

En defensa del textualismo contractual: una lección del Common Law¹

In defense of contractual textualism: a lesson from Common Law

Francesca Benatti²

Resumen. El texto examina los dos métodos de interpretación utilizados en el Common Law estadounidense: el textualismo y el contextualismo. Tras observar la preferencia de las partes por el textualismo, destaca las razones por las que parece ser el método más eficaz. Este método es más respetuoso con sus voluntades y es capaz de interpretar las necesidades del mundo empresarial con mayor eficacia. La realidad práctica muestra cómo las mismas partes pueden decidir cómo hacer que el contexto sea relevante.

Abstract. The text examines the two methods of interpretation used in the American Common Law: textualism and contextualism. After looking at the parties' preference for textualism, it highlights the reasons why it appears to be the most effective method. This method is more respectful of their wishes and is able to interpret the needs of the business world more effectively. The practical reality shows how the same parties can decide how to make the context relevant.

Palabras clave. Contratos, textualismo, contextualismo, interpretación

Keywords. *Contracts, textualism, contextualism, interpretation*

Sumario: 1. Textualismo y contextualismo. 2. La preferencia de las partes. 3. El papel del contexto. 4. Conclusiones. Referencias bibliográficas.

1. Textualismo y contextualismo

Al abordar el tema de la interpretación contractual³, se podrían recordar las palabras de *Justice Scalia*: “si hay un texto, es obvio que hay que leerlo”. Sin embargo, detrás de la broma sarcástica, se esconde una de las grandes cuestiones del derecho actual que envuelve perfiles teóricos y prácticos en igual medida. Como se ha subrayado, “en toda ciencia existen ciertos problemas fundamentales que, si bien pueden desaparecer temporalmente en la masa de la materia o perder su interés en la aglomeración de cuestiones particulares, por la importancia que tienen para la ciencia, vuelven continuamente a la superficie y requieren atención. La interpretación es, para las ciencias jurídicas, uno de estos problemas. Si bien este problema puede pasar temporalmente desapercibido cuando el interés de los juristas es absorbido por temas particulares, nunca puede quedar desactualizado, dada su importancia para la ciencia jurídica. Contiene, de hecho, cuál es el problema fundamental de toda ciencia jurídica: ¿qué es el derecho?” (Merkl, 1987, p. 257). Cada teoría de la interpretación perfila la visión jurídica, política, social y filosófica de su autor⁴.

1 Revisión al castellano a cargo de Sergio García Long.

2 Abogada y PhD en Derecho Comparado por la Università degli studi di Milano. Profesora de Derecho Comparado en la Università degli Studi di Padova. Autora de tres libros y más de 80 artículos sobre responsabilidad civil, contratos, propiedad, arbitraje y derecho comparado.

3 Sobre el tema en general, véase Fernández Cruz (2002).

4 Esto se ve sobre todo en la interpretación constitucional.

En el Common Law estadounidense existen dos enfoques distintos, el textualismo y el contextualismo, que se han elaborado en distintas épocas y que siempre han convivido en el complejo pluralismo jurisprudencial, los cuales contrastan en un choque probablemente irresoluble. El primero se basa en la reflexión elaborada por Holmes, según la cual “la formación del contrato no depende del acuerdo de dos mentes en una sola intención, sino del acuerdo de dos conjuntos de signos externos, no del hecho de que las partes pretendieran lo mismo, pero por el hecho de que dijeron lo mismo” (1987, p. 464). La teoría objetiva del contrato es confirmada con aguda ironía por Learned Hand (O’Gorman, 2019) en la decisión *Hotchkiss v. National City Bank of N.Y.*, cuando señala expresamente lo siguiente: “Un contrato, estrictamente hablando, no tiene nada que ver con la intención personal o individual de las partes. Un contrato es una obligación ligada por la mera fuerza de la ley a determinados actos de las partes, generalmente palabras, que normalmente acompañan y representan una intención conocida. Sin embargo, si veinte obispos demostraran que una de las partes al usar las palabras significaba algo diferente al significado habitual que la ley les impone, todavía estaría obligado a cumplir, a menos que hubiera un error mutuo o algo así”⁵. Es una visión influenciada por el clima cultural, filosófico y económico de la época que veía en el liberalismo económico y en la certeza de las relaciones los valores dominantes.

De lo contrario, el contextualismo surge de la evaluación de la complejidad de las relaciones contractuales que no terminan en un mero texto, sino que viven en una realidad dinámica⁶. Los

ejemplos son los contratos relacionales (*relational contracts*)⁷. Por lo tanto, para comprender la verdadera intención de las partes, el sujeto que adopta las decisiones debe considerar todos los elementos posibles, independientemente de la ambigüedad del lenguaje, incluso posiblemente yendo más allá del texto. Como destacó el Presidente del Tribunal Supremo Traynor, uno de los jueces que afirmó con más firmeza este enfoque: “El texto de la admisibilidad de la prueba extrínseca para explicar el significado de un instrumento escrito no es si a la corte le parece simple e inequívoco a primera vista, sino si la prueba ofrecida es relevante para probar un significado para el cual el lenguaje del instrumento es razonablemente susceptible”⁸.

El debate sobre el mejor método ha encontrado hoy un nuevo ímpetu, en primer lugar, debido a la observación empírica que enseña que las disputas contractuales surgen, en la mayoría de los casos, por cuestiones de interpretación y no podrían darse de otra manera las expectativas razonables que son a menudo diferentes (Mitchell, 2003). Además, está estrictamente vinculado al debate que permea todos los ordenamientos jurídicos sobre las competencias del juez y sobre la relevancia que asume el formante jurisprudencial. En particular, la crítica al textualismo se fundamentó con argumentos de diferente naturaleza. En primer lugar, en el cambiante clima filosófico y cultural, a partir de los estudios de Gadamer y con el deconstruccionismo de Derrida, la relación entre texto e intérprete ha cambiado y parece prevalecer la idea de una imposibilidad de alcanzar un significado objetivo y estable: “las palabras dejaron de atar, las palabras dejaron de decir... mientras la tecnología moderna multiplica los medios de comunicación,

5 200 F. 287, 293 (S.D.N.Y. 1911).

