginal de una unidad más de interpretación (es decir, el costo de delegar a los árbitros el "interpretar" la frase que justamente no refleja ningún acuerdo). Como bien me hizo notar Ursula Ruesta en una conversación para discutir el artículo, mis términos no son, sin embargo, tan precisos como los que usaría un economista exigente. Otra forma de visualizarlo se deriva de la fórmula de Posner que citáramos antes. En realidad las partes deberían seguir negociando cuando:

$$x < p(x)[y+z+e(x, y, z)]$$

Donde "C" es Costos de transacción, "x" es el costo de negociar y redactar el contrato, "p" es la probabilidad de que surja un conflicto, "y" el costo de litigio para las partes, "z" el costo de litigio para el sistema judicial y "e" el costo del error. Los costos y beneficios deben ser analizados en términos marginales de manera que representen el costo de una unidad adicional de negociación.

Por el contrario las partes deberían dejar de negociar y dejar la imprecisión para una interpretación posterior cuando:

$$x (>) p(x)[y+z+e(x, y, z)]$$

Dados que los dos lados de la inequación son interdependientes uno del otro (es decir, el aumento de uno baja el otro y a la inversa) el objetivo final es que la suma de ambos lados (es decir, $x+p(x)[y+z+e(x, y, z)]$) arroje la menor cifra posible.

La misma lógica se puede aplicar a otros ejemplos. Vayamos al caso de ejecutar la obra como un “contratista experimentado”. El texto general y abierto del término delega al intérprete el precisar su contenido frente a un caso concreto que se presente. Sería posible que las partes decidan seguir negociando y dar un contenido más preciso al término. Podrían acordar con gran nivel de detalle los procesos constructivos y los estándares técnicos aplicables a cada actividad y con ello reducir significativamente los costos a los intérpretes. Pero ello significa más negociación, contratos más completos y, sobre todo, mayores honorarios de abogados y personal involucrado. El uso del término general y más abierto deja al intérprete la labor de precisar *ex post*, ante el caso concreto “qué quisieron decir las partes”. Por supuesto que la existencia de referentes que precisen el contenido del término (usos y costumbres comerciales o de la plaza, precedentes judiciales o arbitrales, etc.) reduce el costo de interpretación y, por ende, el costo de error de los intérpretes. Durante la negociación esos son los tipos de problemas que las partes deben resolver para ampliar o limitar el rol de los intérpretes bajo el costo de incrementar el costo de la negociación.

Finalmente, tenemos el caso de cómo leer el término “medidas judiciales” para determinar si comprenden medidas arbitrales. Quizás este es el caso que se parece más a una actividad interpretativa “químicamente pura”. Pero no está exenta del mismo problema. Quizás lo que ocurrió es que las partes ni siquiera pensaron que el problema podía surgir. Pero sí son concientes que más revisiones y lecturas del proyecto de contrato reducirán el riesgo de imprecisiones. Si bien no son concientes en que no están de acuerdo, lo cierto es que sí son concientes que seguir esforzándose para tener un mejor acuerdo, no vale lo que cuesta. Entonces “tiran la toalla” y firman, asumiendo el riesgo de aquellas imperfecciones que saben que siempre pueden existir.

La moraleja es que el costo de interpretar es inversamente proporcional a la inversión en negociación. Dado que la cantidad de negociación invertida es una decisión conciente de las partes, la imperfección del contrato (que es la causa principal de la necesidad de interpretación) es en el fondo una decisión más o menos conciente de las partes. Por ello, la necesidad de interpretar es consecuencia de

acuerdos, a veces tácitos o no totalmente internalizados, de no estar de acuerdo en todo.

Es interesante notar las similitudes de lo propuesto y analizado con la interpretación constitucional. El intérprete constitucional y, en particular, el Tribunal Constitucional usan técnicas bastante abiertas y menos literales. Como veremos más adelante se enmarca más dentro de lo que llamaremos contextualismo antes que en el textualismo. La razón es que el texto constitucional es consecuencia del consenso político. En las Asambleas Constituyentes, los diversos partidos tienen que llegar a acuerdos que reflejan posiciones ideológicas muy diversas. Y no es extraño que no puedan estar de acuerdo. Usualmente se resuelve usando términos ambiguos que permiten interpretaciones diversas, que dan para un lado o para el otro. Ello explica el uso de términos como *economía social de mercado* o *interés social* o *interés público* o *dentro de los márgenes que establece la ley*. Todos ellos son invitaciones para que el intérprete constitucional le dé un sentido cuando se presente el caso concreto. Los costos del consenso político parecen más altos que los costos de dejar a un intérprete posterior resolver el dilema.⁸

Las ideas que hemos expuesto hasta acá pueden ser entendidas de mejor manera usando dos conceptos: contrato perfecto y contrato óptimo.

Un **contrato perfecto** es aquel que contempla todas las contingencias imaginables. Todo está previsto con suficiente detalle como para no necesitar interpretación o encontrar vacíos. Un contrato perfecto es complejo y utópico. Y es utópico porque los costos de negociarlo y escribirlo son prohibitivos. Así, igual como en el dicho “Nadie es perfecto”, los contratos perfectos tampoco existen.

Por el contrario, el concepto de **contrato óptimo** alude a un texto que sólo incluye y prevé aquellos términos que son económicamente razonables de prever. En un contrato óptimo la inclusión de un término se deriva de que los costos de transacción necesarios para redactarlo e incluirlo están justificados por los ahorros futuros que significarán. En

⁸ Alejandro Falla y Pedro Grández me hicieron notar estas similitudes.

pocas palabras los contratos óptimos sólo incluyen aquellas cláusulas en las que los costos marginales de inclusión son inferiores a los beneficios marginales de inclusión. Por ejemplo, prever un evento que es muy poco probable que ocurra, puede tener altos costos de identificación, justamente por lo inusual que sería que ocurriese el evento. Y los beneficios son limitados, justamente porque es poco probable que esa cláusula sea realmente necesaria. Por el contrario, eventos que ocurren con frecuencia parecerían justificar una mayor y más cuidadosa redacción, porque si bien pueden tener costos, los beneficios pueden ser apreciables.

Si uno concuerda el análisis que venimos efectuando con la teoría de la imprevisión, en particular la excesiva onerosidad de la prestación, la imposibilidad sobreviniente y la frustración del fin del contrato, descubrirá la íntima vinculación, pocas veces advertida, entre interpretación e imprevisión. También hay un vínculo muy íntimo entre estos dos aspectos y el dolo y el error. En todos estos casos la previsión de lo futuro es la generadora de problemas y la que exige soluciones. Es que la imprecisión contractual, la no previsión de contingencias o la evitabilidad de errores son partes de un solo proceso: la configuración del contrato y los costos de transacción que dicha configuración implica. Habrá imprecisión, imprevisión y asimetría de información como consecuencia, si los costos de transacción no dejan resolver el problema. Y de la misma manera habrá impresiones, imprevisiones y errores deseables, cuando los costos de transacción de evitarlos sean demasiado altos. Estos costos y su relación con los costos de mecanismos de solución posterior como la interpretación, la imposibilidad, la excesiva onerosidad o las reglas que regulan los vicios de la voluntad determinan cómo se establece la relación entre contratos óptimos y los nunca deseables contratos perfectos.

Si regresamos al tema de la interpretación, una cláusula imprecisa puede ser óptima, si es que los costos de transacción ex ante necesarios para precizarla, no justifican el beneficio que se obtiene por reducción de costos de interpretación futura. Así, los contratos óptimos logran un balance adecuado entre el detalle de su texto y la necesidad de interpretación posterior. En pocas palabras usan textos muy claros y precisos cuando ello es más

barato que dejar la labor al intérprete en el futuro y son incompletos e imprecisos cuando los costos de usar un intérprete posterior son más bajos que la inclusión de textos claros.

Las reglas de interpretación tienen mucho que ver con lograr la existencia de contratos óptimos. Hacen más fácil prever cuánto costará usar redacción precisa y cuándo dejar las cosas a una interpretación futura. Crean además incentivos para incluir o evitar incluir precisión y claridad en los contratos.

La conclusión es, entonces, que los contratos precisos y completos que se acerquen a contratos perfectos, no son deseables. Ello significa que un contrato muy detallado y preciso, contra lo que pueden creer los abogados, no es necesariamente un contrato óptimo. Por el contrario, un contrato impreciso y ambiguo podría ser óptimo, según las circunstancias.

2. “Textualismo” y “Contextualismo”

Existen distintas clasificaciones de los métodos de interpretación. Así definimos una multiplicidad de métodos, que van desde el literal hasta el teleológico o funcional, pasando por el sistemático, el histórico, entre otros. A ellos los rodeamos y complementamos con figuras afines como la analogía, la interpretación a contrario o la integración contractual y los lubricamos con principios como el de conservación del acto jurídico o el de buena fe.

Voy a proponer, sin embargo, como punto de partida, una clasificación más simple y general, usada por el análisis económico del derecho y que agrupa los remedios interpretativos en dos opciones o aproximaciones.

A la primera la vamos a llamar “textualismo”, castellanización del término inglés *textualism*. Como señala Cohen, si los intérpretes presumen que la contratación completa (casi podríamos decir perfecta) es deseable y posible, entonces se está presumiendo que el texto del contrato es la mejor aproximación a la intención de las partes. Sin embargo, la consecuencia de ello es que si las partes no llegan a tener un contrato completo, se presume, bajo el textualismo, que su carácter incompleto es no deseable. En ese contexto, el rol de las cortes o los árbitros debe ser el de desincentivar contratos

incompletos o imperfectos, cargando las consecuencias de la oscuridad de un término a la parte que pudo evaluar la solución o la existencia del vacío a menor costo.⁹ Esta es la aproximación que suele tener una buena parte de la doctrina y de los sistemas legales y, sobre todo, la práctica de muchos abogados y cortes.

El textualismo explica la aplicación de principios como la interpretación en contra del estipulante, o la imposición, por medio del principio de buena fe, de la obligación de hablar claro o de pedir explicaciones, como cargas cuyo incumplimiento genera una interpretación en contra del interés de quien soporta dicha carga.

También explica una priorización del método literal como el más importante y central en la labor interpretativa.¹⁰ Si el texto del contrato es la mejor expresión de la intención común, entonces el intérprete debe rehuir buscar fuera del texto tal intención.

En el sistema anglosajón el textualismo impacta en la existencia de principios como el llamado *parol evidence rule*¹¹ o la *four corners rule*¹² que prohíben o limitan al intérprete el uso de pruebas distintas al texto del contrato para encontrar el sentido del mismo.

El textualismo trata además de reforzar el concepto de autonomía privada, asumiendo que son los individuos los mejores jueces de su destino y por tanto nadie debe decidir por ellos. Salirse del texto del contrato puede entonces ser visto como una limitación a tal autonomía al usar elementos ajenos a las partes para determinar las consecuencias de sus actos.

