

Teoría y límites del derecho contractual*

Alan Schwartz* y Robert E. Scott**

I. Introducción

El derecho contractual no cuenta con una teoría totalmente descriptiva que explique lo que el derecho es, ni con una teoría totalmente normativa que dé cuenta de lo que el derecho debería ser. No es sorprendente que no existan tales teorías dado que la definición tradicional de “contrato” abarca todas las promesas que la ley ha de cumplir. Incluso una teoría de derecho contractual que se concentra solamente en el cumplimiento de los acuerdos, debe también considerar todo el espectro de contratos de adhesión que existe entre empresas y consumidores, y contratos comerciales entre empresas. No se ha desarrollado aún una teoría descriptiva que explique el derecho contractual de modo tal que abarque un campo tan amplio. Las teorías normativas que se basan en una única norma, como la autonomía o la eficiencia, no han podido hacer pie al enfrentarse con la heterogeneidad de los contextos contractuales sobre

* Título original “*Contract Theory and the Limits of Contract Law*”, publicado en *Faculty Scholarship Series*, 2003, Paper 308. Traducción al español por Tomas Sánchez, Traductor Público Nacional (Universidad de Buenos Aires).

• Stearling Professor of Law, Yale Law School.

** David and Mary Harrison Distinguished Professor of Law, University of Virginia School of Law; Justin W. D’Atri Visiting Professor of Law, Business and Society, Columbia Law School.

los que deberían aplicarse.¹ Las teorías pluralistas intentan dar respuesta a la dificultad que poseen las teorías normativas unitarias, al instar a los tribunales para que busquen eficiencia, justicia, buena fe y protección de la autonomía individual. Estas teorías necesitan, y aún no han encontrado, un meta-principio que diga cuál de estos objetivos debe ser decisivo cuando entren en conflicto.²

¹ Para un análisis más amplio de este problema, véase, J. Trebilcock, *The Limits of Freedom of Contract*, 1993, pp. 241-68. Las teorías autónomas exigen nociones elásticas del consentimiento para poder regular la totalidad del comportamiento contractual con una norma. Véase, p. ej., Randy E. Barnett, "A Consent Theory of Contract", en *Colum. L. Rev.*, 86, 1986, p. 269; Randy E. Barnett, "The Sound of Silence: Default Rules and Contractual Consent", en *Va. L. Rev.*, 78, 1992, p. 821; Peter Benson, "Abstract Right and the Possibility of a Nondistributive Conception of Contract: Hegel and Contemporary Contract Theory", en *Cardozo L. Rev.*, 10, 1989, p. 1077; Peter Benson, "Contract", en *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, 24, Dennis Patterson ed., 1996, pp. 33-43; Peter Benson, "The Idea of a Public Basis of Justification for Contract", en *Osgoode Hall L.J.*, 33, 1995, p. 273. Las teorías de eficiencia contractual suelen tener un alcance más limitado. Los artículos positivos analizan patrones doctrinales amplios en un intento por encontrar la congruencia necesaria, entre estos patrones y la norma eficiente, aunque los autores no tienen la intención de brindar una teoría de derecho contractual totalmente descriptiva. Véase, p. ej., Ian Ayres & Robert Gertner, "Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules", en *Yale L.J.*, 99, 1989, p. 87; Charles J. Goetz & Robert E. Scott, "Enforcing Promises: An Examination of the Basis of Contract", en *Yale L.J.*, 89, 1980, p. 1261. Las teorías económicas normativas, por su lado, evalúan normalmente las corrientes discretas mediante la norma eficiente. Véase, p. ej., Charles J. Goetz & Robert E. Scott, "Liquidated Damages, Penalties and the Just Compensation Principle: Some Notes on an Enforcement Model and a Theory of Efficient Breach", en *Colum. L. Rev.*, 77, 1977, p. 554 [en adelante, Goetz & Scott, "Liquidated Damages"]; Christine Jolls, "Contracts as Bilateral Commitments: A New Perspective on Contract Modification", en *J. Legal Stud.*, 26, 1997, p. 203; Alan Schwartz, "The Case for Specific Performance", en *Yale L.J.*, 89, 1979, p. 271; Robert E. Scott, "The Case for Market Damages: Revisiting the Lost Profits Puzzle", en *U. Chi.L. Rev.*, 57, 1990, p. 1155.

² Los problemas que las teorías pluralistas sin meta-normas provocan están muy bien ejemplificadas en el esfuerzo de Melvin Eisenberg, quien tiene el deseo de solucionar el amplio alcance del problema contractual al proponer superponer ciertas normas. Véase, Melvin Aron Eisenberg, "The Bargain Principle and Its Limits", en *Harv. L. Rev.*, 95, 1982, p. 741; Melvin A. Eisenberg, "The Theory of Contracts", en *The Theory Of Contract Law: New Essays*, Peter Benson ed., 2001, p. 206, [en adelante, Eisenberg, *Theory of Contracts*]. P. ej., el estudio que él propone restringe el dominio de la libertad de contratación por normas de reciprocidad, confianza y justicia. Reconoce que este alcance que contiene muchos valores, puede generar propuestas sociales conflictivas. Cuando los conflictos ocurren, "el legislador debe crear una norma legal que otorgue el peso necesario y la función necesaria a cada valor conflictivo u objetivo conflictivo en el contexto que sea". Eisenberg, *Theory of Contracts*. Además, "cuando las propuestas sociales generan conflictos, el legislador debe ejercer un juicio suficientemente adecuado en relación al peso y la función que se otorgue en cada propuesta". Eisenberg reconoce que su teoría carece de una guía que diga cómo el legislador tiene que otorgar el "peso y la función" que se necesiten para cada propuesta

Nuestra intención es lograr un progreso en este sentido con un alcance más modesto: establecer y defender una teoría normativa para guiar a aquellos que toman las decisiones en la regulación de contratos comerciales.³

El aspecto positivo de esta teoría, en resumen, es que el derecho contractual debe facilitar los esfuerzos de las partes contratantes para maximizar el beneficio conjunto (el “excedente contractual”) en las transacciones. El aspecto negativo de esta teoría es que el derecho contractual no debe hacer nada más. Ambas afirmaciones se derivan de la premisa de que el estado debe seleccionar las normas que regulan las operaciones comerciales conforme al criterio de la maximización del bienestar.

Una simple categorización del universo de las negociaciones que existen al contratar hará más claro el campo abarcado por nuestra teoría. Una negociación supone un vendedor (sea de bienes o servicios) y un comprador. Las partes en las transacciones pueden dividirse en personas físicas y personas jurídicas. Esto da como resultado cuatro categorías de negociación: (1) Una persona jurídica le vende a otra persona jurídica, (2) un individuo le vende a otro individuo, (3) una persona jurídica le vende a un individuo y (4) un individuo le vende a una persona jurídica. La categoría 2: contratos entre individuos es principalmente regulada por el derecho de familia (contratos prenupciales y acuerdos de divorcio) y los derechos de propiedad (ventas de inmuebles y algunos contratos de locación). Algunos contratos que surgen de procesos de litigación entre individuos son regulados por las normas del derecho contractual. La categoría 3: contratos entre una persona jurídica actuando como vendedor y un individuo actuando como comprador es principalmente regulada por las leyes de protección al consumidor, derechos reales (la mayoría de los contratos de locación), y las leyes que regulan el intercambio de títulos valores. La categoría 4: contratos entre un individuo actuando como vendedor y una persona jurídica actuando como comprador suponen habitualmente la venta del trabajo de una persona, y es regulada por

o valor social cuando ocurren los conflictos. Debido a que los tribunales o los legisladores tienen la posibilidad de intervenir, cuando las propuestas o los valores sociales pertinentes favorecen más a un tipo de litigante o grupo de interés. Las teorías pluralistas como las de Eisenberg suelen ser las que menos herramientas brindan, cuando más se necesitan.

³ En una crítica constructiva a las teorías de la autonomía y la eficiencia contractual, Michael Trebilcock concluye que ambas teorías son “legítimas en sus propios términos”, pero en ausencia de una “meta-teoría que mida estos valores variados”, ambas deberían perseguirse en varios contextos sociales, conforme a la competencia pertinente de diferentes instituciones legales para el ejercicio efectivo. El presente artículo toma la invitación de Trebilcock y propone una teoría normativa que sirva a los contratos comerciales, que son la categoría subsidiaria de relaciones contractuales a las que el derecho más afecta.

las leyes que rigen las relaciones de trabajo. De este modo, la categoría 1: contratos entre personas jurídicas queda establecida como el sujeto principal de lo que comúnmente se conoce como derecho contractual, que incluye las normas del Artículo 2 del *Uniform Commercial Code*** ("CCU") y las estipulaciones del *Restatement (Second) of Contracts*.⁴ Dichas estipulaciones se utilizan principalmente para resolver los conflictos que surgen en virtud de la categoría 1. La teoría que desarrollamos se aplica exclusivamente a este tipo de contratos, y de este modo, tiene implicancias relevantes para el contenido del CCU y del sistema del *common law* en relación a los contratos.

La categoría 1 de contratos, sin embargo, puede ser dividida en 2 subcategorías. Algunas partes son obviamente actores económicos sofisticados (como la Sociedad Anónima de Electricidad General). Otras partes funcionan en contextos comerciales pero cuentan con varias de las características de las personas jurídicas ordinarias (como un local de regalos cuyo dueño es un profesor jubilado). Todo esfuerzo para analizar los contratos entre "personas jurídicas" se enfrenta con un límite: cómo definir una persona jurídica en función del análisis. Diseñamos este límite definiendo la persona jurídica de la categoría 1 como (1) una entidad que está organizada de forma corporativa y que tiene al menos cinco empleados, (2) una sociedad en comandita simple, o (3) una sociedad colectiva profesional como un estudio jurídico o un estudio contable. Es esperable que las entidades económicas recién mencionadas sepan cómo celebrar contratos comerciales. Más aún, la teoría que desarrollamos se aplica exclusivamente a contratos celebrados entre ambas. No profundizaremos acerca del alcance que tienen nuestras conclusiones cuando alguna de las partes de un contrato comercial se encuentra fuera del límite mencionado anteriormente.

Las personas jurídicas que maximizan la ganancia neta se enfrentan con el canónico "problema contractual" de garantizar en el objeto del contrato la eficiencia del comercio posterior a la celebración del mismo y la eficiencia de la inversión anterior a su celebración.⁴ Se considera eficiente el comercio entre las partes únicamente en el caso de que el valor de la prestación que recibe el comprador sea superior al costo de su contraprestación en beneficio del vendedor. Las partes invierten eficientemente cuando sus acciones

** Código de Comercio Unificado de los Estados Unidos.

⁴ La doctrina se refiere habitualmente a la inversión en el objeto del contrato como "confianza". Utilizamos este término y el término económico "inversión" de manera intercambiable.

• [N. del T.: Segundo Repertorio de Derecho Contractual de Estados Unidos.]

maximizan el excedente esperado como resultado de la negociación. Muchos analistas afirmarían que el derecho contractual debe procurar garantizar un comercio y una inversión eficiente. La particularidad de nuestra teoría se basa en el desarrollo sistemático de las implicancias de este objetivo y en su afirmación de que el derecho contractual debe restringirse solamente a la búsqueda de la eficiencia.

Existen cuatro objeciones que se le pueden hacer a la afirmación de que el derecho contractual debe restringirse a fomentar el comercio y una inversión eficiente. En primer lugar, se podría considerar que las personas jurídicas a veces no maximizan su ganancia neta y, debido a los errores cognitivos y sistemáticos cometidos por las personas que las dirigen, cuando tratan de lograrlo resultan incapaces de hacerlo. Un derecho que presupone la maximización de la ganancia neta resultaría erróneo. En segundo lugar, se podría decir que las personas jurídicas que maximizan su ganancia neta no siempre cumplen con la ley (por ejemplo, contaminan el medio ambiente). En tercer lugar, se podría sostener que el Estado debe promover la justicia al momento de contratar, aparte de la eficiencia. Finalmente, se podría afirmar que el estado debe garantizar una distribución acorde, a pesar de que la eficiencia se vea afectada.

Las objeciones anteriormente mencionadas podrían causar ciertos problemas para un estudio de la eficiencia que abarque todos los tipos contractuales. Sin embargo, estamos en condiciones de sostener que estos son problemas menores al considerar solamente los contratos de la categoría 1. Las personas jurídicas y los mercados están estructurados con cierta lógica para poder minimizar la posibilidad de cometer errores cognitivos y sistemáticos al tomar decisiones importantes dentro de la empresa. Un error cognitivo, pues, es más probable que incida en las categorías 2, 3 y 4 de contratos mucho más que en la categoría 1. Más aún, la inobservancia de la ley de las empresas normalmente traslada el costo a terceros, como es el daño ambiental o los obstáculos para comerciar. Estos comportamientos, que producen efectos secundarios negativos, se rigen por las leyes que regulan el medio ambiente y defienden la libre competencia. Un análisis de derecho contractual como tal, como consecuencia, puede asumir la ausencia de efectos secundarios. Finalmente, la mayoría de las veces la búsqueda de objetivos de carácter distributivo o la justicia contractual carece de sentido si las empresas cuentan con una amplia libertad de contratación. Esto se debe a que las empresas contratan sin tener en cuenta aquellas normas legales distributivas o justas que no maximicen un excedente conjunto. De esta forma, la eficiencia es el único objetivo institucionalmente palpable

y normativamente atractivo para un derecho contractual que regula las negociaciones entre empresas.⁵

Una teoría de la eficiencia que se restrinja a los contratos entre empresas (conforme a la definición de empresa anteriormente mencionada) cuenta con cuatro factores principales con respecto al derecho contractual. El primer factor proviene del siguiente concepto fundamental: muchos contratos se cumplirían independientemente del hecho de que exista una sanción legal ante su incumplimiento. Las partes cumplirán por sí solas las estipulaciones de los contratos cuando consideren celebrar una serie de contratos, y cuando el beneficio de incumplir alguna de las estipulaciones sea menor que la ganancia neta, en expectativa, proveniente de futuros contratos que el incumplimiento reduciría. Más aún, ninguna de las partes incumpliría el contrato si el beneficio de su incumplimiento fuera menor, en comparación a la sanción de su imagen de empresa frente a otras, a lo que el mercado le impondría. Sin embargo, cuando las partes no cumplan por sí solas las estipulaciones de los contratos, será necesario exigir el cumplimiento por medio de herramientas legales en dos casos fundamentales: en mercados volátiles, cuando el incumplimiento de una de las partes pudiera atentar contra las aspiraciones de la otra parte; y cuando el excedente contractual se maximizara si una o ambas partes realizaran inversiones que dependan de la continuidad de la relación de las partes.⁶ Es necesario aclarar que “exigir el cumplimiento” implica más que simplemente reclamar a las partes que cumplan con lo convenido. A la vez, supone la prevención del fraude y la coacción, y la creación de normas que fomenten o faciliten el cumplimiento, como las normas pertinentes a la indemnización por daños y perjuicios. Quizás un tercio de los apartados del Artículo 2 del CCU

⁵ A modo de ejemplo, el profesor Eisenberg ha criticado teorías que sostienen que el derecho contractual debería maximizar solamente el bienestar, debido a que dichas teorías “están empobrecidas [...] dado que excluyen otros valores de políticas importantes, como el valor de la intimidad, y que otras relaciones afectivas no se vean afectadas por el poder del Estado”. Eisenberg, *Theory of Contracts*. Esta objeción podría tener fuerza si se aplica a la categoría 2 de contratos, entre personas físicas, pero pareciera ser irrelevante para la categoría 1 de contratos que analizamos. Los contratos entre General Electric y General Motors no incluyen relaciones “íntimas” o “afectivas”.

⁶ Una inversión de este tipo no es totalmente “redistribuable”. A modo de ejemplo, supongamos que un vendedor compra tubos de acero estándar para fabricar una máquina determinada para el comprador. La inversión del vendedor sería “general” si el incumplimiento ocurriera antes de que el vendedor comenzara a trabajar en los tubos, debido a que ellos podrían ser revendidos en el mercado. La inversión se transformaría en una inversión “que depende de la continuidad de la relación de las partes”, si el incumplimiento ocurriera luego de que los tubos hayan sido divididos en formas que solo el comprador pudiera utilizar, y para ese entonces, esos tubos modificados podrían ser solo revendidos como restos del elemento principal, y probablemente por mucho menos que su costo real.

son normas que regulan cómo exigir el cumplimiento de un contrato conforme a la definición dada en el presente texto. La premisa inicial de nuestra teoría es que el hecho de exigir el cumplimiento de una norma, cuando fuera necesario, es por lejos la función más importante que tiene el estado. Para ilustrar este concepto, una economía moderna puede funcionar en perfectas condiciones contando simplemente con tribunales honestos y ciertas normas que regulen de qué forma exigir el cumplimiento de los contratos. El resto de los elementos son de carácter secundario. A pesar de ello, un tribunal no puede exigir el cumplimiento de un contrato sin contar con una teoría de la interpretación que estudie el camino que va desde el contenido semántico de lo que las partes plasmaron en el contrato hasta lo que se deriva del texto legal. Es así, como la segunda premisa que desarrollaremos, en contraste con el CCU y muchos de los expertos contemporáneos en la materia, sostiene que la interpretación textualista debería ser la teoría existente por defecto para explicar la Categoría 1 de contratos. Las empresas prefieren habitualmente que los tribunales se adhieran tanto como puedan al significado común de las palabras, que apliquen “estrictamente” reglas que prohíban utilizar como prueba elementos ajenos a lo estipulado por las partes en el contrato⁷, y que se ajusten a las “cláusulas de integralidad” del contrato (aquellas que declaran que las partes acuerdan que lo escrito en el contrato representa la totalidad de las declaraciones y certezas de las partes, independientemente de otros documentos). Una teoría textualista de interpretación del contrato, sin embargo, no conformaría a todas las partes en todos los casos. Como consecuencia, los tribunales deben utilizar modos de prueba restrictivos al momento de interpretar los contratos entre empresas, pero también deben cumplir con las peticiones de las partes para flexibilizarlos. Esta premisa no se conduce con el derecho vigente, que establece que la interpretación es un tema pertinente a los tribunales con exclusividad y debe desarrollarse conforme a ciertas normas que no pueden ser modificadas por las partes.

El derecho contractual tiene más normas de las necesarias que regulan diversos aspectos de la relación contractual, con el único fin de cumplir con las funciones relativas de cómo se exige el cumplimiento de una norma y su interpretación. Normalmente, estas normas están estandarizadas y rigen solo cuando las partes contratan omitiendo dichas normas. Es de pública aceptación que la creación de buenos estándares es la función del derecho contractual. Esta aceptación debe ser examinada con cautela.

⁷ El hecho de incluir reglas de este tipo, que sean “estrictas”, hace que aquellos contratos que parecieran ser completos, efectivamente, lo sean.

La tercer premisa de la presente teoría sostiene que el *efecto dominó* de un derecho contractual que regula la relación entre empresas es mucho menos impactante de lo que se piensa comúnmente. El Estado puede crear estándares que las empresas aceptarían solo bajo ciertas condiciones muy rigurosas. Para que sea de utilidad, una *norma*⁸ *estándar* debe ser aplicada solo en algunas ocasiones, ser relativamente simple en su forma, ser eficiente en circunstancias altamente heterogéneas, y no recaer sobre información que los tribunales no puedan, convenientemente, recuperar. Un estándar debe ser incluido en el contrato cuando las partes no necesiten una guía concreta respecto al cumplimiento de una obligación o cuando sea demasiado costoso el hecho de proporcionarles una. Debido a que los estándares le permiten a las partes mucha flexibilidad (por ejemplo, el vendedor debe entregar lo pactado en un “tiempo razonable”), un estándar útil sería aquel que confiriera una cierta libertad solamente cuando es posible que el actuar de una de las partes en virtud de él maximizara la ganancia conjunta más que la individual. Consideramos que los legisladores y los tribunales adoptan con frecuencia normas estándares que no logran satisfacer estas condiciones rigurosas. Esto es, en sí mismo, ineficiente porque la respuesta de las partes ante aquellas normas o estándares sin sentido es contratar como si no existieran. La creación de estándares ineficientes produce, como consecuencia, un alza en los costos de las negociaciones de las partes, aunque no afecta su comportamiento. Por lo tanto, la falta de estándares útiles hace que gran parte del derecho contractual actual, sea irrelevante para la vida comercial.

Aparte de su gran número de estándares, el derecho contractual contiene un número de normas obligatorias que se aplican tanto en los contratos celebrados entre empresas como en aquellos contratos celebrados entre empresas y personas físicas. La cuarta premisa de nuestra teoría de la eficiencia establece que muchas de las normas que regulan los contratos entre empresas no deberían ser de carácter obligatorio. Trataremos diversas normas de carácter obligatorio como: normas de interpretación, normas de modificación, y normas relacionadas a estipulaciones en concepto de daños por sumas determinadas y líquidas. La única justificación para estas normas es una forma de paternalismo, ya que estas no suprimen ninguna cláusula contractual por el solo hecho de que dichas cláusulas tienen determinado

⁸ Los legisladores especifican el contenido de una norma con anticipación. P. ej., los conductores de automóviles no pueden exceder un cierto límite de velocidad por hora. Por otro lado, los legisladores también especifican el contenido de un estándar luego de haber redactado la norma. Así, los conductores deben conducir “razonablemente” según las circunstancias.

tipo de efectos secundarios o son inadmisibles, sino más bien por el hecho de tener el propósito de suprimir aquellas cláusulas que aparenten presentar alguna dificultad para las principales intenciones de las partes. Creemos, sin embargo, que las empresas tendrían buenas razones para adoptar las cláusulas que actualmente se encuentran prohibidas. Estas razones deben ser respetadas para que prevalezca la autonomía de las partes.

La necesidad de contar con una teoría de la eficiencia de los contratos entre empresas es vital en la actualidad. La creación de un derecho contractual se ha convertido en una gran prioridad para muchos países que han realizado nuevos contratos o renovado acuerdos anteriores con diversos mercados, por lo que se deduce que se ha consensuado que un derecho contractual bien diseñado es condición necesaria para una economía moderna. De igual manera, no se entiende cómo se espera que funcione dicho derecho. El presente artículo trata ciertos asuntos que tienen efectos mundiales.

Una razón más que motiva la decisión de lograr una teoría de los contratos comerciales es que las herramientas para desarrollarla recién ahora están apareciendo. La teoría contractual se ha convertido en uno de los campos más significativos en lo que respecta a las microeconomías modernas y las economías de organización industrial. George Akerlof, Michael Spence y Joseph Stiglitz han recibido recientemente tres Premios Nóbel, y en gran parte, estos premios se deben al trabajo realizado por ellos en teoría contractual, a pesar de que este campo de estudio no tiene más de 30 años.⁹ Más aún, muchos de los estudios realizados en el campo implican el uso de fórmulas matemáticas, y como consecuencia, no han sido de fácil entendimiento para aquellas personas que no son especialistas en la materia. El presente artículo hace mucho énfasis en la teoría contractual para construir una teoría contractual normativa propia.¹⁰

En conclusión, como se mencionó antes, los expertos en derecho

⁹ El trabajo de estos expertos está resumido en Karl-Gustaf Lofgren, "Markets with Asymmetric Information: The Contributions of George Akerlof Michael Spence and Joseph Stiglitz", en *Scandinavian J. Econ.*, 104, 2002, p. 195.

¹⁰ Expertos en Economía y Derecho como Aaron Edlin, Ian Ayres, y Jason Johnston han utilizado la teoría contractual de una forma muy particular al debatir acerca de ciertas normas legales. Véase, p. ej., Ayres & Gertner, *supra* nota 1; Aaron S. Edlin, "Cadillac Contracts and Up-Front Payments: Efficient Investment Under Expectation Damages", en *J.L. Econ. & Org.*, 12, 1996, p. 98; Jason Scott Johnston, "Strategic Bargaining and the Economic Theory of Contract Default Rules", en *Yale L.J.*, 100, 1990, p. 615. El género del modelo que nosotros y dichos expertos utilizamos ha dado buenos resultados en pruebas empíricas. Véase, P.A. Chiappori & B. Salanie, "Testing Contract Theory: A Survey Of Some Recent Work", Institut National de la Statistique et des Etudes Economiques, 27, [trabajo en proceso] N° 2002-11, disponible en: http://www.crest.fr/doctravail/document/2002-1_1.pdf.

contractual actualmente carecen de una teoría exitosa que desarrolle la materia. Hace treinta años, Grant Gilmore describía lo que él llamaba el modelo clásico “Willistoniano”. Este modelo se basaba en nociones formalistas acerca de la centralidad de acuerdos escritos, intercambiados voluntariamente entre las partes contratantes, y enfatizaba el rol limitado del derecho en lo que respecta a la exigencia del cumplimiento y la interpretación de los contratos.¹¹ Según Gilmore, este modelo clásico encuentra sus orígenes en la imaginación de Holmes y no tanto en el estudio minucioso de los precedentes judiciales.¹² Pero más allá de que esto fuera o no realmente cierto, Gilmore creía que el conjunto de precedentes judiciales moderno rechazaba el modelo. Esta disyuntiva entre el punto de vista de los expertos dominantes y el punto de vista moderno, según Gilmore, daba como resultado una gran incoherencia.¹³ Los expertos modernos habitualmente comparten el rechazo de Gilmore con respecto a Williston, aunque todavía no han probado la incoherencia de su tesis.¹⁴ Este documento, a su vez, carece de una teoría que abarque todos los aspectos del derecho contractual. Para ser más exactos, la teoría que desarrollamos sigue la línea de Williston, pero es aplicable en un campo limitado, a contratos entre empresas que no provocan efectos secundarios.

Este alcance limitado permite que nuestra tesis normativa se desarrolle conforme a una cierta lógica. La función social del mercado es maximizar el bienestar, siempre sujeto a restricciones de carácter distributivo y justo. Tal como se demuestra a continuación, las empresas poseen incentivos para elegir los contratos y las estrategias contractuales que consideren más adecuadas para maximizar el excedente proveniente de sus negociaciones. Más aún, las empresas están más capacitadas que los tribunales o los legisladores a la hora de elegir cláusulas contractuales y estrategias eficientes. De esto se desprende que, cuando no existen efectos secundarios, un derecho contractual que regule a las empresas debería ser el derecho que las empresas

¹¹ Véase, Grant Gilmore, *The Death Of Contract*, 1974, pp. 42-53.

¹² “La teoría contractual formulada por Holmes y Williston, pareciera que ha entrado en su período continuado de crisis casi desde el momento de su creación”. Véase, Richard E. Speidel, “An Essay on the Reported Death and Continued Vitality of Contract”, en *Stan. L. Rev.*, 27, 1975, pp. 1161, 1182-83.

¹³ Véase, Gilmore, “Considerar la definición dada en los *Restatements* del término “*consideration*” (75), con respecto a su apartado más exitoso - 90 (la doctrina de *promissory estoppel*)...Lo que está claro es que estas dos ideas contradictorias no pueden existir a la vez sin problemas: a la larga uno de ellas será absorbida por la otra”.

¹⁴ Véase, p. ej., Eric A. Posner, “Economic Analysis of Contract Law After Three Decades: Success or Failure?”, en *YALE L.J.*, 112, 2003, p. 829. (lamentándose de la ausencia de las teorías normativas o descriptivas de derecho contractual exitosas).

preferan aplicar, la mayoría de las veces, a sus negociaciones. En otras palabras, el Estado debe permitir que las preferencias de las empresas sean las que determinen las decisiones de ellas, dado que las empresas pueden perseguir de una mejor manera el objetivo que tanto ellas como el Estado comparten. Como consecuencia, el tema central que organiza el contenido del presente artículo es: ¿qué tipo de derecho contractual desean las partes que el Estado estipule?