6 El método contextualista es el más parecido al que se emplea generalmente en los sistemas de derecho civil. En Italia, los arts. 1362-1325 Código civil it. establecen las reglas de interpretación subjetiva, que buscan el significado correspondiente a la intención común de las partes. Sólo en caso de que no tengan éxito, se aplican las normas de interpretación objetiva (arts. 1366-1371 del Código Civil it.).

7 Macneil, (1985). Un contrato relacional es un contrato cuyo efecto se basa en una relación de confianza entre las partes. Las cláusulas explícitas del contrato son un esbozo de términos y entendimientos implícitos que determinan el comportamiento de las partes

8 *Pacific Gas & Elec. Co. v. G. W. Thomas Drayage Co.*, 69 Cal. 2d 33 (1968).

la literatura... denuncia, o al menos explora, el vacío intrínseco, la imposibilidad misma de cualquier comunicación” (Manent, 2001, p. 200).

Además, los estudios de psicología del comportamiento parecen favorecer una interpretación no formal del contrato debido a las insuficiencias cognitivas de las partes. La búsqueda de información en la fase previa a la firma del contrato nunca es óptima sino satisfactoria por razones de tiempo y coste (Craswell, 1988). Esto también afecta la elección del contratista, que es una de las principales precauciones que debe tomar la parte. Pero sobre todo se constató que, en el momento de la formación del contrato, la preparación de las partes es más optimista y tiende a captar los aspectos positivos de la operación económica, subestimando sus riesgos o complicaciones. Esto podría hacer que el texto fuera inapropiado para la situación concreta. Para explicar el concepto, se utiliza el caso del matrimonio: los datos empíricos muestran cómo cuando se pregunta a las parejas antes de casarse cuántos matrimonios terminan en divorcio, generalmente se adivina el porcentaje correcto, pero se excluye que el suyo podría terminar en fracaso.

No solo se tenderá a exagerar positivamente su propia posición en las negociaciones sin considerar el mérito de la contraparte. Esto va acompañado del efecto de *status quo bias* que determina la preferencia general por disposiciones codicistas, cláusulas por defecto con respecto a acuerdos hechos a medida que serían más eficientes según la teoría de Pareto. Si bien se evalúa la hipótesis de un incumplimiento, es difícil considerar todas las variantes que se pueden verificar en la práctica. Se sabe que los riesgos bajos o altamente improbables se ignoran o subestiman en su alcance. Por ejemplo, en referencia al caso de la pandemia, la hipótesis apenas se reguló explícitamente en los acuerdos anteriores al Covid-19 porque se consideró que no era verificable o no era tan grave como para alterar el sistema.

Los economistas luego destacaron el perfil de costos no solo en la búsqueda de información, sino también en la aplicación. La incompletitud también puede ser estratégica para evitar que se reduzca el valor del contrato, para protegerse o mantener el control de eventos posteriores. La misma dinámica de negocios nos lleva a pensar que muchas veces el texto adoptado no es el que refleja a la perfección la voluntad de las partes, sino que constituye una solución de compromiso que toma en cuenta la opinión no solo de los juristas, quizás el poco tiempo necesario para la conclusión del negocio. Puede ser deseable la ambigüedad de los términos porque de lo contrario no se habría alcanzado el acuerdo. En algunos casos, incluso se paga por la incompletitud o la ambigüedad: se sabe que en las negociaciones la asunción de ciertos riesgos tiene un valor económico que afecta al de toda la operación económica.

Si bien estas reflexiones podrían llevar a sancionar el ahora imparable declive de la interpretación literal, el juez Kagan sorprendentemente en 2016 declaró “ahora todos somos textualistas”, demostrando la importancia perdurable y esencial de este método de interpretación.

2. La preferencia de las partes

Uno de los principales argumentos en apoyo del textualismo se encuentra en la preferencia de las partes por este método de interpretación, como lo demuestran los datos empíricos resultantes del análisis de los textos contractuales. Este es un elemento importante a considerar, no solo porque el contrato es el instrumento por excelencia de la autonomía privada, sino también porque en un momento de competencia entre economías e investigación de inversiones, la creación de un entorno también legalmente aceptable para las empresas podría tener efectos económicos importantes.

Un conocido y discutido estudio de Theodore Eisenberg y Geoffrey Miller ha resaltado que los contratantes en la elección de la ley aplicable al contrato han optado en el 46% de los casos por el formalismo neoyorquino frente al californiano que se adhiere al contextualismo, adoptado solo en 8% de las hipótesis. Si bien se ha señalado que la diferencia en las reglas de interpretación no es la única distinción entre los dos derechos, cabe señalar que son representativos de un enfoque general del contrato más favorable al mundo empresarial. De hecho, “la jurisprudencia contractual de Nueva York es formalista, literal, no moralista y respetuosa con la libertad de las partes para negociar en beneficio mutuo. El trabajo del tribunal no es entrometerse en la relación contractual sino más bien hacer cumplir el acuerdo que las partes han concluido... Los jueces de California están más interesados en definir la relación entre las partes sobre la base de la equidad, la justicia y el interés público” (Miller, 2010, p. 1522). Sin embargo, no se puede extraer una indicación clara de la preferencia por el textualismo de la elección de la ley aplicable.

No obstante, otros elementos confirman esta implicación. Un examen (Benoliel, 2017) de 1521 contratos comerciales celebrados entre 2012 y 2017 revela que el 75,28% adopta una *merger clause*, a menudo asociada con una *no-oral modification clause*. Es más frecuente la introducción de una estricta *merger clause* en los casos en que las partes han optado por un apego al contextualismo como ley aplicable al contrato. Se podría argumentar que tales predicciones son ahora tan comunes que son estándar y, por lo tanto, no proporcionan ninguna indicación precisa. Sin embargo, dado que se trata de contratos comerciales entre expertos, parece difícil creer que la elección al menos no se haya acordado, dadas también las variaciones en las cláusulas.

