

LA INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO INTERNACIONAL: UNA APROXIMACIÓN DESDE EL DERECHO COMPARADO*

Sixto A. SÁNCHEZ LORENZO**

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La función de la interpretación del contrato*. III. *La interpretación de los acuerdos explícitos*. IV. *La integración de las lagunas del contrato*. V. *Algunas conclusiones funcionales*.

I. INTRODUCCIÓN

El contrato, con independencia de su alcance espacial, se fundamenta en la autonomía de la voluntad de las partes, singularmente si tratamos —como en el presente trabajo— de contratos comerciales y dejamos de lado las peculiaridades de los contratos celebrados por consumidores. Son los acuerdos, pactos y cláusulas establecidas entre las partes contratantes las que determinan, como ley entre ellas, el régimen de sus respectivas obligaciones. Las normas imperativas de cada sistema nacional intervienen para corregir o limitar la autonomía material de las partes, ya se trate de un contrato interno o de un contrato internacional. En este último caso, la ley rectora del contrato (*lex contractus*), bien elegida por las partes, bien establecida en defecto de elección, establece el margen de disponibilidad o autonomía material de las partes, resultando de aplicación sus normas simplemente imperativas. Más allá de la *lex contractus*, puede darse aplicación excepcional a las normas de orden público internacional tanto de

* Esta contribución se enmarca en el Proyecto de Investigación “Derecho contractual comparado”.

** Catedrático de Derecho internacional privado de la Universidad de Granada (España).

la *lex fori* como de un derecho singularmente conectado con el contrato (por ejemplo, artículo 7o. del Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales de 19 de junio de 1980).

Con independencia del mayor o menor juego de las normas imperativas de la *lex fori*, la *lex contractus* o la ley de un tercer Estado, a menudo se olvida la enorme relevancia que tiene la ley rectora del contrato en la determinación del alcance de las cláusulas pactadas por los contratantes y que, en muchas ocasiones, son el eje de las controversias jurídicas. Sin necesidad de salir de ese marco de la autonomía material, la influencia de los sistemas jurídicos nacionales y de la *lex contractus* no desmaya. Al contrario, un aspecto determinante del alcance de los acuerdos y de la suerte de los litigios estriba en cómo se van a resolver las ambigüedades, contradicciones y lagunas de los propios pactos y acuerdos entre las partes, esto es, en cómo se va a interpretar el contrato. Y esta no es una cuestión de hecho, sino de derecho, y no precisamente de derecho natural. Como tal, la determinación de la ley aplicable al contrato internacional es, ante todo, una opción sobre la interpretación de los contratos.

El alcance de esta opción por el sistema cuyo modelo de interpretación ha de seguir el juez o el árbitro puede suministrar una nueva perspectiva de ciertos fenómenos. Por ejemplo, ayuda a comprender una de las razones esenciales de por qué el derecho inglés es la opción predilecta en la contratación internacional, a saber, su criterio de orientar la interpretación conforme a cánones preferentemente de seguridad jurídica y no de justicia material. Y tal vez pueda explicar las reticencias por modelos de unificación internacional, como el marco común de referencia europeo, que han optado a menudo por soluciones más abiertas y, en consecuencia, inseguras. Pero, sobre todo, la trascendencia del modelo de interpretación exige de las partes una elección o protección consecuente frente al derecho que resultará aplicado, conociendo su alcance y sus exigencias. La forma en que debe redactarse un contrato, incluidas las exposiciones preliminares, el grado de precisión de sus cláusulas, la propia sintaxis de determinadas cuestiones esenciales relativas a la determinación de su contenido o a la ejecución de las obligaciones, están en relación directa con los criterios de interpretación de los contratos que nos suministra el derecho aplicable. *Grosso modo*, basta saber que nuestro contrato se someterá al derecho inglés para que pongamos buen cuidado en una redacción detallada de las contingencias y del alcance de las respectivas obligaciones contractuales, mientras que una sumisión al de-

recho suizo nos permite ser confiados sobre una integración razonable y ajustada de las lagunas del contrato o de las contingencias sobrevenidas.

El presente estudio pretende analizar de forma crítica los modelos más importantes que arroja el derecho comparado acerca de la interpretación del contrato, tratando de subrayar sus elementos de convergencia y divergencia. Del mismo modo, se procede a clasificar los distintos textos destinados a la unificación internacional del derecho de los contratos. Por último, se trata de utilizar los resultados de la comparación para apuntar una estrategia útil en la negociación de los contratos internacionales.

II. LA FUNCIÓN DE LA INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO

1. *Las paradojas de la convergencia entre modelos comparados*

Se entiende comúnmente que la interpretación del contrato parte de dos grandes premisas u opciones contrapuestas, que más bien consisten en tendencias, ya que no concurren de forma pura en ninguno de los sistemas o modelos jurídicos nacionales.

Una primera tendencia orientaría la función interpretativa hacia la voluntad formal de las partes, resultante de lo expresado por ellas. Esta opción renuncia a indagar la verdadera intención de las partes, en realidad incognoscible, optando por un valor de seguridad jurídica en las relaciones comerciales. Conocer la verdadera intención de la otra parte ni es posible ni comercialmente exigible. Los operadores deben poder confiar en el significado usual que las palabras tienen para una persona razonable en un contexto dado. Desde este punto de vista, este planteamiento es más bien formalista u objetivista, pues descuida la verdadera intención para dar relevancia a la voluntad objetivada y formalizada en palabras. Este sería el paradigma de partida del *common law*. En esencia, coincide con los planteamientos del derecho romano antiguo, partidario de interpretar las declaraciones de voluntad de manera estricta y literal, atribuyendo a los símbolos y formas significados y contenidos materiales inalterables e independientes de la intención real de las partes.¹

¹ Zimmermann analiza el carácter formalista u objetivista de la interpretación del contrato en los tiempos antiguos. La intención (subjektivismo) no importa, sino las palabras que se pronuncian, que tienen un significado convencional y objetivo, Zimmermann,

En la práctica, sin embargo, este modelo se caracteriza mejor por el valor inmanente, la seguridad jurídica, que por la aparente función inmediata que parece perseguir. En efecto, aunque formalista, el modelo del *common law* acaba siendo más *subjetivista* que el opuesto, pues la fidelidad a lo expresado por las partes le lleva a respetar en mayor grado la voluntad, aunque formal, de los contratantes y a evitar interferencias externas a dicha voluntad. Evita la construcción o modificación del contrato por el juez o el árbitro, impidiéndole colmar lagunas o corregir el desequilibrio de las partes en atención a criterios de racionalidad objetiva, ajenos a lo que realmente acordaron las partes.² Finalmente, el sustrato filosófico justifica un principio —el formalismo— sobre la base de un valor atento al respeto a la autonomía de la voluntad, al *laissez-faire*; refleja, en suma, una visión liberal de las transacciones comerciales y de las relaciones económicas.