Lo abarcaremos de la siguiente manera: la parte II defiende las normas relacionadas con la maximización del bienestar conforme a lo que se aplica en los contratos de actores sofisticados. En la parte III se describen las preferencias primordiales de las partes contratantes para que el Estado exija el cumplimiento de los contratos, a fin de lograr que se protejan las inversiones que dependan de la continuidad de la relación entre las partes y tener un resguardo, en especial, frente a los movimientos bruscos del mercado. La parte IV hace referencia al hecho de que las empresas tienen la intención de que el Estado brinde una teoría de la interpretación de los contratos, pero que difiera de la teoría desarrollada en la actualidad por el CCU y el Segundo Tratado de Derecho Contractual de Estados Unidos. En cambio, este documento considera que una teoría textualista de la interpretación es el mejor alcance para los contratos entre empresas. En la parte V, se desarrollan las condiciones restrictivas en virtud de las cuales el Estado puede crear cláusulas estándares que satisfagan las preferencias típicas de las partes. La parte VI analiza cierto número de normas obligatorias e injustificadas: normas que surgen de un punto de vista erróneo que se tiene acerca de los intereses de las partes. Se concluye, en la parte VII, que el derecho contractual de hoy en día conforma una serie de errores categóricos. Las normas que son apropiadas para los contratos que implican personas físicas (categorías 2, 3 y 4 según lo mencionado anteriormente) se aplican frecuentemente a partes sofisticadas. El derecho comercial durante mucho tiempo ha marcado una distinción entre los contratos comerciales y el resto de los contratos.¹⁵ Los expertos modernos, sin embargo, no se han detenido sistemáticamente en el estudio de los efectos normativos de esta distinción anticuada. Con el presente artículo se intenta subsanar este error al establecer las bases teóricas de un derecho comercial para nuestro tiempo.

¹⁵ Existen pruebas de esta distinción en algunos artículos del CCU que regulan los contratos “entre comerciantes” de manera diferente a la regulación existente para los contratos entre comerciantes y otras personas. Véase, p. ej., U.C.C., 2003, §§ 2-104(3), 2-201(2), 2-207(2), 2-209(2), 2-603, 2-609(2).

II. Justificando una teoría con respecto a la eficiencia contractual

A. Lo que las empresas maximizan

Se ha aceptado a lo largo del tiempo que las empresas intentan maximizar la ganancia neta en expectativa.¹⁶ Recientemente, la veracidad de este principio ha tambaleado. Existen dos razones por las cuales un actor económico podría fracasar y no maximizar sus ganancias: (1) se puede estar maximizando cualquier otro aspecto pero no la propia ganancia, quizás porque se está procurando velar por la justicia; o (2) no se pueden maximizar las ganancias en el contexto que se estudia porque se es propenso a cometer errores cognitivos. Estos casos son más frecuentes en personas físicas que en empresas. Una empresa es gobernada por sus dueños, quienes son muchas veces accionistas. Los accionistas prefieren que sus empresas maximicen las ganancias, que luego pueden ser invertidas o ahorradas por ellos. En consecuencia, las empresas van a elegir maximizar la ganancia neta a menos que los gerentes, que gobiernan la empresa, no puedan ser controlados por los accionistas, que son sus dueños. En estos casos, los gerentes pueden estar maximizando sus propias ganancias o beneficios extra a costa de la maximización de la ganancia neta de la empresa.

Nadie duda que, a veces, los gerentes saboteen exitosamente a los dueños. Supondremos, sin embargo, por dos razones, que los gerentes obedecen las instrucciones de los accionistas. En primer lugar, los gerentes sabotean a los accionistas, ya sea mediante la apropiación para sí mismos de las ganancias

¹⁶ Se supone que las personas físicas no toman demasiados riesgos al tomar una decisión, mientras que las empresas asumen un riesgo neutral. La función de utilidad de una parte que asume un riesgo neutral es, en términos monetarios, lineal; es decir, la parte otorga un valor a cada dólar adicional que podría recibir conforme al valor otorgado a todos los dólares anteriores. Debido a que la ganancia monetaria tiene la misma dimensión que las ganancias de utilidad de las partes que asumen un riesgo neutral, las empresas que asumen este riesgo maximizan sus ganancias netas, una medida monetaria. La suposición de que no se tome ningún riesgo o se maximicen las ganancias surge de dos hechos. En primer lugar, lo que está en juego en cualquier contrato es comúnmente poco en relación al tamaño de la empresa, de modo que ellas tienen carteras de valores. Los riesgos individuales tienden a compensarse uno con el otro en una cartera de valores, de modo que el dueño de la cartera (por ejemplo, una empresa) desea solamente maximizar el valor monetario de la cartera como un todo, que se da de mejor manera al maximizar el valor de cada contrato. En segundo lugar, como se describe en el texto siguiente, los dueños de las sociedades anónimas son los accionistas, quienes poseen diversas carteras de valores. El valor de una de las carteras se maximiza cuando cada empresa que tiene un interés en ella es financieramente lo más exitosa que puede. El primer paso para suponer que las empresas asumen, a veces, un riesgo neutral no es suficiente. Intentaremos desarrollar las implicancias de este problema en el apartado III. C que aparece más adelante.

de la empresa o mediante la omisión de tomar los riesgos necesarios en nombre de la empresa. Los gerentes, a su vez, no tienen incentivo alguno para degradar la calidad de los contratos que suscriben; dado que estos contratos son los que producen las ganancias que ellos pueden apropiarse para sí posteriormente. En segundo lugar, las normas legales que intentan prevenir el comportamiento inadecuado están circunscriptas al derecho penal, societario y a las leyes que regulan el intercambio de títulos valores. El derecho contractual debe sacar el máximo provecho de esta situación, al demostrar que los acuerdos que regula reflejan las elecciones de las partes en lo que respecta a la maximización de las ganancias.

Puede esperarse que las empresas que intentan maximizar la ganancia neta sean exitosas, en la medida en que las circunstancias lo permitan. Esto se debe a que la presión por sobrevivir fomenta la competencia. Esta presión puede tomar las siguientes formas: en primer lugar, las empresas que sistemáticamente toman decisiones económicas equivocadas acaban siendo superadas, en la competencia, por aquellas empresas que maximizan sus ganancias. Como consecuencia, las empresas que triunfan, generalmente, son aquellas que pueden hacer lo que se propusieron hacer. En segundo lugar, es poco probable que los empleados que continuamente toman decisiones económicas equivocadas sean ascendidos a puestos de mayor responsabilidad. Es así como los gerentes pueden, generalmente, hacer lo que se proponen hacer.¹⁷ Esto no quiere decir que todas las empresas diseñan todo el tiempo estrategias de maximización de sus ganancias. Pero sí es cierto que tanto los dueños de las empresas como el mercado ejercen una presión constante sobre ellas para que se comporten óptimamente, y así, es correcto suponer que las empresas persiguen racionalmente el objetivo de la maximización de su ganancia neta.¹⁸

¹⁷ Además, muchos ejecutivos de empresas han estudiado en facultades de Administración de empresas y en programas de negocios para gerentes. Es una función de la educación comercial enseñarle a la gente a tomar decisiones que optimicen las ganancias (en vez de tomar decisiones cognitivamente erróneas). Los estudios también demuestran que las personas físicas pueden ser entrenadas para tener razonamientos complejos que sean teóricos y didácticos. Véase, Miguel Costa-Gomes y otros., "Cognition and Behavior in Normal-Form Games: An Experimental Study", en *Econometrica*, 69, 2001, p. 1193; Eric J. Johnson y otros., "Detecting Failures of Backward Induction: Monitoring Information Search in Sequential Bargaining", en *J. Econ. Theory*, 104, 2002, p. 16.

¹⁸ Los psicólogos y los economistas han demostrado que las personas realizan errores cognitivos sistemáticos en experimentos de laboratorio cuando se les solicita que resuelvan problemas específicos de decisión individual. Estos experimentos no prueban una teoría general de cómo las personas toman decisiones, y entonces explicitan la pregunta de validez externa: ¿cuándo las partes se comportarán de la forma que lo hacen los sujetos del experimento? Dos expertos notaron recientemente una consecuencia de esta "falta de

Esta suposición no significa que las partes tengan, a su vez, la intención de maximizar las ganancias conjuntas. En lugar de eso, es factible que una parte prefiera una fracción mayor de una ganancia menor. En consecuencia, se podría pensar que las partes se comportarán estratégicamente, a costas de una maximización conjunta. Sin perjuicio de lo antedicho, en un análisis más profundo, se podría observar que las partes sofisticadas, al negociar, preferirían suscribir el contrato antes de maximizar los beneficios totales.¹⁹ Para entender

fundamentaciones teóricas". "La influencia política de las economías de comportamiento está limitada por su incapacidad para predecir las circunstancias en las que los comportamientos anómalos se desarrollarán (con la excepción de aquellos que se dan en circunstancias donde se hayan observado anteriormente) o por cómo responderá ante un cambio de política". Jessica L. Cohen & William T. Dickens, "A Foundation for Behavioral Economics", en *AM. Econ. Rev.*, 92, 2002, p. 335. Para analizar un punto de vista escéptico de la importancia de la literatura psicológica para el Derecho, véase, Gregory Mitchell, "Taking Behavioralism Too Seriously? The Unwarranted Pessimism of the New Behavioral Analysis of Law", en *Wm. & Mary L. Rev.*, 43, 2002, p. 1907. De forma provisoria, consideramos que los experimentos de decisión individual no eran importantes para nuestro proyecto por tres razones. Primero, dado que estamos en un mundo especulativo, imaginemos que los individuos en los laboratorios podrían desarrollar su tarea no tan adecuada como los ejecutivos de las empresas, dado que los sujetos experimentales no habían tenido un entrenamiento suficiente para tomar buenas decisiones y no están sujetos a la presión de maximización que se describe anteriormente. En segundo lugar, pruebas recientes nos demuestran que los comportamientos anómalos pueden ser sustancialmente erráticos o reducidos si se les pide a las personas físicas que actúen como las empresas; véase, Jennifer Arlen, "Endowment Effects Within Corporate Agency Relationships", en *J. Legal Stud.*, 31 2002, p. 1, o si las instituciones correspondientes permiten la comunicación dentro de un grupo de actores y exigen una cierta competencia entre los grupos, véase, Tilman Slembeck & Jean-Robert Tyran, "Do Institutions Promote Rationality? An Experimental Study Of The Three-Door Anomaly", trabajo en progreso N°. 21, Universitat of St. Gallen, 2002, disponible en: http://www.vwa.unisg.ch/RePEc/usg/dp2002/dp0221_slembeckganz.pdf. La visión de que las organizaciones conformadas por expertos toman mejores decisiones que las personas físicas, también está comenzando a ser aceptada en la comunidad psicológica. Véase, Jeffrey J. Rachlinski, "The Uncertain Psychological Case for Paternalism", en *Nw. U. L. Rev.*, 97, 2003, pp. 1165, 1214-16. En tercer lugar, los experimentos demuestran que cuando se les pide a las personas físicas que funcionen en mercados, en lugar de que cumplan tareas individuales, ellas llegan a un cierto equilibrio en donde son congruentes con el comportamiento individual optimizado. Véase, Vincent P. Crawford, "Introduction to Experimental Game Theory", en *J. Econ. Theory*, 104, 2002, p. 1, 3 n.8. (El hecho de jugar repetidamente el mismo juego, a veces, da como resultado el equilibrio deseado independientemente de lo que estén pensando las personas físicas.); Dhananjay K. Gode & Shyam Sunder, "Allocative Efficiency of Markets with Zero-Intelligence Traders: Market as a Partial Substitute for Individual Rationality", en *J. Pol. Econ.*, 101, 1993, p. 119; Dhananjay K. Gode & Shyam Sunder, "What Makes Markets Allocationally Efficient?", en *Q.J. Econ.*, 112, 1997, p. 603; Vernon L. Smith, "Rational Choice: The Contrast Between Economics and Psychology", en *J. Pol. Econ.*, 99, 1991, p. 877.

¹⁹ Las partes necesitan el auxilio del derecho para enfrentar al oportunismo post-contractual. Véase la parte III más adelante.

el porqué de esta situación, imaginemos que la parte del excedente contractual que le corresponde a cada sujeto contratante proviniera de afuera de la relación contractual. Así, supongamos que un sujeto contratante no pudiera modificar la parte que le toca en función de lo contratado, mediante decisiones (no fraudulentas) que tome durante una negociación. Siguiendo con este ejemplo, los sujetos contratantes desearán solamente maximizar el excedente total.²⁰ Para ubicar este punto del ejemplo en un contexto contractual, supongamos que los sujetos contratantes celebraran un contrato de compraventa en donde el objeto fuera bienes que el comprador fijara en \$100 y que le costara al vendedor \$80 producirlos. Ahora, imaginemos que la parte de cada sujeto contratante en el excedente contractual ($\$100 - \80) se estableciera de antemano en partes iguales para ambos. En consecuencia, el precio sería de \$90 y la ganancia neta de cada sujeto sería \$10. Yendo a un nivel de mayor importancia, supongamos que el vendedor podría realizar una inversión de \$2 en el objeto del contrato, y de esta manera, redujera el costo de producción a \$70. El vendedor desearía realizar esta inversión dado que, posteriormente, su parte del nuevo excedente contractual de \$28 ($\$100 - \$2 - \70) sería de \$14, una parte que se obtendría con una reducción del precio a \$86. De igual manera, el comprador tiene un incentivo para realizar inversiones que den como resultado un incremento en el valor de los bienes, a cambio de un costo justificado.

Queda por demostrar que lo que le corresponde a cada sujeto en virtud del contrato proviene efectivamente de afuera de la relación contractual. En un análisis teórico estándar del contrato, el poder de contratación es una función que se compone de dos factores. El primero de ellos es la paciencia relativa de las partes. Cuanto más paciente sea el negociador tendrá la capacidad de rechazar las ofertas que no le satisfagan para aguardar por otras más favorables. De lo contrario, cuanto menos paciente sea, aceptará ofertas relativamente poco favorables para cerrar el trato.²¹ El segundo factor, es el punto en donde las partes entran en desacuerdo (o prefieren una segunda mejor opción). Los puntos de desacuerdo afectan el poder de

²⁰ En palabras más simples, si una de las partes recibe un porcentaje fijo del 20% de una ganancia conjunta, *siempre* preferirá que la ganancia conjunta sea \$200 en lugar de \$100.

²¹ La tasa de descuento de una de las partes mide su poder de paciencia: cuanto mayor es la tasa, mayor será el valor que dicha parte le otorga al dinero actual que al dinero futuro. Las partes con tasas de descuento altas son negociadores impacientes: desean tener su parte del excedente cuanto antes. Una parte para quien el dinero actual es, relativamente, menos importante (una parte con una tasa de descuento baja) sufrirá menos en caso de demora, y como resultado, será más probable que rechace las ofertas presentes que no le sean convenientes. De este modo, las partes pacientes resultan exitosas al negociar con partes impacientes que reducirán sus demandas para contratar lo más rápido posible.

contratación de manera sutil. Para ejemplificar, supongamos en principio que las partes son igualmente pacientes. Luego, dividirán el excedente que surge de la negociación de manera equitativa, en caso de que finalmente decidan contratar. Ahora, llamemos d al pago que recibe el vendedor a partir del punto de desacuerdo, y db al punto de desacuerdo del comprador. El excedente en expectativa en caso de que las partes contraten es s . Un contrato sería eficiente si generara un excedente que supere la suma de las opciones extra-contractuales de las partes (por ejemplo, si s es mayor a $d + db$). Los puntos de desacuerdo de las partes no determinarán qué le corresponde a cada una del excedente s en un caso como el antedicho, si la mitad de s es mayor que la suma de ds y db . Supongamos, sin embargo, que la mitad de s es menor que d , el punto de desacuerdo del vendedor. El vendedor no contrataría con el comprador salvo que el primero generara una ganancia similar a la que podría generar con cualquier otro contrato. En esta variante del ejemplo, el vendedor recibiría un pago idéntico a su punto de desacuerdo ds , más la mitad del excedente que quedaría luego de sustraer el pago total en virtud del punto de desacuerdo de las partes. En consecuencia, los puntos de desacuerdo afectan solamente el poder de negociación en un contrato donde una de las partes sacaría mayor provecho si optara por las alternativas extra-contractuales en lugar de aceptar el excedente correspondiente en virtud del descuento producido.²²

²² Existen dos versiones del juego de negociación planteado por Nash: “dividir la diferencia” y “repartir”. En el primer caso, si un contrato fuera beneficioso para las partes, cada parte recibiría su ganancia de desacuerdo más la mitad del excedente restante. En el segundo caso, cada parte obtendría la mitad del excedente (si fueran igualmente pacientes), salvo que la ganancia de desacuerdo de una de las partes excediera la mitad de una división exacta. Para ejemplificar esta diferencia, supongamos que el punto de desacuerdo del vendedor fuera de \$2; el punto de desacuerdo del comprador fuera de \$1; y el excedente resultante de un contrato entre ellos fuera \$10. La ganancia de las partes en virtud de los dos juegos (empezando por el primero) sería la siguiente:

$$(1) \text{ Vendedor: } \$2 + \frac{1}{2} (\$10 - \$3) = \$5.50 / \text{Comprador: } \$1 + \frac{1}{2} (\$10 - \$3) = \$4.50$$

$$(2) \text{ Vendedor: } \frac{1}{2} (\$10) = \$5 / \text{Comprador: } \frac{1}{2} (\$10) = \$5$$

Aquellos que diseñan teorías a partir de los juegos predicen que el segundo caso es común dado que el hecho de que una de las partes amenace con renunciar, a menos que reciba la ganancia de desacuerdo más la mitad del excedente restante, es poco probable. Conforme a las ganancias presupuestas en este caso, el comprador no le creería al vendedor en caso de una amenaza de renuncia, salvo que él recibiera \$2 más la mitad del excedente restante (la suma total de \$5.50), dado que el comprador sabría que el vendedor nunca hubiera rechazado los \$5 (su ganancia en el segundo de los juegos) a cambio de los \$2, su otra opción. Anticipando el pensamiento del comprador, el vendedor estaría de acuerdo en aceptar los \$5 en lugar de intentar en vano obtener \$5.50. Ahora, imaginemos que la ganancia de desacuerdo del vendedor aumenta a \$6. En ese caso, las partes cambiarían del segundo juego al primero de ellos: el vendedor recibiría \$6 +

El factor paciencia en una de las partes da cuenta de su capacidad para financiar proyectos. Las empresas que tienen o acceden a un determinado capital que les permite continuar con sus actividades pueden ser más pacientes que aquellas que necesitan obtener inmediatamente el pago total para sobrevivir. Las partes, comúnmente, no pueden afectar el acceso de potenciales contratantes al mercado capital. Además, una de las partes de un contrato no puede afectar las oportunidades comerciales de la otra parte (su punto de desacuerdo). En consecuencia, cada posible parte contratante se dará cuenta de que la fracción que le correspondería del excedente máximo, que ellas pudieran generar en conjunto, ya ha sido establecida con anterioridad a la firma del contrato. De esta manera, cada parte contrataría con el objetivo de maximizar su ganancia.

Este resultado es contrario al punto de vista habitual. Se suele creer que las partes ejercen un poder de contratación al exigir que las partes contratantes más débiles acepten cláusulas desfavorables. En sintonía con esto, el artículo 2-302 (1) del CCU autoriza a un tribunal a contrarrestar “toda cláusula de un contrato” si dicha cláusula es injusta o deja en desventaja a alguna de las partes.²³ Las cláusulas que superficialmente parecen favorecer a una sola se describen habitualmente como el producto de “un poder de negociación desigual”. Pero, cuando el poder de negociación se determina con anterioridad a la formación del contrato, como es normal en un contexto comercial, estos puntos de vista resultan incorrectos. En oposición a lo antedicho, el poder de negociación se ejerce en la división del excedente, que es determinado por el precio estipulado en la cláusula contractual. Las partes en conjunto eligen las cláusulas del contrato con la intención de maximizar el excedente, que luego el precio podría dividir de manera no equitativa.²⁴

$\frac{1}{2} (\$10 - \$7) = \$7.50$ y el comprador recibiría $\$1 + \frac{1}{2} (\$10 - \$7) = \2.50 . El cambio en los juegos de negociación se puede predecir debido a que cuando el vendedor obtiene los \$6 resultantes de su segunda opción, su amenaza de renunciar, salvo que obtenga al menos \$6 en la negociación, comienza a ser creíble. Utilizamos el juego de negociación de “repartir” a lo largo del presente artículo (salvo cuando el vendedor tiene otra opción mucho más provechosa) debido a su lógica y a que las pruebas experimentales del comportamiento de negociación han rechazado el otro juego de “dividir la diferencia” a cambio del de “repartir”. Véase Colin F. Camerer, *Behavioral Game Theory*, 2003, pp. 175-82; Ken Binmore, “An Outside Option Experiment”, en *Q.J. Econ.*, 104, 1989, p. 753.

²³ U.C.C., 2003, § 2-302(1).

²⁴ Esta conclusión se aplica a pesar de que las partes pueden estar inseguras acerca del poder de negociación que tienen realmente. P. ej., las partes pueden utilizar una estrategia máxima cuando conocen la variedad de puntos de desacuerdo posibles, pero no saben cuál de todos se aplica a su caso. Las partes que utilizan esta estrategia evaluarán ganancias inciertas al comparar sus resultados con la ganancia mayor que exista en virtud de los

B. ¿Por qué el Estado debe ayudar a las empresas?

Analizamos al comienzo del presente artículo cuatro objeciones principales al único objetivo de perseguir una maximización del bienestar para un derecho contractual comercial. El apartado II. A establece que la objeción cognitiva es débil, y el apartado V. A analiza la objeción de la justicia. A continuación, desarrollaremos la objeción de los efectos secundarios y la objeción distributiva. La objeción relacionada con los efectos secundarios es una objeción débil dado que, siendo una materia descriptiva, la mayoría de los contratos comerciales afectan solamente las partes que contratan en virtud de él. Es poco probable que un simple contrato de compraventa que no cumple con su propósito traiga aparejado, como consecuencia, el desempleo de trabajadores, o provoque que los minoristas del área donde se ubica la empresa se vean perjudicados. Lo que afecta a terceros de manera substancial son las decisiones sistemáticas de las empresas. Por ejemplo, una empresa puede sostener una fábrica sin que le preocupe el medio ambiente o los derechos de sus trabajadores. El sistemático comportamiento ineficiente o injusto se encuentra sujeto a normas legales establecidas bajo el concepto de derecho ambiental y laboral. Confiando en este principio de especialización, consideramos que las operaciones reguladas por el derecho contractual no provocan efectos secundarios, a menos que exista una razón particular para creer que sí lo hacen.

puntos de desacuerdo posibles. Si esta ganancia mínima futura supera el excedente en una condición no contractual, las partes contratarán; en caso contrario, no lo harán. Como consecuencia, algunos contratos eficientes no se podrán realizar, pero en aquellos que sí se puedan, cuanto más eficientes sean para una de las partes, menos será para la otra. Véase, Walter Bossert & Hans Peters, "Efficient Solutions to Bargaining Problems with Uncertain Disagreement Points", en *Soc. Choice & Welfare*, 19, 2002, p. 489. Nuestra conclusión en el texto no se ve afectada por esta forma de incertidumbre, dado que ninguna de las partes puede afectar algún punto de desacuerdo si todos ellos son exógenos. Este grupo de modelos exige que las partes lleguen a un acuerdo con la mayor celeridad posible, conforme a las posibles elecciones disponibles que tengan. Cuando las partes son optimistas acerca de su poder de contratación, pero pueden aprender la verdad por inferencia de la secuencia de ofertas que cada una hace, obtendrán contratos eficientes, a pesar de que sea con demora. Véase, Muhamet Yildiz, "Waiting To Persuade", en *Q.J. Econ.*, 119, forthcoming Feb. 2004. No creemos que las partes siempre elijan términos contractuales eficientes. La existencia de información asimétrica, a veces, provoca que las partes realicen contratos eficientes pero limitados; estos contratos no son "los mejores a primera vista", pero son eficientes conforme a la estructura de información que las partes poseen. En la parte V, analizamos que el Estado muy pocas veces puede mejorar los contratos eficientes limitados, debido a que la información que no está disponible para las partes, probablemente tampoco lo esté para aquel que toma las decisiones.

Es muy raro que las normas que regulan los contratos comerciales creen beneficios distributivos sistemáticos para determinadas clases de partes contratantes. En primer lugar, las partes comerciales usualmente ocupan roles de vendedor y comprador (o licenciante y licenciario, etc.). Como consecuencia, una norma a favor del vendedor causaría problemas a las empresas cuando compran, mientras que una norma a favor del comprador le causaría problemas cuando venden. De la misma manera, dado que la mayoría de las normas estipuladas por el derecho contractual comercial son estándares, los beneficios distributivos son difíciles de crear, incluso, para las empresas que principalmente compran o venden. Supongamos que una norma contractual asigna un riesgo en el sector de venta del mercado con el objetivo de crear un beneficio distributivo para el sector de compras. Supongamos también que el excedente contractual se vería maximizado si los compradores asumieran el riesgo en cuestión (porque, en otras palabras, son los riesgos que menos gastos generan). Un contrato que asignara el riesgo a un comprador haría que tanto el vendedor como el comprador se vieran favorecidos económicamente (dado que compartirían un excedente mayor). Consecuentemente, las normas legales que regulan la asignación serían inestables. Dado que las empresas intentan maximizar el excedente contractual, las normas estándares que constituyen la mayoría de las normas del derecho comercial, rara vez podrían beneficiar a alguno de los dos sectores del mercado.

Además, es difícil crear beneficios distributivos para los accionistas que son dueños de la mayoría de las empresas. Es normal que los accionistas posean carteras de valores diversas. Estos tipos de accionistas con frecuencia serán dueños de ciertas empresas que compran y vendan, otras que principalmente compran, y otras que principalmente vendan. Un intento de beneficiar a alguno de los dos sectores de manera distributiva es crear una ganancia neta para dichos accionistas. La diversificación es también relevante. Un dueño de este estilo desea que el valor de su cartera de valores se incremente, y no que el valor de empresas particulares de su cartera aumentara a costa del resto. De hecho, los inversionistas precisamente utilizan la diversidad para escapar de los riesgos específicos de las empresas, dado que algunas pueden llegar a tener un resultado inesperado. Satisfacer las preferencias de este inversionista, como consecuencia, exige normas legales que maximicen el excedente a través de todas las empresas.

En conclusión, existen razones convincentes para justificar nuestro principal reclamo normativo que afirma que el derecho contractual debe

facilitar la capacidad de las empresas para maximizar el bienestar al realizar contratos comerciales. Las razones establecidas aquí también implican, para esta clase de partes contratantes, que resulta innecesario o sin sentido para los tribunales o los legisladores perseguir objetivos distributivos. El derecho contractual de partes comerciales se basa en la eficiencia.

III. La función interpretativa²⁵

A. La pregunta interpretativa pertinente

Existe un consenso entre los tribunales y la doctrina para que el objetivo específico de la interpretación contractual sea que el tribunal que debe exigir el cumplimiento, encuentre la “respuesta correcta”. La “respuesta correcta” es la solución al problema contractual que las partes intentan prever en el contrato. La intención, sin embargo, se determina objetivamente y a futuro. Una de las partes tiene que entender realmente lo que ha entendido la otra parte, cuando ambas estén contratando.