También parece indicativa la difusión de *severability clauses* (Benoliel, 2019), es decir, aquellos

acuerdos con los que se persigue el mantenimiento del contrato, aunque parte del mismo se considere nulo, inexistente o cancelado. A menudo van acompañadas de la obligación en tales casos de renegociar una nueva cláusula y/o la especificación de que la nulidad, inexistencia o anulabilidad en una jurisdicción no se extiende a todas las demás donde opera el contrato. Las distinciones entre los diferentes modelos muestran que no se trata de simples *boilerplate clauses*, sino de pronósticos negociados adecuados para el caso específico. Se ha observado acertadamente que son representativos de una fuerte desconfianza hacia quien toma las decisiones. Piense en la hipótesis de un contrato de compraventa de un producto, acompañado de una obligación de no competencia que se refleja en la determinación del precio y, por tanto, es fundamental para el contrato. En presencia de una cláusula de separabilidad, si esta obligación se considera ineficaz, las partes podrían ver la conservación del contrato, a pesar de que el valor de la transacción económica se ha desequilibrado o incluso el valor está ausente para uno de las dos partes. Empero, la decisión de introducir este acuerdo, a pesar de los posibles riesgos, demuestra una preferencia por el texto con respecto a intervenciones posteriores del juez que, a través de un enfoque contextualista, lo distorsiona o modifica. Los contratantes decidirán entonces el destino de la operación económica.

El análisis de los textos contractuales permite entonces identificar la adopción de definiciones, encaminadas a asegurar la precisión y certeza, especialmente cuando los términos deben entenderse de manera diferente a su significado literal o pueden surgir ambigüedades, y la especificación de reglas interpretativas a utilizar. Incluso en esta hipótesis se siente que la necesidad de una actividad interpretativa no desaparece: “si el texto pretendiera proporcionar esas reglas, entonces esas reglas tendrían que ser interpretadas, y así sucesivamente, *ad infinitum*” (Charny, 1991, p. 1819). De hecho, surgiría el problema de determinar el

significado de estos acuerdos y si realmente representan la intención de las partes, sin olvidar los límites que pueden imponer las disposiciones legislativas a la libertad contractual. Un ejemplo podría encontrarse en la nulidad de una cláusula que prohíbe la interpretación de buena fe del contrato.

Finalmente, se observa que los tribunales arbitrales, naturalmente más sensibles a la voluntad de las partes, prefieren un método textualista. Así lo demuestra el análisis de algunos sistemas de arbitraje estadounidenses implementados por asociaciones industriales como la NGFA (National Grain and Feed Association) y el creado conjuntamente por ACSA (American Cotton Shippers Association) y ATMI (American Textile Manufacturers Institute)⁹. Pero la misma mentalidad se encuentra en el arbitraje internacional. Una doctrina importante enfatiza cómo los árbitros se basan “en el sentido común y la razonabilidad y, quizás con demasiada frecuencia, en la letra del texto. Esto lleva a una consecuencia no despreciable: si no se enfatizan las reglas normativas sobre interpretación, la competencia entre sistemas legales no tiene mucho sentido, y la mejor opción debería ser entonces la estandarización de las reglas al menos en el campo europeo. Elección políticamente difícil. Como documenta el fracaso de las propuestas presentadas a la Comisión Europea hasta ahora o apoyadas por la propia Comisión” (Alpa, 2019, pp. 1255-1256).

La preferencia por el textualismo es parte del deseo generalizado de certeza de las empresas “entendida como previsibilidad, que se concibe solo por referencia a una o más difundida, atendible, clarividente, disposición a la previsión. En tal aceptación, en suma, la expresión certeza del de-

recho alude en realidad a una certeza de los individuos sobre el derecho, con particular referencia a la previsibilidad de las consecuencias jurídicas enlazadas concretamente a los actos o hechos” (Gomez, 2012, p. 261)¹⁰. Pero no es solo una necesidad comercial, Natalino Irti refiriéndose a Giacomo Devoto habla de “la legalidad lingüística... (como) una política de estabilidad gramatical sustancial, y por tanto conservadora, es más que recomendable, necesaria para la sociedad moderna” y señala que más que conservador es, en realidad, “democrático” (Irti, 2020, pp. 126-127). Por otro lado, el propio Scalia ante la crítica de que el textualismo era aburrido, pedante, banal, replicó que para ser textualista no es necesario ser un “simplón”, sino solo creer que no es trabajo del juez perseguir grandes metas o escribir nuevas leyes.

Un aspecto a evaluar para comprender esta preferencia es la percepción por parte de empresas y operadores económicos de la dificultad de los jueces para comprender la dinámica de los negocios y valorar correctamente los elementos del contexto, especialmente cuando esto implica una corrección de los acuerdos. De hecho, parte de la doctrina señaló que “muchos elementos de nuestro sistema legal tienen más sentido si los interpretamos como una respuesta al hecho lamentable pero inevitable de que nuestros tribunales son incompetentes cuando se trata de hacer cumplir los contratos” (Posner, 2000, p. 754).

Además, se observa que la responsabilidad judicial constituye un incentivo importante para crear una estructura contractual adecuada al caso específico y capaz de adaptarse a situaciones impredecibles. El desarrollo y ajuste progresivo de muchas cláusulas propias de la práctica internacional jun-

9 Ver Benstein (1996); Bernstein (2001).

10 El autor advierte que “si se quiere atribuir un contenido axiológico a la noción de certeza, ello debe buscarse precisamente en su correlación respecto a la mejor posibilidad de planificación de las elecciones prácticas individuales, o de cualquier modo respecto a otros objetivos personales (científicos, profesionales, etc.). Solo en este sentido la certeza puede ser considerada un valor. Y si hay algo de que se puede tener certeza es que no se trata de un valor menor”.

to con la creación de nuevos modelos demuestran esta mejora continua.