En contraste tenemos, como segundo paradigma, el llamado contextualismo (castellanización del término inglés *contextualism*). Como dice Cohen, el contextualismo parte de la premisa de que el carácter incompleto de los contratos es inevitable, e incluso deseable, dadas las limitaciones de dinero, tiempo, comprensión y capacidad de prever todo en la negociación. En ese contexto las Cortes llenan los vacíos o le dan sentido a las imprecisiones, presumiendo lo que las partes querían, usando como referentes algún estándar externo al texto del propio contrato.¹³

Métodos de interpretación como el teleológico o funcional o el uso de la conducta de las partes como indicador de la intención común, son derivados del contextualismo, bajo el cual las Cortes presumen que las partes contrataron con base en que la expectativa de que dichas Cortes llenarán los vacíos o imprecisiones de lo que han escrito, usando los términos que partes racionales hubieran usado en condiciones de costos de transacción bajos.¹⁴

Se cuestiona que el contextualismo enfrenta un riesgo evidente y es que la regulación de una relación contractual privada queda fuera del ámbito de control de la autonomía de las partes, sujeta a la composición por terceros que no necesariamente son los que mejor conocen el interés de los contratantes. Ésta es una afirmación que debe ser matizada. Efectivamente se abre la puerta a que sea un tercero el que decida qué es mejor para las partes. Pero, por otro lado, si partimos de la idea de que son las partes las que pudieran acordar que no estaban de acuerdo, lo que han acordado implícitamente, por voluntad propia, es que sea otro el que decida por ellas. Y ello porque asumen que la

⁹ Cohen, George M. "Implied Terms and Interpretation in Contract Law" pp. 82-83. En Encyclopedia of Law & Economics, Publicada por Edgar Elgar y University of Ghent, Editores Generales Boudewijn Bouckaert y Gerrit De Geest, <http://encyclo.findlaw.com/>

¹⁰ También podría decirse que la interpretación sistemática, orientada a usar los otros términos del contrato para entender qué dice un término dado, muestra una aproximación textualista atemperada, pues sigue usando el texto del contrato, pero acepta que las cláusulas no pueden interpretarse leyéndolas en su solo texto.

¹¹ Como señala Richard Posner (op cit, pp 29-30) según la *parol evidence rule*, si las partes han redactado un contrato que se ve como completo, no es posible producir o evaluar pruebas vinculadas al proceso de negociación que condujo a la celebración del mismo. Tales pruebas son inadmisibles en el juicio.

¹² Como también dice Posner (op cit, pp 21-22) según esta regla, las partes de un contrato que aparece claro de su simple lectura (lo que significa que una persona competente en inglés y que desconoce el contexto en el que se dio el acuerdo pensaría que el texto sólo admite un significado) están impedidas de presentar pruebas sobre cómo debe ser interpretada extrínsecas a "las cuatro esquinas" del texto del contrato escrito.

¹³ Cohen, op cit p. 83

¹⁴ Goetz y Scott, citados por Cohen, op cit, p. 83

labor interpretativa de un tercero es más barata que los costos de negociar para ponerse de acuerdo en un texto más preciso.

La disyuntiva entre textualismo y contextualismo refleja el conflicto entre precisión e imprecisión, entre contratos perfectos y contratos óptimos. Y ese no es otro que el conflicto entre seguridad jurídica y flexibilidad ante nuevas situaciones. En ese conflicto no hay reglas únicas. En algunos casos, en particular en los que hay situaciones fáciles de prever, la seguridad, la literalidad (y por tanto el textualismo) parecen adecuados. Por el contrario, situaciones en que es difícil prever qué va a pasar, la flexibilidad del texto contractual y por tanto el contextualismo, parecen la mejor opción.

Basándose en las ideas de textualismo y contextualismo descritas, Richard Posner¹⁵ hace una interesante descripción de lo que los intérpretes (Cortes o árbitros) pueden hacer para resolver una ambigüedad en un contrato. Básicamente sugiere que se puede usar cuatro posibles reglas:

- a. Tratar de determinar qué es lo que las partes realmente querían, es decir, asumir que ellas resolvieron el problema interpretativo en su negociación, sólo que no lo expresaron claramente en la redacción. Propiamente hubo acuerdo, es sólo que éste no está claro. La aproximación, si bien podría parecer textualista, busca en realidad fuera del texto del contrato, cuál es la verdadera intención de las partes, justamente porque asume que el texto no es del todo claro. Para ello usualmente se utiliza la conducta previa, simultánea o posterior de las partes. Por ejemplo, se recurre a las evidencias existentes del proceso de negociación (propuestas, proyectos de contrato, etc.) o la forma como el contrato se venía ejecutando, como prueba de cuál era la intención de las partes.
- b. Escoger la solución económica más eficiente, asumiendo qué es probablemente lo que las partes querían o habrían querido si se hubieran colocado en el supuesto. Se abre la posibilidad de que el acuerdo sobre el punto en controversia no exista,

es decir, que pueda haber un acuerdo explícito o implícito de que no están de acuerdo. Esta aproximación es básicamente contextualista porque el intérprete está recurriendo a un dato externo al texto del contrato (cuál debería ser el acuerdo eficiente) para decidir cómo se cumple el contrato.

- c. Tratar el caso como si hubiera que lanzar una moneda al aire para ver si sale *cara* o *cruz* porque no está claro (y no se podrá realmente tener claridad sobre) qué se quiso decir (con lo cual no es posible realmente llegar a una solución) y aplicar alguna regla que rompa los nudos creados por la situación, como por ejemplo, que las ambigüedades son resueltas en contra de la parte que exige el cumplimiento del contrato o en contra de quien redactó el texto. De esa manera, sabiendo que no es realmente posible descubrir qué se quiso decir, se escoge una regla que manda incentivos futuros a las partes para ser más claros y evitar que se produzca ambigüedades similares en el futuro. Esa es, por ejemplo, la solución que da el artículo 1401 del Código Civil Peruano,¹⁶ solución que se basa en el entendido de que quien redacta condiciones generales de contratación o los formularios contractuales, es el más barato evitador de la ambigüedad, al contar con mayor información. Por ello, para reducir la ambigüedad futura, se le hace responsable de la misma, por medio de una interpretación contraria a su interés.
- d. Combinar los métodos a y c anteriores, pretendiendo que el contrato siempre refleja un acuerdo completo de las partes y que nada fuera del texto del contrato puede ser usado para interpretarlo. Éste es el método literal de interpretación, llevado a su máxima expresión, que conduce a una interpretación sumamente formalista. Es pues la

¹⁵ Posner, op cit, pp 12-13.

¹⁶ Artículo 1401°.- Las estipulaciones insertas en las cláusulas generales de contratación o en formularios redactados por una de las partes, se interpretan, en caso de duda, en favor de la otra.

máxima expresión del textualismo. La regla lleva implícita que las partes son concientes de que si no son claros, sólo el texto y nada más que el texto, se usará para determinar qué acordaron.

Como acertadamente propone Posner¹⁷, el primero de los métodos (determinar qué quisieron decir las partes) arroja los mayores beneficios. Ello, porque asumiendo que las partes tienen mayor y mejor información sobre sus propias preferencias y necesidades, lo que quisieron pactar es el mejor referente de aquello que maximiza el interés de ambas. Sin embargo, es la solución más costosa porque descubrir qué se quiso decir puede ser realmente problemático si el lenguaje del contrato no es claro, salvo, claro está, que inventemos la forma de leer la mente.

Se podría pensar que la segunda (escoger la solución eficiente asumiendo que es la que hubieran querido las partes) es la mejor, justamente porque se orienta a la que maximiza valor. Pero como dice Posner¹⁸ ello es incorrecto pues si las partes son mejores jueces de lo que es bueno para ellos, de lo que sería un corte o un árbitro, el riesgo de error del intérprete no es deleznable. Así, el problema no es dudar que debiera darse la salida eficiente, sino cómo encontrar cuál es efectivamente esa solución eficiente sin saber cuáles son las preferencias y necesidades de las partes. En términos de Hayek, en un mundo donde la información para tomar decisiones está descentralizada en millones de individuos, usar mecanismos centralizados de decisión, ajenos a los individuos, conduce a decisiones posiblemente equivocadas.¹⁹

En el fondo el contextualismo plantea que la información que se use sea distinta a la que tienen en su poder los individuos afectados por la decisión. Por ello si la información de los individuos (intención común de las partes) puede ser identificada a un bajo costo, es preferible usar dicha información.

Sin embargo ¿qué ocurre cuando los costos de la primera opción (descubrir la verdadera intención) son prohibitivos? Allí parece que buscar la mejor aproximación (*the best guess*) es la salida más lógica. Si uno asume que las partes, actuando racionalmente, van a buscar una salida en la que ambas obtengan beneficios, uno debería esperar que ellas lleguen a acuerdos en los que ambas ganen, lo que

en términos paretianos significa un movimiento hacia la eficiencia.

Por ejemplo, es de esperar que las partes acordaran que un riesgo sea asumido por aquella de las dos que puede enfrentarlo a menor costo. Imaginemos el riesgo de un defecto de fabricación en un producto. Si surgiera la duda de cuál de las partes debe asumir el riesgo porque el texto del contrato no está claro, parece evidente que el fabricante, por el control del proceso productivo, sería quien debería asumirlo. Así, mientras el fabricante puede, mediante mejoras en su proceso productivo, reducir el riesgo-defecto a un costo de 100, el consumidor tendría un costo sustancialmente superior, digamos de 300, para evitar o corregir el mismo problema. Si no sabemos cuál de los dos asumió el riesgo porque no está claro en el texto, parece evidente que se reduce los costos del contrato, si se interpreta que el riesgo es asumido por el fabricante. Si éste asume el costo incrementará el precio en 100 al consumidor. Pero si no lo hace, el consumidor verá incrementado el costo en 300 adicionales, con lo que el fabricante perderá ventas o tendrá que reducir el precio para compensar al consumidor. Ambos ganarían si el que asume el costo es el fabricante. En esa línea es lógico asumir que la intención de las partes es que la asignación de riesgos se efectuará de aquella manera en que minimice los costos del contrato.

Claro que el problema de ello, como ya se anotó, es que a veces no es tan sencillo para las partes saber cuáles son los costos de asumir determinados riesgos ni cuál es la preferencia de ellas para asumirlos o rechazarlos. Por ejemplo, puede haber determinados riesgos, susceptibles de ser corregidos de mejor manera por el consumidor con un adecuado uso (conservar el bien en un lugar que tenga determinada temperatura, no darle determinados usos o ser cui-

¹⁷ Posner, op cit, pp. 13 y 14.

¹⁸ Ibid, loc cit.