Existen dos justificaciones en relación al objetivo de encontrar la respuesta correcta. La primera se desprende de una visión del derecho contractual basada en la autonomía. Esta justificación sostiene que el ejercicio de la coacción por parte del Estado contra una persona debe ser justificado. Una justificación razonable sería que el tribunal está obligando

²⁵ La parte IV contiene casos en donde las partes han intentado resolver sus problemas mediante palabras por escrito. El tribunal no tiene la tarea de llenar vacíos no regulados por las partes, sino de descubrir qué significado le quisieron dar las partes a las palabras. Una teoría de la interpretación tiene dos aspectos: un grupo de normas para determinar el contenido semántico de las palabras de las partes, y un grupo de normas para determinar el significado legal que debería acoplarse al contenido semántico. Nos concentraremos en el primer grupo de normas debido a que ya hemos desarrollado una teoría normativa: los tribunales deben hacer cumplir los contratos comerciales tal como las partes intentan lograr que se cumplan. Sin embargo, creemos que la separación de las normas que determinan el significado legal, de aquellas que regulan la interpretación no es algo sencillo. Los tribunales, al hacer interpretaciones, pueden estar influenciados por su opinión acerca de cuál resultado es el más apropiado cuando el significado de las partes no es claro. Véase Richard Craswell, “Offer, Acceptance, and Efficient Reliance”, en *Stan. L. Rev.*, 48, 1996, pp. 481, 551-52. Ignoramos esta dificultad suponiendo que si el contenido semántico de las normas mejora, la necesidad de los tribunales de dar repuestas legales a ciertas cuestiones será menor. Una teoría completa de la interpretación contractual exploraría más seriamente la relación actual y la ideal, entre las preferencias sustantivas de los tribunales y su elección por un estilo interpretativo particular.

a la persona a actuar tal como se había comprometido a hacerlo. Para ello, el tribunal debe precisar a qué se ha comprometido la persona.²⁶ La segunda justificación es congruente con una visión del derecho contractual basada en la eficiencia. Según esta visión, las partes contratan para maximizar el excedente que produce el acuerdo. Este objetivo es improbable si los tribunales no logran hacer cumplir la solución dada por las partes, y deciden imponer otro tipo de solución. Como consecuencia, el tribunal debe precisar la medida que las partes han adoptado realmente. Existe un conflicto en la literatura en lo que respecta a si las normas que los tribunales utilizan cuando intentan encontrar la respuesta correcta son obligatorias en sentido formal, aunque existe un consenso acerca de lo difícil que es para que las partes escapen al cumplimiento de esas normas.²⁷

Según nuestro punto de vista, el consenso actual hace la pregunta incorrecta. Si se pretende fortalecer la soberanía de las partes en relación a las cláusulas contractuales fundamentales, también se busca fortalecer la soberanía de las partes en relación al estilo interpretativo que un juez debe utilizar para encontrar esas cláusulas fundamentales. La preferencia de las partes en relación a los estilos interpretativos judiciales puede diferir. Así, los estilos interpretativos deberían ser estándares. La pregunta pertinente que se desprende de este desarrollo debería ser cuál es el estándar mayoritario. Dicho de otra manera, la clave de todo esto no radica en cuál es el estilo interpretativo más adecuado para acertar la respuesta correcta. De lo contrario, la clave radica en qué estilo interpretativo es el preferido por las partes, para que los tribunales lo utilicen al intentar encontrar la respuesta correcta. Consideramos que el estándar mayoritario es el de la corriente de Williston: las empresas comunes prefieren que los tribunales hagan interpretaciones sobre una base limitada, cuyo componente más significativa

²⁶ La mayoría de las teorías que más se basan en la autonomía encuentran su fundamento en una noción de “consenso” o de ejercicio de su voluntad, como el hecho de realizar una promesa.

²⁷ Un analista reciente se refirió a las normas de interpretación del CCU como “cuasi-obligatorias”, con la idea de que las normas son, y deben ser, muy difíciles de omitir para las partes. David V. Snyder, “Language and Formalities in Commercial Contracts: A Defense of Custom and Conduct”, en *Smu L. Rev.*, 54, 2001, pp. 617, 648. Debido a que el hecho de contratar tiene costos positivos, una norma quasi-obligatoria sería obligatoria en la práctica para muchas partes, quienes no estarán conformes con soportar los gastos adicionales de especificar regímenes alternativos. Otros analistas creen que las normas de interpretación son obligatorias directamente. Véase, p. ej., Omri Ben-Shahar, “The Tentative Case Against Flexibility in Commercial Law”, en *U. Chm. L. Rev.*, 66, 1999, pp. 781, 792.

es el contrato escrito.²⁸ Esta norma que se propone provocaría que el estilo interpretativo establecido por el CCU se invierta, y también que el nuevo estilo interpretativo sea un estándar.

B. Dos temas acerca de la interpretación: problemas de significado y de idioma

Comenzamos clarificando dos temas de interpretación que comúnmente se confunden: ¿qué quieren decir las palabras utilizadas en el contrato?, y ¿en qué idioma se redacta el contrato? Para entender por qué estos temas son diferentes, supongamos que existen dos grupos de comunidades lingüísticas. El primer grupo, llamado M, está formado por una única comunidad lingüística. Esta comunidad M se compone de jueces, abogados, personas jurídicas y futuros jurados. Los miembros de M leen y escriben un idioma que llamamos “idioma mayoritario”, dado que es el idioma que la gente utiliza comúnmente cuando se comunican entre sí. El segundo grupo se llama P y tiene muchas comunidades lingüísticas. Una comunidad del grupo P puede ser pequeña como las partes que conforman un contrato determinado, o grande como el mercado entero en donde las partes interactúan. El grupo P tiene muchas comunidades porque existen muchas partes que funcionan como pareja y muchos mercados. Los miembros de cada comunidad en P pueden suscribir contratos en su mismo “idioma de las partes” o suscribirlos en el idioma mayoritario.²⁹

La existencia de múltiples comunidades lingüísticas trata los dos temas de interpretación anteriormente mencionados. Supongamos que ciertas

²⁸ Véase, Samuel Williston, *Contracts*, 4, Walter H.E. Jaeger ed., Baker, Voorhis & Co., Inc., 1920 (3d ed. 1961) §631, pp. 948-49. Esta fuente explica que la normativa en relación a las pruebas orales “exige, ante la ausencia de fraude, violencia, error mutuo, o situaciones similares, la exclusión de pruebas extrínsecas, orales o escritas, cuando las partes hayan reducido su acuerdo a un escrito integrado”. El formalismo de la corriente de Williston se base en dos principios básicos: (1) los términos contractuales pueden interpretarse conforme a su significado normal, y (2) los términos contractuales tienen prioridad sobre las expresiones orales que generen un acuerdo. Véase, Dennis M. Patterson, “Good Faith, Lender Liability and Discretionary Acceleration: Of Llewellyn, Wittgenstein and the Uniform Commercial Code”, en *Tex. L. Rev.*, 68, 1989, pp. 169, 187-88.

²⁹ Nuestro uso de la palabra “idioma” es un poco ambiguo. Los lingüistas dirían que cuando se utilizan las palabras inglesas [N. del T.: idioma en el que originalmente fue escrito este artículo], el idioma mayoritario y los variados tipos de idiomas privados (entre partes) son dialectos diferentes del mismo idioma. Nosotros utilizamos una descripción multilingüe porque nos parece que es un sistema de clasificación más conveniente.

partes entran en conflicto con respecto al significado del acuerdo que ambas suscribieron. Las palabras pueden ser vagas o ambiguas.³⁰ Si las partes están de acuerdo acerca de las palabras que utilizaron en la redacción del contrato, la tarea interpretativa del tribunal se limita a decidir qué quisieron estipular las partes en el contrato. Si las partes disienten acerca de las palabras que utilizaron en la redacción del mismo, la tarea interpretativa del tribunal se expande: ya que, inicialmente, debe indagar si las partes redactaron el contrato en el idioma mayoritario o en un idioma privado en particular. Esta pregunta trae como colación un tema pertinente a la interpretación dado que el idioma utilizado en un contrato podría simplemente significar *mM* en la comunidad *M* pero también podría significar *mp* en una comunidad dentro de *P*, donde *mM* y *mp* son diferentes. Por ejemplo, la palabra “esposa” en una oración en el testamento de John que diga “Dejo mi dinero a mi esposa” significaría en la comunidad *M* que John le deja su dinero a la mujer con quien estaba legalmente casado al momento de su muerte. En un caso real conocido, sin embargo, John y otra parte redactaron un contrato con el objetivo de estipular el destino de una parte del patrimonio de John al momento de su muerte.³¹ La palabra “esposa” en este ejemplo sería clara para los miembros de una comunidad en particular dentro del grupo *M* y sería también clara para una comunidad en particular dentro de *P* a la cual las

³⁰ Los tribunales no suelen diferenciar los términos “vago” y “ambiguo”. Una típica definición judicial de ambigüedad, p. ej., incluye cualquier término o palabra que “no tenga un significado definido o [...] que sea susceptible de más de una interpretación razonable y prudente”. *Ross Bros, Constr. Co. v. State*, 650, P.2d 1080, 1082 (Or. Ct. App. 1982). De una manera más limitada, sin embargo, una palabra es vaga hasta un cierto límite que pueda ser aplicado a un espectro de referentes amplio, o a referentes que se agrupen alrededor de un cierto modelo, o a otros referentes en diferentes personas. Véase, p. ej., *Frigalim Importing Co. v. B.N.S. Int'l Sales Corp.*, 190 F. Supp. 116 (S.D.N.Y. 1960), que analiza si la palabra “pollo” incluye todos los tipos de pollos o solo un subgrupo; *Highley v. Phillips*, 5 A.2d 824, 826 (Md. 1939), que determina si la venta de “toda la tierra” de un terreno, incluye también la arena subterránea. Contrariamente, la ambigüedad requiere al menos dos significados distintos, generalmente incongruentes entre sí. Véase, p. ej., *Petroleum Fin. Corp. v. Cockburn*, 241 F.2d 312, 314-16 (5th Cir. 1957), que analiza la puntuación faltante en un telegrama que provoca dos lecturas diferentes; *Raffles v. Wichelhaus*, 159 Eng. Rep. 375, 375 (Ex. 1864), que determina la obligación de un vendedor cuando dos barcos llamados *Perles* zarpan de Bombay, pero el vendedor se refería a uno de ellos y el comprador entendió que era el otro. La lengua, por lo general, es vaga en el sentido de que el grupo de objetos que son aplicables a una palabra, pocas veces se determina con absoluta precisión. La ambigüedad léxica verdadera sucede con muy poca frecuencia.

³¹ Con referencia a *Soper's Estate*, 264 N.W. 427 (Minn. 1935).

partes contratantes pertenecían. Sin embargo, los dos significados difieren.³² La misma palabra o frase puede tener significados diferentes en comunidades lingüísticas distintas, que requieran que los tribunales tomen una decisión: ¿Deben los tribunales permitir que las partes redacten los contratos en el idioma que las partes elijan, o deben crear un incentivo para que las partes utilicen el idioma mayoritario, y que los contratos sean interpretados como si hubiesen sido redactados en ese idioma?³³

Existen dos posturas tradicionales para encontrar la respuesta correcta a preguntas relacionadas con el significado y el idioma contractual. Difieren en cuanto al dominio de prueba que cada una necesita para realizar interpretaciones. Para tener seguridad, se necesita un mínimo de pruebas para realizar cualquier tipo de interpretación coherente. Llamaremos *Bmín* a esta base mínima y estará compuesta por el contrato de las partes, un texto que establezca si las partes han cumplido con las obligaciones que el contrato pareciera exigir, un diccionario estándar de idioma inglés y la experiencia del intérprete y su concepción del mundo. Una teoría de interpretación

³² A modo de ejemplo más moderno, Véase, *Columbia Nitrogen Corp. v. Royster Co.*, 451 F.2d 3 (4th Cir. 1971). En ese caso, el contrato especificaba una “cantidad mínima de toneladas por año” de 31.000. El comprador tomó menos de esa cantidad, pero el tribunal le permitió presentar pruebas que establecían que, en el comercio de las partes, la cantidad mínima de toneladas eran “solo proyecciones para ser ajustadas conforme a las fuerzas del mercado”.

³³ La distinción entre idioma mayoritario e idioma privado puede presentar dudas acerca de sus límites, pero sigue siendo fácil distinguirlos en la mayoría de los casos. Cuando el idioma privado se asemeja bastante con el idioma mayoritario (p. ej., cuando los términos de un contrato se utilizan para plasmar algunos contenidos de ciertos significados más generales, que pueden atribuirse a los mismos términos en el idioma mayoritario), la línea entre ambos es difícil de trazar. Supongamos que un contrato le exige al vendedor entregar “sweaters rojos”. Dada la amplitud de la categoría “rojo” en el idioma mayoritario, sería útil contar con pruebas acerca de los usos del comercio para delimitar las tonalidades de rojo que las partes consideran correctas. Sigue siendo confuso, sin embargo, si las partes pretendían darle un mayor límite al término “rojo”, o si buscaban plasmar un significado amplio que se vinculara con la definición del idioma mayoritario: la distinción entre ambos idiomas es complicada de notar en dicho caso. Por el contrario, los términos contractuales que obviamente contradicen entendimientos del idioma mayoritario, brindan una distinción clara entre ambos idiomas. P. ej., en *Hunt Foods & Industries v. Doliner*, 270 N.Y.S.2d 937, aff’d, 272 N.Y.S.2d 686 (App. Div. 1966). El último le brindaba a *Hunt Foods* una opción de compra “incondicional” para todos los productos de su empresa por un precio fijo a una fecha exacta. Las partes, sin embargo, pretendían que el término “incondicional” significara condicional. Cuando los términos de un contrato, contradicen tan notoriamente el significado del idioma mayoritario, se presume que el contrato se redacta claramente en el idioma privado de las partes. La decisión del tribunal de Nueva York permitió que *Doliner* declarara que el significado actual del contrato puede ser visto como un permiso de las partes de redactar en su idioma privado.

comprendida dentro de la corriente de Williston o una teoría “textualista” de interpretación asume que los contratos tienen, frecuentemente, “significados simples” para los intérpretes judiciales. En palabras más formales, este punto de vista considera que un tribunal puede encontrar la respuesta correcta en la base de pruebas *Bmín*. Los tribunales han adherido cinco categorías de prueba a esta base mínima: (1) la práctica de las partes en virtud de contratos anteriores; (2) la práctica de las partes en virtud del contrato actual; (3) declaraciones acerca de lo que fue dicho durante la negociación; (4) documentos escritos pre-contractuales (resúmenes de las condiciones de un contrato, escritos anteriores, cartas); y (5) tradiciones de la industria para poder determinar qué significan las palabras utilizadas en el contrato para las partes. Cuando el juez admite pruebas en cada una de las cinco categorías, llamaremos a la base de prueba *Bmáx*. Una teoría “contextual” de la interpretación sostiene que es más probable que un tribunal encuentre la respuesta correcta si la base de prueba se extiende hacia *Bmáx*.³⁴

Una teoría de la interpretación de la corriente de Williston conlleva el efecto, a simple vista, de reducir la base de prueba que el tribunal utiliza para realizar las interpretaciones, y también tiene el efecto de crear un incentivo para que las partes redacten los contratos en el idioma mayoritario. Dado que la misma palabra puede tener significados simples pero diferentes en la misma comunidad dentro del grupo *M* y en una comunidad en particular dentro del grupo *P*, sería difícil que una de las partes pudiera establecer que su contrato fue escrito en el idioma de las partes, salvo que pudiera presentar pruebas extrínsecas.³⁵ La teoría de la corriente de Williston prohíbe estas pruebas.³⁶ Además, según esta teoría, el tribunal considera principalmente el texto del contrato, y así es probable que las partes puedan reducir los errores interpretativos al redactar los contratos en el idioma del tribunal. Como consecuencia, la teoría de la corriente de Williston resuelve en verdad dos temas: qué idioma deben utilizar las partes y qué pruebas son admisibles para demostrar qué quisieron estipular las partes en el idioma permitido. Los contextualistas resuelven los mismos temas, aunque de manera diferente. Su teoría deja a los tribunales considerar todas las pruebas sustanciales

³⁴ Los expertos en contextualismo no insisten necesariamente en *Bmáx*. Se reconoce, p. ej., que las pruebas en la categoría (3) son menos confiables que las pruebas en la categoría (4).

³⁵ Las pruebas extrínsecas hacen referencia, en este caso, a las cinco categorías de pruebas adicionales que se enumeran en este texto.

³⁶ Un tribunal que aplique la teoría de Williston admitiría pruebas extrínsecas solo cuando el idioma del contrato fuera vago o ambiguo a simple vista. Véase, *Pysell v. Keck*, 559 S.E.2d 677, 678-79 (Va. 2002).

para resolver los temas interpretativos; y el efecto pragmático de ello, al expandirse la base de prueba, es que se le permite a las partes redactar los contratos en el idioma que elijan.³⁷

Todo análisis de interpretación contractual debe responder dos preguntas. La primera es la pregunta acerca del significado: ¿deben los tribunales utilizar bases de prueba amplias o limitadas al determinar el significado del idioma del contrato? La segunda pregunta es acerca del idioma: ¿debe suponerse a través del “estándar lingüístico” que las partes redactan el contrato en el idioma mayoritario, salvo que el contrato establezca lo contrario; o deben los tribunales admitir siempre la posibilidad de que las partes redacten en un idioma privado? El efecto práctico de admitir esta posibilidad es permitirle a una de las partes que presente pruebas en todas las categorías de prueba para demostrar cuál es el idioma que las partes utilizaron realmente. El apartado C a continuación, afirma que cuando el tema del idioma del contrato se resuelve, pero el significado de dicho idioma está en duda, el estándar mayoritario debe exigir que los tribunales realicen interpretaciones utilizando la base de prueba *Bmin*. El apartado D afirma que el estándar lingüístico debe suponer que las partes han utilizado el idioma mayoritario.

C. La preferencia de las partes en relación a los estilos interpretativos

Un estilo interpretativo puede ser evaluado mediante dos dimensiones: (1) la probabilidad de que el estilo vaya a generar la respuesta correcta (conforme a la definición dada anteriormente); y (2) los costos que el estilo impone sobre los tribunales y las partes. Ejemplificaremos el desarrollo de los estilos interpretativos judiciales con respecto a estas dimensiones de dos maneras que, combinadas, demuestren la mayoría de los casos pertinentes. Ambos ejemplos presuponen que el contrato está completo, en el sentido de que lo estipulado por escrito refleja la solución dada por las partes al problema contractual en cuestión. Sin embargo, las partes son conscientes de que el significado dado a lo redactado no siempre es claro

³⁷ En un caso muy conocido, el Presidente de la Corte Suprema de Estados Unidos, Traynor, expresó que el hecho de que los términos de un instrumento sean claros para un juez, no descarta la posibilidad de que las partes elijan el idioma del instrumento para expresar diferentes términos. La posibilidad existe siempre que, el entendimiento de las palabras utilizadas por las partes haya diferido del entendimiento del juez. Conforme a esto, una interpretación racional exige al menos una consideración preliminar de todas las pruebas contundentes, ofrecidas para probar la intención de las partes al contratar. *Pac. Gas & Elec. Co. v. G.W. Thomas Drayage & Rigging Co.*, 442 P.2d 641, 645 (Cal. 1968).

para un posterior intérprete. Como consecuencia, las partes enfrentan la posibilidad de que la interpretación del tribunal pueda ser distinta a la respuesta correcta. Nuestro ejemplo inicial considera un grupo de casos donde el pago total de las partes, en virtud del contrato, es monótono y continuo en el ámbito de interpretaciones judiciales posibles. Este pago total se incrementa a medida que las interpretaciones del contrato resultan más favorables para ella, y decrece a medida que las interpretaciones resultan menos favorables. En este grupo de casos, las empresas prefieren que los tribunales realicen interpretaciones sobre la base de prueba mínima *B_{mín}*, salvo en circunstancias especiales. Entonces, consideramos un grupo de casos en donde el pago total de las partes es constante, independientemente del nivel del error judicial. Cada interpretación desfavorable que difiere de la respuesta correcta tiene las mismas consecuencias negativas para una empresa, más allá de si la interpretación se aproxima a la respuesta correcta o no. En este grupo de casos, las empresas tienen razones para preferir una base de prueba más amplia que *B_{mín}*, aunque creemos que los costos del litigio harán que la mayoría de estas empresas prefieran que los tribunales utilicen una base de prueba más limitada. Si tomamos los dos ejemplos, ambos sugieren que cuando el tema del idioma contractual ha sido acordado pero el tema del significado del idioma permanece inconcluso, el estilo interpretativo estándar debe ser textualista.

En ambos ejemplos, las partes negocian un contrato cuyo objetivo es maximizar el excedente que el contrato pudiera crear, y dividen dicho excedente en la cláusula que estipula el precio. Las partes desean que un tribunal, en caso de que surja algún conflicto, proponga la respuesta correcta ante una cuestión de interpretación. Saber con anticipación que la respuesta será correcta, le permite a las partes tomar decisiones que intenten maximizar el excedente. Las partes suscriben el contrato cuando es realmente claro, conforme a lo que se detalla a continuación.

1. El caso del pago total continuo

En este caso, nos ocuparemos de la conveniencia del comprador. Llamaremos s^* al excedente en virtud de un contrato; la parte que corresponde al comprador es la diferencia entre el valor que le otorga v^* y el precio: $Sb^* = V^* - p$. Llamaremos i^* a la interpretación judicial que da la respuesta correcta. Como consecuencia, si el tribunal realiza la interpretación i^* , el excedente contractual será s^* y el comprador obtendrá Sb^* . El contrato que consideramos a modo de ejemplo exige que el vendedor

prepare determinada maquinaria con anticipación a la entrega, con el objetivo de minimizar los costos del comprador al ajustar la maquinaria para el uso que se le quiere dar. Posteriormente, las partes difieren acerca de si el vendedor ha cumplido con su deber de preparar la maquinaria. Si el tribunal le impone una preparación menor al vendedor, en comparación con la obligación que se desprendería en caso de ser el contrato correctamente interpretado, el contrato sería menos provechoso para el comprador, y la ganancia obtenida en virtud de él descendería a $Sb^{(-)} < Sb^*$. Si el tribunal impone una obligación mayor al vendedor que i^* , la ganancia del comprador se elevaría a $Sb^{(+)} > Sb^*$. Cada interpretación que se haga en el ámbito de posibles interpretaciones judiciales generaría, de esta manera, un pago particular para el comprador. En este ejemplo de preparación del producto, el pago total posible del comprador es monótono y continuo en el ámbito de posibles interpretaciones, es decir, mientras las interpretaciones sean más favorables para el comprador, su pago total aumentará y viceversa. La ganancia posible del vendedor también resulta monótona y continua, aunque decrece a medida que la ganancia del comprador aumenta.

Cuando tomamos las preferencias de las partes con respecto a los estilos interpretativos, comenzamos en el nivel de litigación y suponemos tres premisas: (1) un tribunal que confía solamente en la base de prueba mínima $B_{mín}$ ³⁸ encontrará la respuesta correcta i^* con altas probabilidades, (2) la posibilidad de que un tribunal encuentre i^* a veces puede ser mayor si el tribunal considera pruebas que se encuentran en categorías adicionales a $B_{mín}$, y (3) los tribunales no son influenciados. Fundamentamos la primera premisa de la siguiente manera: dado que el contrato escrito tiene más fuerza que las pruebas que se encuentran en las demás categorías,³⁹ y los conflictos son onerosos, las partes sacan provecho al redactar un contrato que deje claro para un tribunal futuro qué fue lo acordado por las partes. De este modo, es correcto suponer que los tribunales puedan percibir las verdaderas intenciones de las partes a partir de la base de prueba $B_{mín}$, sin apoyarse en ningún otro instrumento. En relación a la segunda premisa, supongamos que las partes especifican en extremo detalle las obligaciones del vendedor en un acuerdo previo que ambas partes suscribieron. Permitir que este acuerdo previo sea parte de las pruebas, aumenta las probabilidades de que

³⁸ Recordemos que $B_{mín}$ se compone del contrato escrito, un cumplimiento, un diccionario, y la experiencia y el entendimiento del intérprete acerca de la palabra.

³⁹ El artículo 1-303 (e) (1) (ex artículo 1-205(4)) del CCU, establece que cuando exista un conflicto, "los términos expresos prevalecerán por sobre el cumplimiento que se esté llevando a cabo, las negociaciones previas antes del contrato y los usos y costumbres del comercio".

un tribunal dé la respuesta correcta en torno a cuestiones de interpretación acerca de la preparación del producto. Con respecto a la tercera premisa, no hay razón para creer que los tribunales se apartarán sistemáticamente de la respuesta correcta i^* , y así, favorecer a una u otra parte o tipo de empresa.

Estas tres premisas nos permiten establecer formalmente las intenciones de una parte al tiempo de contratación, en relación a los posibles pagos que una interpretación judicial pueda inducir. Si los tribunales no son influenciados y pueden encontrar i^* sobre la base de $B_{\text{mín}}$, el pago total en expectativa del comprador en el ejemplo, sabiendo lo que un tribunal haría posteriormente, se puede expresar de la siguiente manera:

$$E [Sb(i) / B_{\text{mín}}] = Sb(i^*) + \&$$

La parte izquierda de esta expresión es el pago total en expectativa del comprador tras una interpretación judicial i realizada sobre la base de prueba $B_{\text{mín}}$. El primer término en la parte derecha de la expresión representa la ganancia del comprador tras una interpretación correcta i^* ; el segundo término representa un error con una media de cero y una variación positiva. Qué $\&$ tenga media de cero significa que el tribunal no está influenciado. En otras palabras, el tribunal puede realizar una interpretación que sea más favorable al comprador (menos favorable para el vendedor) en vez de acercarse a la respuesta correcta, como puede también realizar una interpretación menos favorable. El término que representa un error tiene una variación positiva, dado que en un caso real la interpretación de un tribunal puede ser diferente a la respuesta correcta.⁴⁰ Entonces, consideramos que la expresión se refiere (en castellano) al hecho de que cuando un tribunal se restringe solamente a evaluar la base de prueba $B_{\text{mín}}$, la ganancia en expectativa del comprador es igual a la ganancia que él esperaba obtener cuando suscribió el contrato.

⁴⁰ Para los lectores de estadísticas, la variación es una medida de cuán lejos un resultado puede desviarse de su media al realizar una distribución. De esta forma, si un tribunal no está influenciado pero la variación es grande, la interpretación que el tribunal hace en un caso real puede estar realmente alejada de la respuesta correcta; de lo contrario, cuando la variación es pequeña, es probable que el tribunal se acerque a la respuesta correcta. Si el reclamo del contextualismo es correcto cuando dice que las bases de pruebas amplias generan interpretaciones más precisas (p. ej., la variación se reduce más), quiere decir que la litigación, en caso de que el tribunal considere solo $B_{\text{mín}}$, será más riesgosa para las partes que si el tribunal considera pruebas adicionales; cuando el tribunal considera solo $B_{\text{mín}}$, es más probable que su interpretación se desvíe aún más de la respuesta correcta.

Cuando la variación en el término que representa el error es considerable, las partes son conscientes de que la respuesta de un tribunal probablemente sea muy diferente a la respuesta correcta. El ejemplo dado acerca del acuerdo previo en relación al cumplimiento de la obligación por parte del vendedor, demuestra que sumando pruebas a $B_{mín}$ la variación puede ser menor. En palabras más simples, si las partes supieran que en un futuro litigio la base de prueba incluiría el acuerdo previo, esperarían a que las futuras interpretaciones se acerquen a la respuesta correcta.