Una segunda tendencia fijaría la función de la interpretación del contrato en obtener la voluntad real de las partes, su auténtica intención subjetiva. En principio, este modelo parecería singularmente respetuoso con la autonomía de la voluntad de las partes, tratando de hallar la verdadera intención que es la fuente de las obligaciones, “la única cosa importante y efectiva” en las palabras de F. K. von Savigny rescatadas por K. Zweigert y H. Kötz.³ En este sentido, la doctrina se refiere a este planteamiento como “subjetivista”. Utilizando la misma imagen histórica anterior, este segundo modelo se atendería a la evolución del *ius gentium* y, en particular, del derecho justinianeo, respecto al derecho romano clásico.⁴

R., *The Law of Obligations (Roman Foundations of the Civilian Tradition)*, Oxford University Press, 1990, pp. 621 y ss.

² En este sentido se califica como “tradicional” esta forma de comprender la interpretación del contrato, frente a las técnicas que permiten dar prioridad al equilibrio contractual y a instrumentos de racionalidad objetiva, Alpa, G., *Corso di sistemi giuridici comparati*, Turín, Giappichelli, 1996, p. 676.

³ *Introducción al derecho comparado*, 3a. ed., México, Oxford University Press, 2002, p. 423.

⁴ En la jurisprudencia postclásica se observa la predilección bizantina por la intención (*animus*), siempre valorada conforme a criterios objetivos de racionalidad cristianos. En el período bizantino se enfatiza el problema de la prueba de la voluntad “real”: la voluntad no expresada de las partes sólo puede prevalecer si es objetivamente determinable. En el derecho romano clásico la interpretación seguramente se había hecho más flexible y había evolucionado ya sobre una combinación de aspectos formales (declaración) y sustanciales (intención). El *ius gentium* hubo de tener un papel importante en esta evo-

En realidad, la imposibilidad práctica de conocer la verdadera voluntad de las partes lleva a estos planteamientos a diseñar esa voluntad muchas veces al margen de lo expresado, como una voluntad “hipotética” o característica de una persona razonable en un contexto idéntico. Partiendo de premisas subjetivas, y tratando de encontrar la verdad material, este planteamiento, más propio de los sistemas romanistas, y sobre todo, germanistas, atiende esencialmente a un valor de justicia o equilibrio sinalagmático, partidario de colmar lagunas y equilibrar o reequilibrar el contrato utilizando conceptos generales, como la buena fe, para introducir criterios objetivos de razonabilidad, muchas veces en contraste con lo que las partes han llegado a expresar. En suma es un modelo que acaba convirtiéndose en objetivista,⁵ actuando este principio para la consecución de un valor sustentado en una concepción social o de eficiencia económica global de las transacciones comerciales.

Las paradojas evidentes en ambos modelos ni los alejan ni los acercan en términos teóricos. En la práctica, sin embargo, la aplicación de los paradigmas acaba confluyendo en buena medida a través de los propios elementos de corrección. Los términos expresos no siempre son una solución interpretativa eficiente, y las ambigüedades del lenguaje requieren elementos interpretativos contextuales. Existe, además, el riesgo del error

lución, al tiempo que el consentimiento pasaba a ser un elemento esencial de la validez del negocio; Zimmermann, R., *op. cit.*, nota 1, pp. 624-626. R. Zimmermann cita la causa Curiana, relativa a la sustitución pupilar de un *non nato* para ilustrar la argumentación de Craso sobre la base de una intención no amparada por las palabras, en un ejercicio muy similar a lo que podría ser el juego de los términos implícitos en el *common law* de nuestros días, *Ibidem*, p. 628. F. De Castro y Bravo añade la opinión de Papiniano, véase De Castro y Bravo, F., *El negocio jurídico*, Madrid, Civitas, 1985, p. 82. Para una relación y análisis de las fuentes romanas y medievales, véase Petrucci, A.: “Capitolo V: Interpretazione del contratto”, *Fondamenti di diritto contrattuale europeo (Delle radici romane al progetto dei Principles of European Contract Law della Commissione Lando): materiali e commento*, Bolonia, Patron Editore, 2006, pp. 273-284 y 296-303.

⁵ Utilizando la terminología de E. Betti, esta evolución supondría un tránsito entre una interpretación “psicológica” hacia una interpretación “técnica”, que “indaga la solución independiente de la conciencia refleja que haya podido manifestarse en su autor, encuadrándola —en el caso de un contrato— no ya en la totalidad individual de ambas partes, sino en la totalidad del ambiente social, según el punto de vista corriente en torno a la autonomía privada”, *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, Madrid, Edersa, 1975, pp. 363 y 364. Las relaciones entre los §§ 133 y 157 BGB reflejan bien este tránsito y la tensión entre la *Willens-und der Erklärungstheorie*, Fiketscher, W. y Heinemann, A., *Schuldrecht*, 10a. ed., Berlín, De Gruyter, 2006, pp. 92-96.