¹⁹ Para una comprensión adecuada de la teoría hayekiana de la información, revisar "The Essence of Hayek", Chiaki Nishiyama y Kart R. Leube, editores. Hoover Institution Press y Stanford University, 1984, especialmente los ensayos "The Use of Knowledge in Society" (pp. 211 y siguientes), "Competition as a Discovery Procedure" (pp. 254 y siguientes) y "The Prevalence of Knowledge" (páginas 266 y siguientes).

dadoso con el uso a darse, etc.) El mismo bien podría comprarse en un contexto de ventas de bienes defectuosos a cambio de reducciones de precios (lo que no es extraño que ocurra por ejemplo en remates de ropa con defectos o “yaya”), lo que muestra que no necesariamente la interpretación que parece obvia es la correcta. En tales supuestos, ante la ambigüedad del contrato, no parece lógico trasladarle el costo al fabricante.

Pero no necesariamente el traslado del riesgo a cambio de un precio menor es claro. Imaginemos el caso del mercado de automóviles usados, donde no es tan fácil determinar qué defectos son asumidos por el vendedor y cuáles por el comprador. Si bien parece que el fabricante podría asumir el riesgo de mal funcionamiento de un auto, el mal uso por el consumidor eleva el riesgo de mal funcionamiento. Por ello el contextualismo puede conducirnos a resultados equivocados, sólo justificables si los costos del textualismo se tornan aún más elevados que los costos de error.

Vayamos a la tercera opción propuesta por Posner, es decir, usar lo que él llama “desatar nudos” o “romper ataduras” creando incentivos para que los contratos sean perfectos, usando principios tales como el de interpretación en contra del estipulante, o imponer la obligación de hablar claro o de pedir explicaciones. Según el propio Posner²⁰ es la opción más barata, pero también la que ofrece menores beneficios. Incluso los beneficios podrán ser negativos porque se incrementa los costos de transacción en determinadas situaciones. Ese tipo de reglas obliga a las partes a continuar negociando, incluso cuando los beneficios de dicha negociación no justifican los costos, sólo para evitar las consecuencias de una interpretación en contra de una de las partes. Así, se consumirá más recursos en una redacción más cuidadosa, acercándonos al contrato perfecto y quizás alejándonos del contrato óptimo. Justamente los beneficios de las dos primeras propuestas es que reducen los costos de redacción. Ésta los incrementa.

Por ejemplo, un vendedor, temeroso de ser considerado el redactor del contrato, podría exigir un mayor detalle en el contrato, porque la falta de claridad va a ser usada en su contra. Por su parte, el comprador podría encontrar incómodo seguir incluyendo o aclarando cláusulas. Ello incrementa los

costos en pérdida de tiempo, en abogados y en complejidad de la transacción. Y quizás conduzca a la frustración del negocio que se pretende realizar.

Esto es particularmente claro en los contratos de consumo, en los que, si bien se ha reducido los costos de transacción usando formatos estándares o contratos de adhesión, lo cierto es que los estipulantes colocan mucha más información y detalle en el texto de los contratos, de los que quizás fueran necesarios sólo porque la oscuridad o vacío va a ser interpretado en contra de los proveedores. La letra pequeña o la extensión de los contratos podrían ser consecuencia no sólo de la intención de engañar y confundir, sino del esfuerzo por evitar las consecuencias de una regla como la tercera mencionada por Posner, lo que hace de los contratos algo innecesariamente complejo y que lleva a reducir la letra, para usar menos papel. Habría que preguntarse si ello contribuye a generar mejor o peor información para los consumidores.

Finalmente, la cuarta opción, calificada por Posner como la formalista o literalista, establece que sólo el texto del contrato es relevante para la interpretación del mismo, más allá incluso de la intención real de las partes. El reflejo de esta teoría en nuestro sistema legal se expresa en ideas que justamente establecen que la voluntad declarada es la realmente relevante para determinar el contenido de un contrato. Como señala Posner²¹ estas tesis han venido ganando adeptos en el mundo académico en los últimos años, quizás porque los académicos actuales están más desvinculados del mundo real donde son desarrollados los contratos y los negocios que les sirven de base y se sienten incómodos saliéndose del mundo del mero texto contractual. Para esos académicos es preferible quedarse en el mundo de la semántica y alejarse del mundo en el que actúan los seres de carne y hueso.

Sin embargo, esta aproximación tiene serios problemas si uno asume la idea de que muchas veces las partes justamente están de acuerdo en que no están de acuerdo y han dejado en el contrato invitaciones, a veces expresas, pero en otras implícitas, a

²⁰ Posner, op cit, pp. 14-15.

²¹ Posner, op cit, p. 15

que otros (jueces o árbitros) determinen su contenido final. El literalismo entonces fuerza a las partes a incurrir en mayores costos de transacción para evitar que interpretaciones meramente semánticas, alejen el contrato de sus verdaderos fines o de los resultados queridos por ellos. Contra lo que pudiera pensarse, el literalismo podría conducir a un uso de mayor discrecionalidad al dejar en manos del intérprete, la labor de darle sentido a términos que, realmente, no tienen sentido.

Los factores que afectan los costos y beneficios de la interpretación son básicamente dos: el primero es la calidad de los intérpretes y el segundo, conocer las propias reglas de interpretación, es decir, cuáles son las facultades y límites que la Ley impone sobre los intérpretes.

3. El Intérprete

La calidad y competencias del intérprete permiten aumentar o reducir los costos y beneficios de la interpretación. Como bien señala Posner²² un poder judicial bien capacitado y entrenado (y por tanto más costoso de implementar) reduce el costo de error y mejora los beneficios de la actividad interpretativa. Ello incrementa el costo para el Estado -quien tiene que contratar mejores jueces y dotarlos de recursos- pero reduce, a las partes, los costos de negociar todo el contrato al detalle. Sin embargo, podría haber un beneficio, incluso en la reducción de costos gubernamentales, porque mejores jueces hacen más predecible la interpretación, y al hacerlo, reducen el número de juicios, lo que a su vez significa, menos jueces en el futuro.²³

El contextualismo será una buena solución en esta situación porque los jueces serán confiables para completar el contenido de los contratos. El resultado es que se reducirá los costos de transacción ex ante, porque las partes no tendrán que invertir tanto en negociar y redactar el contrato. Ello generará, a su vez, más contratos, lo que requerirá más jueces, porque si bien habrá menos problemas interpretativos por contrato, habrá más contratos en el mercado, lo que contribuye a elevar el número de juicios. La primera y segunda regla de Posner (búsqueda de la intención real de las partes o uso de la regla eficiente para completar el contenido contractual) podrán ser adecuadas.

Por el contrario, si el Poder Judicial es incompetente o corrupto, el resultado será que es poco confiable para completar el contrato, lo que conducirá a las partes a una actividad de redacción más intensa que a su vez incrementará los costos de transacción ex ante. Si los jueces son poco confiables, se incrementa los costos de transacción ex post, lo que hace recomendable el uso de reglas que limiten la ambigüedad ex ante. Las reglas tercera y cuarta de Posner (desatar nudos o literalismo) parecen mejores porque reducen la discrecionalidad del juez.

Ello explica una tendencia, al menos en el discurso, a limitar las facultades de interpretación del juez, cuando éste pertenece a un sistema judicial poco capacitado o corrupto. Más de una vez un cliente me ha indicado, cuando pide que le redacte un contrato que "No requiera ir al Poder Judicial", que éste tenga tanto detalle, que no genere conflictos; pero ello incrementa el costo de negociarlo y redactarlo.

De otro lado es interesante analizar el rol del uso del arbitraje para temas contractuales. Es de esperar que el sometimiento a arbitraje lleve a que las partes se inclinen por reglas interpretativas más acordes con el contextualismo. Ello, porque la elección de los intérpretes asegura una mejor calidad de los mismos y a su vez, una mayor confiabilidad en el uso de elementos distintos al texto del contrato para la interpretación. Se reduce los costos de transacción ex ante y parte de los costos de transacción ex post, en especial los vinculados al error en la interpretación, pero eleva otros, al menos para las partes, que tienen que incurrir en los costos de pagar los honorarios arbitrales que se incrementan, según se busca mejores árbitros, de la misma manera como ocurre con el gobierno, si desea un mejor Poder Judicial.

De hecho, los árbitros suelen ser elegidos precisamente por su conocimiento de los mercados en que se contrata, lo que explica además por qué no es inusual tener árbitros que no son abogados, sino

²² Posner, op cit, p. 16.

²³ Como también señala Posner (op cit, loc cit) mejores jueces afectan el negocio de arbitraje, porque mejores jueces hacen menos necesario contratar árbitros que suelen ser "contratados" como intérpretes calificados con experiencia en los temas objeto de controversia.

personas con conocimiento de los mercados involucrados. No es extraño tener ingenieros arbitrando contratos de construcción o economistas arbitrando temas de regulación tarifaria.

Es usual además que los árbitros sean abogados en ejercicio, acostumbrados a contratar y a atender demandas de servicios de comerciantes y empresarios. Conocen mejor el tipo de problemas que deben enfrentar sus clientes y comprenden la lógica económica de las cláusulas y la eficiencia de ciertas salidas frente a otras, al menos mejor que jueces que usualmente se dedican sólo a resolver casos y no saben qué se encuentra “tras bambalinas” en el mundo de los contratos, es decir, en el mundo de los negocios. El contextualismo parece, por tanto, una mejor opción en el mundo del arbitraje.

Ello además es consistente con la existencia del llamado arbitraje de conciencia en el que los árbitros resuelven según sus conocimientos y su leal saber y entender,²⁴ elementos éstos ajenos al texto del contrato, y suelen reflejar aspectos técnicos o económicos del mercado en el que el contrato objeto de controversia está incluido. Un árbitro de conciencia, en contraposición a un árbitro de derecho, es un intérprete invitado a ser más contextual y menos textual, al revisar no sólo el contrato, sino incluso la misma ley, en base a aspectos ajenos al texto escrito.

Todo esto significa esperar, que en contratos con cláusulas arbitrales, tal como sugiere Posner,²⁵ el detalle y precisión del contrato (y por tanto los costos de transacción ex ante, derivados de la negociación del mismo) sean menores a los que se tendría en un contrato cuyos conflictos interpretativos van a ser resueltos por un juez ordinario. Y significa también que debe entenderse al árbitro como un intérprete “más liberal” que un juez, en relación al texto estricto del contrato.

Lo explicado en relación del arbitraje también se refleja en otra situación relativamente común y tiene que ver con el llamado “adelanto de opinión”. En lo judicial se considera una seria infracción del juez adelantar opinión sobre lo que va a resolver. Pero en el arbitraje es común que los árbitros “adelanten opinión” sutilmente sobre el tema sujeto a su decisión. No es extraño además el dictado de laudos

parciales o simplemente de instrucciones o actuaciones orientadas a motivar acuerdos entre las partes. Ello es especialmente interesante en un contrato que invita a ser contextual. No es excepcional que los árbitros adelanten criterios o parámetros de su decisión y dejen luego un espacio para que las partes se pongan de acuerdo. Hace poco, en un arbitraje en el que actuaba como abogado, surgió una serie de asuntos probatorios. El Tribunal, en lugar de resolver cada una de las tachas, oposiciones y discrepancias (que eran cientos) simplemente anunció los considerandos generales de su decisión, es decir, los criterios que usaría y dejó que las partes se pusieran de acuerdo sobre qué pruebas quedaban y cuáles no. La controversia se redujo sustancialmente a unos pocos documentos.