En cambio, cabe señalar que incluso una interpretación estrictamente textual nunca puede ignorar por completo el contexto, simplemente permite a las partes determinar en qué medida se pueden considerar los elementos externos. Se trata de modalidades y límites más que de imposibilidad de su uso. Además, los mismos jueces que están más atentos a la interpretación literal han mostrado en algunas circunstancias la necesidad de evaluar el comportamiento de las partes o los usos comerciales para entender el acuerdo contractual. De hecho, *Learned Hand* señala que “es cierto que las palabras empleadas, incluso en su sentido literal, son la forma principal y, en general, la más fiable de interpretar cualquier escrito, ya sea una ley, un contrato o cualquier otro documento. Pero el indicio más seguro de una jurisprudencia madura no es transformar el diccionario en una fortaleza”¹¹. Y así el juez *Scalia* también admite que “es posible estipular un contrato de tal manera que se dejen algunas decisiones al arbitrio incontrolado de una de las partes y en este caso la cuestión de la buena fe es irrelevante. Pero el truco está en entender cuándo se firmó el contrato de esta manera y seguramente la simple identificación de un poder expresado no siempre es la prueba. A veces puede ser suficiente... Pero decir que cualquier poder contractual expresamente conferido es de esta naturaleza significa eliminar por completo la doctrina de la buena fe”¹². Por tanto, este argumento implica la necesidad de no basarse completamente en el texto, sino también de evaluar el comportamiento de las partes a la luz de la buena fe.

Es necesario un examen del contexto para evaluar la naturaleza de los contratantes y decidir si son expertos. La noción se usa ampliamente en la doc-

trina y la jurisprudencia también, porque afecta la aplicación misma de reglas como la regla de prueba en libertad condicional o la interpretación de cláusulas como la integridad: cuanto más “sofisticadas” sean las partes, más reacio se mostrará el juez a intervenir. Un sector de la doctrina ha incluido en esta categoría a las partes obviamente expertas, incluyendo multinacionales y grandes empresas, y aquellos que “operan en un contexto comercial, pero tienen muchas características de sujetos comunes” (*Schwartz & Scott*, 2003). La referencia es a asociaciones profesionales, empresas con cinco o más empleados, sociedades limitadas. Sin embargo, el esfuerzo por establecer ciertos parámetros no parece convincente dada la complejidad del mercado.

El examen de la jurisprudencia permite identificar cómo algunas características, aunque no explícitas, deben estar presentes al menos en parte en la negociación para configurar un sujeto experto: su carácter empresarial, gubernamental o cuasi público, experiencia en el sector, activos, educación, la complejidad del trato, el asesoramiento de abogados y/o técnicos en la redacción del acuerdo. Sin embargo, se ha observado acertadamente que, si bien estos criterios son correctos, los tribunales no examinan ni justifican suficientemente la noción y se limitan a declararla. En cambio, es fundamental parametrizar el concepto sobre el acuerdo efectivamente estipulado; por lo tanto, surge que los actores repetidos son generalmente contratistas expertos, pero no todos los contratistas expertos son actores repetidos (*Miller*, 2010).

Interesante en este sentido es *Reilley v. Richards*, que involucraba un contrato para la venta de una propiedad en el que una de las partes era abogado. La Corte Suprema de Ohio, al decidir la disputa, encontró que el abogado no era un experto, ya que “no tenía experiencia real en derecho de

11 *Cabell v. Markham*, 148 F. 2d 737 (2d Cir. 1945).

12 234 U.S. App. D.C. 46, 727 F.2d 1145 (1984).

bienes raíces y, por lo tanto, era una parte poco sofisticada en el momento de la transacción”¹³. El análisis concreto de las partes y de la naturaleza del trato es fundamental y permite, si se realiza correctamente, contextualizar la interpretación, sin dejar de adoptar un enfoque textual.

3. El papel del contexto

Además, se observa que muy a menudo son las propias partes quienes atribuyen al juez la tarea de examinar el contexto y establecer el marco para la actividad interpretativa. Es común que el contrato incluya normas o cláusulas generales que requieran atención a las circunstancias concretas. Considere, por ejemplo, estos tres modelos de cláusulas comunes en la práctica:

1. la *reasonable efforts* que establece que por separado una parte realiza esfuerzos razonables para lograr el resultado teniendo en cuenta sus intereses comerciales y la probabilidad de éxito, pero no está obligado a tomar todas las acciones a su alcance;
2. la *all reasonable efforts* sobre cuya base el contratista debe explorar todas las opciones que estén razonablemente disponibles para él, pero no está obligado a ignorar sus intereses comerciales o tratar de lograr el resultado si es evidente que cualquier esfuerzo adicional resultaría inútil;
3. la *best efforts* que establece el deber de emprender cualquier acción que realice una contraparte prudente y razonable que actúe en su propio interés y desee lograr el resultado, pero que no obliga a emprender acciones que puedan conducir a su propia ruina financiera,

perjudique su situación comercial o que no tienen posibilidades de éxito.

En algunos casos, estos acuerdos van acompañados de ejemplos que pueden orientar la interpretación, pero generalmente se adoptan cuando los contratistas son incapaces de predecir la conducta que será necesaria y/o los hechos que podrían afectar la relación contractual. Sin embargo, la determinación de los esfuerzos requeridos no puede realizarse separadamente del análisis de las circunstancias concretas, la naturaleza de las partes, las características de la operación económica.