o del *lapsus*, y por tanto, el sistema jurídico debe proveer mecanismos de rectificación. Asimismo, pretender que el contrato acoja todas las condiciones o términos del contrato es ineficiente en términos económicos y multiplica los costes de producción o redacción del contrato, haciendo útil la admisión y eficacia de disposiciones o cláusulas “implícitas”. Del mismo modo, la autonomía de la voluntad de los contratantes es un principio de eficiencia económica, que no obedece a un afán decimonónico de mera libertad individual; como tal, aconseja limitar los elementos externos de interferencia en el contrato, incluida la tendencia a forzar la existencia de un negocio jurídico cuando las lagunas no dejan ver elementos de voluntad suficientes para su formación o la alteración del reparto de costes y riesgos entre las partes. Con todo, la aproximación entre sistemas jurídicos que procura la corrección de los paradigmas de partida no es absoluta, y al final existen ciertas diferencias infranqueables. Sobre estas diferencias se construyen, en realidad, las diferentes culturas jurídicas en materia de contratos. Conocerlas es necesario para una correcta elección del derecho aplicable en evitación de desagradables sorpresas, para una aplicación coherente por el juez y el árbitro del derecho aplicable, y para un entendimiento cabal de las opciones y los límites de las soluciones que se presentan como fuertes conquistas del movimiento unificador, cuando no son sino frágiles apariencias de unidad a punto de difuminarse en la diversidad de concepciones de cada juez y de cada árbitro.

2. *El paradigma formalista/liberal del common law*

Aunque la doctrina continental de Savigny y Pothier haya tenido alguna recepción en la doctrina inglesa del siglo XIX,⁶ lo cierto es que la jurisprudencia del *common law* se ha decantado por cifrar la interpretación del contrato en la búsqueda de la voluntad formal o expresada por las partes, en el convencimiento de que la intención subjetiva de las partes, los pensamientos y sus mentes, son sencillamente insondables o esquivas, pero además intrascendentes. La regla de oro es que el juez debe tratar de interpretar el contrato sobre la base del significado ordinario o común de las palabras, no filológico ni científico. En palabras de Oliver

⁶ Zweigert, K. y Kötz, H., *op.cit.*, nota 3, p. 429.

Wendell Holmes, “no nos preguntamos qué quiso decir esa persona, sino lo que significarían sus palabras en boca de un angloparlante corriente, siendo empleadas en las circunstancias en que lo fueron”.⁷ Dicho sentido ordinario no significa necesariamente “general” o “primario”, sino que puede estar referido a un grupo específico de personas pertenecientes; por ejemplo, a un ramo comercial, si bien la opción por un significado más especial y técnico —o “secundario”— debe venir avalada por el contexto u otras evidencias externas.

Algunas afirmaciones jurisprudenciales pueden ilustrar este punto de partida. Lord Shaw en *Great Western Railway vs. Bristol Corporation* (1918) afirma que “la sugerencia de una intención de las partes diferente al significado transmitido por las palabras empleadas no es parte de la interpretación, sino mera confusión”. Lord Simon en *Schuler (L.) A.G. vs. Wickman Machina Tool Sales Ltd* (1974) considera que es “una presunción *iuris et de iure* que las partes han querido decir lo que han dicho”. Como afirma con rotundidad Lord Scrutton en el caso *L’Estrange vs. Grauboch Ltd* (1934) cuando se firma un documento que contiene disposiciones contractuales, la parte que firma se obliga, y es intrascendente si ha leído o no el documento.⁸

La seguridad jurídica está en la base de este planteamiento, que justifica la expresión de Lord Devlin, en el sentido de que la obligatoriedad del contrato o *sanctity of the contract* no significa sino la *sanctity of the written words*⁹ o la regla de las cuatro esquinas (*four corners*) del documento en que quedan constreñidas las obligaciones de las partes. Partiendo, pues, de una interpretación de lo que las partes han escrito, los tribunales del *common law* se muestran reacios a separarse de la palabra escrita y sólo se admiten elementos externos o ajenos a la palabra escrita en circunstancias muy determinadas.¹⁰ No sólo el derecho irlandés, sino también el derecho canadiense, australiano, sudafricano o escocés siguen

⁷ “The Theory of Legal Interpretation”, *Harvard Law Review.*, vol. 12, 1899, pp. 417 y 418.

⁸ Como gráficamente recoge Walker, “La cuestión no es lo que las partes piensan sobre el significado del contrato. Incluso si ambas partes piensan que el contrato significa X, el tribunal puede sostener que significa Y”, Walker, D. M., *The Law of Contracts and Related Obligations in Scotland*, Edimburgo, T & T Clark, 1995, p. 414.

⁹ Lewison, K., *The Interpretation of Contracts*, 3a. ed., Londres, Sweet & Maxwell, 2004, p. 28.

¹⁰ USA los §§ 213 ss. del *Restatement (Second) of the Law of Contracts*.

este paradigma,¹¹ que aparece más difuminado en el derecho norteamericano.¹²

El punto de partida o principio esencial es la *parole evidence rule*. Este principio procura una restricción básicamente procesal, por cuanto implica el rechazo de cualquier prueba o evidencia—no únicamente oral, como parece sugerir su tenor literal y su formulación original— que contradiga, varíe, amplíe o modifique un contrato escrito [Jacobs vs. Batavia and General Plantations Ltd (1924)]. En la práctica, sin embargo, la regla no ha funcionado de forma rígida, pues las evidencias pueden demostrar que, sobre todo en ausencia de cláusulas de integración (*merger clauses*), el contrato escrito puede no recoger el acuerdo completo, y determinados pactos haberse concluido de forma oral [J. Evans & Son (Portsmouth) Ltd. vs. Andra Merzario Ltd. (1976)]. Por lo demás, la regla admite excepciones y padece la creciente importancia en el *common law* de la interpretación contextual.¹³

La cuestión se plantea, en realidad, en términos procesales. Cuando un contrato ha sido redactado por escrito, la interpretación y determinación de las obligaciones asumidas se deduce de las palabras y términos del contrato, y se rechazan como petición de principio cualesquiera evidencias o pruebas externas al documento. Excepcionalmente, en determinadas circunstancias se admitirán dichas evidencias. La clave de comprensión del sistema de interpretación de los contratos en el *common law* consiste en inducir en qué casos pueden los tribunales admitir evidencias externas o ajenas al documento escrito, como, por ejemplo, para identificar a las partes o el objeto del contrato, amparar la invalidez del

¹¹ McBryde, W. W., *The Law of Contract in Scotland*, Edimburgo, 1987, p. 420. Parece que, en el caso de Escocia, la *Scottish Law Commission* plantea algunas reformas para aproximarse al paradigma romano-germánico acogido por los Principios UNIDROIT y los PECL (véase Comentario al artículo 5:101 PECL). Los comentaristas del artículo 2:105 PECL entienden que la *parole evidence rule* no puede considerarse vigente en Escocia.