Esta especificación de la relación entre el error judicial y lo que las partes esperan del contrato, implica que las empresas prefieren comúnmente que los tribunales se restrinjan a utilizar la base de prueba mínima $B_{mín}$ cuando los pagos son continuos, en el ámbito de posibles interpretaciones. Para entender el porqué, recordemos nuestra segunda suposición: a medida que la base de prueba se aproxima a $B_{máx}$, la variación en el término que representa al error se aproxima a cero. Una parte que asume un riesgo neutral, está interesada por el significado de la distribución de la interpretación pero no de la variación. Esto es así dado que el término que representa la variación mide el riesgo, mientras que las partes que asumen un riesgo neutral son indiferentes a él. Como consecuencia, es suficiente para una parte de estas características, que la interpretación esperada $E(i)$ sea la interpretación correcta. Dicho de otra manera, la preferencia de una empresa al tiempo de contratar es que los tribunales realicen interpretaciones sobre la base de prueba mínima, a menos que resulte gratuito ampliar dicha base. Pero la realidad nos dice que eso conlleva un costo. A medida que la base de prueba permitida se expande, cada parte tiene incentivos para presentar más pruebas y, a cambio, necesitará objetar más pruebas presentadas en su contra. Dado que la etapa de prueba de los juicios es muy onerosa, las empresas que asumen un riesgo neutral apoyan la corriente de Williston.⁴¹

Esta visión no debe exagerarse. Algunas empresas tendrán una preferencia diferente. Recordemos el ejemplo acerca de los mercados volátiles que se desarrollaron en el apartado III C. En dicho apartado, se estableció que las empresas que funcionan en los mercados volátiles realizarían compras al contado, a menos que una operación determinada fuera importante con respecto al tamaño de la empresa. En ese caso, una empresa preferiría, a menudo, incurrir en gastos al realizar un contrato con el objetivo de evitar los costos del fracaso que una mala realización de mercado causaría. Una

⁴¹ Existen pruebas considerables para sostener que las empresas prefieren un estilo de interpretación formalista. Véase, Bernstein, *Merchant Law*; Bernstein, *Private Commercial Law*, pp. 1735-37.

preferencia similar podría darse en este caso. Como consecuencia, cuando el cumplimiento de un contrato determinado es vital para el futuro de una empresa; es decir, cuando se trata de un contrato con una oferta mayor o cuando un contrato es nuevo y probablemente sea utilizado por muchas partes, la empresa puede ser reacia a arriesgarse a que se realice una interpretación errónea. Si los contextualistas aciertan cuando afirman que las bases de prueba reducen la variación, entonces las partes que se ven afectadas por esta probablemente prefieran que los tribunales utilizaran un estilo interpretativo contextualista. En el ejemplo dado anteriormente, si las maquinarias fueran cruciales para comenzar con el negocio y el comprador dispusiera de poco dinero, desearía con anticipación que la base de prueba en un futuro litigio fuera lo suficientemente amplia como para que el acuerdo previo pueda ser admitido como instrumento de prueba. En cambio, solamente pocos contratos tienen esta cualidad de arriesgar todo lo que se posee al tener mucha confianza en el éxito. En un caso normal, es probable que los tribunales resuelvan correctamente los problemas la mayoría de las veces.

Ahora, retomamos a la creación del contrato para considerar una justificación más profunda con respecto a nuestra primera premisa. Es óptimo para las empresas que asumen un riesgo normal invertir recursos en la redacción de los contratos hasta que queden suficientemente claros, de un modo objetivo, con el propósito de que la distribución de las posibles interpretaciones judiciales sean las correctas. Los contratos que no quedan lo suficientemente claros, generan interpretaciones cuyos significados pueden ser muy variados. Como consecuencia, las partes no pueden pretender que los tribunales protejan su derecho a la expectativa en caso de que surja algún conflicto. Dado que esto sería ineficiente, las empresas intentarán redactar contratos con suficiente claridad para permitirle a los tribunales encontrar las respuestas correctas, aunque sea cometiendo errores.

El presente debate entre los textualistas y los contextualistas no tiene sentido con respecto a temas de interpretación de casos que representan el ejemplo de cumplimiento y preparación dado. En dicho ejemplo, existía un consenso con respecto al idioma en el cual el contrato estaba escrito, aunque se podía discutir acerca de su claridad. Los contextualistas aseguran que una mayor base de prueba reduce la variación. De hecho, si la base es lo suficientemente extensa, la variación se aproxima a cero, de modo que las partes creerán al contratar que un tribunal encontrará la respuesta correcta con certeza. Tal como se aplica a nuestro ejemplo, lo que incluye el acuerdo previo, es posible que, tanto en lo que respecta a una industria como a las obligaciones del vendedor, se esclarezca aún más lo que se suponía

que el vendedor debía hacer. Los textualistas, en cambio, consideran que la variación no se reduce substancialmente con una base de prueba más extensa, dado que los contratos tienen con frecuencia significados sencillos. Como consecuencia, permitirle a las partes presentar pruebas adicionales generaría costos por encima de las ganancias. Los que apoyan este debate, están en desacuerdo con la relación entre la extensión de la base de prueba y la exactitud de una interpretación judicial. Sin embargo, es innecesario para los tribunales decidir qué lado del debate de los textualistas - contextualistas es el correcto. Una mayor precisión representa una menor variación, y las partes comúnmente son indiferentes a la variación. De este modo, los tribunales que interpretan los contratos como si fueran las partes mismas, también preferirían ser indiferentes a la variación, y ser sensibles solamente a los costos que resulten de la administración de su estándar de prueba. Estos tribunales realizarían interpretaciones sobre la base de prueba *Bmín*, salvo que las partes soliciten lo contrario.

2. El caso del pago total discontinuo

Ejemplificaremos este caso a través del ejemplo del producto especializado del apartado III B. Llamaremos qk a la calidad que debe tener el producto desarrollado por el vendedor en virtud del contrato. El vendedor produce qk pero el comprador, posiblemente actuando de manera sincera, reclama que el contrato exige un nivel de calidad mayor. La calidad real del producto no está en disputa; el tema aquí es qué establece en verdad el contrato. Si un tribunal decide que el contrato exigía un nivel de calidad menor con respecto a aquella que fue realmente entregada, llamaremos $q(-) < qk$ a la interpretación. Si un tribunal decide que el contrato exigía un nivel de calidad mayor con respecto a aquella que fue realmente entregada, llamaremos $q(+) > qk$ a la interpretación. Tal como establecimos anteriormente, suponemos que el tribunal no está influenciado. Como consecuencia, el sentido de esta distribución de tres puntos es qk : La expectativa del vendedor con respecto a una interpretación judicial posterior del contrato puede escribirse de la siguiente manera: $E(i) = qk$.

Sin embargo, la ganancia del vendedor en este caso no es continua en el ámbito de posibles interpretaciones judiciales, debido a la existencia de una norma que estipula que el vendedor debe cumplir exactamente con lo acordado.⁴² Si un tribunal interpreta que el contrato exigía un nivel de calidad

⁴² Véase, CCU, § 2-601 (“Si los bienes o la oferta de entrega no respetan en algún sentido a lo establecido en el contrato, el comprador podrá [...] rechazar la totalidad [...]).”)

menor o igual al nivel que el vendedor entregó, el vendedor puede recuperar el precio; en caso de que interprete que el contrato exigía un nivel de calidad mayor, el comprador puede rechazar la entrega e iniciar acciones legales por daños y perjuicios de manera fehaciente. El vendedor renegociará el contrato, y es probable que el precio disminuya debido a que la intimación o las acciones legales reduzcan el poder de negociación. El hecho de que las interpretaciones judiciales no estén influenciadas no es relevante para este vendedor, dado que no obtiene ganancias que provengan de errores judiciales en el lado menor de q (el vendedor no puede recuperar una suma mayor al precio si ha entregado un nivel de calidad que es mayor a aquel que el tribunal exigía), mientras que se ve perjudicado por los errores judiciales en el lado mayor de q , independientemente de su valor (el comprador puede rechazar la entrega si el tribunal interpreta que el contrato exigía un nivel mayor de calidad de lo que realmente exigía). El vendedor desea que el tribunal encuentre la respuesta correcta con certeza, a pesar de que el primero asume un riesgo neutral.

La preferencia del vendedor tiene una implicancia que se relaciona con la eficiencia. En el caso del pago continuo, la posibilidad de un error judicial no crea una ineficiencia anterior. Cuando el tribunal interpreta la forma en que las partes desean, la mayoría de las veces, la ganancia en expectativa de una de ellas en virtud del contrato, se equipara a su derecho de expectativa. En el caso del pago discontinuo, cuando el tribunal interpreta la forma en que las partes desean la ganancia en expectativa del vendedor en virtud del contrato, su derecho de expectativa es menor. Un tribunal que siempre se encuentra en la búsqueda de la eficiencia, preferirá ampliar la base de prueba para lograr reducir las posibilidades de cometer algún error, y así, proteger de mejor manera la expectativa de las partes.

Para entender cómo la posibilidad del error en el caso del pago discontinuo puede crear ineficiencia, y para ver por qué nos resistimos a la visión de que el estándar para este caso debe ser una base de prueba más amplia, generalizamos la formalización utilizada anteriormente. Supongamos ahora que las partes se enfrentan con dos posibilidades con respecto a una interpretación judicial acerca de su contrato. Primero, existen probabilidades de que un tribunal pueda encontrar la respuesta correcta con certeza sobre la base de prueba *B_{mín}*. Por ejemplo, el juez puede ser comercialmente sofisticado, o bien la brecha narrativa puede ser un tanto reveladora. Segundo, existen posibilidades de que un tribunal cometa errores. Al existir esta posibilidad, las partes deben especificar una “distribución del error”: cómo pueden manifestarse los errores en casos determinados. Tal como se describió en el modelo inicial, dejamos

que las partes supongan que los tribunales que pueden cometer errores no están influenciados; y a cambio, se supone que los tribunales están en lo correcto la mayoría de las veces, aunque las partes sepan que cualquier interpretación puede ser errónea. Formalizamos esta postura al suponer que B representa la probabilidad de que un tribunal encuentre la respuesta correcta con certeza, y $(1 - B)$ la probabilidad de que ese tribunal realice solo una interpretación no influenciada de los términos del contrato que regulan la calidad. Para simplificar esta presentación, continuamos con el caso hipotético de que un tribunal no influenciado interpretará el contrato correctamente, o exigirá un nivel de calidad mayor o menor que el que las partes habían estipulado inicialmente. Suponemos que cada una de estas posibilidades ocurre con la misma probabilidad: $1/3$. Completamos esta historia llamando k al precio contractual –lo que espera recibir el vendedor– y llamando $r \leq k$ a la ganancia del vendedor en virtud de una posible renegociación. Esto nos permite formular la ganancia en expectativa del vendedor desde el momento en que las partes realizan el acuerdo de la siguiente manera:

$$E(S_s) = Bk + (1-B)(2/3 k + 1/3 r)$$

Con una probabilidad de B el vendedor recibe el pago total que el contrato estipula, que es el precio k , dado que el tribunal interpretará el contrato correctamente. Con una probabilidad $(1-B)$, el tribunal realizará una interpretación del nivel de calidad que el contrato exige, sin ningún tipo de influencias. De esta manera, cuando el vendedor haya cumplido con el contrato o con más de lo que se le exigía, que en total sucede $2/3$ de las veces, el vendedor recibe el pago total estipulado por el contrato k , y cuando el vendedor haya cumplido por debajo de lo exigido por el contrato, como ocurre $1/3$ de las veces, el vendedor recibe una renegociación del pago total r .⁴³

⁴³ Para entender por qué la nueva formalización generaliza el tratamiento original, podemos reescribir el modelo inicial para que los tribunales, a veces, encuentren la respuesta correcta con certeza. La ganancia esperada del comprador en el caso de la ganancia continua se expresa de la siguiente manera:

$$E(sb | Brin) = BSb(i^*) + (1 - B)[sb(i^*) + e] = Sb(i^*)$$

Dado que e significa cero: la ganancia esperada por el comprador equivale a lo que se debería llegar como resultado normal. Cuando esta generalización más formal se utiliza, el segundo término entre paréntesis, equivaldrá al interés en expectativa en el caso de la ganancia continua, aunque este término pueda ser menos en expectativa en el caso de la ganancia discontinua, como lo es en el tratamiento textual desarrollado anteriormente. Esto es así dado que cuando los tribunales cometen errores en el segundo caso, el vendedor se ve perjudicado por la posibilidad de recibir menos de su expectativa en caso de una renegociación, sin la presencia de ningún factor que mejore un poco su situación.

El pago total esperado del vendedor en virtud del contrato [E (S_s)] será menor que el derecho a la expectativa de este, que es el precio contractual de k . Esto es así dado que B es, comúnmente, menor que 1 (se espera que el tribunal no encuentre, de tanto en tanto, la respuesta correcta con certeza) y r , comúnmente, es menor que k (el vendedor espera recibir menos que el precio contractual en una renegociación). Dado que el hecho de proteger el derecho a la expectativa es eficiente, las partes pueden aumentar el excedente al incrementar el pago total esperado por el vendedor. Nuestras suposiciones con respecto a la relación entre el tamaño de la base de prueba y la precisión de las interpretaciones del tribunal, implican que la probabilidad B de que un tribunal encuentre la respuesta correcta aumenta a medida que la base de prueba se expande más allá de $B_{\text{mín}}$. Dado que el pago total esperado por el vendedor, en virtud del contrato, aumenta si B aumenta, a medida que el tribunal se vuelve más preciso, las partes, a pesar de que asuman un riesgo neutral, tienen razones para preferir una base de prueba mayor que $B_{\text{mín}}$.⁴⁴ Sin embargo, expandir la base de prueba tiene su costo. Las partes, entonces, deben elegir entre la eficiencia del aumento de la precisión y la ineficiencia del aumento de los costos de exigir el cumplimiento contractual.

Dos factores son los que influyen cómo las partes realizan esta elección. El primero de ellos es el poder de contratación que el vendedor tendrá en una renegociación; cuanto mayor sea el poder de contratación del vendedor, más cerca estará el pago total resultante de la renegociación r y la ganancia contractual k , y más cerca estará la ganancia en expectativa del vendedor del precio contractual. De esta manera, cuando el vendedor espera tener poder de contratación existirán menos probabilidades de que las partes, con anticipación, prefieran exponerse a un intercambio de pruebas con la contraparte, y a una etapa de prueba de un juicio con el objetivo de aumentar a B , la posibilidad de que el tribunal realice una interpretación correcta. Recordemos que el poder de contratación es una función de las partes relativa a la tasa de descuento, que comúnmente es la misma, y de los puntos de desacuerdo entre las partes. El punto de desacuerdo del vendedor es una función que implica el hecho de determinar cuán flexible la inversión resulta ser. El poder de contratación del vendedor se minimiza cuando, como en el ejemplo dado en el apartado III. B, la inversión no es flexible porque el pago del producto del desacuerdo será negativo.

⁴⁴ Además de expandir la base de prueba, las partes también podrían aumentar su excedente al cambiar la estructura del pago del contrato. Dado que el comprador se vería beneficiado mediante el término que estipula el precio, por las acciones que aumentaron el excedente, el comprador estaría de acuerdo con cualquiera de los métodos, siempre que valga la pena el costo.

Al realizar la elección entre la precisión y el costo, las partes también consideran un segundo factor: cuánto aumentará la probabilidad de que un tribunal realice una interpretación correcta, el considerar un precio o una categoría dada de prueba. En el ejemplo anterior, la presentación de un instrumento de prueba –el contrato previo– fue considerada como un documento que aumentaba substancialmente la probabilidad de que el tribunal encontrara la respuesta correcta. El contrato previo fue muy productivo, y generó un gran aumento de la precisión a un bajo costo. Cuando se espera que la prueba sea menos productiva, las partes tendrán menos posibilidades de que los tribunales realicen interpretaciones conforme a una base de prueba amplia.

Este análisis de la elección pertinente sugiere que las partes en el caso del pago total discontinuo, frecuentemente, prefieran una base de prueba más acotada en lugar de interpretaciones varias. Muchos más contratos se refieren a bienes relativamente estándares que pueden ser mejorados a través de una inversión especializada de una de las partes, que otros bienes que no tendrían uso práctico si no fueran los que las partes contemplaran. Como consecuencia, tanto las partes como el vendedor podrían normalmente reubicar una porción significativa de su inversión, y de esta manera, no se verían seriamente en desventaja en una renegociación. Además, la típica elección que las partes esperan afrontar luego en un contrato no trata sobre si un determinado instrumento de prueba será admitido o no, sino que recae más sobre si un tribunal hará interpretaciones en virtud de una solicitud formal a un tribunal por una moción de juicio sumario, por ejemplo, sobre la base *Bmín* o luego de la etapa de prueba, frente a un jurado.⁴⁵ Las etapas de prueba pueden ser muy costosas. Entonces, las partes preferirían bases de prueba amplias, tanto cuando su cumplimiento fuera altamente

⁴⁵ Los tribunales, frecuentemente, consideran pruebas extrínsecas al interpretar el contrato escrito. Un analista ha explicado recientemente que las pruebas extrínsecas incluyen tanto las pruebas acerca de las costumbres del comercio como pruebas acerca del intercambio entre las partes relacionadas con el cumplimiento contractual; las negociaciones previas al contrato; las negociaciones de contratos anteriores; o la historia de las negociaciones del contrato actual. Muchas veces estas pruebas extrínsecas no se basan solamente en documentos, sino que exigen una evaluación oral de las conversaciones entre las partes. Véase, William C. Whitford, "The Role of the Jury (and the Fact/Law Distinction) in the Interpretation of Written Contracts", en *Wis. L. Rev.*, 2001, pp. 931, 937. Mas del 50% de los casos que se tramitan en los tribunales federales se hacen a través de jurados, y entre un 25% y un 30% en los tribunales estatales. Véase, Marc Galanter, "Contract in Court; or Almost Everything You May or May Not Want To Know About Contract Litigation", en *Wis. L. Rev.*, 2001, pp. 577, 591, 598. tbl.3, 602 tbl.5, 605 tbl.7, 625 tbl.15.

especializado como cuando una categoría de prueba, aparte de *Bmín*, fuera muy productiva, una costumbre típica, por ejemplo.⁴⁶ Dado que estos ejemplos parecen abarcar solo una minoría de los casos, sugerimos que la preferencia mayoritaria en el caso del pago total discontinuo sirva también para que los tribunales utilicen bases de prueba más acotadas al realizar sus interpretaciones. Volviendo nuevamente a la etapa de creación del contrato, aquellas partes típicas invertirían recursos suficientes en la redacción solo para crear la base de prueba *Bmín* que permitiría al tribunal realizar una interpretación ausente de influencias.

Sumado a esto, las partes tienen la capacidad de proteger la expectativa del vendedor, en el caso del pago total discontinuo, al expandir la base de prueba. Su método tiene el fin de cambiar la estructura del pago contractual. La estructura de este caso crea la posibilidad de que una parte incurra en importantes pérdidas debido a un error judicial menor. El vendedor podría sufrir substancialmente si el tribunal sostuviera que se tendría que producir solo un nivel de calidad un poco mejor que el que se desprendería de una interpretación correcta del contrato. Son estos bienes inciertos, resultado de la norma que estipula que el vendedor debe cumplir con lo estipulado, lo que reduce el pago total esperado por el vendedor por debajo del precio. Sin embargo, las partes pueden responder a la necesidad de aumentar la ganancia en expectativa del vendedor al contratar por fuera de la norma. La manera más común de hacer esto es utilizando la cláusula de garantía estándar, que contiene una norma de reparación y reemplazo que elimina el derecho del comprador a rechazar el producto, pero le exige al vendedor que repare o reemplace las ofertas defectuosas u otras ofertas. Cuando el comprador no pueda rechazar el producto, el vendedor tiene derecho a obtener el precio, junto con los daños y perjuicio que se deducen de él.⁴⁷ La garantía estándar, entonces, elimina la característica de incertidumbre de la norma que estipula que el vendedor debe cumplir siempre con lo pactado, al garantizar que las expectativas de ambas partes se protejan a medida que estimen que sus ganancias serán determinadas por la correcta interpretación de la cláusula de reparación y reemplazo.

⁴⁶ Richard Craswell demuestra que, sin embargo, los tribunales evalúan la capacidad de prueba de las costumbres al evaluar los objetivos que ellas supuestamente tienen que cumplir. Véase, Richard Craswell, "Do Trade Customs Exist?", en *The Jurisprudential Foundations Of Corporate And Commercial Law*, 118, Jody S. Kraus & Steven D. Walt eds., 2000, pp. 138-42. [en adelante "Jurisprudential Foundations"]. Esto sugiere que las pruebas, a partir de las costumbres, son costosas de admitir y de probar.

⁴⁷ Véase, CCU, § 2-717.

Esta condición se cumplirá dado que dicha cláusula es analíticamente similar a la que estipula la preparación del producto establecida en el subapartado IV.C.1. En virtud de dicha cláusula, la ganancia en expectativa del comprador, $E [Sb (i)]$, equivale a la ganancia que recibiría en virtud de una correcta interpretación, Sb^* . Para entender por qué la cláusula de reparación y reemplazo tiene la misma característica, recordemos que el apartado 2-719 del CCU le permite a un vendedor limitar los recursos legales del comprador para reparar y reemplazar un producto,⁴⁸ mientras que el apartado 2-608(1) le permite al comprador “revocar su aceptación” solo si “una parte en desacuerdo reduce substancialmente el valor de los bienes para sí mismo”.⁴⁹ El apartado 2-719 (2) autoriza a un tribunal a rechazar el cumplimiento de una cláusula de reparación y reemplazo si “las circunstancias provocaran que el recurso legal se desviara de su objetivo primordial”.⁵⁰ El comentario I al apartado 2-719 explica que esta autorización existe dado que “debe haber por lo menos una cantidad justa de recursos legales ante un incumplimiento de las obligaciones establecidas en el contrato”.⁵¹

En virtud de estos apartados, la tarea interpretativa ante una cláusula de este estilo no es decidir conforme a la norma que estipula que el vendedor debe cumplir con lo pactado en el contrato si los bienes “no se ajustan en algún sentido a lo establecido por él”. En cambio, la cuestión inicial para un tribunal es resolver si el grado del éxito logrado por el vendedor en la tarea de reparación y reemplazo fue tal como para darle al comprador “una cierta cantidad de recursos legales”.⁵² De otro modo, la cláusula resulta inoperante y la pregunta cambia a: si los bienes se “reducen substancialmente” con respecto a su valor. La ganancia posible del comprador en virtud de una cláusula de reparación y reemplazo, entonces, aumenta a medida que el tribunal le exige al vendedor ir más allá de la interpretación correcta de dicha cláusula, y se reduce a medida que se le permite al vendedor cumplir en menor medida, al igual que la ganancia estipulada para el caso de la preparación del producto discutido anteriormente.

Debido a que la ganancia del vendedor es una función relacionada con el pago total del comprador, la ganancia posible en expectativa del vendedor también es continua de la misma manera. De modo que ambas partes esperarían que la ganancia en virtud de una cláusula de reparación

⁴⁸ *Ibíd.*, § 2-719.

⁴⁹ *Ibíd.*, § 2-608(1).

⁵⁰ *Ibíd.*, § 2-719(2).

⁵¹ *Ibíd.*, § 2-719 cmt. 1.

⁵² *Ibíd.*, § 2-601.

y reemplazo se equiparara a la ganancia en expectativa de las partes al contratar inicialmente. Esto sugiere que las partes que eligen una garantía de reparación y reemplazo desearán que los tribunales interpreten la garantía utilizando la base mínima de interpretación *Bmin*. Esto se debe a que, tal como se discutió anteriormente, es común para las partes comerciales esperar que los tribunales actúen correctamente la mayoría de las veces, y no dar por sentado que siempre actúan correctamente.

3. Resumen

El caso en el que la contraprestación de las partes es continua en el ámbito de una posible interpretación de un tribunal representa una amplia gama de lo que sucede realmente. Esto se debe a que el caso surge, con frecuencia, de manera “natural”, como en el ejemplo de la preparación del producto, y puede también surgir de manera “artificial”, como cuando las partes contratan para crear contraprestaciones continuas para aumentar la eficiencia de la estructura de dichas contraprestaciones. Las empresas en el caso del pago total continuo, comúnmente, prefieren que los tribunales adopten un estilo interpretativo textualista. El caso en el que la contraprestación de las partes es indiferente al grado del error judicial es probablemente menos común. Incluso en estos casos, los costos del litigio provocarán que la mayoría de las partes prefieran que los tribunales utilicen una base de prueba limitada. Es así como el estándar interpretativo más adecuado para las empresas es el textualista cuando el tema radica sobre qué significa lo redactado en el contrato.

Concluimos esta sección con un comentario relacionado con la práctica judicial. Los tribunales que toman decisiones dentro del sistema del *common law*, usualmente, adoptan un estilo de la corriente de Williston,⁵³ mientras que el CCU pretende estrictamente que se utilice un estilo interpretativo contextualista.⁵⁴ Los tribunales en general, sin embargo, consideran que las normas de interpretación son vinculantes. Los jueces son reticentes en

⁵³ Véase, Peter Linzer, “The Comfort of Certainty: Plain Meaning and the Parol Evidence Rule”, en *Fordham L. Rev.*, 71, 2002, pp. 799, 805-06; Robert E. Scott, “The Uniformity Norm in Commercial Law: A Comparative Analysis of Common Law and Code Methodologies”, en *Jurisprudential Foundations*.

⁵⁴ Véase, § 1-205 CMT 1. Esta Ley refleja tanto la lectura “para la gente común y corriente como para ‘los especialistas’ a la hora de interpretar un contrato comercial”. El significado del contrato para las partes será determinado por el idioma utilizado por ellos y por sus acciones, sus lecturas y sus interpretaciones a la luz de las prácticas comerciales y otras circunstancias relacionadas.

cuanto a la inclusión de la facultad coercitiva del estado para exigirle a una parte que cumpla con el contrato (o pague la indemnización por daños y perjuicios), a menos que el juez esté de acuerdo en que el contrato exigiera cierta obligación que la parte no haya cumplido. Pareciera que los tribunales, no las partes, deberían elegir las normas que determinan cómo deben interpretarse los contratos. Esta idea es acertada aunque podría derivar en conclusiones erróneas. Generalmente, el derecho le permite a las personas y a las empresas tomar decisiones al momento de litigar, que pueden provocar que los tribunales actúen sin contar con toda la información necesaria. Por ejemplo, las personas y las empresas podrían renunciar al derecho de ser representados por un abogado, acordar ciertas premisas de pleno derecho, y utilizar procesos de arbitraje cuyos resultados sean vinculantes para los tribunales. En conclusión, el derecho sacrifica la precisión a la hora de tomar decisiones, para promover las elecciones personales de las partes. De la misma manera, se debe permitir que las partes estimen los costos ahorrados provenientes de interpretaciones contractuales sobre bases de evidencias mínimas, incluso si, en algún caso, la suerte de una interpretación acertada fuera más beneficiosa con una base más amplia.⁵⁵

D. Idiomas privados. Estándares lingüísticos y la normativa acerca de las pruebas orales.

1. El estándar lingüístico preferido

Ahora, nos concentraremos en un caso en donde las partes han escrito un contrato completo en determinado idioma. El tema radica en si, en caso de que el contrato no regule al caso hipotético, un tribunal debe exigirle a las partes que redacten en el idioma mayoritario. La suposición judicial alternativa diría que, en caso de conflicto, las partes preferirían tener la oportunidad de presentar pruebas extrínsecas para verificar que ciertas secciones pertinentes del contrato fueron escritas en el idioma privado de las partes. A continuación establecemos cuatro razones para explicar por

⁵⁵ Si las partes prefieren que los tribunales utilicen bases que sean lo suficientemente amplias como para utilizar tiempo judicial, para resolver otra categoría de casos, entonces los tribunales deberían omitir las preferencias de las partes. Es poco probable, a pesar de todo, que exista un peligro al adoptar las preferencias interpretativas de las partes, debido a que las partes de hoy en día, por lo general, prefieren que las interpretaciones sean más cortas de lo que son. Por lo tanto, en la medida que no surjan efectos negativos para terceros por el respeto que se tiene a los estilos interpretativos de las partes, el hecho de respetar sus preferencias sería eficiente en la mayoría de los contratos de hoy en día.

qué el “estándar lingüístico” debería sostener que el contrato fue escrito en el idioma mayoritario. La implementación práctica de esta propuesta es que cuando un contrato no regula el tema en cuestión, el tribunal no debe expedirse más allá de la base de prueba *Bmín* al intentar identificar el idioma utilizado en el contrato.⁵⁶

Muchas partes preferirían el estándar lingüístico que proponemos debido a que este estándar (1) reduciría los costos contractuales, (2) minimizaría las oportunidades de comportamientos estratégicos, (3) reduciría el riesgo de errores judiciales, y (4) ampliaría la gama de contratos eficientes que las partes podrían redactar. Comencemos con el tema de los costos contractuales. Los comentarios al apartado 2-202 del CCU adoptan un estándar lingüístico contextualista algo rígido. El comentario 2 establece: “Las redacciones se deben interpretar teniendo en cuenta los contratos previos [...], y los usos y costumbres del comercio se dan por conocidos (lo que significa que los usos y costumbres sirven de auxilio a la interpretación del documento) [...] salvo que fueran expresamente omitidos [...]. Aunque si el estándar fuera revisado, las partes podrían contratar fuera del estándar lingüístico de significado simple por un costo similar o inferior”. Por ejemplo, consideremos lo siguiente: “El presente contrato debe interpretarse en virtud de las costumbres del comercio del software en cuestión”. Es raro que las partes describan las costumbres actuales en el contrato debido a que los costos contractuales se incurren al momento de redactar el contrato, mientras que los costos de resolución de conflictos incurren a futuro y con ciertas probabilidades. Como consecuencia, será más económico pedirle a los tribunales que consideren las costumbres, en caso de que surjan diferencias

⁵⁶ La postura que sostiene que una parte debe siempre poder demostrar que su contrato fue escrito en el idioma privado, a veces, se justifica por la autonomía de las partes. Es así como el Presidente de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, Traynor, explicó en *Pacific Gas & Electric Co. v. G.W. Thomas Drayage & Rigging Co.* que la intención de las partes expresada en el contrato es la fuente de los derechos y las obligaciones contractuales. Un tribunal debe precisar y dar efecto a esta intención al determinar qué significado quisieron darle a las palabras que utilizaron. 442 P.2d 641, 644 (Cal. 1968). Este argumento no es una conclusión tal como está expresado. Nadie diría que la normativa que establece que los contratos deben plasmarse por escrito interfiere con la autonomía de las partes de una manera profunda, a pesar de que sí le exige que no contraten solo verbalmente. Véase, CCU, § 2-201. No sería una interferencia con la autonomía para los tribunales, el hecho de asumir que redacten sus contratos en el idioma mayoritario, si existieran razones suficientes para crear los incentivos que esta suposición implica. De esta forma, lo dicho anteriormente tiene más fuerza para demostrar que una visión de la interpretación basada en la autonomía justifica la norma establecida por Traynor, incluso cuando dicha visión se haya aplicado de manera apropiada a las empresas.

irreconciliables posteriormente.⁵⁷ Además, una minoría de los contratos son redactados en idiomas privados, y las partes que los redactan, exigen su cumplimiento por medio de árbitros y no por medio de jueces ordinarios. Entonces, menos partes tendrán que contratar por fuera de un estándar que establece que las mismas redacten el contrato en el idioma mayoritario, que hacerlo por fuera del estándar contrario.⁵⁸

Un estándar lingüístico de significado simple, es decir, un estándar que restrinja al tribunal a la base interpretativa *Bmín*, también reduciría comportamientos estratégicos.