La lógica de interpretación que estamos analizando parece sugerir el uso de la misma técnica. El árbitro podría adelantar en un laudo parcial los criterios que va a usar y de ahí dejar que las partes se pongan de acuerdo. Luego sólo resolvería lo que no pudieron acordar. Ésta es una técnica usualmente aplicada por conciliadores, pero que perfectamente podría ser usada por árbitros. Pero para ello hay que desaparecer el temor al adelanto de opinión. Finalmente ya los árbitros están decidiendo. Es sólo que están decidiendo por partes y no de un solo golpe.

Lo que la técnica referida significa es que en una situación que invita al textualismo, surgido el conflicto hay más información sobre cómo debió haberse pactado, porque ya se conoce el problema.²⁶ Definir algunos criterios ayuda a que las partes hagan lo

²⁴ Ver por ejemplo la Ley General de Arbitraje Peruana: “Artículo 3º.- Arbitraje de derecho o de conciencia.- El arbitraje puede ser de derecho o de conciencia. Es de derecho cuando los árbitros resuelven la cuestión controvertida con arreglo al derecho aplicable. Es de conciencia cuando resuelven conforme a sus conocimientos y leal saber y entender. Salvo que las partes hayan pactado expresamente que el arbitraje será de derecho, el arbitraje se entenderá de conciencia. Los árbitros tendrán en cuenta, de tratarse de asuntos de carácter comercial, los usos mercantiles aplicables al caso.”

²⁵ Posner, op cit, p. 18.

²⁶ Regresando al ejemplo antes citado del acuerdo de que el honorario se devengaría cuando se llegue a un acuerdo con los principales acreedores, hoy ya se sabe a qué acuerdo se arribó y con quién. Anunciar los criterios generales puede conducir a que las partes se pongan de acuerdo sobre los detalles.

que no pudieron hacer antes, porque los costos de transacción no lo permitían. La actividad de los árbitros es reducir los incentivos de conducta estratégica generados durante el litigio.²⁷

4. Las Reglas y Métodos de Interpretación

Como decíamos, además de la calidad del intérprete, los costos y beneficios de la interpretación dependen también de las reglas legales de interpretación y de los límites que coloquen sobre el intérprete.

Usualmente las reglas de interpretación son una amalgama que combina principios textualistas y contextualistas. El Código Civil Peruano no es la excepción. Sin embargo, las formas en las que se establece las relaciones entre el textualismo y el contextualismo tienen un impacto importante en los costos y beneficios de la actividad interpretativa.

Como veremos, el Código no tiene un sistema interpretativo, sino una enumeración desordenada e inorgánica de principios y métodos.

En esta parte, vamos a pasar una rápida revista a las reglas de interpretación del Código Civil Peruano, complementados con algunos aportes de la doctrina, para entender su nivel de consistencia (o inconsistencia) con los conceptos que hemos venido desarrollando.

4.1 El Método Literal

En una teoría textualista pura, uno diría que lo que es objeto de interpretación, es la declaración expresada en el contrato y no la voluntad real de las partes. Si asumimos que las partes dijeron todo lo que tenían que decir y que es muy difícil descubrir la voluntad real, lo que uno debe interpretar es sólo lo declarado, asumiendo (incluso cuando es evidente que no es así) que el contrato es perfecto.

Ese es justamente el punto de partida de nuestro sistema. El objeto de la interpretación es una declaración o comportamiento, pero colocado en el marco de circunstancias que les confieren significado. La interpretación se realiza sobre una entidad objetiva que consiste en la expresión de voluntad y no sobre la voluntad en sí misma de alguna de las partes, lo cual implicaría un análisis del plano volitivo del agente. Así, no es posible saber realmente lo que quiso

el agente, pero sí lo que se expresó. Sin embargo, veremos que el uso de circunstancias ya implica un alejamiento del textualismo, al menos entendido en su sentido químicamente puro.

Este principio referido a que lo que se interpreta es la declaración objetiva y no la voluntad subjetiva, se desprende claramente del artículo 168 del Código Civil²⁸, al señalar la norma que el acto se interpreta “...de acuerdo a lo que se haya expresado en él...”. Por otra parte el artículo 1361 del mismo cuerpo legal²⁹ reitera el principio al señalar que “se presume que la declaración expresada en el contrato, responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla”.

Sin embargo, estas normas exigen al intérprete guiarse por el principio de buena fe al momento de determinar el significado del acto jurídico respectivo, lo que es reforzado por el artículo 1362 del mismo cuerpo legal³⁰ que impone a las partes a negociar, celebrar y ejecutar el contrato en base al principio de buena fe. Como veremos, el uso de la buena fe es un mecanismo para atemperar el textualismo exagerado que se derivaría de que el Código se hubiera limitado a decir que lo que se interpreta es lo expresado y punto. El principio de buena fe permite introducir las circunstancias para encontrar el sentido de lo dicho, lo que abre puertas para, indirectamente, identificar la posible voluntad real de las partes. Pero el punto de partida es la declaración.

Así, el Código parte de la cuarta regla de Posner (lo que se interpreta es el texto del contrato), pero atemperada con mecanismos que dan al intérprete la posibilidad de entender por declaración, algo más

²⁷ El tema del fallo en dos partes y el supuesto adelanto de opinión surgió en una discusión con Huáscar Ezcurra.

²⁸ Artículo 168°.- El acto jurídico debe ser interpretado de acuerdo con lo que se haya expresado en él y según el principio de la buena fe.

²⁹ Artículo 1361.- Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos. Se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla.

³⁰ Artículo 1362°.- Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes.

amplio que el simple texto del contrato y añadirle, como elemento adicional, las circunstancias, principalmente la conducta anterior, simultánea y posterior de las partes. Y esa conducta no es otra cosa que la expresión de lo que las partes pueden estar pensando, más allá de lo que declararon expresamente. Atemperar el hecho de que sólo se interprete la declaración estrictamente considerada permite, con limitaciones, saltar de la cuarta a la primera regla de Posner (buscar la real intención de las partes), aspecto que no está finalmente vedado al intérprete peruano, como sí puede ocurrir en ciertas circunstancias con reglas del *common law* como la *parol evidence rule* o la *four corners rule*, que limitan estrictamente, en ciertas circunstancias, la posibilidad del intérprete de buscar la intención real de las partes.³¹

Sobre el particular Lohmann nos dice:

“Es de advertir, además, que con inusitada y desgraciada frecuencia, la intención del resultado que se quiere manifestar, no va de la mano ni se lleva bien con el propósito práctico que traslucen los términos o signos con que se expresa la declaración de voluntad, de suerte que el intérprete, además de tener en consideración el comportamiento del agente o agentes, habrá de asumir en todos los casos la condición, conocimientos y experiencia del declarante y, particularmente, del receptor de la declaración. Pues no hay que olvidar que si las declaraciones recepticias sólo se consuman al ser recibidas por la otra parte, a ésta afecta también el conjunto de circunstancias que rodean la declaración (...) y que tal vez hagan que se interprete la voluntad declarada de una u otra manera.”³²

Quizás los representantes del lado dogmático de la doctrina civil sugieran que estoy en un error porque en realidad no es que la conducta sea un factor externo de la declaración, sino que es parte de la declaración. En realidad ello me tiene sin cuidado.

Si es parte de la declaración o algo externo a ella que ayuda a interpretarlo, no es tan importante. Lo importante es notar que reconocer la conducta y demás circunstancias como elementos relevantes para la interpretación, es reconocer que un literalismo reducido a “las cuatro esquinas del contrato” sólo nos conduce a la tragedia de creer que los contratos perfectos, existen.

En el fondo, una reducción de la declaración contractual como todo lo interpretable (reduciendo la interpretación a un mero literalismo que hace de esta actividad una meramente semántica) conduce a un textualismo asfixiante que olvida que las partes pueden, explícita o implícitamente, haber acordado que no están realmente de acuerdo. Ello lleva al intérprete a armar un rompecabezas sin contar con las piezas principales, sólo porque la interpretación meramente semántica no es el problema real que las partes quisieron ponerle. En realidad, quisieron que resolviera justamente la falta o deficiencia del acuerdo, no que descubriera un acuerdo inexistente.

Entonces ¿cómo entender el método literal de interpretación como expresión de un textualismo atemperado en nuestro Código Civil? Según este criterio interpretativo, el intérprete indagará lo que la literalidad de la cláusula contractual denota o significa, mediante el uso de las reglas lingüísticas propias del entendimiento común del lenguaje escrito. El método literal es entonces la puerta de entrada a la interpretación dentro de cualquier sistema jurídico basado en la escritura.

Pero, salvo que estemos frente a un contrato perfecto, el método literal puede conducirnos a multiplicidad de posibles sentidos. Como Marcial Rubio³³ señala, “el método literal suele actuar, im-

³¹ Por ejemplo, la aplicación de estas reglas anglosajonas limitan la posibilidad al intérprete de revisar proyectos anteriores del contrato, documentos que explican lo que las partes buscaban y aspectos similares que justamente nos acercarían a la voluntad real.

³² Lohmann Luca de Tena, Juan Guillermo. “El Negocio Jurídico” Editora Jurídica Grijley, 2da Ed, 1994. p. 268.

³³ RUBIO, Marcial. El sistema jurídico. Introducción al Derecho. Séptima edición. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 1996. p. 259.

plícita o explícitamente ligado a otros métodos para dar verdadero sentido a las interpretaciones y, en muchos casos, es incapaz de dar una respuesta interpretativa adecuada”.

La frase de Rubio reconoce que los contratos perfectos no existen y que una interpretación siguiendo sólo la cuarta regla de Posner nos dejará en numerosos casos en la orfandad total de comprensión sobre cuál es la regulación contractual aplicable.

Es por ello que, al desarrollar la labor de interpretación de la voluntad declarada, el agente no debe, según nuestro Código, limitar o restringir su labor al contenido literal del contrato o de la cláusula en cuestión. La interpretación literal deberá ser sólo una primera y necesaria aproximación al problema; pero, posteriormente, los resultados que ésta arroje deberían ser contrastados con los resultados que arrojen los otros criterios interpretativos.

Así, existe una prohibición al literalismo, no porque la interpretación literal sea prescindible, sino porque siendo el punto de partida, el intérprete está prohibido de conformarse con la simple lectura del texto que se interpreta, en particular si tiene dudas sobre su certeza y debe pasar a los otros métodos para confirmar o descartar la interpretación que el texto literal sugiere. La interpretación literal es el punto de partida, pero también el punto de llegada, porque luego de aplicar los demás métodos se regresa al texto del contrato para verificar si el texto soporta lo que los otros métodos sugieren.