¹² En Estados Unidos son más frecuentes las tesis subjetivistas, tendentes a buscar en los términos la verdadera intención subjetiva de las partes, como sugiere, por ejemplo, la sección 201 (1) 2o. del *Second Restatement*, véase Friel, R.J., *The Law of Contract*, Dublín, Sweet & Maxwell, 2000, p. 173; Corbin, A.L., “The Interpretation of Words and the Parole Evidence Rule”, *Cornell Law Quarterly*, vol. 50, 1964, pp. 161 y ss.

¹³ Markesinis, B. S. et al., *The German Law of Contract (A Comparative Treatise)*, 2a. ed., Oxford, Hart Publishing, 2006, pp. 135-137.

contrato o demostrar el contenido de un uso comercial o la existencia de un acuerdo colateral o subordinado.¹⁴

La jurisprudencia inglesa se construye básicamente sobre la forma de resolver las ambigüedades del lenguaje, cuando admite de forma natural dos o más significados. Las ambigüedades pueden ser “patentes” (derivadas del mismo lenguaje) o “latentes” (provocadas por el contexto fáctico). Para la jurisprudencia tradicional, en el caso de ambigüedades patentes no caben evidencias externas que asistan la interpretación¹⁵ y si resultan irreducibles conducen a la ineficacia del contrato.¹⁶ En el caso de ambigüedades latentes no existe obstáculo para admitir otras evidencias contextuales o externas, incluidas las que se refieren directamente a la propia intención de las partes. Así, si un ingeniero tiene un incentivo económico por reducir el coste total de la obra de construcción de una vía férrea, estimada en 35.000 £, y hay dudas sobre si dicho coste incluye el precio de la expropiación de terrenos, puede utilizarse como evidencia de la inclusión una conversación entre el ingeniero y un agente del empresario y una circular preparada por el primero [Bank of New Zeland vs. Simpson (1900)].

Con carácter general, se admite un cambio sustancial en el carácter del paradigma interpretativo de los contratos en el derecho inglés, merced a la jurisprudencia generada tras el célebre asunto *Investors Compensation Scheme Ltd. vs. West Brownwich Building Society*, resuelto por la *House of Lords* en 1998. Los criterios de Lord Hoffmann, resumidos en cinco principios, han provocado de hecho una aproximación del *common law* hacia una interpretación más objetivista del significado de los términos escritos de un contrato,¹⁷ que se fundamenta en varios elementos: en primer lugar, la interpretación ya no parte del sentido de los expresado

¹⁴ Véase, *ad. ex.* Furmston, M., *Fifoot & Furmston's Law of Contract*, 15a. ed., Oxford University Press, 2007, pp. 163-173.

¹⁵ Lord Hoffmann en *Mannai Investment Co Ltd. vs. Eagle Star Life Assurance Co Ltd.* (1997) ha abierto la puerta a las evidencias externas incluso en caso de ambigüedades patentes.

¹⁶ La ineficacia del contrato puede darse en casos extremos de “*fárrago of nonsense*”, *Mellstrom vs. Garner* (1970). Si se trata de cláusulas no esenciales, se tendrán por no puestas.

¹⁷ Se habla incluso de “*a more purposive approach*”, Peel, E., *Treitel on The Law of Contract*, 12a. ed., Londres, Sweet & Maxwell, 2007, p. 212. Más gráficamente, tras este precedente y otras decisiones como la de Lord Steyn en *Sirius Internacional Insurance Co. (Publ) vs. FAI General Insurance Ltd.* (2005), Furmston afirma: “*It is clear that con-*

por el proferente, sino del significado que a dicha expresión le atribuiría una persona razonable conocedora de todos los antecedentes y el contexto del contrato en el momento de contratar; en segundo lugar, la determinación del significado de lo expresado sólo se concibe con el sentido que le confiere el contexto o los antecedentes (*surrounding circumstances, background*) entendidos en un sentido mucho más amplio que hasta ese momento; en tercer lugar, el *background* no sólo es útil para elegir entre dos posible significados de un término ambiguo, sino que permite incluso concluir que las partes utilizaron expresiones o sintaxis erróneas, si bien existe una fuerte presunción de que no se ha incurrido en errores lingüísticos.¹⁸ Con todo, como señala K. Lewison aportando datos jurisprudenciales, no todos los jueces han aceptado que los principios formulados por Lord Hoffmann supongan un nuevo punto de partida en la interpretación de los contratos, ni su repercusión es la misma en todos los ámbitos del *common law*.¹⁹

3. *El paradigma sustantivista/social de los sistemas romano-germánicos*

Tanto los sistemas romanistas como los germanistas coinciden en pre-tender *a priori* que la interpretación del contrato consiste en determinar la real intención o voluntad histórica de las partes contratantes.²⁰ Esta función, sin embargo, se articula de forma diferente en los distintos códigos.

textualism is now king and is to be preferred to literalism", Furmston, M., *op. cit.*, nota 14, p. 161.

¹⁸ Un precedente posterior de la *House of Lords* de 2001 (*B.C.C.I. vs. Ali*) viene a sintetizar los cinco extensos principios interpretativos expuestos por Lord Hoffmann en el asunto "*Investors*": "Para determinar la intención de las partes, el Tribunal contempla los términos de un contrato como un todo, atribuyendo a las palabras empleadas su significado ordinario en el contexto del acuerdo, la relación jurídica y todos los factores relevantes que rodean la transacción, en la medida en que resultan conocidos por las partes. Para determinar su intención, el tribunal, por supuesto, no indaga las representaciones mentales subjetivas de las partes, sino que hace un juicio objetivo basado en materiales ya identificados".

¹⁹ Lewison, K., *op. cit.*, nota 9, pp. 3 y 4. Beale, H., *Chitty on Contracts*, 29a. ed., Londres, Thomson/Sweet & Maxwell, 2004, par. 12-041 y ss.; Peel, E., *op. cit.*, nota 17, pp. 210-213.