La necesidad de un examen del contexto también surge con respecto a las cláusulas de *force majeure*. Según el modelo de la CCI, “es un evento o circunstancia (“evento de fuerza mayor”) que impide que una parte cumpla una o más de sus obligaciones contractuales en virtud del contrato, si y en la medida en que la parte afectada por el impedimento (“El interesado”) acredita: a) que dicho impedimento escapa a su control razonable; y b) que no se hubieran podido prever razonablemente en el momento de la celebración del contrato; y c) que los efectos del impedimento no pudieron razonablemente haber sido evitados o superados por el interesado”.

Esta cláusula debe leerse a la luz de la situación y una lectura textual no es suficiente. Así, queda claro que en la hipótesis del Covid-19, la pandemia o las medidas gubernamentales no serán suficientes para invocar la cláusula, salvo que el caso se haya previsto expresamente, pero se deben evaluar las circunstancias externas.

Similar es el caso en la práctica internacional de las cláusulas de buena fe que exigen que las partes “se traten entre sí de manera honesta, justa y de buena fe en todos los aspectos, y se brinden más garantías razonables para promover su mutuo

13 Reilley v. Richards, 632 N.E.2d 507 (1994).

desempeño con respeto a este Acuerdo”¹⁴. Dichos acuerdos en los casos en que opera el derecho de un sistema del Common Law, especialmente el derecho inglés, sirven para afirmar el principio de buena fe, que puede no ser reconocido en dicho sistema jurídico. Mientras que con respecto a los sistemas del Civil Law, refuerzan el deber contenido en el código.

A menudo, entonces, las partes identifican expresamente los elementos del contexto que deben evaluarse. Esto se puede encontrar en la posible descripción de las negociaciones y relaciones entre las partes y sobre todo en el “considerando” que sirve para explicar los motivos de la celebración del contrato y, en algunos casos, describen su objeto. Se adoptan precisamente para orientar la correcta interpretación del juez.

De manera más general e incluso dejando de lado los estilos y técnicas de redacción específicos, un elemento que podría ser indicativo es la exhaustividad del texto contractual. Se sabe que este perfil constituye una diferencia significativa entre el modelo del Common Law generalmente extenso y detallado y el del Civil Law que, basado en códigos, deja muchas cuestiones a la disciplina legislativa. Empero, la elección de las partes de regular con precisión la relación puede considerarse un signo de preferencia por un enfoque formalista: demuestra, de hecho, la voluntad de los contratistas de depender lo menos posible de la discreción del juez. Una posible limitación de este argumento se encuentra en la presencia generalizada de *boilerplate clauses*, que se introducen sin una reflexión o negociación particular. La doctrina ha demostrado que esto constituye a menudo el obstáculo más importante para su propia invocación en los procedimientos. De hecho, debemos considerar pragmáticamente que “rara vez un contrato en una transacción determinada se hace desde cero y, a pesar de los sentimientos de algunos abo-

gados, los contratos no son obras literarias creativas. En lugar de escribir desde cero, los abogados suelen reutilizar las disposiciones contractuales de transacciones anteriores. De forma individual y dentro de sus empresas, archivan y recuperan documentos de contratos anteriores y siguen procedimientos para estandarizar las mejores prácticas para diferentes tipos de transacciones” (Triantis, 2013, p. 186).

La doctrina ha demostrado cómo un uso continuo y generalizado de cláusulas repetitivas determina verdaderos “*black holes*” (Choi, Gulati & Scott, 2017). Si bien, de hecho, parte de la importancia y el encanto de un uso repetido de los mismos acuerdos consiste en fijar un contenido independiente del contrato y del contexto a través de una misma formulación, esto paradójicamente puede llevar a la pérdida de su utilidad efectiva. Lejos de ser la fuente de certeza a la que aspiran, pueden determinar:

1. obsolescencia porque con las aplicaciones repetidas y el paso del tiempo pierden su adecuación ante los cambios legales, económicos, científicos y sociales;
2. un uso mecánico que los transforma en un “encantamiento legal” sin un significado compartido; y
3. ensuciamiento con reducción de su fiabilidad.

Estos acuerdos, que tienen un coste elevado y no tienen función, pueden considerarse “esquemorfismos” (Baird, 2017). Sin embargo, se señaló acertadamente que incluso la presencia de estas cláusulas no debe llevar al juez a ignorarlas, considerándolas simplemente de estilo, pero la atención textual sigue siendo necesaria. De hecho, es posible que en muchos casos respondan a las intenciones y necesidades de las partes, que simplemente se han apoyado en un modelo ya conocido

14 Este es un modelo de cláusula introducida en los contratos internacionales.

para bajar los costos de transacción en lugar de crear uno nuevo, con el riesgo de interpretaciones inciertas. Además, la decisión de calificar un acuerdo como “ruido” podría constituir un precedente que repercuta en toda la aplicación de dicho acuerdo con posibles efectos distorsionadores del mercado (Baird, 2017).

Sobre todo, cabe señalar que la elección de las palabras tiene consecuencias y “los tribunales no necesitan pretender tratar de adivinar las intenciones de las partes al interpretar un contrato. Escuchan a los abogados y hacen todo lo posible por comprender el significado de las palabras en la comunidad empresarial relevante. Pueden terminar haciendo algo que no les gusta a los expertos. Pero los expertos siempre tienen la libertad de reunirse... y adoptar un nuevo idioma. Los esfuerzos judiciales para interpretar el lenguaje y darle significado pueden hacer que los redactores de contratos sean más cuidadosos” (Baird, 2017, p. 101). Esto conduce a un círculo virtuoso que también puede conducir al desarrollo de nuevos modelos.

La oportunidad de una valoración equilibrada que, a partir del texto, también considere los elementos del contexto necesarios en la perspectiva indicada por las partes, surge también de la reflexión de que la incompletitud de los contratos no siempre es negativa, sino que puede ser deseada por los contratistas y ser eficiente. Incluso el contrato ya puede tener en cuenta el riesgo derivado de la incompletitud y la ambigüedad, que incluso se paga. Esto ocurre en particular cuando se trata de un asunto complejo, con posibles implicaciones inciertas, los mecanismos del mercado no son tales que fomenten un desempeño de alta calidad, se requiere una cooperación continua entre las partes y se espera o desea un resultado innovador. Un ejemplo son los contratos de transferencia de tecnología.