Sobre el particular, Lohmann³⁴ señala con claridad:

“(...) la interpretación a que se arribe debe revelar concordancia, armonía y conformidad entre lo declarado y la voluntad que se dice expresada en la declaración. Recordemos que la actividad interpretativa concluye con una posición, quiero decir, con un acto mediante el cual el intérprete re-expresa lo declarado. Lo que entonces quiere decir el artículo es que entre la materia objeto de interpretación y el resultado de ésta, ha de haber una suerte de avenencia, de viabilidad, de modo tal que no pueda sostener

una voluntad sin un razonable grado de acogida en la declaración.”

Así, nuestro Código tiene a su vez, como puerta de entrada y de salida, el textualismo, pero uno puede encontrar el contextualismo dentro del “recinto” de la interpretación. Por ello uno entra por lo literal, se pasea por lo contextual, pero sólo deberían pasar la puerta de salida, aquellas interpretaciones que pasen “físicamente” por el umbral del texto de la declaración.

La opción por una u otra de las alternativas obtenidas a partir de una interpretación literal, se tomará buscando lograr que la interpretación literal que se elija, sea aquella que resulta consistente con lo que dictó, a su vez, la interpretación sobre la base de otros criterios.

Usar el ejemplo del caso Raffles V. Wichelhaus³⁵ ayuda a ilustrar el punto. Se trataba de un contrato de venta de algodón a un precio fijo. El contrato decía que el algodón iba a ser embarcado en el navío *Peerless*. Sin embargo, surgió que había en realidad dos navíos con el nombre *Peerless* que arribaban en fechas distintas. Dado que el precio del algodón era volátil, el valor del contrato para el comprador variaba según la fecha en la que recibía el algodón, pues según ello su valor de reventa era distinto.

La interpretación literal no permitía discernir a cuál de los dos barcos se refería el contrato, pues el nombre era idéntico. No era pues un contrato perfecto. Si las partes hubieran usado e invertido más recursos en la negociación, quizás hubieran descubierto que había dos barcos con el mismo nombre. Pero al no invertir esos recursos, correspondía al intérprete determinar de cuál le estaban hablando. El contrato no era perfecto y el textualismo “nos dejaba en el aire” para determinar cuándo debía entregarse el algodón.

El intérprete puede recurrir a otros métodos, incluidos aquellos que le permitan descubrir la verdadera intención de las partes, si es que ella existió, pero deberá regresar al texto del contrato una vez

³⁴ Lohmann, op cit, 1994. p. 265.

³⁵ 2 H. & C. 906, 159 Eng. Rep. 375 (Ex. 1864).

llegue a la conclusión de a qué navío *Peerless* se refería el contrato. Lo que está claro es que no se refería al navío *Huáscar*. No sería admisible que por otros métodos de interpretación, el intérprete concluyera que el algodón debía llegar un barco que no se llamaba *Peerless*, salvo que estuviéramos ante un tema de error en la declaración, pero eso ya es “harina de otro costal”.

Podemos concluir que, si bien al efectuar una interpretación no debemos limitarnos estrictamente al contenido literal del contrato o cláusula en cuestión, de manera alguna ello implica que la conclusión a la que se arriba pueda ser contraria a lo expresamente señalado por las partes. En efecto, la voluntad expresada por las partes se constituye como el principal límite a la labor interpretativa, en la medida que constituye la expresión directa de la voluntad de las partes, que constituye el eje central de toda interpretación.

¿Qué explica esta preferencia y fuerza dada por nuestro sistema a la interpretación literal? La respuesta es relativamente sencilla a la luz de lo explicado líneas arriba. Si asumimos que lo que las partes quieren es lo mejor para ambas, entonces el contrato maximiza el bienestar social si se cumple lo que querían. Dado que la voluntad real es costosa de descubrir, la opción más barata que nos acerca a dicha voluntad es la declaración. Sin duda la declaración puede tener problemas, pero en principio deberíamos presumir, como dice el artículo 1361 de nuestro Código Civil, que las partes expresaron lo que querían expresar, de la misma manera como deberíamos presumir en una conversación que lo que dice uno de nuestros interlocutores coincide con lo que piensa. Si la declaración es clara, entonces tenemos una muy fuerte evidencia de que responde a la voluntad real, con lo que la declaración reflejaría lo que las partes quieren. Por el contrario, si la declaración es ambigua, ésta debe ser leída como el reflejo de un acuerdo (explícito o implícito) de que no están de acuerdo y por tanto, una invitación al intérprete a resolver ex post el problema creado por los costos de transacción ex ante, es decir, por los costos de negociar y redactar el contrato. Ante tal situación el contextualismo toma fuerza.

Así, la fuerza dada por el sistema a la interpretación literal es entonces el fruto de la necesidad de reducir costos, en particular cuando tenemos buenos indicios

de que la declaración maximiza a su vez los beneficios esperados de las partes en el contrato.

La Búsqueda de la Voluntad Real Común

Si asumimos que lo que las partes realmente querían es lo mejor para ellas, porque maximiza el valor del contrato, saber **cuál** es tal voluntad parece la mejor opción. Dado que es difícil conocerla, debe priorizarse el método más económico para acercarse a ella, es decir, la lectura de la declaración. Ahora, si ésta nos genera dudas, quizás valga la pena hacer el esfuerzo para tratar de descubrir cuál de todas las posibles interpretaciones refleja tal voluntad real. Para ello puede ser interesante revisar la correspondencia previa, los proyectos de contrato, los informes internos de evaluación de las partes, la forma cómo ejecutaron sus obligaciones y, en general, cualquier elemento probatorio que nos acerque a saber qué querían realmente.

Sin embargo, ello puede tener dos problemas. El primero, ya mencionado, es el costo de descubrirlo de manera adecuada y precisa. No siempre hay información disponible que lo muestre y, de haberla, puede ser equívoca. Por ejemplo, la correspondencia anterior entre las partes podría reflejar posturas que justamente fueron descartadas en la negociación. También podría ocurrir que la conducta en la ejecución de las obligaciones contractuales podría ser ambivalente.

Pero la segunda, aún más complicada, es que tal voluntad común no exista, justamente porque el acuerdo es uno que refleja no estar de acuerdo. Si las partes dijeron que el estándar era el de “contratista experimentado”, pudieron haber imaginado cosas radicalmente distintas o, incluso, ni siquiera ponerse a pensar qué significaba ello en la confianza en que los jueces o árbitros le dieran un sentido razonable.

Ello significa que, si bien no debe descartarse la búsqueda de la voluntad real, la misma puede ser infructuosa o excesivamente costosa. Por lo tanto, no es un último recurso, sino sólo un esfuerzo para acercarnos a la voluntad que maximiza el valor del contrato. Sin embargo, conforme el costo de error se incrementa, su uso se vuelve menos aconsejable.

Decíamos que esta posibilidad se deriva del principio de buena fe, que permite apreciar la declaración, más allá de la declaración misma. De acuerdo con Díez-Picazo³⁶, el principio de búsqueda de la voluntad común de los contratantes implica que:

"la interpretación debe orientarse, en primer lugar, a indagar y encontrar la verdadera voluntad de los contratantes (...) que es, ante todo, la voluntad que presidió la formación y la celebración del contrato (...) y la voluntad común de ambas partes y no la voluntad individual de una de ellas".

De acuerdo con el principio de buena fe, el intérprete deberá tener en cuenta la confianza y las expectativas que las partes se generaron recíprocamente a través de la voluntad que expresamente declararon y que consta en el contrato celebrado, lo que no excluye las expectativas reales que tuvieron si es que el texto no era claro.

Así, toda interpretación deberá efectuarse de forma tal que la conclusión a la que se llegue, refleje y respete la confianza que la voluntad declarada en el contrato generó en ambas partes, que permitió que se contratara en los términos en que se hizo y que las partes se comportaran como lo hicieron.

Como se puede apreciar, la buena fe implica que al interpretarse el Contrato, éste debe ser leído como un compromiso de colaboración mutua dirigido a que ambas partes vean realizados los intereses por los cuales celebraron el contrato. Por ello ninguna interpretación debe derivar en una consecuencia por la cual una de las partes no vea satisfecho el interés que motivó el Contrato, es decir, llegar a la conclusión que alguien pactó un contrato en términos que no le generaban beneficio alguno. Por ejemplo, un precio sustancialmente bajo en un bien que ambas partes saben defectuoso (como una camisa con "yaya") podría ayudar a interpretar una cláusula de exoneración de garantía de manera que el vendedor no asumió el riesgo de un defecto que lo deja sin ninguna utilidad en el contrato.

Así, para interpretar la declaración, uno no sólo debe estar al tanto de lo expresado en ella, sino de las circunstancias en las cuales se hizo la declaración,

incluyendo elementos tales como la experiencia de las partes, la situación del mercado que rodea la operación, el conocimiento existente de tal circunstancia por las partes, entre otros. Esas circunstancias son tanto las anteriores, las existentes al momento del acto e incluso las posteriores que sean relevantes, tales como la conducta de las partes que permita entender cómo entendieron lo que dijeron.

La búsqueda de la voluntad real es una expresión atemperada del contextualismo. O dicho de otra manera es el contextualismo más textualizado, pues pretende apartarse relativamente poco del texto del propio contrato. Su uso es recomendable cuando existen pruebas o elementos indiciarios de la voluntad real común que reducen los costos de acceder a ella y siempre que no pueda presumirse que en realidad no estemos frente a un acuerdo a no estar de acuerdo. Si ello es así, se está persiguiendo un imposible, pues propiamente no existe una voluntad común.

4.3. Interpretación Sistemática

Derivado del denominado principio de unidad del contrato, el método de interpretación sistemática está recogido en el artículo 169 del Código Civil, que establece:

"Las cláusulas de los actos jurídicos se interpretan las unas por medio de las otras, atribuyéndose a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas".

De acuerdo con este principio, toda cláusula dudosa o poco clara debe ser interpretada de manera tal que guarde consistencia con todo el conjunto del contrato. Así, se busca eliminar cualquier duda o contradicción que pudiera presentarse, solucionándola para que el contrato no pierda su finalidad.

Como explica Emilio Betti, este principio se basa en que:

"...el negocio viene considerado como un todo unitario para ser in-

³⁶ Díez Picazo, Luis. Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial. Volumen 1, Segunda Edición. Madrid: Editorial Tecnos. 1983. p. 263.

*terpretado en su totalidad, un todo entre cuyas partes singulares, preliminares y conclusivas, no es admisible una separación neta*³⁷.

En la misma línea, Luis Díez-Picazo explica:

*“Dentro de la interpretación lógica tiene una gran importancia lo que Betti ha llamado el canon hermenéutico de la totalidad o interpretación sistemática del contrato (...), según la cual las cláusulas de un contrato deberán interpretarse las unas por las otras atribuyendo a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas. El criterio sistemático es una consecuencia de la unidad lógica del contrato: por ejemplo, la evitación de contradicciones, de antinomias*³⁸

Así, siguiendo este principio, debe preferirse aquellas interpretaciones que den coherencia a todas las cláusulas contractuales y no aquellas que nos lleven a interpretaciones absurdas, contradictorias, o a calificar de innecesarias o “duplicadas” algunas de ellas.