²⁰ *La commune intention des parties* (artículo 1.156, Código Civil francés). Del mismo modo, artículo 1.362, Código Civil italiano, artículos 1.281-1.282, Código Civil español, artículo 18, Código de Obligaciones suizo, artículo 238, Código Civil portugués, artículo 431, Código Civil ruso, § 133 BGB o § 914 ABGB.

Los sistemas romanistas han optado preferentemente por establecer reglas de interpretación más o menos generales (*ad. ex.* artículos 1.156-1.164, Código Civil francés, belga y luxemburgués, artículos 1.362-1.371, Código Civil italiano, artículos 1.258 y 1.281-1.289 ss., Código Civil español); se trata de una opción tendente a racionalizar o garantizar cierta uniformidad o seguridad jurídica en la interpretación de los contratos, que ha sido denostada a menudo por la doctrina de los sistemas germanistas, partidaria de una racionalización *a posteriori* mediante el método de creación judicial flexible y adaptada a las necesidades del caso concreto. Esta forma diversa de concebir los parámetros interpretativos que deben llevar a determinar la verdadera intención de las partes produce, ya de raíz, un cierto desencuentro entre los sistemas romano-germánicos. De hecho, el legislador francés, español o italiano parece proporcionar un medio deductivo de interpretación a través de criterios legales que garantice cierta seguridad jurídica en la difícil tarea —por no decir imposible— de determinar la verdadera intención de las partes. Con ello, acaban aproximándose a los resultados del *common law*, aunque en este caso los criterios de interpretación —muy parecidos— se presenten como inducidos por la jurisprudencia con la hipotética función de dar sentido preciso a la voluntad expresada por las partes contratantes.

Así, como principios interpretativos contenidos en los códigos romanistas no es difícil hallar el principio de *favor negotii* para optar por aquella de las interpretaciones posibles más favorable a la validez del negocio, la preferencia por la acepción de los términos del contrato más acorde con la naturaleza u objeto del contrato,²¹ la interpretación sistemática o consideración de las cláusulas del contrato como un todo,²² el principio contra *proferentem* o el *favor debitoris*, etc. Sin embargo, salvo que los términos del contrato sean claros y la intención de las partes resulte inconcusa, lo cierto es que estos principios, en sí mismos, no atienden a fijar la verdadera voluntad de las partes, sino que objetivizan dicha vo-

²¹ *Qui convient plus à la matière du contrat*, empleando los términos del artículo 1.158, Código Civil francés. También el artículo 1.286, Código Civil español, artículo 1.369, Código Civil italiano y el artículo 431, Código Civil ruso.

²² Interpretándose “las unas por las otras, atribuyéndose a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas”, afirma literalmente el artículo 1.285 del Código Civil español. Del mismo modo, artículo 1.161 Código Civil francés, artículo 1.363 Código Civil italiano o artículo 431 Código Civil ruso.

luntad convirtiéndola en una voluntad presunta o meramente hipotética. A ello se añade que, en los sistemas romanistas, la interpretación no se resuelve con un puñado de principios o recursos técnicos más o menos precisos, sino que se adereza con la necesaria concurrencia de criterios mucho más generales o abiertos como los usos o costumbres (artículos 1.159-1.160, Código Civil francés, artículo 1369, Código Civil italiano, artículo 1.287, Código Civil español o artículo 431, Código Civil ruso), sin olvidar que la voluntad de las partes no es la única fuente que determina sus obligaciones, pues al margen de lo pactado y de lo que establezcan leyes y usos, deben cumplir con lo que exijan la buena fe y la equidad, según la naturaleza de cada contrato contrato (*ad. ex.* artículo 1.135, Código Civil francés; artículo 6:248, Código Civil holandés; artículo 1.374, Código Civil italiano; artículo 354, Código Civil polaco o artículo 1.258, Código Civil español).²³ Todo ello confluye para revelar la paradoja señalada más arriba. Dado que la intención real de las partes es, en realidad, incognoscible y difícilmente presumible a menos que los términos del contrato sean claros y precisos, en la práctica los sistemas romanistas acaban por orientar la interpretación hacia una voluntad hipotética, derivada de estándares de razonabilidad objetiva, esto es, del sentido que razonablemente habría atribuido a los términos del contrato una persona de calidad similar a las partes en circunstancias y momentos semejantes.²⁴

Otros sistemas, señaladamente los germanistas, parten del mismo postulado que el modelo romanista, en orden a la determinación de la voluntad histórica de las partes (§ 133 BGB) y llegan a resultados muy semejantes. Sin embargo, el derecho alemán no suministra principios concretos y opta por un sistema abierto y flexible de construcción jurisprudencial del contrato, donde los elementos de racionalidad objetiva, singularmente a través de la buena fe (§ 157 BGB) acaban asimismo

²³ Para un análisis comparado de las relaciones entre estos principios en los sistemas romanistas, véase Serrano Fernández, M., *Estudio de Derecho comparado sobre la interpretación de los contratos*, Valencia, Tirant-lo-blanch, 2005, pp. 249-272.

²⁴ Larroumet, Ch., *Droit civil, vol. III: Les obligations. Le contrat*, 2a. ed., París, Economica, 1990, núm. 141; Kötz, H., “L’interpretazione del contratto” (con S. Patti), *Diritto europeo dei contratti*, Milán, Giuffrè, 2006, pp. 201-207 (el texto original en alemán en *Europäisches Vertragsrecht*, Tubinga, JCB Mohr, 1996; *idem* en “Interpretation of Contracts”, *Towards a European Civil Code*, 2a. ed., La Haya, Kluwer, 1998, pp. 270-273).