Finalmente, la tesis textualista debe afrontar la necesidad de prevenir o limitar los comportamientos oportunistas. Un perfil a considerar es la tendencia a abordar este tema a la luz de ciertos sesgos que no facilitan un análisis racional. Discutimos, de hecho, a menudo partiendo de conceptos como control de mercado, poder de negociación, asimetría de información, haciendo coincidir la parte económicamente más fuerte con la que tiende a incurrir en conductas abusivas. De hecho, también puede suceder lo contrario: una pequeña empresa que por sus características de excelencia tiene una posición y reputación únicas y difíciles de reemplazar en el mercado podrá imponer sus condiciones o actuar de manera oportunista incluso en contratos con multinacionales. Es evidente, por tanto, que la evaluación nunca debe ignorar el caso concreto, sino también desde la conciencia de que “como siempre ocurre cuando se habla de desigualdad de poder contractual (y la aspiración subyacente, de carácter pre-jurídico, de desprender el carácter vinculante en el caso de una persona presionada aunque en condiciones que no permitan activar la regulación de los vicios del consentimiento), el intento de racionalizar formas de intervención a nivel individual adolece de dificultades vinculantes. Partiendo de la percepción, generalizada y de sentido común, de que la disparidad en la fuerza contractual no solo es omnipresente de hecho, sino que también representa la sal, el motor inmóvil de la actividad contractual: sin poder de negociación que puede tener raíces profundas pero también no se induciría a las partes a contraerse” (Pardolesi, 2014, p. 2040). Por lo tanto, la intervención correctiva debe limitarse únicamente a los casos más graves.

Pero incluso en las hipótesis que presentan riesgos de abuso, la solución *ex ante* parece más eficiente. Considere un caso en el que las partes son incapaces de probar con suficiente certeza el contexto relevante que debe valorar el juez. Un ejemplo (Gilson, Sabel & Scott, 2014) es un acuerdo entre una multinacional farmacéutica y un pequeño

laboratorio que prevé el desarrollo de una investigación mediante un préstamo. En la práctica, se vuelve complejo verificar si y cómo se utiliza la inversión, en particular si el laboratorio también la utiliza para iniciar otros proyectos, dado que las partes persiguen intereses diferentes. Una intervención *ex post* del juez puede resultar insatisfactoria, mientras que es preferible una regulación contractual que establezca la facultad de la multinacional de resolver el contrato en cualquier momento mediante el pago de una suma importante y reteniendo la propiedad de la investigación realizada. De esta forma, es posible controlar y reducir los comportamientos oportunistas de ambas partes.

No obstante, la interpretación no puede convertirse en una forma de corregir contratos incorrectos, como suele suceder, o de identificar abusos donde no los hay. Es necesario distinguir cuidadosamente entre las hipótesis de un acuerdo que ha resultado insatisfactorio debido a pronósticos, cálculos incorrectos, eventos de mercado y aquellos que se caracterizan por un comportamiento deshonesto de la contraparte. Por el contrario, un perfil que a menudo se subestima es la tendencia oportunista a leer el contrato de una manera diferente a la que originalmente se pretendía solo para reducir las consecuencias de un error comercial. Este aspecto es especialmente importante en lo que respecta a la interpretación de la buena fe, olvidándose, no obstante, que el primer deber de la buena fe es el respeto de las obligaciones asumidas voluntariamente.

No debe ni siquiera pasarse por alto la dificultad del decisor para identificar el “significado de la operación económica”, también para sancionar los abusos. En las agudas palabras de un juez, es necesario que los tribunales sean cautelosos antes de pontificar sobre la realidad comercial de “un convenio ya que esta idea de un juez puede considerarse tan confiable como la de un empresario de un principio jurídico. Asimismo, la visión ju-

dicial está inevitablemente influida por los hechos ocurridos después de la celebración del contrato y que, en cambio, no deben ser considerados en la interpretación” (Neuberger, 2014). De esto se desprende que no es posible atribuir a las palabras el significado que debieron haber tenido sobre la base de una lectura subjetiva del contrato, a la luz de las consecuencias del acuerdo, pero sí es necesario evaluar la posición e intereses de las partes en el momento de la estipulación.

Este aspecto está relacionado con la dificultad del tomador de decisiones para identificar el contexto relevante en relaciones contractuales cada vez más complejas y prolongadas, a menudo acompañadas de documentos, informes, consultoría. La práctica muestra, de hecho, cómo los jueces a menudo enfatizan eventos irrelevantes o fallan en determinar con precisión su significado en la sucesión de la relación. Las negociaciones, pero también el comportamiento de las partes, no son racionales, son oscilantes, inciertas, cambian a medida que cambian las situaciones o las percepciones. Si bien el texto constituye una referencia estática, el dinamismo del comportamiento no constituye una referencia segura.

Además, los métodos de interpretación del contexto y los criterios que deben aplicarse a esta actividad no están claros. Puede ser que el método literal no siempre proporcione una respuesta segura o exacta; de hecho, a menudo el mismo texto se puede leer de una manera diferente. Sin embargo, al menos ofrece un punto de partida seguro y establece ciertos parámetros de interpretación. No debe escapar al hecho de que el contextualismo es un método de interpretación que, lejos de ofrecer reglas, necesita interpretación.