En realidad la interpretación sistemática es una mera precisión del textualismo. Sigue siendo un método de vocación textualista porque asume que los contratos se acercan a la perfección. Lo único que indica es que es más probable encontrar cláusulas imperfectas (consideradas por separado) que contratos imperfectos. Muchas aparentes imperfecciones son corregidas con una lectura completa del contrato.

4.4. La Interpretación Teleológica o Funcional

De acuerdo con este criterio, en toda labor de interpretación se debe buscar o preferir, entre varias interpretaciones posibles, aquella interpretación que sea consistente con el objeto o la finalidad del contrato o de la cláusula que es materia de interpretación.

El principio de interpretación funcional se encuentra recogido en el artículo 170 del Código Civil, el cual señala:

“Las expresiones que tengan varios sentidos deben entenderse en el más

adecuado a la naturaleza y al objeto del acto”.

Como se puede apreciar, este criterio de interpretación busca definir la causa del contrato o la razón de ser de la cláusula objeto de interpretación. En ese sentido este método se asemeja al denominado *ratio legis* o razón de la Ley, aplicable a la interpretación de normas jurídicas. En la interpretación contractual ello implica buscar las funciones que el contrato debe alcanzar.

Parte de la doctrina nacional apunta en este sentido a indicar que finalmente interpretar (y más concretamente interpretar funcionalmente) es identificar la causa del contrato:

“...la interpretación es justamente la averiguación de aquel sentido concreto a través de la previa individualización de su función. La interpretación, entonces, apunta primigeniamente al esclarecimiento del aspecto objetivo de la causa, para luego desentrañar la función específica del precepto de regulación, reflejada en lo material, en el contenido particular del negocio.”³⁹

Esta afirmación, en principio correcta, debe ser analizada con cuidado. Si el texto del contrato es claro, el fin práctico que se quiere lograr está claro pues se deriva del precepto a aplicarse. Si el texto no está claro, la búsqueda de la voluntad real es una forma de encontrar dicha finalidad asignada por las partes al contenido contractual y ayuda a darle sentido.

Pero cuando ninguna de las dos alternativas es posible, no queda sino recurrir a la función económica que la figura contractual tiene, para, desde ahí, deducir cuál fue la intención de las partes, o en todo caso,

³⁷ Betti, Emilio. Interpretación de la Ley y de los Actos Jurídicos. Traducción de José Luis de los Mozos. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado. p. 348.

³⁸ Díez Picazo, Luis. Op. Cit., p. 265.

³⁹ Palacios Martínez, Eric. “Prolegómenos hacia una teoría general de la interpretación del negocio jurídico” En “Negocio Jurídico y Responsabilidad Civil. Estudios en memoria del Profesor Lizardo Taboada Córdova.” Grijley, Lima, 2004. pp. 229-230.

de haber notado el problema, cuál hubiera sido su intención. Nótese que esta aproximación es especialmente relevante cuando nos encontramos frente a un *acuerdo en no estar de acuerdo*. Justamente es de esperar que las partes ahorren costos de negociación si en lugar de llenar el contenido contractual con todas las reglas, prefieren dejar vacíos que los intérpretes llenarán en función a los fines que ordinariamente se persigue en el tipo de negocios involucrados. De la misma manera como la partes dejan vacíos contractuales con la esperanza de que las normas supletorias los cubran, las partes dejan imprecisiones contractuales con la esperanza de que los intérpretes los cubrirán por las reglas usuales, derivadas de la práctica económica, que responde a determinada racionalidad económica. En otras palabras, las prácticas y usos comerciales suelen ser un gran paquete de normas supletorias.

Esta forma de interpretación se acerca, en nuestra opinión, a la segunda regla de Posner (buscar la solución consistente con la eficiencia, cuando no es posible identificar aquella solución querida por las partes) y es el reflejo más claro del paradigma contextualista. Así, se escapa del texto para ir a la función económica del contrato celebrado.

Se puede decir que todo contrato, en especial los de prestaciones recíprocas (contratos sinalagmáticos) persiguen maximizar la eficiencia agregada del intercambio. El precio de reserva es la valorización que cada una de las partes hace de la prestación objeto del contrato. Se llama "precio de reserva" porque las partes no lo revelan, dado que si lo hicieran perderían capacidad de negociación. El precio de reserva del comprador es lo máximo que está dispuesto a pagar. El del vendedor, por su parte, es el mínimo que está dispuesto a recibir para desprenderse del bien. Imaginemos que el precio de reserva del comprador de una casa es 200 y el del vendedor es 150. Cualquier precio entre 150 y 200 refleja una transacción beneficiosa para ambos y por tanto que mueve a la sociedad hacia un punto superior en términos de eficiencia paretiana. Si el precio es 190, el comprador gana 10 (compró a 190 algo que valoriza en 200) y el vendedor gana 40 (vendió en 190 algo que valorizaba en sólo 150). La sociedad en su conjunto ganó 50 (reflejado en que un bien pasó de un uso menos valioso de 150 a un uso más valioso de 200).

Es de esperar que las partes sean consistentes con sus precios de reserva y que, en consecuencia, lo pactado (incluyendo precio y asignación de riesgos y costos del contrato) refleje tales preferencias. En ese sentido debe presumirse que, al menos en principio, los contratos están orientados a maximizar el valor de los mismos.

Saber qué cláusulas y condiciones llevan a ese resultado no es sencillo. Sin embargo, un buen indicador son las propias prácticas y usos del mercado. Si los comerciantes suelen distribuir riesgos y costos de cierta manera, es posible presumir que, salvo circunstancias determinadas y particulares, ello es eficiente en la mayoría de los casos, lo cual explica, por ejemplo, las similitudes en los términos de ciertos tipos contractuales. Por ello un buen ejercicio de "adivinación" sobre cuáles son los términos eficientes, es identificar qué se suele pactar en circunstancias similares.

Así, por ejemplo, al interpretar qué quiere decir "contratista experimentado" para efectos de determinar el alcance de las obligaciones del constructor, el sentido debería partir de la idea de que es razonable atribuirle los riesgos que alguien con experiencia puede administrar a menor costo. Ello es lo que las partes pactarían para maximizar su utilidad. Y es de esperar que el contenido eficiente de esa interpretación guarde correlato con la práctica comercial y la forma cómo las partes asumen riesgos en el contrato. Y si el intérprete es confiable, entonces tendremos una reducción de los costos de transacción ex ante, que es lo que las partes podrían estar persiguiendo.

En ese sentido, los pactos de acuerdo de desacuerdo pueden requerir justamente del uso de esta mecánica interpretativa. Y para ello se requiere usar el análisis económico de las reglas contractuales para evaluar si efectivamente reflejan soluciones eficientes para las partes.

4.5. El Uso de la Interpretación para Incentivar Contratos Perfectos

La regla tercera de Posner (el uso de reglas que rompan los nudos que generan ambigüedades tales como interpretaciones en contra del estipulante) también tienen cabida en nuestro sistema legal. En ocasiones tienen reconocimiento expreso, como se

deriva del artículo 1401⁴⁰ que establece que en las cláusulas generales de contratación o en formularios prerredactados, los términos son interpretados en contra del estipulante.

Pero en ocasiones ello se deriva de acuerdo a la doctrina del principio de buena fe, tal como está recogido en los artículos 168 y 1362 del Código Civil. Así, al negociar el contrato, las partes deben comportarse de manera que colaboren la una con la otra para evitar ambigüedades. De ello se deriva la obligación de ser claras en su declaración. El emisor de la declaración tiene el deber, basado en el principio de buena fe, no sólo de ser claro, sino de usar un lenguaje que no se preste, en lo posible, a interpretaciones equívocas o ambiguas. La consecuencia cuando el declarante no actúa de esta manera, es que el término debe ser interpretado en contra de su interés, si su declaración es la causa de la oscuridad en el mismo. Así, se crea incentivos para que el declarante use los términos o los defina de manera tal, que reduzca el riesgo de confusión u oscuridad en la declaración.

Por su parte, el receptor de la declaración tiene la obligación, también impuesta por el principio de buena fe, de pedir aclaraciones respecto de aquellos aspectos y términos que no le queden claros o no sean precisos.

El peso que se coloca a la obligación de hablar claro frente a la obligación de pedir aclaraciones depende, en gran medida, del nivel de información y conocimiento que tienen las partes respecto a la materia que es objeto de contratación. Así, si bien en la contratación paritaria, el intérprete no debe utilizar principios tuitivos que benefician a una parte sobre la otra, sí está facultado a interpretar una cláusula en contra de quien, conociendo que un término puede llevar a interpretaciones ambiguas, omite aclarar (por la vía de hablar claro o pedir aclaraciones) a la otra parte dicho hecho, para reducir el riesgo de oscuridad. Y ello ocurre tanto cuando quien está en mejor situación para detectar la posible ambigüedad es quien declara (obligado en tal circunstancia a hablar claro) como quien recibe la declaración (obligado en ese supuesto a pedir aclaraciones).

Como el lector habrá advertido, estos principios plantean el problema de forzar a las partes a po-

nerse de acuerdo cuando justamente lo que quieren es mantener una ambigüedad que, de ser precisada, elevaría los costos de transacción. Las partes pueden haber sido poco claras porque esencialmente eso es lo que explícita o implícitamente querían, dados los costos de obtener mayor claridad. Una regla de este tipo puede, por tanto, elevar los costos del contrato y reducir sus beneficios.

Sin embargo, surge la duda sobre cómo evitar conductas estratégicas de las partes con mayor información y que intencionalmente son poco claras para conseguir términos que los beneficien.⁴¹

Como se dijo, en contratación plenamente paritaria, parece haber poca base para aplicar este tipo de principios. Si dos partes sofisticadas y asesoradas por abogados negocian un contrato y una plantea un término poco claro, también es responsabilidad del receptor de la declaración no haber pedido aclaraciones o precisiones. Y ello porque quizás ambos estaban de acuerdo con la ambigüedad.

El principio parecería sólo tener sentido en la contratación entre partes que enfrentan una asimetría informativa severa y que crea oportunidades para generar ambigüedades que benefician a una de ellas. Ello puede ocurrir, por ejemplo, en legislaciones como las de Protección al Consumidor.

Como dice Cohen⁴², si las partes contratantes desean redactar un contrato completo pero fracasan en el intento, tal fracaso puede ser visualizado como un caso de responsabilidad por accidentes. El “accidente” pudo haber ocurrido porque una de las partes no tomó precauciones contractuales eficientes. Por

⁴⁰ Artículo 1401º.- Las estipulaciones insertas en las cláusulas generales de contratación o en formularios redactados por una de las partes, se interpretan, en caso de duda, en favor de la otra.