imperando.²⁵ Esta opción es consecuente con la especial virtualidad que desempeñan en el sistema alemán, y por extensión en los germanistas, las denominadas cláusulas generales (*Generalklauseln*), como la buena fe. La introducción de estas cláusulas en el BGB, en los albores ya del siglo XX, resultaba consecuente con el deseo de construir un derecho civil adaptado a las mutaciones sociales, que resultó particularmente propicio en los períodos inflacionistas de las posguerras mundiales. De esta forma —como señala C. Jauffret-Spinosi—,²⁶ sobre la base de la buena fe, calificada por la doctrina como cláusula general, la jurisprudencia alemana ha podido interpretar el contrato según la “justicia contractual”, viendo en él una colaboración entre las partes, completándolo o induciendo obligaciones no previstas expresamente, extendiendo la responsabilidad contractual, admitiendo la imprevisión o sancionando el abuso de derecho. En contrapartida, los códigos de principio de siglo que siguen al modelo francés no sólo parten de una mayor desconfianza hacia la labor creativa del juez, sino que se muestran menos proclives a conceptos abiertos o cláusulas generales. Esta diferencia de principio explica que los códigos romanistas hayan optado por cánones de interpretación concretos y admitan de forma menos explícita el recurso a cláusulas generales. Con todo, en la aplicación práctica los resultados no varían, como hemos dicho, en la medida en que se ha ido imponiendo una concepción del contrato cooperativa —más social si se quiere—, enmarcada en un contexto económico general y en usos comerciales que explican la preferencia por soluciones de racionalidad objetiva.

²⁵ Busche, J., “§§ 133 y 157”, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, t. 1, 5a. ed., Munich, C.H. Beck, 2006, pp. 1.541-1.566 y 1.896-1.914. Otras disposiciones del propio BGB, además del § 157, como las relativas al error o la rescisión (§ 122, 142 y 119 y ss) atestiguan el talante objetivista del derecho contractual alemán, Markesinis, B. S. *et al.*, *op.cit.* nota 13, pp. 133-135). La formulación de un principio general con ausencia de reglas interpretativas especiales es asimismo la característica del sistema austríaco (§§ 914 y 915 AGBGB), griego (artículos 173 y 200 Código Civil) y portugués (artículos 236-238 Código Civil). Otros sistemas, como el holandés o los nórdicos, partiendo de los mismos postulados señalados para el modelo romano-germánico han establecido los criterios de interpretación del contrato a través de la jurisprudencia, Varios Autores, *Principios de derecho contractual europeo: Partes I y II*, Madrid, Consejo General del Notariado, 2003, pp. 419 y 420.

²⁶ Spinosi Jauffret, C. “Théorie et pratique de la clause générale en droit français et dans les autres systèmes juridiques romanistes”, *General Clauses and Standards in European Contract Law*, La Haya, Kluwer, 2006, p. 28.

III. LA INTERPRETACIÓN DE LOS ACUERDOS EXPLÍCITOS

1. *Cánones interpretativos*

Como se ha señalado, algunos códigos romanistas incluyen específicos cánones de interpretación. Pese a que la doctrina germanista ha denostado esta especificidad, lo cierto es que la mayoría de estos principios interpretativos, de marcada racionalidad, se aplican de forma muy similar en el modelo germánico y en el *common law*, sobre la base del desarrollo judicial. Es más, al igual que en los sistemas codificados —como pueden ser el francés, el español o el italiano— en el derecho alemán o inglés estos cánones de interpretación no tienen un alcance legal, sino que son simples *guidelines*. De esta forma, el juego de los cánones de interpretación por parte del juez no habilita un recurso judicial en los sistemas romano-germánicos,²⁷ ni se consideran *rules of laws* en el *common law*.

Algunos de estos cánones no presentan mayor especialidad y pueden considerarse como comunes a los sistemas de derecho comparado: así, todos los sistemas convienen en la necesidad de interpretar el contrato sistemáticamente, como un todo, unas cláusulas por otras; coinciden asimismo en atender a la naturaleza y objeto del contrato en caso de ambigüedades; reconocen el valor completivo de los usos; siguen generalmente el criterio o regla *ejusdem generis* y *exclusio unius est exclusio alteris*; admiten la prevalencia de las cláusulas pactadas sobre las estandarizadas. Otros cánones, sin embargo, son más idiosincrásicos (*favor debitoris*) o merecen algunos comentarios que haremos a continuación.

A. *In claris non fit interpretatio*

Si por interpretación entendemos el proceso que implica determinar el significado de las expresiones ambiguas o incompletas, parece evidente que cuando la expresión del contenido del contrato no genera dudas ni lagunas, ni siquiera puede hablarse en realidad de “interpretación” del contrato. Tanto en los sistemas del *common law* como en los sistemas romano-germánicos se comparte la idea de que no cabe interpretación si los

²⁷ Así, en Francia, el hecho de que el juez no siga los cánones de interpretación no habilita el recurso de casación (Sents. Cour de Cassation del 6 de marzo de 1979, 19 de enero de 1981 y de 19 de diciembre de 1995).

términos expresos de un contrato con claros y no dejan lugar a dudas sobre su significado o la intención de las partes: *in claris non fit interpretatio*.²⁸

Es cierto que en términos no ya de ciencia jurídica, sino lingüística, podría defenderse que la claridad del lenguaje nunca es posible en términos objetivos, pues las palabras sólo tienen significado en el contexto de quienes las emplean. Sin embargo, esta afirmación, por más correcta que sea, no altera el alcance jurídico del aforismo reseñado. Si del contexto, por ejemplo, se deduce que las partes han utilizado un vocablo concreto en un sentido distinto al vulgar, existe un problema de interpretación porque, en realidad, hay una cierta ambigüedad de ese término. Pero al margen de estos supuestos, si las cláusulas de un contrato son claras, unívocas y no contradictorias, el intérprete se atenderá a su significado gramatical, sin recurrir a otros recursos interpretativos, como los antecedentes o el contexto general del contrato. Con todo, parece claro que el juez inglés ya no actúa como un mero diccionario legal buscando el sentido ordinario de las palabras, pues aunque sean claras son inseparables del contexto. El contexto siempre se encuentra implícito en su simple lectura. El propio hecho de leer implica “comprender”, y la comprensión no se aísla del contexto. De ahí que en el *common law* exista una concepción *soft* de la *parole evidence rule* que implica la consideración del contexto no sólo para resolver ambigüedades lingüísticas, sino para determinar incluso la claridad del contrato, esto es, que dichas ambigüedades existen.²⁹

El segundo principio formulado por Lord Hoffmann en el asunto “*Investors*” parecía sugerir, en efecto, que siempre el contexto mediatiza la interpretación, y que no puede haber términos claros descontextualizados.³⁰ Sin embargo, el propio Lord Hoffmann corrigió esta interpretación en el asunto *BCCI vs. Ali* (2001). En efecto, una cosa es afirmar que los términos claros no son ajenos a su contexto, y otra que el contexto pueda

²⁸ El origen remoto de este brocardo se encontraría en un fragmento de Paulo: “*Quum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio*”, Castro y Bravo, F. de, *op. cit.*, nota 4, p. 83.