Sobre todo, deja abierta la cuestión de cuánto y en qué medida los elementos externos pueden llevar a contradecir el texto. Es diferente, de hecho, considerar el contexto en el que deben leerse ciertas expresiones de usarlo para cambiar el sentido

de acuerdos que no parecen justos, comercialmente racionales o correctos, especialmente en ausencia de criterios obvios: ¿a partir de qué juicio, de hecho, un acuerdo debe leerse de manera diferente a cómo aparece y cómo debe corregirse? Se admite que:

Los tribunales nunca interpretarán palabras en el vacío. En mayor o menor medida, dependiendo del tema, querrán estar informados de lo que se puede describir de diversas maneras como el contexto, los antecedentes, la matriz de hechos o el daño. Intentar interpretar un instrumento ignorando o descuidando las circunstancias que lo generan o la situación en la que se espera que surta efecto es en mi opinión pedante, estéril y es fuente de error. Pero esto no quiere decir que un juicio inicial sobre lo que un instrumento fue o debería razonablemente haber tenido la intención de lograr anular el lenguaje claro del instrumento, ya que lo que dice un autor suele ser la guía más segura de lo que pretende. En mi opinión, la construcción es un ejercicio compuesto, sin compromisos literales ni intencionalmente firme: el instrumento debe hablar por sí mismo, pero debe hacerlo in situ y no ser transportado al laboratorio para análisis microscópico¹⁵.

4. Conclusiones

Por tanto, conviene compartir la tesis según la cual “textualismo y contextualismo no son paradigmas conflictivos en una batalla por la ocupación exclusiva del campo de la interpretación contractual. Más bien, el abogado y el juez al interpretar cualquier contrato pueden utilizar-

los como una herramienta para discernir el significado objetivo del lenguaje que las partes han elegido para expresar su acuerdo”¹⁶. Esto surge de la percepción de descontento¹⁷ con cualquier método interpretativo que muchas veces resulta inadecuado en cuanto a la variedad de prácticas: “la mayoría de los acuerdos comerciales sobre los que valía la pena discutir eran, en el momento de su creación, una compleja sinergia de motivaciones, comunicaciones más o menos completas, prácticas de redacción, presiones, plazos, muchos de los cuales han empujado el contrato a su ejecución, como una cosa, un acto o evento, y no necesariamente como un texto lógico y coherente. En el contrato, simplemente centrarse después del hecho en la lógica y coherencia del texto es a menudo la simplificación de un economista, el ideal de un moralista o la ilusión de un abogado” (Lipshaw, 2016, pp. 219-220). Luego se observó agudamente con qué frecuencia la lógica del mercado determina el mismo resultado tanto a través de un enfoque literal como contextual: “la máxima arquitectónica de que la forma sigue a la función ciertamente se aplica. Pero en el derecho contractual se aplica igualmente lo contrario, ya que la función también sigue la forma” (Schwartz & Markovits, 2019, p. 17).

Sin embargo, a pesar de la complejidad del tema, son necesarias dos reflexiones. La primera es que la actividad interpretativa debe ser gradual, partiendo del texto¹⁸. La comprensión de la intención de las partes no puede dejar de partir de las expresiones que libremente han elegido para establecer sus obligaciones contractuales. Por otro lado, “la interpretación literal no es letra muerta, sino un conocimiento vivo y activo, que permite el entendimiento mutuo y conserva en sí cualquier otro significado: es imposible llegar a esto

15 *Arbuthnot v. Fagan*, [1995] CLC 1396.

16 [2017] UKSC 24 - UK Supreme Court.

17 Entonces se sugiere un híbrido y no una polarización entre los dos métodos. Cunningham (2017).

18 Véase también Ricoeur (2016, p. 190 y ss).

antes. El sentido literal no se puede eludir porque es el paso necesario hacia otros sentidos. Es lo esencial. El sentido de un texto sin pasar por la letra es subversivo y violento... O mejor dicho, no es el sentido del texto, sino pura y desnuda voluntad de mandar” (Irti, 2020, pp. 95-96).

La segunda radica en la necesidad de dejar a las partes la tarea de determinar en qué medida el contexto puede y debe ser evaluado (Mitchell, 2020). Esto se basa en los principios de autonomía privada y libertad contractual. A la luz del mercado, de las condiciones de incertidumbre y riesgo, de la naturaleza de la operación económica, de sus características, podrán establecer la estructura de intereses y marcar los límites de la actividad interpretativa del decisor. Esta tesis podría ser objetada, por un lado, por la posible ocurrencia de eventos extraordinarios como lo demuestra la pandemia Covid-19 que trastornaron el equilibrio contractual establecido; por otro lado, la excesiva confianza en la racionalidad de los contratantes y en la capacidad de determinar correctamente sus intereses, especialmente cuando se producen elementos distorsionantes o asimetrías.

Se observa que en casos excepcionales se puede ampliar el uso de la buena fe como norma de emergencia, adaptando el contrato a la situación concreta, si falta una disciplina específica en el texto. Esto no debe conducir a una distorsión de la operación económica y de la asignación de riesgos hecha, sino simplemente a una posible remodelación del significado a la luz de las nuevas circunstancias, utilizando los índices textuales presentes en el acuerdo. No habría superación del texto a la luz del contexto, sino solo una mejor comprensión del mismo: el enfoque literal debería equilibrarse con una posible predicción de cómo las partes habrían regulado la situación si lo hubieran sabido. En esta operación se fusionarían interpretación e integración.

Asimismo, si bien es posible que las partes no siempre logren proteger sus intereses de la mejor o más eficiente manera, ¿estamos seguros de que un tercero con escasos conocimientos económicos y empresariales y poca información puede hacerlo mejor? ¿Quizás ha habido y hay una idealización de contratistas que saben proteger sus puestos, pero no es la de un juez omnisciente de la misma forma? ¿No estamos contrastando dos mitos? No obstante, sería erróneo calificarlo como un contraste entre libertad y solidaridad, de un lado, y justicia, de otro lado, en ausencia de parámetros definitorios y la posibilidad de entender hacia quién y cómo implementar la solidaridad y la justicia. Paradójicamente, ese mismo relativismo que no nos permitiría conocer el sentido objetivo de un texto nos impide tomar decisiones en nombre de valores o principios. Quizás deberíamos volver a cuestionar el carácter trágico de una época que renunció a la ley como instrumento de mando capaz de orientar la acción, dejándole sólo la tarea de crear espacios de libertad en los que pueda moverse, es decir, ese “*vivre sans lois*” recordado por Pierre Manent, pero estaría más allá del alcance de estas reflexiones.