Para entender el porqué, consideremos un contrato entre la parte A y la parte B, en donde las estipulaciones pertinentes sean redactadas en el idioma privado de las partes. Supongamos que este contrato no favorece a B de la manera que esperaba. Entonces, B desearía, estratégicamente, discutir la interpretación de un determinado tema, sosteniendo que el contrato fue escrito en el idioma mayoritario con el objetivo de mejorar la posición de su negociación. B podría tratar el tema solo si demostrara que las palabras utilizadas en el idioma privado de las partes tuvieran un significado claro pero diferente en la comunidad lingüística mayoritaria. B trataría ese tema solo si el significado diferente también lo eximiría de cumplir con el contrato. Estas dos condiciones, para evitar el efecto de un idioma privado, son difíciles de satisfacer debido a que, mientras existen muchos idiomas privados, solo uno es el idioma mayoritario. De esta manera, sería una coincidencia de palabras tener en un idioma privado particular un significado claro pero diferente como en el idioma mayoritario, que también

⁵⁷ Algunos expertos consideran que si los tribunales siguen la corriente de Williston, y entonces adoptan un idioma mayoritario como el idioma estándar, las partes incurrirán en gastos adicionales al traducir su idioma privado en el idioma mayoritario para lograr que sus intenciones sean claras para los intérpretes judiciales. Véase, Jody S. Kraus & Steven D. Walt, "In Defense of the Incorporation Strategy", en *Jurisprudential Foundations*, pp. 193, 197-200. Este argumento supone que las partes solo pueden esquivar el idioma estándar del significado simple incurriendo en costos de traducción. Pero tal como el debate en el texto ha demostrado, las partes pueden adoptar un idioma privado, de manera poco onerosa, al acordar que en caso de algún conflicto las pruebas se admitirán conforme a dicho idioma. Además, incluso cuando los contratos contienen idiomas privados particulares, la mayoría de esas palabras se redactan en el idioma mayoritario. De esta forma, si el estándar lingüístico es el idioma privado, las partes que deseen excluir las interpretaciones del idioma privado, del idioma mayoritario, tendrían que identificar todos los términos del idioma mayoritario y prohibir explícitamente el uso de pruebas extrínsecas para su interpretación.

⁵⁸ Las normas de interpretación actuales son obligatorias (o "cuasi-obligatorias"). Para el propósito del presente análisis, que se centra solo en las preferencias de las partes, es más adecuado tratar las normas como estándares.

favoreciera una parte como B. Supongamos ahora que el contrato está escrito en el idioma mayoritario. La multiplicidad de los posibles idiomas privados permitiría que B estableciera con más facilidad un significado privado y favorable. Una solicitud común es reclamar que los precios o cantidades establecidas son solo “estimaciones” o “proyecciones” en el idioma privado utilizado por las partes. El estándar lingüístico que favorecemos reduciría la posibilidad de que esta solicitud fuera otorgada, debido a que una parte tendría que decidir ante un posible conflicto, si redactar en el idioma privado y luego proponerle a la otra parte que el contrato sea escrito e interpretado en ese idioma. La otra parte no aceptaría, salvo que dicho idioma existiera realmente y tuviera significados que fueran accesibles a los tribunales. Así, al exigirle a las partes con anticipación que sostengan que están redactando el contrato en el idioma privado, mejoraría en gran medida la preocupación de que una parte intentara salir de una negociación poco favorable en base a que su contrato fue escrito en un idioma privado mítico.

Los dos estándares lingüísticos en cuestión pueden ahora ser reconsiderados en virtud del presente análisis. Si un tribunal siempre le permite a las partes ofrecer pruebas redactadas en el idioma privado, una parte en desacuerdo tendría una fuerte iniciativa para atribuirle un significado favorable y ficticio a un contrato redactado en el idioma mayoritario. Un estándar que presuponga que las partes deban redactar en el idioma mayoritario a menos que su contrato estipule lo contrario, evitaría dicha manipulación. Si las partes redactaran realmente en el idioma privado y contrataran por fuera del estándar de la corriente de Williston, sería difícil para alguna de ellas comportarse posteriormente de manera estratégica en relación a la interpretación, dado que, como acabamos de demostrar, las condiciones para evitar el uso de idiomas privados son demasiado estrictas. El estándar lingüístico que supone que las partes redactan en el idioma mayoritario, reduciría el comportamiento estratégico de manera más efectiva que las normas que se establecen en los comentarios actuales realizados al CCU.

Un estándar lingüístico de significado simple que conjeturara que las partes redactan en el idioma mayoritario, también reduciría el riesgo de errores judiciales. Existe una comunidad lingüística mayoritaria, pero a la vez existen muchas comunidades privadas posibles. Como consecuencia, cuando los idiomas privados están permitidos, como lo están hoy en día, un tribunal tiene dos tareas interpretativas: establecer el idioma de las partes y establecer qué quisieron estipular las partes al utilizar ese idioma. El peligro de que un tribunal se decida por el idioma equivocado es real dado que una comunidad lingüística privada puede ser tan pequeña como las partes lo

son en relación al contrato. De esta manera, una parte en desacuerdo podría tranquilamente sostener que la conducta de las mismas antes o durante la negociación demostró que, conforme al idioma compartido, “todo” significaba “algunos”,⁵⁹ que el hecho del acuerdo de tomar una cantidad “mínima” significaba que el comprador podía tomar mucho menos,⁶⁰ o que una opción incondicional era realmente condicional.⁶¹ Cuando este tipo de reclamos es falso pero los tribunales consideran que es verdadero se estará produciendo una interpretación errónea del contrato por parte del tribunal.

Para entender cómo funciona esto, recordemos nuestro argumento formulado en el apartado IV.C sobre el hecho de que las empresas están satisfechas con que los tribunales acierten la mayoría de las veces y no todas. El error cometido en esta oportunidad es diferente del error que se describió en aquel apartado. Por ejemplo, supongamos que un contrato utiliza la palabra “rojo”, y una parte en desacuerdo convence al tribunal, erróneamente, de que el contrato fue escrito en un idioma privado en el que la palabra “rojo” significaba “verde”. Tanto rojo como verde son palabras vagas. En este ejemplo, el campo de posibles interpretaciones judiciales se centraría alrededor de algunas cualidades del concepto “verde”, aunque el tribunal en este caso podría no acertar la mayoría de las veces. Se intentaría encontrar la sombra adecuada de verde mientras que las partes, de manera anticipada, desearían que el tribunal encontrara la sombra correcta de rojo. Cuando los tribunales están equivocados con respecto al idioma del contrato, sus consideraciones son ineficientes dado que lo único que es eficiente es proteger las expectativas de las partes en virtud del contrato que ellas redactaron. De este modo, las partes se enfrentarían a un riesgo intensificado de interpretaciones cuando los tribunales siempre resuelven reclamos que sostienen que el contrato fue escrito en el idioma privado. Las partes típicas preferirían que los tribunales supusieran que ellas redactaron el contrato en el idioma mayoritario.

Finalmente, una interpretación contextualista en general, y en especial aquella interpretación contextual que permitiera el uso de idiomas privados, podría reducir la cantidad de contratos eficientes que las partes redactaran. Acabamos de sostener que una interpretación contextualista puede crear un peligro moral. Es posible creer que cuanto más complejo es el contrato, más fácil será crear conflictos con respecto a lo que él establece y en cuanto al

⁵⁹ Véase, *Pac. Gas & Elec.*, 442 P.2d 64.1.

⁶⁰ Véase, *Columbia Nitrogen Corp.*, 451 F.2d 3.

⁶¹ Véase, *Hunt Foods & Indus., Inc. v. Doliner*, 270 N.Y.S.2d 937, *aff'd*, 272 N.Y.S.2d 686 (App. Div. 1966).

idioma en que fuera escrito. Sumado a esto, el litigio es más costoso en un régimen de interpretación contextual debido a que las partes completarán etapas probatorias con más frecuencia. El hecho de que los regímenes contextualistas aumentan la probabilidad y el costo de los conflictos, crea un incentivo para que las partes utilicen contratos más simples, pero posiblemente más eficientes.⁶² Un ejemplo facilitaría la comprensión de este punto. Supongamos que las partes pueden crear un contrato complejo que generaría un excedente neto en expectativa de \$15 por un costo de \$5 necesario para redactar el contrato. Las partes también pueden crear un contrato más simple donde se genere una ganancia neta en expectativa de \$8 por un costo de redacción de \$1. Ellas deberían redactar el contrato complejo debido a que el excedente social neto en expectativa de los \$10 supera el excedente social en expectativa de \$7 que el contrato en su versión simple produciría. Supongamos, sin embargo, que existe una posibilidad de 1/3 de que surja un conflicto de interpretación cuando las partes utilicen un contrato complejo en un régimen de interpretación contextualista y no existe posibilidad alguna de que surja un conflicto cuando las partes utilicen un contrato simple (formalmente, uno necesita solamente una posibilidad alta de conflicto cuando el contrato es complejo). Si existe un conflicto de interpretación, las partes, como en el caso del pago total continuo descrito anteriormente, esperaran que el tribunal interprete el contrato correctamente. Una correcta interpretación permitiría a las partes obtener (y compartir) el excedente para el cual el contrato fue celebrado. En este ejemplo, las partes utilizarían el contrato simple si el costo de ir a juicio excediera la suma de \$10.⁶³ Dado que se cree que los costos judiciales suelen ir de la mano de la suma en disputa, no es prudente sugerir que un régimen de interpretación contextual provoque que las partes se inclinen por contratos simples. Para completar el ejemplo, supongamos que el costo del juicio es de \$12, por lo cual las partes utilizarían la forma de contrato simple. Supongamos

⁶² Un tratamiento formal de la relación entre los costos contractuales y los costos de hacer exigir el cumplimiento, y la elección de las partes de una formalidad contractual determinada, se puede observar en Alan Schwartz & Joel Watson, "The Law and Economics of Costly Contracting", en J.L. Econ. & Org., 20 próxima publicación en Apr. 2004.

⁶³ La ganancia en expectativa de un contrato complejo dada la probabilidad de un conflicto es: $7 (\$15) + 3 (\$15 - t) - \$5$, donde el primer término representa la ganancia en expectativa al no existir conflicto alguno, el segundo término representa la ganancia en expectativa como resultado de un juicio (t es el costo del juicio), y el tercer término representa el costo de crear el contrato. La ganancia neta en expectativa como resultado del contrato simple es de \$7. Esta suma excede la ganancia resultante del contrato complejo cuando t excede \$10.

ahora que el Estado cambia a un régimen de interpretación textualista. Por conveniencia, supongamos que la probabilidad de que surja un conflicto es la misma en ambos regímenes, aunque el conflicto de interpretación típico será resuelto mediante una sentencia en juicio sumario, por un costo que sea la mitad del costo que representa un juicio ordinario. Así, las partes utilizarían el contrato en su modelo complejo y maximizarían el excedente social.⁶⁴

Cuando las partes consideran qué tipo de contrato deben redactar, y qué tipo de negociación quieren crear, ellas no solo considerarán los costos y las ganancias que surjan de la creación del duelo inicial, sino también la probabilidad y los costos de los conflictos que puedan llegar a surgir en el futuro. En el presente ejemplo, cuando el costo de los conflictos se tiene en cuenta en la suma final, las partes en un régimen de interpretación contextualista, utilizarán un contrato simple pero menos eficiente, en vez de un contrato complejo y más eficiente. Para estar seguros de esto, un ejemplo nos puede demostrar que los regímenes de interpretación contextualista siempre inducen a las partes a utilizar contratos menos eficientes. Lo que se desprende de esta descripción de un costo que no se tiene en cuenta y que surge de estos regímenes es que ellos a veces compran mayor precisión a cambio de contratos menos eficientes. Esta desventaja refuerza nuestra visión de que las partes comerciales, generalmente, prefieren un estándar lingüístico de significado simple, que implique el uso de un estilo de interpretación que adopte la corriente de Williston.

Este análisis nos permite, además, clarificar el debate entre los contextualistas y los textualistas, y también sugiere una nueva aproximación al entendimiento de la función de las cláusulas de integralidad contractual. Los contextualistas sostienen que las interpretaciones hechas sobre bases de prueba amplias probablemente sean correctas con respecto a las interpretaciones hechas sobre bases más acotadas. Los textualistas difieren con esta postura. El conflicto entre estas visiones, que hemos discutido anteriormente es irrelevante si el tema central se refiere a qué establece el contrato. Las empresas están conformes con las interpretaciones de su idioma que son correctas la mayoría de las veces, no siempre, y prefieren bases de prueba limitadas antes que amplias. Sin embargo, el conflicto acerca de la interpretación cobra mucha importancia cuando el tema sobre el cual recae la interpretación se refiere al idioma en el cual las partes han redactado. En un caso como estos, tal como se comentó anteriormente, una base de prueba amplia le da a una parte en desacuerdo la oportunidad de traer a colación el tema del idioma de manera

⁶⁴ En este ejemplo, cuando $t = \$12$, $\frac{1}{2} t$ es igual a $\$6$, y la ganancia en expectativa como resultado de utilizar el contrato complejo alcanza los $\$8,20$, que excede la ganancia de $\$7$ resultante del contrato en su forma simple.

estratégica. Las bases de prueba amplias también aumentan el riesgo de cometer errores judiciales y reducir la cantidad de contratos eficientes que las partes pueden redactar. Nuestro análisis, entonces, apoya la conclusión de que los tribunales deben interpretar los contratos comerciales sobre bases de prueba mínimas, en caso de que el tema recaiga sobre qué significa el idioma del contrato o en qué idioma el contrato fue redactado, salvo que las partes de manera explícita, instruyan al tribunal de otro modo.⁶⁵

Se entiende que las cláusulas de integralidad del contrato restringen la base de prueba disponible para los tribunales al realizar interpretaciones.⁶⁶ Debido a que hoy en día los tribunales investigan de manera amplia en búsqueda de la respuesta correcta, dichas cláusulas son de difícil aplicación para las partes, y se cree que tienen una función extra a raíz de esto.⁶⁷

Una cláusula de integralidad, en caso de cumplirse, limitaría a los

⁶⁵ Esta conclusión podría llegar a traer como colación un problema ya resuelto. Si las partes pueden dar instrucciones interpretativas, estas deberán ser interpretadas, como así también las instrucciones acerca de cómo interpretar las instrucciones, y así sucesivamente. Este problema no pareciera ser un problema serio. El estándar por el cual nos avocamos exigiría que las partes le transmitan a los tribunales que es necesario ampliar la base de prueba. P. ej., el contrato diría: "Utilizar la costumbre". No hay muchas razones para que las partes digan "utilicemos la costumbre de manera comprensiva". Los tribunales, pocas veces necesitarán instrucciones para saber cómo interpretar simples directivas, que se refieran a las categorías de prueba vigentes en la actualidad.

⁶⁶ Una cláusula de integralidad establece que el contrato escrito es la expresión final de las partes con respecto a sus intenciones. Un ejemplo cotidiano sería el siguiente: "el presente contrato contiene el entendimiento definitivo entre las partes y representa el acuerdo final con respecto a todos los términos contractuales. No existen acuerdos orales o declaraciones relacionadas con él. El contrato es una combinación de todos los propósitos, todas las negociaciones y todas las declaraciones que se refieren al objeto del contrato y a sus estipulaciones". Para ver ejemplos de cláusulas similares, véase, *Luther Williams, Jr., Inc. v. Johnson*, 229 A.2d pp. 163, 165 (D.C. 1967); and *UAW-GM Human Res. Ctr. v. KSL Recreation Corp.*, 579 N.W.2d pp. 411, 412 (Mich. Ct. App. 1998).

⁶⁷ Véase, *Franklin v. White*, 493 N.E.2d pp. 161, 166 (Ind. 1986): "una cláusula de integralidad representa parte de la prueba de las intenciones de las partes. El tribunal de primera instancia deberá considerar dicha cláusula junto con toda otra prueba pertinente a la cuestión de la integralidad". *Sutton v. Stacey's Food Mart, Inc.*, 431 A.2d pp. 1319, 1322 n.3 (Me. 1981) "una cláusula de integralidad no es válida si un contrato se redactó considerando que fuera un contrato completo y definitivo." *Restatement (Second) Of Contracts* (Tentative Draft Nos. 1-7, 1973), § 242 cmt. e; Véase también, *Restatement (Second) Of Contracts*, 1981, § 209 cmt. b: "los contratos escritos [...] pueden incluir una declaración explícita de que no existen otros acuerdos entre las partes, aunque dicha declaración puede no ser definitiva". El Profesor Corbin es considerado como la persona que más apoya este argumento: "nunca se puede determinar por mera interpretación de las palabras de un contrato si es el fruto de una combinación, si es la expresión final y completa de un contrato, o si es solamente la expresión parcial del contrato". Arthur Linton Corbin, *Contracts*, 3, 1960, § 581 at 442.

tribunales a referirse solo a la base de prueba *Bmín*. Las partes que son conscientes de que la base es así de limitada, tendrían un gran incentivo para redactar el contrato en el idioma mayoritario. Al adoptar la cláusula de integralidad, entonces, las partes le dan a entender al tribunal que dicho incentivo las ha motivado a utilizar el idioma mayoritario. De esta manera, un tribunal, a pesar de que no se encuentre persuadido por nuestro argumento más general que establece que el idioma mayoritario debe ser el idioma estándar, debe interpretar la inclusión de una cláusula de este estilo en el mismo sentido en que las partes lo redactaron en el idioma mayoritario.⁶⁸

2. La normativa en relación a las pruebas orales

Una presunción típica de esta normativa establece que cuando los términos y condiciones contractuales se “establecen por escrito, con la intención de las partes de que sean la última expresión de su acuerdo”, dichas estipulaciones “no pueden ser contradichas por pruebas de cualquier otro contrato o por un acuerdo oral contemporáneo, aunque pueden ser explicadas o complementadas mediante su cumplimiento mismo, negociaciones previas al contrato, o por los usos y las costumbres del comercio”.⁶⁹ Esta normativa está plasmada en una redacción “estricta” y en una redacción “menos exigente”. Los tribunales que adoptan la versión estricta de la normativa deciden si un contrato escrito es ambiguo a partir del propio documento; es decir, el tribunal realiza una interpretación sobre la base de prueba *Bmín*. Los tribunales que adoptan la versión menos eficiente evalúan todas las pruebas extrínsecas antes de decidir

⁶⁸ Consideramos que los tribunales deberían adoptar un estándar lingüístico de la corriente de Williston, dado que las partes lo prefieren y porque existen razones de eficiencia “externa” para justificar el estándar. En primer lugar, el Estado subsidia al sistema judicial y tiene razones independientes para reducir la probabilidad de que surjan conflictos. Por las razones dadas anteriormente, nuestro estándar reduciría esta probabilidad en el futuro. Segundo, si los contratos se redactan en el idioma mayoritario, los tribunales pueden crear vocabularios estándares que puedan regular las operaciones comerciales. Cuando una frase tiene un sentido fácilmente interpretable, las partes que lo utilicen sabrán lo que la frase les pedía que hagan y lo que los tribunales dirán que la frase exige. Los tribunales que aíslan el significado de los términos en el idioma mayoritario, de interpretaciones no comunes y corrientes, mediante la interpretación de las mismas palabras de igual manera en diferentes casos, crean un bien colectivo: un grupo de normas con significados que ya se entienden por una gran cantidad de futuras partes contratantes. Como conclusión, los tribunales deberían fomentar el uso del idioma mayoritario por parte de los contratantes. Véase, Alan Schwartz, “Contract Theory and Theories of Contract Regulation”, en *Revue D’economie Industrielle*, 92, 2000, pp. 101, 102-03; Robert E. Scott, “The Case for Formalism in Relational Contract”, en *Nw. U. L. Rev.*, 94, 2000, pp. 847, 853-56.

⁶⁹ CCU, 2003, § 2-202.

si existe una ambigüedad.⁷⁰ Se considera que el CCU ha adoptado la versión menos exigente, al igual que algunos tribunales bajo el *common law*. Como debe suponerse, esta versión de la normativa es justificable solo si los tribunales consideran todas las pruebas que se relacionen con lo que las partes intentaron plasmar en el contrato; no es justificable si los tribunales consideran solo las pruebas que las partes, de antemano, deseaban que los tribunales examinaran.

Al contrario de la creencia convencional, el texto del CCU que estipula la normativa acerca de las pruebas orales, en realidad, adopta el estándar lingüístico por el cual surge el presente trabajo. El artículo 2-202 establece que las pruebas extrínsecas pueden “explicar o complementar” un contrato, pero no contradecirlo. Este idioma, cuando presenta su significado obvio, crea una iniciativa muy fuerte para las partes, para que redacten en el idioma mayoritario. Para entender el porqué de esta cuestión, supongamos que una frase contractual tiene el simple significado *mM* en el idioma mayoritario y el significado igualmente simple pero diferente *mp* en el idioma privado de las partes. Si una parte pudiera presentar pruebas extrínsecas explicando que el contrato, en verdad, tenía el significado *mp*, entonces, las pruebas extrínsecas nunca podrían contradecir al contrato. El significado *mp* no contradeciría el significado *mM* debido a que el contrato, entendido correctamente, nunca significaría *mM*. En un sentido más concreto, si una de las partes pudiera presentar pruebas extrínsecas para demostrar que las partes quisieron decir “verde” cuando redactaron “rojo”, las pruebas extrínsecas podrían “explicar” el contrato, pero nunca “contradecirlo”. Una contradicción se podría dar solamente si se considera que el contrato está redactado en el idioma mayoritario y la prueba extrínseca se presentara para demostrar un significado en un idioma distinto a *mM*. Entonces, salvo que la palabra “contradecir” se entienda fuera de la ley, el artículo 2-202 debe considerarse como una norma que presupone que los contratos están escritos en el idioma mayoritario, pero que permiten la presentación de pruebas extrínsecas para clarificar las ambigüedades.⁷¹

3. Pruebas presentadas durante el plazo contractual

⁷⁰ Véase, Eric Posner, “The Parol Evidence Rule, the Plain Meaning Rule, and the Principles of Contractual Interpretation”, en *U. Pa. L. Rev.*, 146, 1998, pp. 533, 534.

⁷¹ La interpretación propuesta del artículo 2-202 se sugirió en *Southern Concrete Services, Inc. v. Mableton Contractors, Inc.*, 407 F. Supp. 581 (N.D. Ga. 1975). El contrato exigía que el demandado comprará cierta cantidad de cemento, y al no cumplir, se defendió diciendo que los usos y las costumbres del comercio y acuerdos complementarios entre las partes demostrarían que “la cantidad estipulada en el contrato no era obligatoria [...] y que tanto la cantidad como el precio eran entendidos como conceptos sujetos a negociación”. El tribunal desestimó la presentación de estas pruebas, dado que consideró que el requisito explícito de la cantidad sería contradictorio si se considerara que no era una cuestión obligatoria.

El CCU, de manera explícita, invita a los tribunales a considerar el cumplimiento de las partes conforme al contrato.⁷² Se dice que dichas pruebas son “siempre importantes” para el sentido del contrato. Si el Estado tuviera que facilitar la teoría interpretativa que las partes desean, un error frecuente sería la redacción de contratos complementarios con una prueba, en relación a la conducta de las partes, tras la firma del contrato. El cumplimiento de las partes a lo largo de un contrato difiere de las pruebas de las otras categorías debido a que pueden presentarse, no solo para demostrar lo que las partes deseaban al contratar originalmente, sino también para probar que ha cambiado el sentido que las partes le quisieron dar al contrato. De esta forma, las pruebas de que el comprador aceptó productos de calidad inferior a aquellos que se establecen en el contrato podrían demostrar que las partes modificaron la exigencia de la calidad contractual. Admitir pruebas en relación a la conducta de las partes tras la firma del contrato para probar un cambio en el significado es congruente con la normativa de derecho contractual tradicional que establece que el contrato de las partes puede ser inferido por actos u omisiones.⁷³ Más allá de eso, los tribunales deberían ser reticentes a admitir pruebas de acto u omisión para demostrar una modificación en el significado del contrato. La existencia de un contrato escrito indica que las partes, alguna vez, creyeron que la ganancia que surge de escribir sus acuerdos excedía los costos. En ausencia de pruebas de que estos cálculos han cambiado, la mejor conclusión a la que se puede llegar es que las partes desean que las modificaciones también se escriban. Si esta inferencia no fuera obligatoria, por lo menos debería serlo cuando el contrato contiene una cláusula que exige que las modificaciones se realicen por escrito. Los tribunales, aceptando la invitación del CCU, sostienen con frecuencia que una conducta puede provocar una renuncia al derecho de exigir la cláusula de la “modificación oral”.

El uso por parte del Código y los tribunales de las pruebas relacionadas con la conducta de las partes tras la firma del contrato para establecer un cambio en su significado refleja una mala interpretación de las reales intenciones de las partes. Para entender por qué consideremos el ejemplo del nivel de calidad comentado en el párrafo anterior. Supongamos que el precio contractual fue de \$2000 por los productos entregados y el contrato contenía una cláusula de

⁷² *Ibid.*, § 2-202(a).