⁴¹ Como ya mencionamos éste es el mismo problema que enfrenta la teoría de la imprevisión (excesiva onerosidad, imposibilidad sobreviniente, frustración del fin del contrato) y la teoría del error (y en especial el tema del dolo omisivo) y es por ello que la respuesta que un Código Civil debería dar a todas estas instituciones debería ser coherente. Es, nuevamente, el dilema entre el contrato perfecto y el contrato óptimo.

⁴² Cohen, op cit, pp. 85-86.

otro lado, alguna de las partes puede haber buscado que el contrato esté incompleto para desarrollar una estrategia de negociación que la beneficie mediante retención de información. Como ocurre en la responsabilidad por accidentes, incentivar una mejor contratación tiene sentido si las precauciones son efectivas en términos de costo-beneficio. Ello significa que una de las partes tiene menores costos de transacción para identificar un término adecuado y, además, que incurrir en esos costos esté justificado por los beneficios generados. Ese es un cálculo bastante difícil de efectuar para un juez o un árbitro.

Pero además, la interpretación en contra del estipulante no necesariamente nos conduce a una regla contractualmente eficiente. En ese sentido los riesgos de error de las Cortes son bastante altos.

Una mejor alternativa es, en caso de ambigüedad, estar por aquella regla que suele pactarse, es decir, inclinarse por una interpretación funcionalista. Con ello se reduce el riesgo de error. Además, es muy probable que si una parte quiere crear ambigüedad, es para alejarse de lo que suele pactarse en el mercado. Si ello es así, mantener la regla general crea mejores incentivos que una regla en contra del estipulante.

Sin embargo, no se puede descartar la conducta oportunista o estratégica para distorsionar el contrato. Como bien decía Cohen, la imprecisión podría verse como un accidente. En la responsabilidad por accidentes, si la idea es desincentivarlos, los costos deben ser colocados en el lugar correcto. Si ambas partes tienen capacidad de tomar precauciones para evitar accidentes (por ejemplo, el automovilista al manejar a velocidad adecuada y el peatón al no cruzar la calle de manera distraída), colocar la responsabilidad en sólo una de ellas (por medio de un principio de responsabilidad objetiva) desincentiva a la otra parte a tomar precauciones. Si los automovilistas siempre son responsables, los peatones tomarán menos precauciones y cruzarán la calle desprevenidos o se lanzarán contra los carros para obtener indemnizaciones. De la misma manera, si el estipulante siempre es responsable, la otra parte nunca pedirá que se aclaren las cosas o simplemente no leerá el contrato con suficiente diligencia. Ante tal supuesto, es preferible una regla de negligencia, de manera que el automovilista sólo será responsable si tuvo dolo o culpa. Bajo tal supuesto los peatones

asumirán que si son atropellados, el conductor pudo haber sido diligente, con lo que no le indemnizarían los daños. En ese sentido tomará precauciones para evitar sufrir el accidente.

Si las precauciones sólo pueden ser tomadas por una de las partes, entonces tiene sentido hacer siempre responsable a la parte que puede tomarlas. Por ejemplo, un pasajero en un avión no puede hacer nada para evitar que éste sufra un accidente. Bastaría una regla objetiva que haga responsable a la aerolínea para conseguir el nivel de precauciones adecuadas. Y no se crea el problema de incentivos perversos porque, igual, la víctima no puede hacer nada para evitar el daño, por lo que no hay nada que incentivar.

Los mismos principios podrían aplicarse a reglas como, por ejemplo, las de interpretación contra el estipulante, asumiendo que la ambigüedad es una especie de accidente. Podría tenerse una regla objetiva que conduce a que ante cualquier ambigüedad, el contrato se interprete en contra de quien lo redactó. Pero si ambas partes podían influir para evitar la ambigüedad, se crea un sistema que no establece los incentivos adecuados, pues la otra parte no tomará precauciones. Incluso dicha regla haría responsable a una de las partes por una ambigüedad concientemente generada por ambas, lo que fuerza a eliminar la ambigüedad, generando mayores costos. Sólo se justifica una regla objetiva si únicamente una de las partes podía evitar la ambigüedad. Ello ocurriría en un caso de asimetría informativa severa, en la que una de las partes controla la información relevante y la otra, virtualmente carece de toda información.⁴³

Sin embargo, si ambas partes pueden tomar precauciones para evitar la ambigüedad, lo mejor es una regla subjetiva, en la cual sólo se interpreta el contrato en contra del estipulante, si este actuó con dolo o culpa para generar la imprecisión. Debería demostrarse que hubo un engaño intencional o una negligencia para generar la ambigüedad en beneficio propio.

⁴³ Lo que sirve para justificar a veces los sistemas de protección al consumidor que imponen una carga fuerte sobre el estipulante para ser claro, estableciendo virtualmente una responsabilidad objetiva en contra del proveedor que redactó el contrato. Lo que ocurre es que la ley estaría presumiendo una suerte de situación de precauciones unilaterales.

En tal circunstancia las partes podrán ser ambiguas y delegar la solución de la imprecisión al intérprete, sin reglas que fuercen a incurrir en costos de negociación y redacción innecesarios.

4.6 El Principio de Conservación del Negocio Jurídico.⁴⁴

Otro de los criterios que suele usarse en la interpretación es el de conservación del negocio. Según dicho criterio, entre dos interpretaciones de un término contractual, debe estarse por aquella que determina la permanencia y validez de la cláusula. Así, por ejemplo, si al interpretar una cláusula, una de las posibles interpretaciones conduce a la nulidad o anulación de la misma (porque, por ejemplo, iría contra una norma de orden público, excede las facultades del representante que celebró el acto, etc.), se debe preferir la otra interpretación que está por la validez y eficacia del acuerdo. De manera similar, una interpretación que conduce a que una cláusula sea inejecutable, debe orientar al intérprete a preferir el sentido que permite que se ejecute.

El principio parte de una idea correcta. Es de esperar que si las partes incluyeron un texto, es porque buscaron darle algún sentido y aplicación al mismo. Por ello, presumir que debe buscarse que se aplique es un buen comienzo. Pero no necesariamente es un buen final.

En primer lugar recordemos que las partes podrían haberse puesto de acuerdo en que no estaban de acuerdo. Si ello es así, su voluntad no necesariamente es que se aplicará la cláusula en cuestión. Del contexto o del uso de otros medios de interpretación podría derivarse que lo mejor es dejar de aplicar la cláusula. El principio de conservación surge al asumir que las partes fueron tan perfectas al negociar, que eran conscientes de que el contrato tendría siempre un sentido. Pero ello no necesariamente es así. El principio de conservación tiene por tanto un "tufillo" a que los contratos son perfectos, tan perfectos que nunca fallan. Pero como hemos visto, ello es inconsistente con la realidad de los costos de transacción que sugieren buscar contratos óptimos y no perfectos. Por ello un resultado, una deseable imperfección, es la existencia de cláusulas inaplicables.

Por ejemplo, las partes pueden haber dejado conscientemente una imprecisión sobre el tipo de algodón que iba a ser entregado en base a un contrato, en la confianza de que los intérpretes sabrían, en el momento de ejecución, gracias a los usos y costumbres del mercado, cuál sería el tipo que se entregaría. Si una norma prohíbe la comercialización del tipo de algodón que se esperaba sería el entregable, no necesariamente la entrega de un algodón distinto (sí permitido por Ley) es un resultado deseable, a pesar de que conservaría el acuerdo.

Pero, incluso, en el supuesto de una interpretación más convencional, el principio de conservación no puede ser llevado al extremo. Si en un contrato se dice que se va a entregar el caballo "blanco" y surge la duda sobre si es el caballo llamado "Blanco" o es el caballo de color blanco y el caballo llamado "Blanco" muere, no parece sostenible que el hecho de que el contrato sea inejecutable con el caballo llamado Blanco deba conducir al intérprete a considerar que se debe entregar el caballo de color blanco, porque así conserva el negocio jurídico.

5. A Manera de Conclusión: ¿Cómo Interpretar los Contratos?

El Código Civil carece de un sistema de interpretación contractual sistematizado. Se ha limitado a enumerar algunos principios, la mayoría definidos con imprecisión y desorden. No hay prioridades en cuanto al uso de métodos y no se ha establecido cómo resolver una situación de conflicto entre dos principios o dos métodos.

Ello se debe quizás a lo difícil que es tener una solución para todos los casos. Las complejas relaciones que se puede establecer en un contrato y los problemas derivados de reducir costos de transacción ex ante frente a reducir costos de transacción ex post, son un caldo de cultivo para el fracaso de soluciones muy rígidas o poco flexibles.

Sin embargo, sí creemos posible formular algunos principios básicos y una secuencia de análisis que ayude a desarrollar la labor interpretativa de mejor

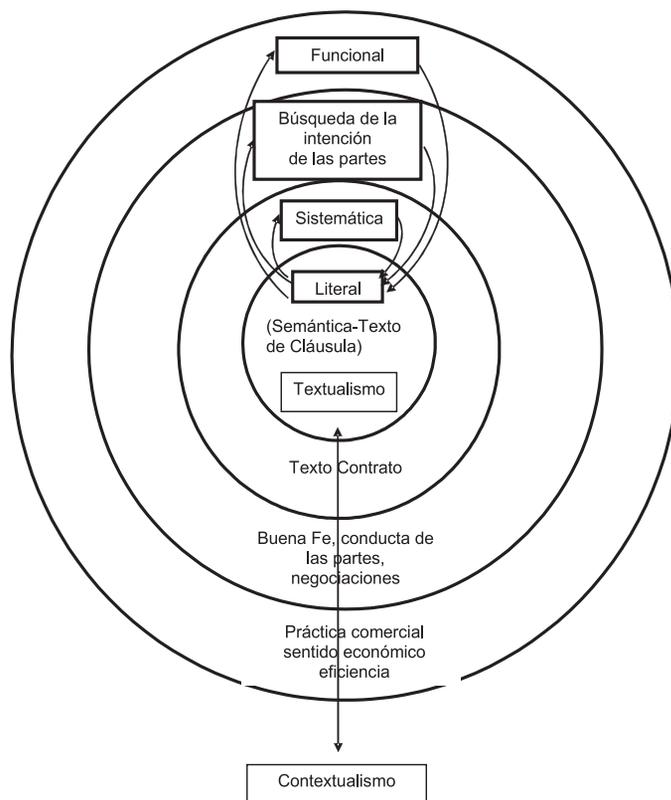
⁴⁴ Una discusión con Shoshana Zusman me motivó a enriquecer este punto.

manera. Sin duda las complejidades de la interpretación no permiten un esquema excesivamente rígido ni matemático. Pero a su vez, la complejidad del fenómeno no debe servir de excusa para renunciar a hacer un esfuerzo de sistematización.