²⁹ Schwartz, A. y Scott, R.E., “Contract Theory and the Limits of Contract Law”, *The Yale Law Journal*, vol. 113, 2003, pp. 590 y 591.

³⁰ En este sentido Atiyah y Smith afirman que “actualmente se reconoce abiertamente que las palabras y las frases tienen típicamente un amplio rango de significados posibles, y determinar cuál de estos significados es el correcto es algo que no puede hacerse sin tener en cuenta el contexto global en que se han empleado las palabras”, Smith, S.A., *Atiyah's Introduction to the Law of Contract*, 6a. ed., Oxford, Clarendon Press, 2005, pp. 147 y 148.

ser utilizado para modificar términos muy claros y precisos. Al respecto, retiene K. Lewison la afirmación de Saville L.J. en *Nacional Bank of Sharjah vs. Dellborg*: “cuando los términos son claros en el lenguaje ordinario, encuentro serias objeciones para una aproximación que permitiera que las circunstancias y el contexto alteraran tal significado”. Se requeriría en tal caso que los términos implicaran un absoluto disparate comercial abiertamente ajeno a la voluntad de las partes, acreditando con rigor que las partes pretendían otra finalidad comercial. Sólo en estos casos el juez puede añadir palabras no dichas por las partes (*City Alliance Ltd. vs. Oxford Forecasting Services Ltd.*, 2001). El papel de la seguridad jurídica, los intereses de los terceros y la propia disponibilidad de la acción de rectificación ampararían el principio en el *common law*. Por lo demás, en países como Australia este segundo principio ha sido abiertamente rechazado, siguiéndose con claridad el principio “*in claris non fit interpretatio*” del precedente *Codelfa Construction Pty Ltd. vs. State Rail Authority of New South Wales* (1982).³¹

El principio aparece expresamente recogido en algunos códigos romanistas, no siempre —al menos aparentemente— con el mismo sentido, y está igualmente presente en los sistemas germanistas.³² El propio tenor literal del § 133 BGB da a entender que la verdadera intención de las partes debe prevalecer sobre el sentido literal de las palabras, incluso si son claras. De forma similar, el artículo 1.281 del Código Civil español sólo habilita el principio si los términos claros no dejan dudas sobre la intención de los contratantes, pues si parecen contrarias a dicha intención evidente, prevalecerá ésta sobre aquélla.³³ En contrapartida, si leemos algunos pronunciamientos de la jurisprudencia francesa sobre el significado y alcance de una “*clause claire et précise*”, parece deducirse que si la cláusula es clara en realidad no es necesario buscar la intención común de las partes para determinar su alcance,³⁴ afirmación que estaría mucho más cercana del punto de partida del Derecho inglés.

³¹ Lewison, K., *op. cit.*, nota 9, pp. 7-11 y 36-39.

³² Serrano Fernández, M., *op. cit.*, nota 23, pp. 54-75.

³³ Para una afirmación en este punto de un sentido común del Derecho alemán y el español, pese a las aparentes diferencias de formulación, Véase Serrano Fernández, M., *ibidem*, pp. 33 y ss.

³⁴ Sentencias Cour de Cassation del 15 de abril de 1872 y del 14 de diciembre de 1942. Este punto de partida es asimismo muy claro en el artículo 431 del Código Civil ruso, que sólo admite recursos interpretativos si los términos del contrato son ambiguos.

En realidad, estas diferentes formulaciones no abocan a concepciones enfrentadas. Así, el segundo párrafo del artículo 1.281 del Código Civil español determina que aunque los términos sean claros, prevalece una contraria intención “evidente” de los contratantes. En realidad, esta es una corrección admisible por cualquier sistema, pero resuelta de manera diversa. Si los términos de un contrato son claros y precisos, el intérprete debe atenerse al tenor literal de lo acordado. Sólo si resulta evidente, esto es, si del conjunto del contrato y de su contexto (artículo 1.282 Código Civil) se infiere con meridiana claridad que lo expresado responde a un *lapsus* o un error manifiesto, se entenderá la cláusula en un sentido distinto a lo expuesto por sus claros términos (*falsa demonstratio non nocet*). En el ejemplo resuelto por el *Reichsgericht* que citan K. Zweigert y H. Kötz, aunque las partes en la compraventa hayan indicado que el objeto del contrato era “carne de tiburón”, se interpreta que se trataba de “carne de ballena” porque este era el objeto evidente del contrato.³⁵ El Derecho inglés se atiene al mismo principio, como se ha visto, aunque su forma preferente de resolverlo, más rigurosa con el principio de seguridad jurídica, sea habilitar una acción de rectificación.

Por su parte, si se analiza con detalle la jurisprudencia de los sistemas romanistas, resulta muy claro que la eficacia del principio es muy similar al de cualquier otro sistema jurídico. Si los términos del contrato son claros, la interpretación debe ser literal o gramatical, y no cabe, salvo desviación “evidente” de la intención de las partes, anteponer una interpretación diferente o alegar elementos exógenos al contrato, como el contexto, los usos, la conducta o las negociaciones entre las partes, para alterar ese significado literal.³⁶ Como gráficamente recuerda F. de Castro y Bravo, la finalidad del brocardo “*in claris non fit interpretatio*” era “poner freno a las ‘cavilaciones de los abogados’ e impedir que ante un texto claro se acudiese a conjeturas y suposiciones. Pudo ser éste también el propósito del legislador, amonestar de que lo normal (“*id quod plerumque accidit*”) será que los términos claros de un contrato correspondan a lo querido por los contratantes”.³⁷

³⁵ Zweigert, K. y Kötz, H., *op. cit.*, nota 3, p. 427.