En la rápida dinámica de los negocios, en la continua evolución de la sociedad, la jurisprudencia debe por tanto contentarse con ser “bastante exacta” (Schwartz & Scott, 2003) en sus decisiones y, en esta perspectiva, debemos volver a la interpretación como actividad cognitiva (Luciani, 2020), dándole la razón al juez Scalia cuando afirmó que si “hay un texto es obvio que hay que leerlo”.

Bibliografía

Alpa, G. (2019). Problemi di interpretazione del contratto nella prospettiva dell'avvocato europeo. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 73 (4), 1241-1256.

- Baird, D. G. (2017). Pari Passu Clauses and the Skeuomorph Problem in Contract Law. *Duke Law Journal Online*, 67, 84-101.
- Benoliel, U. (2017). The Interpretation of Commercial Contracts: An Empirical Study. *Alabama Law Review*, 69 (2), 469-493.
- Benoliel, U. (2019). Contract Interpretation Revisited: The Case of Severability Clauses. *Business and Finance Law Review*, 3 (1), 90-112.
- Bernstein, L. (1996). Merchant law in a merchant court: Rethinking the code's search for immanent business norms. *University of Pennsylvania Law Review*, 144 (5), 1765-1821.
- Bernstein, L. (2001). Private commercial law in the cotton industry: Creating cooperation through rules, norms, and institutions. *Michigan Law Review*, 99 (7), 1724-1790.
- Charny, D. (1991). Hypothetical bargains: The normative structure of contract interpretation. *Michigan Law Review*, 89 (7), 1815-1879.
- Choi, S. J., Gulati, M., & Scott, R. E. (2017). The Black Hole Problem in Commercial Boilerplate. *Duke Law Journal*, 67 (1), 1-77.
- Craswell, R. (1988). Precontractual investigation as an optimal precaution problem. *The Journal of Legal Studies*, 17 (2), 401-436.
- Cunningham, L. A. (2017). Contract Interpretation 2.0: Not Winner-Take-All but Best-Tool-for-the-Job. *George Washington Law Review*, 85 (6), 1625-1659.
- Eisenberg, T., & Miller, G. P. (2008). The Flight to New York: An Empirical Study of Choice of Law and Choice of Forum Clauses in Publicly-Held Companies' Contracts. *Cardozo Law Review*, 30 (40), 1475-1512.
- Fernández Cruz, G. (2002). Introducción al estudio de la interpretación en el Código Civil Peruano. *Derecho & Sociedad*, (19), 146-164.
- Gilson, R. J., Sabel, C. F., & Scott, R. E. (2014). Text and context: contract interpretation as contract design. *Cornell Law Review*, 100, 23.
- Gometz, G. (2012). *La certeza jurídica como previsibilidad*. Marcial Pons Jurídica y Sociales, S.A.
- Holmes, O. W. (1897). The Path of the Law. *Harvard Law Review*, 10 (8), 457-478.
- Irti, N. (2020). *Riconoscersi nella parola*. Il Mulino.
- Lipshaw, J. M. (2016). Lexical Opportunism and the Limits of Contract Theory. *University of Cincinnati Law Review*, 84(1), 217-252.
- Luciani, M. (2020). *Clausole generali e certezza del diritto*. Questione giustizia.
- Macneil, I. R. (1985). Relational contract: What we do and do not know. *Wisconsin Law Review*, 483-526.
- Manent, P. (2001). *Cours Familier de philosophie politique*. Gallimard,
- Merkel, A. (1987). *Il duplice volto del diritto*. Giuffrè.
- Miller, G. P. (2009). Bargains bicoastal: New light on contract theory. *Cardozo Law Review*, 31 (5), 1475-1522.

- Miller, M. R. (2010). Contract Law, Party Sophistication and the New Formalism. *Missouri Law Review*, 75 (2), 493-536.
- Mitchell, C. (2003). Leading a Life of its Own? The Roles of Reasonable Expectation in Contract Law. *Oxford Journal of Legal Studies*, 23 (4), 639-665.
- Mitchell, C. (2020). *Interpretation of Contracts*. Routledge.
- Neuberger, D. (2014), The Impact of Pre and Post-Contractual Conduct on Contractual Interpretation. Recuperado de https://na.eventscloud.com/file_uploads/d287ff445a9a9207cb6dd88b475bac2f_P3-LordNeuberger.pdf
- O’Gorman, D. P. (2019). Learned Hand and the Objective Theory of Contract Interpretation. *University of New Hampshire Law Review*, 18 (1), 63-107.
- Pardolesi, R. (2014), Un nuovo super potere-giudiziario: la buona fede adeguatrice e demolitoria. *Il Foro Italiano*, 179 (7-8), 2039-2042.
- Posner, E. A. (2000). A theory of contract law under conditions of radical judicial error. *Northwestern University Law Review*, 94 (3), 749-774.
- Ricoeur, P. (2016). *Dal testo all’azione*. Jaca Book.
- Schwartz, A., & Markovits, D. (2019). *Function and Form in Contract Law*.
- Schwartz, A., & Scott, R. E. (2003). Contract theory and the limits of contract law. *Yale Law Journal*, 113 (3), 541-619.
- Sutton, J. & Wheelan E. (coord.) (2020). *The Essential Scalia*. Penguin Random House LLC.
- Triantis, G. G. (2013). Improving contract quality: modularity, technology, and innovation in contract design. *Stanford Journal of Law, Business and Finance*, 18 (2), 177.