⁷³ Véase, p. ej., CCU, 1989, § 2-208 cmt. 1: “las partes mismas saben qué han querido decir con las palabras utilizadas en el contrato, y sus acciones, en virtud de él, son la mejor expresión del verdadero sentido”.

modificación oral sumada a la especificación de calidad. Las partes esperarían que surgieran diferencias con la calidad especificada en el contrato de vez en cuando. Para el comprador, la pérdida en expectativa de la diferencia (la probabilidad de una diferencia modifica el costo) es de \$100. Entonces, habrá ocasiones en que una diferencia creará un costo que se aproxime a cero (puede ser que el comprador perdona a los clientes o que la falta de calidad se pueda corregir rápidamente). Habrá otras veces que una diferencia pueda imponer una pérdida cuyo valor de expectativa sea equivalente o exceda \$500 (por ejemplo, el comprador tiene un cliente nuevo y adinerado para quien la calidad es importante, o que la diferencia fuera difícil de corregir en un período de gran demanda). Las partes también son conscientes de que no justificaría el precio litigar contra la falta de calidad promedio (la litigación costaría, por ejemplo, \$150 por cada diferencia existente).⁷⁴

El contrato en este ejemplo tiene tres características importantes: (1) El precio no decrece cuando el nivel de calidad entregado decrece, (2) existe una especificación escrita sobre la calidad que el vendedor debe entregar, y (3) existe una cláusula de modificación oral. Estas características, junto con el costo causado por las diferencias, apoyan dos conclusiones con respecto a la importancia de la interpretación de las pruebas en relación a la conducta de las partes tras la firma del contrato. Primero, las características (1) y (2), junto con las premisas acerca de los costos, implican que las partes no esperan litigar debido a las diferencias que surjan por la calidad promedio. En lugar de eso, el comprador aceptará las entregas que no lo satisfagan y que causen pérdidas algunas veces, con el costo de estas diferencias reflejadas en un precio más bajo. La característica (3), la cláusula de la modificación oral, implica que el vendedor no debe suponer a partir de una serie de aceptaciones de bienes cuyos defectos provoquen pérdidas al comprador que él aceptará una entrega que no le satisfaga y que le provocaría una pérdida mayor. La segunda conclusión extraída del ejemplo es que las diferencias de grandes costos en la calidad de los productos están prohibidas.

Este ejemplo captura una particularidad importante del comportamiento contractual. Cuando las partes comerciales incurren en costos para respetar las obligaciones escritas, lo hacen en ocasiones para permitirle a las partes hacer valer sus derechos en virtud del contrato escrito, y para hacer valer los asuntos

⁷⁴ Este ejemplo fue presentado por el modelo de Ben-Shahar, aunque él, aparentemente, suponía que las diferencias imponen la misma pérdida en cada período, en vez de la misma pérdida en promedio. De esta manera, las partes son indiferentes al hecho de que los tribunales admitan pruebas durante el cumplimiento contractual para demostrar un cambio en el significado de los términos contractuales.

correctos a la vez. Las pruebas relacionadas con la conducta de las partes tras la firma del contrato, comúnmente, son irrelevantes para demostrar lo que el contrato originalmente significaba en el pasado o significa en el presente. El comportamiento ameno de las partes luego del contrato probablemente pruebe solo su punto de vista acerca de cómo los casos normales pueden ser resueltos. Los tribunales, sin embargo, consideran el caso anormal de que el contrato fue escrito para estipular el comportamiento de las partes.⁷⁵ Los tribunales deberían reconocer que las partes, a veces, tienen más de una intención al contratar. Sus acciones en virtud del contrato probarán sus intenciones ante casos típicos pero, rara vez, probarán sus intenciones ante casos atípicos. En consecuencia, un tribunal seguramente cometa un error cuando confíe en el comportamiento de las partes en aquellos casos que no presentan controversias para inferir cómo las partes desean que un caso conflictivo sea resuelto.⁷⁶

IV. El proyecto estándar legal

En la parte IV del presente artículo, consideramos que las partes sofisticadas, habitualmente, prefieren una teoría de interpretación estándar que instruya a los tribunales acerca de cómo utilizar bases de prueba limitadas, y la suposición de que los contratos comerciales se redactan en el idioma mayoritario. Los tribunales pueden interpretar solamente lo que se dice, por ende, nuestro análisis supone que la redacción de las partes ha sido completa para los asuntos en disputa. Algunas veces, los contratos son incompletos

⁷⁵ Nuestro argumento en este caso es similar a la visión de la costumbre por parte de Karl Llewellyn. Él creía que las costumbres regulaban los casos ordinarios, pero pocas veces eran importantes para los casos anormales que provocaban que las partes litigaran. Véase, Alan Schwartz, "Karl Llewellyn and the Origins of Contract Theory", en *Jurisprudential Foundations*.

⁷⁶ Los árbitros obedecen las instrucciones interpretativas de las partes, pero los tribunales no. Nuestro análisis identifica una razón para que las partes utilicen el proceso de arbitraje, aunque no puede argumentar la inferencia de que las partes utilicen los tribunales porque prefieran los estilos interpretativos actuales. Existen otras razones para utilizar los tribunales, como la capacidad de conocer las pruebas que la contraparte posee, tener la posibilidad de interponer una apelación, que expertos en derecho apliquen el derecho de fondo, crear precedentes efectivos, etc. Véase, Kenneth S. Abraham & J.W. Montgomery, III, "The Lawlessness of Arbitration", en *Conn. Ins. L.J.*, 9, 2003, pp. 355; Charles L. Knapp, "Taking Contracts Private: The Quiet Revolution in Contract Law", en *Fordham L. Rev.*, 71, 2002, pp. 761. El uso masivo de cláusulas de integralidad y de cláusulas que regulen las modificaciones escritas por parte de los tribunales, también sugiere, en concordancia con nuestro parecer, que las partes prefieren que el poder judicial se encargue de hacer exigir el cumplimiento contractual, y que se exija el cumplimiento conforme a un estilo de interpretación diferente.

en ciertos aspectos relevantes. Entonces, debatiremos ahora si las empresas preferirían que el Estado complete dichos contratos con los términos legales estándares. La respuesta sorpresiva que se desprende de la teoría contractual es que la mayoría de los estándares creados por el Estado son inútiles o ineficientes. Las empresas preferirían que el Estado no creara estándares ineficientes dado que ellas contratarían por fuera de ellos; y así, el único efecto que estos estándares generarían sería aumentar los costos de las operaciones.

Las partes comerciales, habitualmente, desean condicionar sus obligaciones conforme a la naturaleza de su contraparte contractual o a la situación prevista luego de la redacción del contrato. Por ejemplo, un vendedor desearía condicionar su garantía según la intensidad de uso del comprador: el vendedor cobraría más o garantizaría menos por usuarios que utilicen los productos con más intensidad, debido a que ellos son los que probablemente realicen más reclamos. Un comprador también desearía condicionar el precio o la cantidad según la naturaleza de la demanda futura. Si la demanda fuera alta, el comprador estaría dispuesto a pagar más (o adquirir más productos), pero desearía un precio más bajo (o menos productos) si la demanda fuera baja. Estas consideraciones implican que los contratos estarán inevitablemente incompletos. Existe un número infinito de posibles situaciones y un grupo extenso de posibles tipos de contrapartes. Cuando la suma de las posibles situaciones y los tipos de partes es infinita y la contratación cuesta dinero, los contratos deben contener situaciones sin regular. Las partes no pueden regular todas las situaciones posibles en los contratos.

Los contratos incompletos, a veces, terminan en demandas legales dado que las partes no siempre acuerdan, tras la finalización del contrato, qué hacer con las eventualidades sin resolver. Los tribunales, en dichos casos, no pueden simplemente dedicarse a la tarea de interpretar, debido a que, por definición, escasean palabras en los contratos a la hora de interpretarlos. La tarea de los tribunales, entonces, pasa a enfocarse en el desarrollo de normas para resolver los casos que se encuentran sin regulación alguna. Algunas normas estándares se crean judicialmente.⁷⁷ Los legisladores y redactores

⁷⁷ Dado que estas normas facilitan la cuestión, los tribunales deberían permitir que las partes puedan modificarlas. La creación judicial de dichos estándares que regulan vacíos se puede evitar. En lugar de eso, un tribunal puede negarse a hacer cumplir el contrato cuando los vacíos provoquen que éste resulte incompleto, es decir, cuando los términos que lo componen no brindan una base suficiente para poder otorgar un recurso legal. La norma común es que los contratos que dejan términos sustanciales incompletos o indefinidos no tienen fuerza legal alguna. Podría resultar paradójico que la norma que regula la definición de un término sea un estándar. Las partes pueden omitirla al especificar de manera más completa sus obligaciones en virtud del contrato.

de los *Restatements* también crean estándares cuando, según su opinión, determinados vacíos legales son recurrentes. A pesar de que nuestro análisis tiene relevancia para los tribunales, nos concentraremos fundamentalmente en los tratados de contratos y en el CCU, para determinar cuándo el Estado puede crear estándares adecuados para las partes comerciales.⁷⁸ Específicamente, estableceremos criterios para los estándares eficientes, y luego consideraremos que dichos criterios son difíciles de aplicar para los redactores.

A. El caso de los estándares

El punto de vista convencional es que, si no fuera por el costo, las partes redactarían contratos en forma completa. El Estado puede aumentar la eficiencia en aquellos casos donde los costos contractuales son una traba para que las partes resuelvan sus problemas contractuales. Para ver cómo, tomemos como referencia el problema de desarrollar una normativa de indemnización por daños y perjuicios –un término contractual que especifique la transferencia, o el método de computar la transferencia– que una parte incumplidora deba pagar a su contraparte. Las partes se harían cargo del costo total de resolver este problema, pero seguramente no percibirían la ganancia total debido a que puede ser difícil evitar que futuras partes copien las soluciones eficientes que se han convertido en términos y condiciones contractuales.⁷⁹ En esta circunstancia, la ganancia social total de tener una norma –una solución a un problema contractual– puede exceder el costo social, aunque las partes mismas no crearían la norma. Existe un caso, sin embargo, para un derecho contractual público que contiene soluciones eficientes para los problemas contractuales comunes.⁸⁰

Esta conclusión implica que las normas del derecho contractual deberían ser estándares. Esto se debe a que, en una economía de gran escala, las partes

⁷⁸ Los estándares que se ubican en los “*Restatements*” difieren de los estándares estipulados por ley, dado que los primeros no se valen por sí mismos, y no pueden ser estándares legales hasta que sean promulgados por el *American Law Institute* y luego adoptados por un tribunal al resolver un conflicto. De este modo, nuestro análisis se aplica tanto a los cuerpos de creación de normas privados que promulgan estándares, como a los tribunales que los adoptan.

⁷⁹ Para comparar con análisis de cómo las innovaciones contractuales se expanden en la actualidad, Véase, Gerald F. Davis, “Agents Without Principles? The Spread of the Poison Pill Through the Intercorporate Network”, en *Admtn. Sci. Q.*, 36, 1991, p. 583; y Gerald F. Davis & Henrich R. Greve, “Corporate Elite Networks and Governance Changes in the 1980s”, en *AM. J. Soc.*, 103, 1997, p. 1.

⁸⁰ Véase, Charles J. Goetz & Robert E. Scott, “The Limits of Expanded Choice: An Analysis of the Interactions Between Express and Implied Contract Terms”, en *Cal. L. Rev.*, 73, 1985, pp. 261, 291-93.

son heterogéneas y no todas desean lo mismo. La justificación para una norma estándar es que ésta hace por las partes lo que ellas tendrían que haber hecho por sí mismas en caso de que los costos contractuales hubieran sido menores. De este modo, las partes que pueden crear sus propias soluciones deberían tener la posibilidad de hacerlo. Mientras que esta conclusión parece obvia, los tribunales, de vez en cuando, crean barreras para evitar que se contrate por fuera de los *Restatements* o de las normas del CCU, con el objetivo de que estas normas reflejen soluciones mejores o más justas que aquellas que las partes desarrollan.⁸¹ Por el contrario, consideramos que las partes comerciales son las mejores a la hora de juzgar qué constituye una solución contractual adecuada, y qué normas estándares no deberían seleccionarse para garantizar una solución justa.

Quizás, una manera más precisa de establecer la justificación según la cual los redactores deben seleccionar los estándares sea que un estándar adecuado minimice los costos contractuales. Si se deja que las partes actúen libremente, ellas reemplazarán o modificarán aquellos términos establecidos por el Estado con los que no estén de acuerdo. En un mundo donde existe la libre contratación, los estándares no populares provocan un alza en los costos de las negociaciones de las partes, aunque no afecten su comportamiento. Como consecuencia, la facultad del Estado se ve limitada para reducir los costos contractuales. Esto se logra de una mejor manera al redactar estándares populares. También nos deja la pregunta de cuál es el factor que hace que un estándar sea popular. Ésta es una pregunta difícil de responder por lo general, pero, como hemos visto, las empresas prefieren términos contractuales que maximicen el excedente conjunto. Los estándares, entonces, serán populares para las empresas si maximizaran el excedente conjunto y no lo serán si se produce lo contrario.⁸²

⁸¹ El comportamiento de los tribunales explica la presión ejercida por las empresas en relación a las revisiones propuestas para el artículo, en especial en lo que respecta a la normativa de la garantía contractual. Véase, Robert E. Scott, "The Rise and Fall of Article 2", en *La. L. Rev.*, 62, 2002, pp. 1009, 1049-53. Las empresas saben que el accionar judicial puede provocar que un estándar del CCU sea desfavorable en la práctica.

⁸² Russell Korobkin ha expresado que el "efecto donativo" hace que los estándares sean difíciles de cambiar. Los sujetos individuales en experimentos manifiestan este efecto cuando exigen mucho más para vender un cierto artículo, por ejemplo una taza de café, de lo que ofrecerían para comprarlo. En otras palabras, las preferencias de las personas son, en parte, una función de la cesión legal de derechos de propiedad; no son independientes de dicha cesión, como el teorema de Coase presupone. En el campo del derecho contractual, una parte, sujeto del efecto donativo, pediría mucho más para renunciar a un estándar que le es favorable de lo que ofrecería para obtener de su contraparte una cláusula que sea idéntica al estándar. Como consecuencia, para dichas partes los estándares se parecen

Este razonamiento demuestra el error de elegir estándares solo porque son justos. Las partes tienen la iniciativa (y muchas veces la capacidad) de contratar por fuera de estándares justos que no maximizan el excedente contractual.⁸³ A modo de ejemplo, la doctrina y los tribunales alguna vez pensaron (y siguen pensando) que es justo para los vendedores de mercancías otorgar garantías de calidad implícitas. Los vendedores de mercancías, sin embargo, intentan rutinariamente renunciar a esta garantía implícita en el artículo 2-314 del CCU, y los compradores de mercancías rutinariamente consienten.⁸⁴ Así, el artículo 2-314 en los contextos comerciales, con frecuencia, no hace más que aumentar los costos de las operaciones. Los legisladores y los tribunales se deberían preguntar qué desean las partes y

más a normas obligatorias; el efecto comentado evitaría que las partes alteraran a su conveniencia las asignaciones creadas por los estándares. Korobkin realizó experimentos evaluando el rol de abogados en estudiantes de derecho de primer año, y descubrió que ellos aconsejaban a los clientes de una manera que manifestaba el efecto donativo. Véase, Russell Korobkin, "The Status Quo Bias and Contract Default Rules", *Coren Nell L. Rev.*, 83, 1998, p. 608. Una versión más reciente es Russell Korobkin, "The Endowment Effect and Legal Analysis", en *Nw. U. L. Rev.*, 97, 2003, p. 1227.

Los experimentos del Profesor no son pertinentes a los tipos de operaciones que consideramos. La historia reciente atribuye el efecto descrito anteriormente a la existencia de una opción real en el sujeto vendedor. Una parte que tiene dudas acerca del valor de un bien determinado puede demorar una compra o venta mientras recolecta información al respecto. Para comprar o vender se ejerce la opción dado que la información no es más pertinente una vez finalizada la operación. Como consecuencia, el precio del vendedor es la suma del costo y del valor (positivo) de la opción de demorar la compra del bien. Al sumar valores a un pedido de cierto precio y sustraerlos de una oferta, se producen diferencias entre ellos que son de la misma magnitud de los que se manifiestan en los experimentos psicológicos. Véase, Massimo Paradiso & Antonella Trisorio, "The Effect of Knowledge on the Disparity Between Hypothetical and Real Willingness To Pay", en *Applied Econ.*, 33, 2001, p. 1359; Eric van Dijk & Daan van Knippenberg, "Buying and Selling Exchange Goods: Loss Aversion and the Endowment Effect", en *J. Econ. Psychol.*, 17, 1996, p. 517; Jinhua Zhao & Catherine L. King, "A New Explanation for the WTP/WTA Disparity", en *Econ. Letters*, 73, 2001, p. 293.

⁸³ Si el Estado desea que una norma en particular controle el comportamiento debería hacer que la norma sea obligatoria. Actualmente, las partes pueden crear sus propios contratos, aunque algunas veces, solo al costo de contratar por fuera de los estándares creados por el Estado. El costo de contratar por fuera de los estándares excede las ganancias para algunas empresas, pero no para otras. Como consecuencia, un estándar justo pero ineficiente provoca una desventaja para las empresas con costos contractuales relativamente altos, aunque no puede provocar la justicia deseada por el Estado de manera total, dado que otras empresas crean sus propios contratos.

⁸⁴ El apartado V. C, que se desarrolla a continuación, argumenta que la garantía implícita del CCU es ineficiente porque le otorga al vendedor una guía muy pobre en relación al cumplimiento de sus obligaciones, y a la vez, crea un peligro moral para él.

no qué deberían desear las partes.⁸⁵ En el siguiente apartado, debatiremos si dicha cuestión es difícil de resolver o no.

B. La normativa respecto a los estándares y los costos que implica

Existen tres criterios para una norma estándar adecuada: (1) debe estar condicionada en solamente algunos supuestos, (2) debe ser relativamente simple en su forma y (3) tiene que ser eficiente para una gran variedad de partes contractuales. El primer criterio es necesario dado que puede existir un número infinito de supuestos donde se pueda aplicar una determinada norma, mientras se conocen los costos de redacción de un contrato. De este modo, es raro que se justifique el costo de crear una norma que tenga que regular situaciones futuras en varios supuestos. El segundo criterio, de simplicidad, es una función de competencia institucional. Las normas de derecho contractual son creadas por los tribunales y los legisladores. Los tribunales no pueden llevar a cabo investigaciones acerca de la eficiencia de posibles normas y de combinaciones de ellas. Los legisladores, sin embargo, cuentan con recursos limitados. El *American Law Institute*, que crea los *Restatements*, y la *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws*, que junto al *American Law Institute* creó el CCU, no realizan audiencias de estilo legislativas sobre normas propuestas, no pueden contratar especialistas neutrales en economía o en industria para colaborar con la creación de las normas, y generalmente confían en que los profesores de derecho y abogados privados no son de dedicación a tiempo completo.⁸⁶ Los legisladores, de esta forma, no pueden redactar normas para contextos comerciales que se apliquen satisfactoriamente al código complejo de impuestos, por ejemplo (y de hecho no lo hacen); y en cambio, el derecho contractual se restringe necesariamente a la consideración de problemas cuyas soluciones pueden encontrarse en normas de nula complejidad.

⁸⁵ Los expertos han identificado un grupo de normas estándares que se denominan “incentivos para divulgar información” dado que las normas crean un incentivo para que cada parte divulgue la información que sea pertinente a la contraparte. Véase, Ayres & Gertner. Estas normas incluyen aquellas que estipulan que la indemnización por daños y perjuicios no puede ser recuperada, salvo que las normas sean predecibles y claras; las normas crean un incentivo para una de las partes que tenga temor ante la divulgación, dado que la otra parte sabrá con anticipación la pérdida que sufrirá. La parte que promete tendrá más herramientas para determinar el precio de manera más precisa y para tomar precauciones óptimas ante posibles incumplimientos. Traemos estas normas a colación, dado que las partes las pueden crear por sí mismas.

⁸⁶ Véase, Alan Schwartz & Robert E. Scott, “The Political Economy of Private Legislatures”, en *U. Pa. L. Rev.*, 143, 1995, pp. 595, 607-37.

El tercer criterio, de eficiencia, es quizás el más difícil de satisfacer, debido a que las partes en economías de gran escala son heterogéneas. Las normas estándares serían demasiado onerosas para crearse si las soluciones eficientes beneficiaran solo a ciertas partes en especial. Así, se necesitarían tantas normas legales como partes contractuales. La tarea, por ende, es encontrar normas que sean eficientes para maximizar el excedente en una amplia variedad de contextos.

La dificultad de satisfacer los tres criterios explica por qué existen muy pocas normas estándares en el derecho contractual y comercial.⁸⁷ A modo de ejemplo, para entender mejor la rigurosidad de los criterios, consideremos dos variantes del ejemplo de inversión analizado en el artículo III.B descrito anteriormente. Supongamos en primer lugar que, luego de que las partes contraten con el vendedor para que éste produzca el producto especializado, y con anterioridad a la producción de los bienes, la fábrica del vendedor se destruye en un incendio. El vendedor no tiene más la capacidad de producir los bienes, aunque puede pagar una indemnización por daños y perjuicios.⁸⁸ La norma estándar del *common law* exime de responsabilidad al vendedor cuando un evento externo hace que sea imposible realizar la contraprestación especializada contemplada anteriormente.⁸⁹ Esta norma de exención de responsabilidad pareciera satisfacer el criterio para un estándar eficiente. En primer lugar, los costos de creación de la norma son bajos. Existen solamente dos estados posibles: o un evento exterior no permite que se lleve a cabo el cumplimiento, o sí lo permite y existe la necesidad de que se cree una norma en solo uno de esos casos (cuando el vendedor no puede cumplir con lo pactado). La norma también es simple en su forma; el vendedor es eximido de responsabilidad o no, dependiendo de si hubo un incendio. Finalmente, la norma es eficiente para una amplia variedad de partes. Esto es así debido a que los compradores, en general, toman mejores decisiones a la hora de asegurar las inversiones especializadas, en comparación con los vendedores. Los compradores, habitualmente, están mejor informados que los vendedores acerca de las consecuencias de un posible incumplimiento por parte de su contraparte. Al eximir de responsabilidad al vendedor, el comprador debe asegurar su inversión en el mercado o revelar su valor al vendedor.

⁸⁷ Recordar que una norma específica la conducta relacionada con anticipación. P. ej., no circular a más de 90 km/h.

⁸⁸ El interés en expectativa del comprador sería el valor otorgado menos el precio, que era de \$15 en el ejemplo.

⁸⁹ Véase, p. ej., *Taylor v. Caldwell*, 122 Eng. Rep. 309 (Q.B. 1863); *Restatement (Second) Of Contracts*, 1981, § 263.

Este ejemplo, sin embargo, no es del todo verdadero. Las posibles causas de incapacidad del vendedor para cumplir con el contrato pueden ser muchas: desde un incendio o inundación, hasta una reducción en la oferta de forma permanente o temporal, a una regulación gubernamental, entre otros. La capacidad del vendedor para anticipar y tomar precauciones contra las causas de incapacidad, serán diferentes dependiendo del vendedor y de la causa. Sería eficiente eximir de responsabilidad al vendedor solo cuando su incapacidad para cumplir derivara de causas que fueran difíciles de anticipar y prevenir. De lo contrario, los vendedores utilizarían la herramienta de la exención de responsabilidad para huir de los contratos que no resultaron como ellos pretendían. Entonces, una norma de exención de responsabilidad, debe resolver asuntos difíciles. El vendedor también podría estar dispuesto a cumplir en parte o cumplir con la totalidad del contrato, pero solo con algunos compradores. No es menor la cuestión de cómo un vendedor debería tomar las decisiones que se deriven del cumplimiento. Además, algunos compradores podrían estar más atentos que otros para tomar precauciones o asegurar la inversión de manera eficiente. Sería extremadamente oneroso redactar normas para regular todos los posibles efectos, las posibles causas y partes. Como consecuencia, el caso de la exención de responsabilidad hoy en día es regulado por un estándar y no por un grupo de normas. El artículo 2-615(a) del CCU establece que el incumplimiento por parte del vendedor “no es tal...si la contraprestación conforme a lo pactado se ha tornado impracticable debido a la ocurrencia de un fenómeno externo a las partes que no estaba contemplado en el contrato”.⁹⁰ Los tribunales al tomar una decisión tienen en cuenta si alguna de las contraprestaciones en virtud del contrato hubiera sido “impracticable” y si las partes habrían “considerado básicamente” que dicho fenómeno no ocurriría, o de ocurrir no afectaría de manera sustancial el cumplimiento de alguna de las partes.

Ahora consideremos un segundo ejemplo. Recordemos que en el caso de la inversión, se consideró implícitamente que el contrato especificaba cómo sería el producto especializado, para que en caso de que el vendedor entregara un producto diferente, el incumplimiento fuera claro. Una norma estándar podría también especificar la calidad que debe tener el producto entregado por el vendedor, pero recordemos que el producto era especializado conforme al uso que el comprador le daría. Una norma legal que establece esta obligación de la calidad se aplicaría solo a un caso. Es ineficiente redactar una norma para que regule solo un caso. La calidad, sin embargo, puede ser generalizada

⁹⁰ CCU, 2003, § 2-615(a). *Restatement (Second) Of Contracts*, 1981, § 261.

para una industria en particular. Podría pasar, por ejemplo, que las editoriales de libros acordaran ciertos requisitos que una imprenta de buen nivel debería cumplir. Incluso, si se tuviera que establecer la calidad que los vendedores deben presentar para cada industria, los costos de redacción, probablemente, excederían la ganancia social. Como es de esperar, el derecho regula la calidad del vendedor por medio de estándares. En virtud del artículo 2-314(2), los bienes “que son comercializados deben cumplir al menos con las siguientes condiciones: (a) no ser rechazados en el comercio...y (c) acoplarse a los fines comunes para los cuales se utilizan normalmente.”⁹¹ Los tribunales luego deciden si el vendedor ha cumplido con dichas condiciones (“al menos”); si los bienes no han sido rechazados; qué son los fines “comunes”; y si los bienes pueden acoplarse a dichos fines.

El derecho contractual y comercial contiene muy pocas normas estándares debido a que el criterio para los estándares adecuados son muy difíciles de satisfacer. En su lugar, el segundo tratado de contratos “*Restatement (Second) of Contracts*” y el Artículo 2 del CCU contienen, principalmente, estándares; estos textos están llenos de estipulaciones que exigen que las partes se comporten “razonablemente”, “justamente”, “de buena fe”, y comportamientos similares.⁹² Estas codificaciones también fallan en cuanto no regulan problemas contractuales importantes. Por ejemplo, las partes en contratos a largo plazo se enfrentan con el problema de sostener la ganancia de cada parte en virtud del contrato, por encima del costo de oportunidad de cumplimiento en cada período. Este problema se regula de mejor forma a través de cláusulas preestablecidas, que congelan el precio de cada período según el costo y que, aparte, exigen ciertas condiciones. Las cláusulas preestablecidas eficientemente regulan de manera específica a las partes o a las industrias, y son demasiado onerosas para ser creadas por el derecho contractual.⁹³ En vez de ello, el derecho ignora este problema contractual de largo plazo con el objetivo de dejar que las partes lo resuelvan por su cuenta. En conclusión, el costo en cuestión hace que el derecho contractual se regule con estándares en vez de normas, cuando en realidad es él quien regula todo.

⁹¹ CCU, § 2-314(2).

⁹² El CCU también adopta estándares para evitar resolver temas conflictivos. Véase, Schwartz & Scott.

⁹³ Una cláusula preestablecida conecta el precio de la operación entre las partes e índices externos verificables, como el Índice de Precios al Consumidor (“Consumer Price Index”), que se relaciona con las condiciones económicas que las partes enfrentan. El grado de relación es una función que depende de las partes (algunos costos de ciertas empresas se acercarán más al Índice de Precios al Consumidor que otros costos, p. ej.), por lo que las cláusulas de índices varían conforme a las partes.