Antes de analizar el esquema que se propone, es importante destacar un par de aspectos generales. El primero, tal como se dijo en un inicio, es que el problema interpretativo no siempre está en descubrir **qué** se acordó; suele ser justamente determinar o precisar lo que **no** se quiso acordar. Y ello, por los problemas de costos que significa tener contratos perfectos. Esto le da una dimensión distinta a la labor interpretativa y ayuda a comprender problemas que suelen pasar inadvertidos. En ese sentido la distinción entre interpretación e integración contractual es, como se dijo, más que sutil, virtualmente inexistente. Si es forzoso interpretar, es porque las partes dejaron de colocar algo que hubiera hecho innecesaria la interpretación, pues ésta implica alguna forma de vacío o imperfección que debe ser llenada o reparada.

Un segundo tema general tiene que ver con **quién** hace la interpretación. Es de esperar que los jueces, al menos en un país como el Perú, queden sujetos a esquemas más textualistas y los árbitros a esquemas más contextualistas. Además, que los criterios se tornen más contextualistas conforme mejore la capacidad de los jueces. Al redactar contratos, el resultado no debería ser el mismo si se redacta uno cuyos conflictos quedan sujetos al Poder Judicial común, a si queda sujeto a un sistema arbitral.

En general, el proceso de interpretación debería visualizarse como un recorrido entre círculos concéntricos que tienen al centro círculos más textualistas que van diluyendo su textualismo hacia contextualismo conforme caemos en anillos más alejados del centro. Así, el intérprete comienza en el círculo central, que sería la interpretación literal y va pasando a los círculos siguientes (método sistemático, búsqueda de la intención real, funcionalismo) según va agotando los recursos para encontrar un sentido atendible al término contractual. Ello se refleja en el siguiente gráfico:



En ese sentido, entendemos que la secuencia lógica para un proceso de interpretación podría tener los siguientes pasos:

- a. **Partir por el Textualismo.** Ello significa que la interpretación comienza por la declaración contractual y parte, en principio, determinando si el texto del contrato tiene o no varias interpretaciones posibles. Si de una lectura simple del texto queda claro que **sólo** una interpretación es razonable, ahí debería acabar la labor interpretativa. Si presumimos que la intención común de las partes es la mejor alternativa para maximizar el valor del acuerdo y sabemos que descubrir dicha voluntad real enfrenta altos costos, entonces la voluntad declarada de manera clara tiene una alta probabilidad de reflejar el acuerdo más eficiente. En cierta manera se plantea la aplicación de una suerte de *four corners rule* según la cual si el texto es claro, la labor del intérprete se reduce a leer dentro de las “cuatro esquinas” del contrato. Así se evita los costos de buscar la voluntad real. Ello implica no sólo la interpretación de la cláusula por separado, sino de todo el contenido contractual, en aplicación del método sistemático.

Regresemos al ejemplo del navío *Peerless* para graficar el punto. Si se dice que el cargamento de algodón debe llegar en el navío *Peerless*, pero a diferencia del caso real, sólo existe un navío *Peerless*, la declaración es más que suficiente para saber de qué barco estamos hablando. No tiene ningún sentido salirse de las “cuatro esquinas” del contrato para buscar una voluntad real que está más que clara en la declaración. En ese contexto no hay necesidad de recurrir al paradigma contextualista. El textualismo basta y sobra para resolver el problema. Si el intérprete comenzara a moverse hacia el contextualismo, más que interpretar, estaría a la búsqueda de modificar el contrato usando el método de interpretación. Ello porque no sería admisible que el resultado de interpretar el término *Peerless* es que el cargamento debe llegar en el navío *Huáscar*.

- b. **Pasar a la Interpretación Sistemática del Texto.** Si de la lectura de la cláusula contractual sola, el sentido no queda claro, el intérprete pasa a la interpretación sistemática y comienza a buscar el sentido del término, usando los demás términos contractuales. Así, si existieran dos barcos *Peerless*, entonces aún nos queda la esperanza, sin salirnos del textualismo de recurrir a otras cláusulas del contrato. Por ejemplo otras cláusulas, al mencionar fechas de llegada del barco, podrían descartar que podamos estar hablando de uno de los *Peerless*, con lo que sólo quedaría una opción. O podría hacer mención a la nacionalidad del barco o a quién es su capitán. La respuesta llegaría sin salir del textualismo.

Hay que tener en cuenta que el pase al método sistemático (como el pase a los demás métodos) no debe ser entendido de manera rígida. A veces el texto de una cláusula es claro por sí solo, pero se vuelve impreciso en el contexto. A lo que aludimos es que, si de la interpretación de la cláusula aislada el sentido es muy claro, se requiere una fuerte contradicción para revisar ese sentido, a la luz de otras cláusulas contractuales.

- c. **Búsqueda de la Intención Real.** Sólo si la declaración no es clara, se debe acudir a dar el primer paso hacia el contextualismo, aquel referido al contextualismo más moderado. El análisis de las circunstancias de la declaración, incluyendo la conducta previa, simultánea y posterior a la celebración del contrato, se torna relevante en cuanto refleja qué quisieron realmente las partes. Así, por ejemplo, se puede recurrir a los documentos precontractuales, los intercambios de ideas, la forma cómo se ejecutó el contrato, la experiencia previa de las partes, etc. Sin embargo, el intérprete debe ser consciente de las limitaciones de este tipo de interpretación. En primer lugar, los costos de este tipo de actividad pueden ser elevados y su resultado, limitado. En segundo lugar, debe tenerse en cuenta que una posibilidad es que el problema interpretativo no se derive de la oscuridad de un acuerdo, sino de la

voluntad implícita o explícita de no acordar algo. Por ello si hay indicios de que esa es la voluntad de las partes, continuar el esfuerzo de descubrir una voluntad inexistente puede no tener sentido.

Veamos nuevamente el ejemplo del *Peerless*, asumiendo, al igual como en el caso real, que hay dos navíos con el mismo nombre. No es posible por la mera declaración, saber de **cuál** estamos hablando. El textualismo resulta insuficiente. Los otros términos del contrato tampoco aclaran la situación. Entonces es legítimo recurrir a aquellos elementos que nos den pista sobre la intención real. Podría ser que en la correspondencia previa se identifique de qué *Peerless* estamos hablando. Puede ser que se haga referencia a fechas que indiquen de qué barco se trata. O puede ser que el *Peerless* correcto era el que usualmente usaron las partes en operaciones anteriores, lo que lleva a descartar al otro. Si eso es así, esos elementos fuera de las “cuatro esquinas” resultan suficientes. Si la evidencia es concluyente, parece que más contextualismo ya no es necesario. Pero si no existe; o existiendo no es clara, no queda sino seguir moviéndose hacia el exterior del círculo.

d. Buscar la Función del Contrato. De no ser útil el primer paso hacia el contextualismo, hay que dar el segundo, orientado a identificar la función económica perseguida por el contrato. Ello tiene sentido si del texto del mismo o de la intención de las partes, no es posible derivar la función que quisieron darle. Para ello debe buscarse la función que desarrollan socialmente, aquellos acuerdos de la naturaleza objeto de interpretación. En principio debe asumirse que estos generan beneficios para ambas partes y que a su vez, éstas buscarán una reglamentación contractual que maximice el valor del contrato, al momento de asignar costos y riesgos. Dados los costos de identificar qué es lo que las partes querían, la mejor estrategia posible parece ser aplicar la regla que usualmente se usa en el mercado para contratos similares. El problema se puede presentar con transacciones

idiosincrásicas, es decir, no comunes en el mercado y para las cuales no hay referentes. En esos casos la lógica económica debería ser la orientadora de la regla más eficiente.

En el caso del navío *Peerless*, puede ser que para una persona que conoce el mercado, la estacionalidad del mismo, derivada de que la demanda no es igual todo el año, permite identificar que una de las fechas de desembarco de algodón es absurda o antieconómica. Ello podría ser un elemento que, fuera del contrato, permite reconstruirlo de manera adecuada. Si lo que interpretamos es un término como “contratista experimentado”, los usos y costumbres del arte o de la plaza pueden ser indicadores adecuados de cuál es la respuesta correcta. O si se tratara de una operación muy particular, sin mucho referente, la búsqueda de la regla que maximiza eficiencia parece el referente más adecuado. Llegado a este punto, el contextualismo era la única salida.

Es importante destacar que no importa dónde nos detengamos, hasta cuál de los anillos lleguemos, siempre hay que regresar al centro para ver si la conclusión a la que llegamos pasa por el umbral del textualismo, es decir, si la interpretación puede sostenerse sobre la declaración. Y siempre teniendo en cuenta que la declaración podría sólo reflejar que no existió realmente un acuerdo. Como dijimos antes, del contextualismo no podría derivarse que se entienda que el *Peerless* quería decir *Huáscar*.

e. Reglas contra conductas estratégicas. El intérprete debe ser cuidadoso al aplicar reglas orientadas a buscar menores ambigüedades, tales como interpretaciones en contra de los estipulantes o similares. Esas reglas podrían estar presionando a la generación de contratos perfectos cuando estos no son óptimos. Sólo en circunstancias donde es claro que tal conducta estratégica ha ocurrido por culpa o dolo del agente, puede usarse una regla de ese tipo. En otras situaciones es más aconsejable usar las reglas más eficientes en atención al análisis funcional.

Usualmente estas reglas son usadas antes de salir del textualismo y, en ocasiones, una vez agotados todos los anillos del análisis. En cualquier caso se debe ser conciente de que, quizás, la ambigüedad es querida por las partes y que forzarlas a levantarlas, es forzarlas a incurrir en costos que no desean. Que una de las partes haya introducido el término “contratista experimentado” en el contrato, no significa que sea ella la que debe cargar con el costo de la imprecisión del término. Por el contrario, puede ser que justamente la otra parte estaba de acuerdo en que ese nivel de ambigüedad era deseable.

- f. **Conservación del Negocio.** Finalmente, la conservación del negocio es un buen referente y por tanto el intérprete debe intentar mantener la vigencia y ejecutabilidad del contrato y/o cláusula específica. Pero ese principio no debe llevarse al extremo, pues el resultado podría ser antagónico con la solución querida o con la económicamente eficiente.

Evidentemente la aplicación de este principio se hace más relevante cuando nos internamos en el contextualismo, dado que si estamos en el textualismo, es posible que la solución sea sólo una. Si el texto conduce claramente y sin duda a que el resultado sea la ineficacia o inejecutabilidad del contrato, esa debe ser la consecuencia. El intérprete no es un salvavidas llamado a rescatar el contrato del naufragio. Es tan sólo alguien que debe dar un sentido adecuado a la voluntad de las partes y de no ser posible, a la generación de eficiencia que es el *best guess* de lo que las partes hubieran querido, de no poderse descubrir por otro medio.

En cualquier caso, queda claro que el análisis económico puede ser esclarecedor del sentido que puede tener la interpretación de los contratos y ayudarnos a comprender la verdadera naturaleza del problema. Comprender que interpretar es muchas veces resolver una falta de acuerdo, es un paso central para hacer bien el trabajo. Casi podríamos decir que todo se reduce a dos reglas: la primera es conseguir que en la interpretación se respete la autonomía de voluntad de las partes. Y la segunda es que se respete al menor costo posible.