C. El peligro moral relacionado y las normas estándares

El proyecto de crear normas estándares públicas no ha arrojado resultados exitosos por dos razones. En primer lugar, las empresas necesitan, frecuentemente, que las orienten en cuanto a la obligación que deben cumplir. Segundo, los estándares crean un peligro moral inaceptable. En relación a la necesidad de una guía orientadora, un vendedor debe saber qué nivel de calidad producir. Decirle al vendedor que su producto debe satisfacer “al menos” los “fines habituales” del comprador, generalmente, no resulta de mucha ayuda. En la práctica, los vendedores de productos complejos renuncian a la garantía implícita de comerciabilidad para obtener una garantía expresa que describa los aspectos importantes de la obligación del comprador. A modo de ejemplo, cuando un evento externo induce al vendedor a considerar el incumplimiento del contrato, ambas partes necesitan saber si el incumplimiento sería legalmente permitido. Una decisión errónea podría exponer a una u otra parte a una sentencia que la obligue a pagar daños y perjuicios. Decirle al vendedor en este punto, en relación al artículo 2-615, que un incumplimiento es permitido si el cumplimiento es “impracticable” también resulta de poca ayuda. Mientras que tampoco tiene sentido comunicarle al comprador que su contraprestación (por ejemplo, el pago de una cuota del precio) puede ser suspendido en virtud del artículo 2-609 si la suspensión es “comercialmente razonable”. En respuesta a esta dificultad, las partes, por lo general, ignoran los estándares de los artículos 2-615 y 2-609 a favor de los casos de fuerza mayor y las cláusulas de inseguridad que especifican precisamente tanto las causas externas que eximen de responsabilidad al vendedor como las acciones que el comprador puede tomar cuando está inseguro acerca de la obligación de cumplimiento del vendedor. Las partes que necesitan una orientación específica redactan normas detalladas en sus contratos. El Estado, de este modo, desperdicia recursos económicos para la redacción al crear estándares que las partes rechazan rutinariamente.

Desarrollaremos el problema del riesgo moral por medio de un ejemplo. Supongamos que de un grupo de contratos existen algunos que no brindan una solución a un determinado problema contractual. Por ejemplo, los contratos establecen precios y cantidades pero no tienen en cuenta la posible inflación. Esto significa que los contratos están incompletos. Los precios no serán óptimos en algunas situaciones futuras. Un tribunal podría exigir el cumplimiento del contrato al otorgar a la parte cumplidora la diferencia entre el contrato y los precios del mercado. El tema radica en si el Estado debe regular este vacío legal con un estándar que establezca: “un precio contractual razonable en virtud de las condiciones presentes durante el plazo que transcurra cuando el cumplimiento

del contrato esté pendiente”. El Estado no debería adoptar este estándar debido a que el caso, para un estándar público, no está previsto. Los costos contractuales no han evitado que las partes redactaran los estándares ellas mismas. Le hubiera costado a las partes muy poco dinero exigirle al vendedor que entregara una calidad “razonable” dentro de un tiempo “razonable”, en lugar de eximir al vendedor de responsabilidad si su cumplimiento resultara “impracticable”. Los legisladores no deberían redactar estándares sin antes preguntarse por qué algunos de ellos no figuran en los contratos privados.

Los estándares no son muy comunes dado que aumentan las posibilidades de que se produzca un peligro moral. Las partes, a veces, tienen incentivos para tomar decisiones que son públicamente óptimas pero a la vez, indeseables. Por ejemplo, un comprador tiene un incentivo para sostener que un producto no es adecuado para uno de sus fines “comunes” si los precios del mercado disminuyen.⁹⁴ Un vendedor tiene un incentivo para sostener que su contraprestación se ha tornado “impracticable” cuando los costos de llevarla a cabo aumentan;⁹⁵ o para intentar obtener un aumento en el precio mediante el uso de nuestro ejemplo del estándar para sostener que la inflación ha provocado que el precio contractual no sea “razonable”. Cuando las situaciones están reguladas por estándares, la parte que desea comportarse estratégicamente debe preguntarse qué hará un tribunal en caso de que se la demande. Cuanto más vago es el estándar legal y cuanto más hay en juego, mayores son las posibilidades de que la parte resuelva las dudas para su favor. Una parte que resuelve las dudas de esta manera intentará maximizar las ganancias privadas a costa de una maximización conjunta del bienestar. Como consecuencia, un estándar es eficiente solo cuando la parte que se ve beneficiada por la discreción tiene la iniciativa de maximizar la ganancia conjunta al mismo tiempo que maximiza su ganancia privada.⁹⁶ Muy pocos estándares del

⁹⁴ Véase, p. ej., *T.W. Oil, Inc. v. Consol. Edison Co.*, 443 N.E.2d 932 (N.Y. 1982).

⁹⁵ Véase, p. ej., *Aluminum Co. of Am. v. Essex Group, Inc.*, 499 F. Supp. 53 (W.D. Pa. 1980).

⁹⁶ Esta prueba, a veces, se puede aprobar. Por ejemplo, el contrato estándar de fusión contiene una cláusula que le permite al comprador rescindir el contrato sin percibir ningún tipo de multa si “un cambio sustancial adverso” ocurriese en el ínterin entre la firma del contrato y la finalización de la fusión. La cláusula no especifica qué situaciones podrían constituir un cambio sustancial adverso dado que existen muchas situaciones cuyos efectos podrían modificar el futuro de un contrato. Un estándar en este caso, sin embargo, sería eficiente ya que el comprador rescindiría el contrato solo si el valor otorgado por el vendedor disminuyera sustancialmente. Consultar Ronald Gilson & Alan Schwartz, *Understanding MACs and MAEs* (2003) (manuscrito sin publicar), disponible en <http://islandia.law.yale.edu/ccl/papers/merger15.pdf>. Este ejemplo se presenta para sugerir que algunos estándares provenientes de la ley podrían ser eficientes, pero también sugiere que las partes pueden redactar un estándar en sus contratos cuando uno de ellos maximice el excedente.

CCU pasan esta prueba.⁹⁷ Es así como las partes contratan por fuera de estos estándares; por ejemplo, la garantía habitual de un producto de maquinaria y otros contratos que regulan equipamiento por fuera de la calidad estándar (artículo 2-314), el estándar de la reparación contractual (artículo 2-508), y el estándar de la revocación o aceptación (artículo 2-608).⁹⁸ La cláusula habitual de fuerza mayor está regulada por fuera del estándar de la exención de responsabilidad (artículo 2-615), y muchos contratos funcionan por fuera del estándar de los daños indirectos (artículo 2-715), del estándar que regula la indemnización por daños y perjuicios y por la garantía (artículo 2-714); y de los estándares que regulan la inseguridad y la mala reputación anticipada (artículos 2-609 hasta 2-610).⁹⁹ Estas son pruebas contundentes que sugieren que las partes típicas no prefieren los estándares del derecho contractual.¹⁰⁰

Entonces, cuando los contratos tienen un vacío legal que un estándar podría regular, la mejor inferencia que puede hacer alguien que debe tomar una decisión no es que el estándar está “ausente” en los contratos, sino que éste ha sido rechazado. Ésta es la mejor inferencia debido a la facilidad con la que las partes podrían haber redactado su propio estándar y debido a los tantos estándares que crean un peligro moral. Las partes, probablemente, rechacen una solución de redacción de un estándar anticipadamente, con el fin de poder renegociar cuando las circunstancias cambien, junto con términos contractuales escritos que constituyen los puntos de desacuerdo

⁹⁷ Véase, p. ej., Victor P. Goldberg, *Discretion in Long-Term Open Quantity Contracts: Reining in Good Faith*, 35 U.C. DAVIS L. REV. 319 (2002). Aquí se analiza en detalle las maneras en que los tribunales han utilizado el estándar de la buena fe que regula la discreción en contratos de producción en virtud del artículo 2-306(1) para reducir los controles sobre la discreción que las partes han estipulado para sí mismas.

⁹⁸ Véase, Alan Schwartz & Robert E. Scott, “Commercial Transactions: Principles And Policies”, 2d ed. 1991, pp. 204-24.

⁹⁹ Antes de 1978, las partes, rutinariamente, contrataban conforme al artículo 2-609 con cláusulas *ipso facto*, que establecían cuándo una parte podía cancelar el contrato como respuesta a la dificultad financiera de su contraparte. El Código Bancario actual de los Estados Unidos ha declarado ilegal estas cláusulas, conforme al argumento (erróneo) de que ellas permiten que las partes solventes mermen la fuerza de la quiebra. Véase, U.S.C., 11, 2000, § 365(e)(1). Yeon-Koo Che & Alan Schwartz, “Section 365, Mandatory Bankruptcy Rules and Inefficient Continuance”, en *J.L. Econ. & Org.*, 15, 1999, p. 441.

¹⁰⁰ Ian Ayres ha sugerido que los estándares podrían ser óptimos dado que los precedentes pueden cristalizarse alrededor de ellos, y brindarle a las partes una guía. Véase, Ian Ayres, “Making a Difference: The Contractual Contributions of Easterbrook and Fischel”, en *U. Chi. L. Rev.*, 59, 1992, pp. 1391, 1415-16. Este argumento sostiene que los estándares legales serán términos operativos implícitos en los contratos, y le brindarán a los tribunales una oportunidad para aplicarlos. Este argumento generalmente pierde fuerza debido a que las partes contratan por fuera de los estándares.

que determinarían si un nuevo contrato ha sido eficiente. En conclusión, el hecho de regular vacíos legales con estándares sería ineficiente por tres razones: el estado desperdicia recursos en redactarlos; las partes desperdician recursos al contratar por fuera de ellos; y cuando se espera que los tribunales los utilicen de manera activa en las negociaciones, las partes pueden crear normas que, en otro caso, hubieran preferido omitir.

Consecuentemente, el proyecto de crear normas estándares encuentra su fundamento en los costos de creación de las normas para partes heterogéneas que funcionan en ambientes comerciales complejos. Estos costos, principalmente, hacen que resulte imposible la creación de casi todas las normas estándares.¹⁰¹ El proyecto de crear normas estándares se debe a la necesidad de las partes de contar con una orientación específica para saber qué es lo que se supone que deben hacer; y también, se debe a la tendencia que tienen los estándares de crear un peligro moral. Estas conclusiones poco claras se sostienen incluso cuando la información que una norma o un estándar exigen se considera conocida para las partes y accesible para los tribunales.

Por ejemplo, las partes y un tribunal sabrán si un incendio destruye la fábrica de un vendedor por completo o parcialmente. La información muchas veces, sin embargo, es asimétrica. Las partes pueden no saber ciertas cosas que se relacionen con ellas mismas, y los tribunales pueden no saber ciertas cosas que tengan que ver con las partes. La existencia de información asimétrica exagera el peligro moral pertinente y hace que sea más difícil la creación de normas eficientes.

D. El problema de la información asimétrica

La existencia de información asimétrica reduce la cantidad de contratos que las partes pueden redactar. Como consecuencia, también reduce la cantidad de estándares que se pueden redactar. Para entender por qué es de utilidad comenzar con una clasificación de la información extraída de la teoría contractual relacionada con la literatura veamos que un cierto dato de la información será “inobservable” si una de las partes no lo puede observar. Los compradores, habitualmente, no pueden dar cuenta del costo de producción de un vendedor.

¹⁰¹ Un ejemplo raro de una exitosa norma estándar es el requisito de que una parte incumplidora pague a la otra la diferencia entre el precio contractual y el precio de mercado. La norma se aplica solamente en un caso: cuando existe un incumplimiento. Es simple de aplicar dado que los tribunales solo comparan los precios contractuales y de mercado, y es eficiente para muchas partes debido a que la norma protege el interés en expectativa. Es difícil encontrar otros estándares tan eficientes como este.

Un cierto dato de la información es “observable pero no verificable” si una de las partes lo puede observar, pero no puede confirmar su existencia a terceros, como un tribunal, a un precio aceptable. Por ejemplo, un empleador puede saber qué empleados trabajan poco, pero sería oneroso en relación a la ganancia probar ante un tribunal que un empleado en particular trabaja durante el 20% de su jornada laboral. Un cierto dato de la información es “verificable” si ambas partes pueden observarlo y confirmar su existencia a terceros. La información es asimétrica cuando es inobservable o no es verificable.

Para comprender las restricciones sobre el comportamiento contractual causadas por la información asimétrica analizaremos de dos maneras diferentes la inversión conforme a la continuidad de la relación de las partes luego de contratar, desarrollada en el apartado III.B. En primer lugar, supongamos que los costos del vendedor son inciertos. En algunas situaciones, los costos de producir el producto especializado serán menores que el valor otorgado por el comprador, como en nuestro ejemplo original; en otras situaciones, los costos del vendedor excederán el valor otorgado por el comprador, de modo que la comercialización sería ineficiente. En segundo lugar, supongamos que el comprador invierte para aumentar el valor otorgado por el comprador. Estos cambios generan el famoso problema de la inversión excesiva.¹⁰² La indemnización por daños y perjuicios que le correspondiere al comprador, si el vendedor incumple, será la diferencia entre su valor ponderado y el precio. El comprador invertiría hasta que el costo marginal de una mayor inversión fuera igual al aumento marginal en el valor. Sin embargo, esta inversión no se justifica. En aquellas situaciones donde fuera ineficiente para las partes comercializar, la inversión del comprador no tiene un valor social; solo sirve para aumentar la indemnización por daños y perjuicios que el vendedor deberá pagar.

Este problema desaparecería si el vendedor pudiera observar la función de producción del comprador; la relación funcional entre los posibles niveles de inversión que el comprador podría elegir y los valores asociados con esos niveles. Las partes podrían redactar una cláusula que estipule daños por una suma determinada y líquida que le otorgaría al comprador la diferencia entre (1) el valor que los bienes tendrían si el comprador invirtiera adecuadamente y (2) el precio. Este valor sería menor que el valor ilimitado que se produciría en caso de que el comprador no tuviera en cuenta que en algunas situaciones su inversión no generaría ningún valor (debido a que las partes no comercializarían en esas situaciones). Sería inusual que

¹⁰² El problema fue identificado en Steven Shavell, “Damage Measures for Breach of Contract”, en *Bell J. Econ.*, 11, 1980, p. 466, y elaborado por William P. Rogerson, “Efficient Reliance and Damage Measures for Breach of Contract”, en *Rand J. Econ.*, 15, 1984, p. 39.

se redactara un contrato de este tipo dado que los vendedores no suelen observar la función de producción de los compradores. Como consecuencia, un comprador especificaría como daños, por una suma determinada y líquida, el valor ilimitado al comprador, y luego invertiría para obtener dicho valor.¹⁰³

De seguro este ejemplo no muestra que las partes nunca podrían inducir una inversión eficiente cuando la información es asimétrica. A la vez que las partes pueden observar, a pesar de que no pueden verificar, las variables pertinentes como el valor otorgado por el comprador, algunos teóricos han desarrollado un número de contratos que podrían inducir a los vendedores a invertir eficientemente para reducir los costos y a los compradores a invertir eficientemente para aumentar el valor.¹⁰⁴ Estos contratos, sin embargo, son “parámetros específicos”, es decir, los precios que los contratos establecen y las acciones que exigen dependen de los valores, costos y las probabilidades de distribución con los que las partes interactúan.¹⁰⁵

La lección que se desprende de este análisis no puede ayudar si la información asimétrica no permite que las partes redacten contratos eficientes. Las partes rechazarían los estándares que permitieran al vendedor obtener un “precio comercialmente razonable en proporción a su costo de producción”, o que el comprador fuera acreedor de “una indemnización por daños y perjuicios en proporción a inversiones comercialmente razonables y confiables realizadas de buena fe”. En virtud del estándar propuesto en primer lugar, el vendedor siempre diría que los costos son altos, mientras que en virtud del segundo estándar, el comprador siempre diría que todas sus inversiones fueron razonables comercialmente y fueron hechas de buena fe. Para ilustrar esto de otro modo, sabemos que el CCU establece en su artículo 2-775 que

¹⁰³ Los tribunales no pueden prevenir esta práctica dado que un tribunal puede observar solo lo que las partes pueden observar. Si el tribunal no conoce el valor que una inversión óptima podría haber generado, no puede asignar ese valor al comprador. Debe, en su lugar, asignar el valor que el comprador haya perdido. Un debate muy interesante, a pesar de su contenido técnico, acerca de la imposibilidad de redactar contratos eficientes de calidad cuando tanto los costos del vendedor como el valor otorgado por el comprador no son observables, es el que presenta Patrick W. Schmitz, “On the Interplay of Hidden Action and Hidden Information in Simple Bilateral Trading Problems”, en *J. Econ. Theory*, 103, 2002, p. 444.

¹⁰⁴ Otros debates concisos aunque también técnicos de estos contratos, se encuentran en Patrick W. Schmitz, “The Hold-Up Problem and Incomplete Contracts: A Survey of Recent Topics in Contract Theory”, en *Bull. Econ. Res.*, 53, 2001, p. 1; y en Alan Schwartz, “Incomplete Contracts”, en *The New Palgrave Dictionary Of Economics And The Law.*, 2. Otro ejemplo es Benjamin E. Hermalin & Michael L. Katz, “Judicial Modification of Contracts Between Sophisticated Parties: A More Complete View of Incomplete Contracts and Their Breach”, en *J.L. Econ. & Org.*, 9, 1993, p. 230.

¹⁰⁵ La información asimétrica también puede crear una “ambigüedad adversa”, y provocaría que el intento por parte del Estado de cubrir los vacíos legales fuera inútil.

un vendedor debe pagarle al comprador los daños indirectos calculados mediante la diferencia entre el precio contractual y el valor de los bienes del comprador.¹⁰⁶ Este requisito es eficiente dado que induce al vendedor a cumplir cuando consecuentemente aumente el valor y a incumplir cuando no aumente. Los valores, sin embargo, son difíciles de verificar en algunos casos. Como consecuencia, los compradores tienen un incentivo para exagerar sus valores, e inducir a los vendedores a cumplir, incluso cuando fuera menos costoso incumplir y pagar los daños y perjuicios verdaderos.¹⁰⁷

Las partes comerciales responden a este problema mediante la contratación por fuera del artículo 2-715. En lugar de cumplir con la ley, las partes crean estipulaciones complejas de reparación y reemplazo que buscan la eficiencia de manera diferente.¹⁰⁸ Un comentario acerca de los problemas de información que las partes enfrentan nos lleva a la siguiente conclusión: un buen estándar hace por las partes lo que ellas tendrían que haber hecho, en caso de que los costos contractuales hubieran sido menores. Cuando la información asimétrica evita que las partes redacten ciertos tipos de contratos (incluso cuando los costos contractuales sean igual a cero), un estándar estipulado por el Estado no tiene sentido alguno.¹⁰⁹

E. Resumen

Mucho de lo que habitualmente se conoce como derecho contractual consiste en grupos de normas estándares y, con más frecuencia, de normas estándares establecidas en los *Restatements* y en el CCU (Artículo 2). Las normas estándares han probado ser demasiado onerosas y heterogéneas para

¹⁰⁶ En virtud del artículo 2-715(2) (a), el comprador puede recuperar (aparte de los daños directos) “toda pérdida que resulte de requisitos generales o particulares y que resulte de necesidades puntuales que el vendedor haya tenido posibilidad de conocer al momento de contratar”. U.C.C., § 2-715(2)(a)

¹⁰⁷ Las posibilidades de cumplimiento ineficientes también inducirían precauciones excesivas ante posibles incumplimientos.

¹⁰⁸ Estas cláusulas eximen de responsabilidad al vendedor en lo que respecta a daños indirectos y restringe los derechos del comprador de negarse, aunque obligan al vendedor a modificar o reemplazar las ofertas deficientes. Véase, *Schwartz & Scott*.

¹⁰⁹ Karen Eggleston, Eric Posner, y Richard Zeckhauser reconocen que las partes pueden redactar contratos simples como resultado de cierta información asimétrica, aunque le insisten a los tribunales que interpreten estos contratos de manera liberal. En otras palabras, los tribunales deberían insertar “libremente” términos contractuales de manera que (“informalmente hablando”) maximicen, con anticipación, el excedente conjunto del contrato.” Karen Eggleston et al., *The Design and Interpretation of Contracts: Why Complexity Matters*, 95 Nw. U. L. REV. 91, 127 (2000).

ser redactadas en economías de gran escala. Las normas estándares surgen de la necesidad de las partes de contar con una guía previa y de la cualidad de los estándares de crear un peligro moral. La dificultad del peligro moral se exagera mediante información asimétrica. Los estándares que se condicionan según el comportamiento que las partes o los tribunales desarrollan serán utilizados para fines privados. Es así como las partes contratan por fuera de estos estándares. Como consecuencia, los estándares ineficientes provocan un aumento de los costos de las operaciones de manera innecesaria.¹¹⁰

¿Cuál es, entonces, la función apropiada de los tribunales al resolver los conflictos que surgen de contratos incompletos? Es apropiado para los tribunales aplicar un estándar siempre y cuando dicho estándar no cree un peligro moral. De lo contrario, los tribunales tendrán que optar, o por resolver el caso fundamentando que el contrato es demasiado vago para ser cumplido, o por interpretar el contrato para llegar a un resultado razonable. Los tribunales ejercen ambas decisiones hoy en día, a veces negándose a hacer cumplir el contrato,¹¹¹ y otras, en especial para aquellos contratos cumplidos parcialmente cuya resolución crearía pérdidas económicas, interpretando el contrato para llegar a una solución razonable. Consideramos que las partes al redactar el contrato no deberían inferir los estándares a partir de los esfuerzos entendibles de los tribunales por impartir justicia en

¹¹⁰ Esta afirmación podría resultar vulnerable ante la objeción de que aquellos estándares ineficientes son “inofensivos” debido a que las partes ya se encuentran redactando el contrato; el costo marginal de evitar una norma legal desfavorable, entonces, es mínimo. Esta objeción es errónea por dos cuestiones. Primero, el costo social total de evitar una norma legal ineficiente no es mínimo. El pequeño costo de cambiar una norma para un contrato en particular debe sumarse al resto de las operaciones afectadas por la norma en los momentos que la norma exista. Segundo, es realmente costoso cambiar una norma desfavorable al redactar un contrato determinado, dado que los tribunales tienden a calificar a los estándares creados por el Estado como justos o eficientes. Esta influencia institucional aumenta el costo de contratar.

¹¹¹ Se cree que los tribunales contemporáneos ignoran la doctrina de la “ambigüedad al definir” (“*indefiniteness doctrine*”). La creencia general sostiene que los tribunales deberían (y efectivamente logran) completar vacíos legales con estándares generales de razonabilidad y buena fe. Esta creencia es engañosa. En un artículo reciente, uno de nosotros demostró que la doctrina en cuestión ha sobrevivido la influencia del CCU y el desarrollo académico que apoya la idea de llenar vacíos legales con estándares. En docenas de casos, los tribunales estadounidenses han desestimado demandas por incumplimiento contractual, fundamentando su decisión en esta doctrina, muchas veces otorgando cualquier solución a la parte perjudicada. El autor Scott sostiene que las partes redactan contratos incompletos, en lugar de crear mecanismos extralegales eficientes para lidiar con problemas de información oculta y acciones ocultas. Utilizando lo desarrollado en el presente artículo, su argumento es que las partes, a veces, pueden resolver problemas de peligro moral cuando los tribunales no pueden.

casos particulares. En su lugar, creemos que los que redactan el CCU o los *Restatements* no deberían hacer nada, y los tribunales deberían demostrar la suficiente empatía ante los intentos de las partes de modificar o evitar copiar las decisiones anteriores sobre el caso.

Hemos dicho en la parte IV del presente documento que las empresas rechazarían el “proyecto de estándares” si pudieran, debido a que el proyecto genera muchos términos ineficientes que las partes, para poder evitarlos, deberían incurrir en costos innecesarios. Existe, sin embargo, un rol de maximización del bienestar para el Estado al crear ciertas estructuras de estándares. Mientras que las partes incurrirán, con frecuencia, en el costo de crear contratos, nunca creerán que se justifique el costo de crear una estructura, como para legislar una sociedad por acciones o una ley de quiebras. Las estructuras que crean procedimientos estándares para que las partes sigan al formar (o disolver) diferentes tipos de sociedades comerciales, y que especifican las consecuencias legales de cumplir con estos procedimientos, han generado una ganancia de bienestar muy grande. El derecho contractual sustantivo, entonces, podría funcionar simplemente en el nivel equivocado de generalidad: las partes comerciales son las que mejor se encuentran posicionadas para crear sus propios contratos, mientras que el Estado es el que mejor se encuentra situado para las estructuras amplias dentro de las cuales los contratos de la partes se incluyen. Estas estructuras han sido realmente descuidadas desde la perspectiva del derecho contractual.

V. Normas obligatorias

Las normas obligatorias del derecho contractual prohíben los términos que las partes eligen; así, estas normas son incongruentes con el compromiso de soberanía de las partes que hemos defendido. Las normas, sin embargo, se justifican conforme a dos razones. La primera es evitar los efectos secundarios, el ejemplo clásico es el hecho de fijar el precio.¹¹²

La segunda es mejorar las fallas del mercado que la divulgación de la información no puede mejorar. A modo de ejemplo, se piensa que los

¹¹² Las normas que prohíben el fraude y la coerción también funcionan para evitar que una de las partes transfiera sus costos. Tanto el fraude como la coerción no crean un bienestar social, sino lo redistribuyen (injustamente) entre las partes. Si esas prácticas se permitiesen, los costos de exigir las redistribuciones serían transferidos a la sociedad. De esta forma, estas dos figuras son argumentos válidos para declinar el ejercicio de exigir el cumplimiento contractual, dado que el contrato resultante no maximiza el bienestar conjunto.

consumidores están mal informados acerca de las consecuencias de los defectos de los productos, aunque es muy difícil comunicar esta información de probabilidad en el formato de un envoltorio comercial. La respuesta de la ley ante esto es prohibir la exención de responsabilidad en virtud de la figura de la responsabilidad objetiva en el derecho extra-contractual. Pero ninguna de estas razones tradicionales puede justificar las normas de interpretación obligatorias que discutimos en la parte IV. Los términos contractuales como las cláusulas de unión de empresas y las estipulaciones acerca de las modificaciones orales, solo afectan a las partes que forman parte del contrato. No existe una falla del mercado para la cual las normas que prohíben su cumplimiento respondan ante esto.

Esto sugiere que existe una tercera razón, desapercibida durante mucho tiempo, para la existencia de normas obligatorias del derecho contractual, como las normas que regulan la interpretación contractual. Esta tercera razón es una forma de paternalismo cuya lógica, dentro del contexto interpretativo, establece lo siguiente:

- (A) Existen razones suficientes para que los tribunales exijan el cumplimiento de las intenciones de las partes.
- (B) Las partes, a veces, utilizan términos contractuales, como cláusulas de unión de empresas o cláusulas de modificaciones orales, que restringen la capacidad de los tribunales para encontrar las intenciones de las partes.
- (C) No existen razones suficientes para la existencia de dichos términos que “bloquean las intenciones de las partes”.
- (D) Los términos, entonces, son incongruentes con las intenciones más profundas y verdaderas de las partes, que pretenden lograr que los tribunales hagan cumplir su acuerdo real. De este modo, los tribunales deberían exigir el cumplimiento de dicho acuerdo real.

Las normas interpretativas son paternalistas debido a que los tribunales pasan por alto las preferencias expresadas por las partes para priorizar el bienestar de las mismas. Es decir, los tribunales no desean imponer un acuerdo que sería rechazado por las partes en caso de que ellas consideren el asunto en virtud de condiciones ideales de deliberación. En lugar de eso, los tribunales consideran que están ofreciendo el contrato que aquellas condiciones hubieran producido.¹¹³

¹¹³ Explicaciones tradicionales del paternalismo exigen que el paternalismo, en este caso un juez, se proponga mejorar el bienestar del agente. Para más información, véase, Richard J. Arneson, “Mill Versus Paternalism”, en *Ethics*, 1981, p. 470; y Seana Valentine

La dificultad recae sobre la premisa especificada en el paso (C), que establece que las partes no tienen razones suficientes para redactar contratos con los términos anteriormente nombrados. Nuestro debate en la parte IV demuestra que las partes que están bien informadas y no se encuentran influenciadas por la violencia tienen razones suficientes para utilizar los términos contractuales que bloquean las intenciones de las partes que el Código desfavorece, y que muchos tribunales se rehúsan a hacer cumplir. Si la premisa establecida en (C) es rechazada, entonces la conclusión en (D) –que los tribunales están implementando las intenciones profundas de las partes– debe ser rechazada de igual manera. El paternalismo con respecto a la interpretación de las normas, entonces, se confunde, dado que no colabora con el bienestar de las partes. Si estas pudieran elegir bajo condiciones ideales, desearían lo que el Estado les prohíbe. En la presente parte, desarrollaremos tres contextos más en donde las normas son obligatorias. En cada caso, las normas pueden solamente ser justificadas conforme a la premisa de que las partes no tienen razones suficientes para utilizar los términos contractuales que las normas prohíben, aunque en cada caso dicha premisa carece de fuerza. Estas normas, también, reflejan un paternalismo confuso.

A. Las partes no pueden omitir las modificaciones

Las partes son formalmente libres como para exigir que las modificaciones se realicen por escrito, aunque no lo son para estipular que el contrato no podrá ser nunca modificado en el futuro.¹¹⁴ Conforme a la visión de los tribunales, la mejor inferencia de la existencia de una modificación es que la intención original de las partes para evitar las modificaciones ha quedado obsoleta. Con más detalle, podemos afirmar que las partes no cambiarían su decisión en relación a la esencia del contrato sin razones suficientes. Es así, entonces, que ellas no pueden tener razones suficientes para estipular que nunca cambiarán de parecer con respecto a la esencia del contrato. Las partes contractuales, sin embargo, tienen razones suficientes para congelar su contrato original. A continuación presentaremos un ejemplo para demostrar que la prohibición de modificaciones le permite que induzcan una inversión eficiente que dependa de la continuidad de la relación de las partes. Dado que la principal razón

Shiffrin, "Paternalism, Unconscionability Doctrine, and Accommodation", en *Phil. & Pub. Aff.*, 29, 2000, p. 205.

¹¹⁴ Véase *Restatement (Second) Of Contracts*, 1979, § 311 cmt. a; y *Zumwinkel v. Leggett*, 345 S.W.2d 89 (Mo. 1961).

para exigir el cumplimiento contractual es fomentar este tipo de inversión,¹¹⁵ la negación a cumplir con una prohibición de modificaciones viola una justificación básica para la existencia del derecho contractual mismo.

El ejemplo implica la producción y la venta de un producto. El producto terminado puede tener dos valores para el comprador—alto o bajo—dependiendo de la situación que se desarrolle luego de la compraventa y de cómo el producto se confeccione y entregue. El vendedor puede realizar una inversión que dependa de la continuidad de la relación de las partes, que aumentará la probabilidad de que el producto tenga un valor alto. Suponemos que las partes pueden observar el valor que el producto resulta tener, aunque dichos valores no puedan ser verificables. Así también, el comprador no puede observar si el vendedor realiza la inversión o no. Estas suposiciones de información evitan que las partes induzcan una inversión eficiente descrita anteriormente con un precio contractual fijo. Un contrato de este tipo le brindaría al vendedor una ganancia suficiente como para invertir eficientemente, o bien condicionaría el precio según el valor estimado del producto. Pero debido a que ni el comportamiento del vendedor ni el valor del producto se pueden probar en un tribunal (dado que ambos valores no son verificables), ninguna de las partes podría exigir el cumplimiento de este simple contrato. Existe, sin embargo, un contrato más complejo que induciría al vendedor a invertir de manera eficiente. Este contrato exigiría que: (1) el vendedor realizara un pago por adelantado al comprador que dividiera el excedente esperado del contrato, y (2) una vez que el valor del producto fuera determinado, el vendedor realizará una única oferta al comprador que le exigiera pagar un precio equivalente al valor (por ejemplo, un precio alto o bajo, que dependería de si el valor es alto o bajo).

Para entender cómo funcionaría este contrato, supongamos que la ganancia de cada parte en el caso de que ellas no lleguen a un acuerdo—su ganancia de desencuentro— fuera cero. Más aún, si el vendedor invirtiera a un costo de $c > 0$, el producto tendría un valor alto para el comprador con 0,8 de probabilidad. Si el vendedor no invirtiera, su costo sería cero pero el producto tendría, con seguridad, un valor bajo. Luego de que el vendedor invirtiera (o decidiera no hacerlo), produciría el producto. Normalizamos el costo de producción a cero, para que sea siempre eficiente para las partes comercializar. En el ejemplo, un valor alto es \$40 y un valor bajo es \$20. Sería eficiente para el vendedor invertir si la ganancia en expectativa menos el costo excediera el valor bajo: por ejemplo, si $0,8 (\$40) + 0,2 (\$20) - c > \$20$, o si c es \$16 o menos. Suponemos que $c = \$12$ para que la inversión sea eficiente. El

¹¹⁵ Véase apartado III.B del presente artículo.

excedente esperado, en virtud del contrato, es $0,8 (\$40) + 0,2 (\$20) - \$12 = \24 . Supongamos por comodidad que las partes tienen el mismo poder de negociación; así dividirán la ganancia en expectativa de igual manera. Según estas suposiciones, el comprador aceptaría el contrato si el vendedor realizara un pago por adelantado que represente la mitad del excedente esperado, o \$12. La ganancia futura del comprador sería cero debido a que el precio de intercambio sería exactamente igual al valor del producto, aunque la ganancia del comprador anticipada es el pago de \$12. El vendedor ofertaría el contrato e invertiría debido a que su ganancia neta en expectativa también sería de \$12: los \$24 del excedente esperado menos el pago por adelantado de \$12.

La dificultad radica en que luego de la inversión del vendedor, el comprador optaría por una estrategia que redujera la ganancia del vendedor al monto que podría obtener sin la existencia del contrato. Para entender por qué, supongamos que el producto resulta tener valor bajo. El comprador pagaría un precio de \$20 y obtendría como ganancia el valor del producto menos el precio más el pago por adelantado, o $\$20 - \$20 + \$12 = \12 . Ahora, supongamos que el producto resulta tener un valor alto. El comprador rechazaría la única oferta del vendedor, devolvería el pago por adelantado y ofrecería renegociar el contrato. A esta altura, las partes conocen cómo obtendrían una ganancia cero si no lograran comercializar, y compartirían \$40 si lo lograran hacer. Como consecuencia, las partes renegociarían el contrato. Tal como en el ejemplo del apartado III.B, el costo de inversión del vendedor es nulo. Nuestras suposiciones acerca de que las partes tienen un poder de negociación igual y adhieren a la negociación Nash (en virtud de la cual los costos de valor cero se ignoran) implican que las partes acuerdan compartir \$40 de valor, y así el nuevo precio sería \$20.¹¹⁶ El comprador rechazaría el contrato y renegociaría conforme al valor alto, dado que obtendría como ganancia \$40 (que es el valor del producto) $-\$20$ (nuevo precio) = \$20 en virtud del contrato renegociado, que excedería los \$12 que hubiera ganado en virtud del contrato original.

Sin embargo, la estrategia del comprador, si fuera anticipada, provocaría que el vendedor no contratara. Para entender el porqué, supongamos que el vendedor contrata e invierte. Si el valor del producto termina siendo alto, el vendedor ganará el precio renegociado de \$20 menos el costo de inversión de \$12. Si el valor del producto termina siendo bajo, el comprador exigirá el cumplimiento del contrato, para que el vendedor no tenga derecho a devolver el pago anticipado. En el último caso, el vendedor ganaría los \$20 del precio

¹¹⁶ El vendedor, en este ejemplo, podría no demandar por los \$40 del precio, debido a que suponemos que los valores otorgados a los productos no son verificables. De este modo, el vendedor no podría probar que el valor era alto.

menos los \$12 del costo de inversión, y menos los \$12 del pago parcial, a cambio de una pérdida neta de \$4. Conforme a las probabilidades supuestas anteriormente para valores altos y bajos, la ganancia en expectativa del vendedor como consecuencia de la contratación y de la inversión sería \$5,60. En cambio, si el vendedor decide no incurrir en el costo de inversión de \$12, el producto tendría un valor bajo y el vendedor obtendría como ganancia \$20 (el precio contractual) - \$12 (el pago por adelantado) = \$8. Si las partes finalmente contratan, al vendedor le convendría no invertir. Incluso sacaría un provecho mayor si ni siquiera contratara. En su lugar, el vendedor produciría un producto de bajo costo a un costo cero y se lo ofrecería al comprador en un pago al contado. El precio de la operación dividiría los \$20 resultantes a modo de excedente. El vendedor obtendría como ganancia \$10 netos si no contrata y \$8 si lo hiciera. Como consecuencia, las partes no contratarían, el vendedor no invertiría y la calidad del producto sería ineficientemente baja.

La moraleja es que, muchas veces, las partes son incapaces de redactar contratos que inducen a una inversión eficiente que depende de la continuidad de la relación de las partes, debido a que la renegociación –modificaciones contractuales– no puede prohibirse.¹¹⁷ Una prohibición posible sobre las modificaciones sería permitir que el vendedor pueda exigir la cláusula original del contrato donde se establece el precio. Un tribunal podría observar el contrato original, el contrato renegociado, y las transferencias monetarias que las partes realizan en virtud de cada uno de ellos. Como consecuencia, cuando el comprador devuelva los \$12 del pago por adelantado y pague \$20 en virtud de un contrato renegociado, el tribunal sabrá que la calidad del producto era alta. El tribunal luego le ordenaría al comprador pagar otros \$20. A la espera de que un tribunal desestime todo tipo de renegociación, el comprador se daría cuenta de que sus opciones se verían limitadas a dos: comprar el producto de baja calidad al contado, obteniendo como ganancia \$10 netos; o aceptar el contrato y cualquier oferta que éste le permita al vendedor realizar, obteniendo así una ganancia neta de \$12. Para anticipar el comportamiento del comprador, el vendedor acordaría contratar, e invertiría eficientemente. En resumidas cuentas, las partes pueden tener razones suficientes para prohibir las modificaciones.¹¹⁸

¹¹⁷ La inversión en este ejemplo se denomina “cooperativa” dado que el vendedor invierte para aumentar el valor del comprador. Cuando la renegociación es permitida, la inversión cooperativa puede ser imposible de motivar mediante el contrato. Véase, Yeon-Koo Che & Donald B. Hausch, “Cooperative Investments and the Value of Contracting”, en *Am. Econ. Rev.*, 89, 1999, p. 125; Ilya Segal, “Complexity and Renegotiation: A Foundation for Incomplete Contracts”, en *Rev. Econ. Stud.*, 66, 1999, p. 57.

¹¹⁸ Las prohibiciones de las modificaciones pueden ser también eficientes cuando una de las partes asume un peligro normal. Para entender por qué, supongamos un posible

B. Las partes deben aceptar el cumplimiento sustancial

Generalmente, los tribunales le exigen a las partes aceptar el cumplimiento sustancial en lugar del total, a menos que el tribunal considere que la diferencia entre ambos sea muy relevante.¹¹⁹ Las partes, muchas veces, tratan de evitar incluir el estándar del cumplimiento sustancial en el contrato, y estipulan que el cumplimiento total del contrato es una condición expresa del deber de pagar de la otra parte. Los tribunales, sin embargo, no suelen exigir el cumplimiento exacto con esta condición expresa debido a que “la ley detesta la pérdida de derechos como consecuencia de un incumplimiento”. La premisa básica es que la parte cumplidora no contrataría si eso implicara que se la penalizara por diferencias mínimas en caso de cumplir solo sustancialmente. Debido a que la parte cumplidora sabría esto, ninguna de las partes pensaría que el contrato impone el equivalente a una sanción por una inconformidad pequeña, a pesar de lo que pareciera expresar lo redactado en el contrato. Las partes, según los tribunales, no tienen razones suficientes para exigir el pago de una sanción; entonces, los tribunales interpretan estrictamente condiciones expresas que exigen el cumplimiento total del contrato.

Presentaremos un ejemplo, extraído del famoso caso de *Jacob & Youngs*,

contrato entre una parte principal que asume un riesgo neutral, y un agente que asume un riesgo normal y que tiene que realizar una determinada tarea. El principal, como se supone generalmente, no puede verificar el comportamiento del agente en un tribunal, entonces el contrato debe motivar al agente. Esto requiere que el agente asuma un riesgo, es decir, que su pago sea correlativo al resultado del contrato, de modo que tratará que el resultado del contrato sea el esperado. El agente asume el riesgo porque el resultado es una función tanto de su esfuerzo, que aumenta la probabilidad de un buen resultado, y de las eventualidades que surjan. Una vez que el agente actúa, pero antes de que se sepa el resultado, un contrato en donde una parte no se vea en desventaja cuando la otra tiene una ventaja resulta posible: dado que el agente ha actuado, ya no necesita ser motivado, pero aún sigue asumiendo el riesgo porque está pendiente el factor natural. El contrato transfiere el riesgo del principal al pagar al agente una suma de dinero determinada. Sin embargo, si las partes anticiparan la renegociación, sabrían que el pago del agente no sería una función del resultado; por el contrario, sería la suma prefijada que el agente espera obtener en la renegociación. De este modo, el agente no puede ser motivado a esforzarse más, dado que su pago no se relaciona con el resultado del contrato. Cuando el hecho de esforzarse más es eficiente, resulta ineficiente permitir la renegociación. Las partes, con anticipación, tienen razones suficientemente válidas para no cambiar de parecer.

¹¹⁹ Véase *Restatement (Second) Of Contracts*, 1981, §§ 237, 241. Si el cumplimiento es sustancial, la norma estándar establece que una parte debe transferir el precio menos una suma que representa la compensación por la falta de cumplimiento sustancial. Como veremos más adelante, cuando el valor otorgado por una de las partes no es verificable, su derecho de sustraer una indemnización de daños y perjuicios pierde fuerza.

*Inc. v. Kent*¹²⁰, para demostrar que las partes tienen razones suficientes para realizar acuerdos que hacen que las sanciones sean posibles. Supongamos que un contrato le exige a un dueño realizar pagos progresivos a un constructor a medida que la construcción avanza. El último pago, que es de una suma considerable, se adeuda al finalizar la construcción. Suponemos que los valores no son verificables. De este modo, un tribunal no puede estimar el valor de la construcción completada conforme al contrato. Por consiguiente, puede haber un peligro moral para ambas partes. Si la carga de la prueba recae sobre el constructor, el dueño puede sostener que los defectos que quedaron en la construcción reducen su valor sustancialmente, a pesar de que no sea así en realidad. El hecho de que los valores no puedan ser verificados le presentaría problemas al constructor para defenderse contra este reclamo. Al contrario, si sobre el dueño recayera la carga de la prueba, el constructor podría deliberadamente prestar un servicio deficiente pero sostener que, en realidad, se ha cumplido sustancialmente.

Para ver el efecto potencial de este peligro moral, supongamos que el constructor tuviera la carga de la prueba y que el dueño engañara al constructor al retener el pago final si la construcción no estuviera completamente perfecta. Debido a que la perfección es difícil de lograr, el constructor no esperaría recibir el pago final. De este modo, no prestaría el servicio de manera completa. Pero así el dueño sabría que el anteúltimo cumplimiento del contrato sería el último, y que luego el dueño engañaría al constructor. El constructor, para anticipar el accionar del dueño, no prestaría el antepenúltimo servicio, y así sucesivamente. En síntesis, el constructor no prestaría ningún tipo de servicios. El problema contractual de las partes, entonces, es inducir al constructor a cumplir cuando el hecho de no poder verificar los valores hace que un comportamiento estratégico sea posible.

La solución de las partes se deduce de la naturaleza contextualista del hecho de poder verificar los valores. Un cierto dato puede no ser verificable para un tribunal dado que para explicar ciertos asuntos a un juez general o a miembros de un jurado, a veces, se debe incurrir en costos onerosos que no se justifican en relación con la ganancia. Sin embargo, el mismo dato puede ser verificable para un árbitro. Los conocimientos de un árbitro hacen que sea menos oneroso informar, debido a que éste actúa en un escenario informal y tiene una reputación de no estar influenciado por ninguna de las partes. Para garantizar que las partes cooperen con el árbitro, ellas harán que la decisión que él tome sea definitiva sin que medie el fraude, la parcialidad o el error.

¹²⁰ 129 N.E. 889 (N.Y. 1921).

En el caso *Jacob & Youngs*, las partes adoptaron esta solución común ante el problema del peligro moral, e hicieron que el árbitro actuara de arquitecto. El arquitecto se negó a certificar que el constructor había cumplido sustancialmente con el contrato, a pesar de que el defecto parecía ser insignificante. La aparente distinción entre el pago final retenido y la naturaleza del incumplimiento sugería un posible fraude o error por parte del arquitecto. Sin embargo, el constructor no intentó impugnar la decisión del arquitecto. En su lugar, le solicitó al tribunal que considere que el cumplimiento perfecto no era una condición para recibir el último pago por completo, y el tribunal accedió. El tribunal consideró que la renuncia al último pago hubiera sido injusta y que las partes nunca habrían deseado este resultado al contratar. El tema que el caso planteaba, sin embargo, no era si las partes tenían o no razones suficientes para permitir que una de ellas renuncie a una obligación. En realidad, el tema central era si las partes tenían razones suficientes para sostener que las decisiones del arquitecto eran concluyentes. Cuando las partes adoptan un régimen contractual muy sofisticado, el tribunal puede pecar de paternalista si le exige a una de ellas que acepte un cumplimiento sustancial en base a que las mismas no tienen razones suficientes para exigir un cumplimiento perfecto.

C. Las partes no pueden acordar sanciones

Las partes contractuales pueden especificar la indemnización por daños y perjuicios en caso de incumplimiento, siempre que dicha indemnización represente un estimativo razonable de la pérdida en expectativa de la otra parte.¹²¹ Sin embargo, bajo ninguna circunstancia las partes pueden especificar una indemnización que exceda un estimativo razonable de la ganancia en expectativa de la otra parte. La lógica en este caso es la misma que en los ejemplos anteriores. Las partes realizaron el contrato para otorgarle a una de ellas una contraprestación particular a cambio de un precio pagado por la otra. Ellas saben que los incumplimientos ocurren a veces, y también tienen razones suficientes para garantizar que una recibirá una compensación monetaria sustituta por la contraprestación debida en caso de incumplimiento. Aunque las partes contractuales, supuestamente, no tienen razones suficientes para otorgarle a la otra mucho más de la ganancia en

¹²¹ Véase U.C.C., 2003, § 2-718(1). "La indemnización por daños y perjuicios ante un incumplimiento puede ser liquidada en el contrato, pero solo mediante una suma que sea razonable conforme al daño anterior o actual causado por el incumplimiento [...] un término que fije una suma grande e irrazonable de daños y perjuicios es nula y considerada una sanción".

expectativa que existía al momento del incumplimiento. El objetivo más profundo de las partes se logra, entonces, mediante una norma de carácter obligatorio que declare nulas las cláusulas penales.

Esta premisa carece de validez por dos razones: primero, los tribunales, a veces, implementan la cláusula penal de manera inapropiada. También estipulan cláusulas de daños y perjuicios por una suma líquida y determinada al comparar la diferencia entre los daños y perjuicios anticipados en virtud de la norma estándar de indemnización que de ellos se espera, y los daños y perjuicios estipulados en el contrato. Los daños y perjuicios esperados, a su vez, se basan en pérdidas verificables que una parte anticipa ante el incumplimiento. Toda cláusula de daños y perjuicios por una suma líquida y determinada que incorpora valores observables, pero que no están sujetos a verificación, es vulnerable ante un reclamo encuadrado en la cláusula penal, aun cuando dicha cláusula estime de manera precisa la pérdida en expectativa de la parte cumplidora.¹²² También, los tribunales consideran que las cláusulas de daños y perjuicios, por una suma líquida y determinada, juegan el papel de cláusula penal en aquellos casos complejos, dado que los tribunales no han podido entender cómo dicha cláusula protege la ganancia en expectativa de la parte cumplidora.¹²³ Estas dificultades en el derecho actual permiten que la parte incumplidora invoque la figura de la cláusula penal de manera estratégica. Como consecuencia, se trata de evitar que las partes sofisticadas utilicen cláusulas de daños y perjuicios por una suma líquida y determinada cuando estas no sean óptimas.

El segundo problema que existe en el derecho actual está directamente relacionado con el argumento explicitado anteriormente. La premisa de que las partes no tienen razones suficientes para contratar teniendo como fin la cláusula penal es errónea. Al contrario, estas cláusulas pueden permitir que las partes induzcan inversiones eficientes que dependan de la continuidad de la relación de las partes en ciertos ambientes donde se intercambie información asimétrica. Entonces, las partes comerciales tienen razones suficientes para considerar estas cláusulas en tales circunstancias. A modo de ejemplo, recordemos el caso dado en el apartado VI.A que demostraba el error de evitar que las partes redactaran cláusulas que prohibieran la modificación de los términos contractuales. Una manera alternativa de producir una inversión eficiente en ese caso sería que las partes contraten con un tercero, y que en caso de que una de ellas solicite una modificación, deba pagar una suma

¹²² Véase Goetz & Scott, *Liquidated Damages*.

¹²³ Véase Alan Schwartz, "The Myth That Promisees Prefer Supracompensatory Remedies: An Analysis of Contracting for Damage Measures", en *Yale L.J.*, 100, 1990, pp. 369, 383-87.

en concepto de multa a dicho tercero. Esta parte tendría un incentivo para exigir el cumplimiento de la prohibición de las modificaciones para poder cobrar la multa. Para evitar esta demanda, el comprador en nuestro ejemplo sería disuadido a la hora de solicitar una renegociación. Estas prácticas con terceros no suelen darse en el día a día dado que las cláusulas penales están prohibidas en virtud del derecho actual.¹²⁴ El hecho de prohibir una cláusula de daños por una suma líquida y determinada, solamente porque se le exige a la parte incumplidora que realice una transferencia que exceda la ganancia en expectativa, interfiere de manera inadecuada con la soberanía de las partes y podría provocar ineficiencia en el contrato.¹²⁵

En síntesis, el derecho contractual contiene una cantidad de normas obligatorias que se aplican ante la ausencia de efectos secundarios o de una falla del mercado. Estas normas dejan sin efecto los términos contractuales que parecieran ser incongruentes con las intenciones que las partes racionales, informadas y libres de coerción podrían tener en estas circunstancias. Los tribunales y los redactores del CCU creen que las partes no tienen razones suficientes para elegir estos términos, y que un paternalismo justificado no los consideraría válidos. En los casos que hemos analizado, sin embargo, resultó que las partes comerciales tenían razones suficientes para hacer las cosas que hacían. Visto de otra manera, los términos contractuales que los tribunales y el CCU se niegan a hacer cumplir, en realidad, favorecen el bienestar de las partes. Como consecuencia, una justificación paternalista para las normas obligatorias del derecho contractual no es válida. Esta conclusión no debería sorprender. En la parte II, demostramos que las partes comerciales persiguen un objetivo –una maximización del bienestar

¹²⁴ Para ver un repaso de los diferentes modos, incluso el que presentamos en el texto, que el hecho de exigir el cumplimiento de las sanciones puede mejorar la eficiencia, véase, Aaron S. Edlin & Alan Schwartz, "Optimal Penalties in Contracts", en *Chi.-Kent L. Rev.*, 78, 2003, p. 33.

¹²⁵ Cuando el vendedor tiene poder de mercado, las partes pueden utilizar las sanciones para disuadir la entrada de competidores en el mercado del vendedor. En virtud del derecho actual, sin embargo, los tribunales adoptan lo que ellos perciben como cláusulas que imponen sanciones, independientemente de si esas cláusulas eran utilizadas para aumentar la inversión o para impedir la entrada de competidores. Consideramos que los tribunales deberían solamente prohibir las sanciones ineficientes; prohibir otro tipo de sanciones es adoptar una postura errónea de paternalismo. Otra manera de decir esto es que una parte siempre debería poder ser libre para discutir que una indemnización, por daños y perjuicios, podría generar efectos secundarios negativos o provocar una falla de mercado, que son argumentos que consideramos que continuarían siendo razones suficientes para que los tribunales adopten dicha cláusula. Pero sí es un error tratar una cláusula de daños y perjuicios, por una suma líquida y determinada, como una figura adecuada para estas ineficiencias, dado que ello compensaría desmedidamente a una parte en expectativa.

en conjunto— que el Estado apoya, y que generalmente pueden elegir los medios que mejor implementen este objetivo. Las normas que regulan los contratos entre las empresas deberían ser obligatorias solo cuando el contrato de las partes cree efectos secundarios o bien cuando sea el producto de una falla del mercado.

VI. Conclusión

El presente artículo no formula la pregunta normativa convencional de cuál es el derecho contractual que debe brindar el Estado. En su lugar, pregunta: ¿qué tipo de derecho contractual desearían las empresas que el Estado brinde? Respondiendo a esta pregunta, podemos afirmar que un derecho contractual para empresas sería más limitado y más fiel a las partes contractuales que el derecho contractual con el que contamos hoy en día. Antes que nada, las empresas desean que el Estado haga cumplir los contratos que ellas redactan, y no los contratos que una persona que toma decisiones a la luz de la justicia preferiría que redactaran. El hecho de exigir el cumplimiento contractual presupone una teoría de interpretación. El compromiso a la soberanía de las partes que defendemos en el presente artículo exige que los tribunales le deleguen a las partes, tanto la elección de los términos sustanciales del contrato, como la elección de la teoría interpretativa que será utilizada para hacer cumplir dichos términos. Las partes comerciales prefieren habitualmente que los jueces sean precisos la mayoría de las veces al dirimir el significado de sus contratos, en lugar de que sean precisos en todos los casos; de este modo, estas partes desean que los tribunales realicen interpretaciones conforme a las bases de pruebas más pequeñas que haya, que apoyen, la mayoría de las veces, las interpretaciones que sean precisas. Los tribunales que respetan las preferencias de las partes en relación a la interpretación utilizan un estilo interpretativo textualista que restringe la base de prueba al contrato redactado y nada más. Así también, la mayoría de las empresas prefieren que los tribunales interpreten sus contratos con la presunción de que el contrato está redactado en lo que llamamos el idioma mayoritario, el idioma que las empresas y los tribunales utilizan normalmente. Por este motivo, también, una teoría interpretativa textualista es el mejor estándar.

Muchas de las normas del derecho contractual actuales se presentan en la forma de normas estándares. Estos estándares aportan más problemas que soluciones. Una norma estándar eficiente —una que las empresas aceptan—

es simple en su forma, condicionada en algunas situaciones, y maximiza la ganancia conjunta en una amplia variedad de contextos. Un estándar es eficiente solo cuando las partes pueden contratar con definiciones vagas de sus obligaciones contractuales. Debido a que los estándares confieren una discreción considerable hacia las partes, sería insatisfactorio si, como resultado de dicha discreción, las partes fueran propensas a comportarse estratégicamente en virtud de ellos. Como explicamos, las partes son heterogéneas, los costos son certeros incluso para aquellos que toman decisiones, las normas deben ser complejas algunas veces, las partes pueden aprovechar los estándares para redistribuir el excedente en conjunto en lugar de maximizarlo, y la información es frecuentemente asimétrica. Cuando el Estado trata de redactar normas estándares, estas circunstancias crean dificultades que éste pocas veces asume para combatirlos. Como es de esperar, las partes comerciales contratan muchas veces por fuera de estos estándares. El efecto domino del derecho contractual pensado por el Estado, entonces, es menor de lo que la mayoría cree.

El objetivo de la maximización del bienestar que desarrollamos justifica a los tribunales cuando se niegan a hacer cumplir contratos sin sentido, contratos afectados por el fraude o la coerción, y contratos que crean efectos secundarios. Este objetivo, sin embargo, no puede apoyar una gran parte de las normas obligatorias que hoy en día regulan muchas de las relaciones entre las empresas. Estas normas prohíben el cumplimiento de términos contractuales que, eficientemente, regulan problemas de información oculta o de acciones ocultas.

Una teoría normativa del derecho contractual que considera la soberanía de las partes de manera seria demuestra que lo mucho que avanzó el derecho contractual durante los últimos cincuenta años no ha contado con un seguimiento apropiado. El derecho contractual actual se compone de algunas normas estándares y de ciertas normas obligatorias. Muchas de las normas obligatorias deberían ser revocadas o transformadas en estándares, y muchos de los estándares deberían desaparecer del derecho contractual. Apoyar la libertad de contratación para las empresas no es algo controvertido. Considerar la libertad de contratación seriamente, sin embargo, cambiaría radicalmente el derecho contractual actual. Un derecho comercial apropiado para nuestro tiempo sería un derecho de comerciantes, y para los comerciantes, cuanto menos intervenga el Estado, mejor.