³⁶ En suma, lo relevante no es la posibilidad legal de apartarse de los términos claros, que ciertamente existe, sino su excepcionalidad y el peso determinante de los términos claros cuando responden a una intención medianamente razonable. López y López, A., “Artículos 1.281-1.288”, *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, 2a. ed., Madrid, Edersa, 1995, t. XVII, pp. 32 y 33.

³⁷ Castro y Bravo, F. de, *op. cit.*, nota 4, p. 83.

Así, la jurisprudencia española ha minimizado la posibilidad de una interpretación contraria a los términos claros de un contrato escrito sobre la base de una evidente intención contraria, al estimar que si los términos son claros y precisos no procede recurrir a otros medios interpretativos (ad ex. Sents. T.S. del 10 de marzo de 1986; 19 de enero de 1990, núm. 968 del 7 de diciembre de 2005), o que el artículo 1.282 (interpretación contextual de la intención) sólo puede entrar en juego como norma supletoria o subsidiaria en relación con el artículo 1.281 para juzgar de la intención de los contratantes, no cuando esta es evidente por su literal expresión (ad ex. Sent. T.S. 27 de marzo de 1984; 26 de noviembre de 1987; núm. 554 del 10 de junio de 1998; núm. 109 del 2 de febrero de 2006). Idéntico tenor muestra la jurisprudencia italiana o francesa. No se aprecia diferencia alguna entre esta jurisprudencia y la inglesa, partidaria esta última de introducir el contexto del contrato únicamente para reducir los términos ambiguos.

B. *Principio contra proferentem*

Uno de los elementos más señalados de confluencia entre los sistemas internos e internacionales del derecho de contratos radica en la máxima *contra proferentem* (*verba cartarum fortius accipiuntur contra proferentem*): las cláusulas redactadas o impuestas por una sola de las partes contratantes se interpretarán, en caso de oscuridad o ambigüedad, en el sentido más favorable a la parte que no haya intervenido en su redacción. De esta forma, quien redacta unilateralmente el contrato o una de las cláusulas asume el riesgo de la interpretación *contra proferentem*, lo que inducirá a las partes a procurar la máxima claridad y precisión en la redacción de los contratos, con el consiguiente beneficio para la seguridad jurídica. Por lo demás esta máxima protege a la parte débil ante los contratos de adhesión.

La regla ha sido establecida en algunos códigos civiles continentales (artículos 1.162 y 1.602, Código Civil francés y belga, artículo 1.288 Código Civil español, artículo 1.370, Código Civil italiano, § 915, Código Civil austríaco o artículo 151 Código Civil, egipcio), así como en muchas legislaciones específicas sobre contratos celebrados por consumidores que la jurisprudencia acaba extendiendo con carácter general (Alemania, Austria, Dinamarca, Finlandia, Bélgica, Grecia, Países Bajos, Portugal, etcétera). Es asimismo seguida por la jurisprudencia inglesa (*Hollier vs.*

Rabler Motors, AMC, Ltd., 1972), australiana, canadiense y norteamericana (§ 206 Second Restatement).³⁸

En el derecho inglés, sin embargo, la regla debe sortear una dificultad conceptual, por cuanto la identificación del proferente exige enervar los límites que se imponen a utilizar evidencias relativas a la fase negocial a efectos interpretativos. Con todo, parece que no hay inconveniente en aportar tales evidencias sobre un hecho objetivo conocido por las partes, a los efectos de identificar al proferente.³⁹

C. *Favor negotii*

Ya hemos visto que los códigos romanistas optan por reglas explícitas de interpretación tendentes a la conservación del contrato, que establecen la preferencia por aquella de las interpretaciones posibles que mejor respete la eficacia del contrato y de todas sus cláusulas.⁴⁰ El principio se detecta en idéntica medida en los demás sistemas del modelo romano-germánico, aunque venga inducido jurisprudencialmente. Con carácter general, suele admitirse que se trata de un principio común asimismo a los sistemas del *common law*. Sin embargo, esta afirmación puede ponerse en entredicho. Existen, ciertamente, precedentes recientes que han puesto en duda una visión dogmática de esta cuestión y se muestran favorables a la regla *verba ita sunt intelligenda ut res magis quam pereat* (Lancashire County Council vs. Municipal Mutual Insurance Ltd., 1996), pero el planteamiento tradicional en el derecho inglés es que la interpretación del contrato no debe estar influenciada por su resultado legal ni su presunta eficacia (Moenich vs. Fenestre, 1892; I.R.C. vs. Wesleyan and General Assuance Society, 1994; Shell-Mex and B.P. Ltd. vs. Manchester Garages Ltd., 1971; Street vs. Mountford, 1985). Con todo, si existen dos interpretaciones de un contrato igualmente plausibles, no hay duda de que la jurisprudencia inglesa opta por aquella que favorece la validez del negocio.⁴¹

³⁸ Los datos suministrados por Neumayer, K. H., "Contracting Subject to Standard Terms and Conditions", *International Encyclopaedia. of Comparative Law*, vol. VII, ch. 12, 1999, pp. 82 y 83.

³⁹ Levison, K., *op. cit.*, nota 9, p. 210.

⁴⁰ Artículo 1.157, Código Civil francés, artículo 1.284, Código Civil español, artículo 1.367, Código Civil italiano.

⁴¹ Levison, K., *op. cit.*, nota 9, pp. 99-101 y 231-234.

2. *El contexto, los antecedentes y las circunstancias determinantes de la interpretación*

Los sistemas romano-germánicos, así como los escandinavos, coinciden en interpretar las cláusulas del contrato conforme a un concepto amplio del contexto en que se han producido las declaraciones entre las partes. Dicho contexto puede dividirse en circunstancias objetivas y subjetivas. Las objetivas se refieren a la naturaleza y objeto del contrato, los usos comerciales o prácticas sectoriales, mientras que las subjetivas se concentran en el comportamiento de las partes durante la fase negocial o posterior a la celebración del contrato,⁴² así como los usos particulares entre las partes contratantes. La importancia del contexto, tanto subjetivo como objetivo, es lógica en aquellos sistemas cuyo punto de partida es indagar la verdadera intención de las partes, su voluntad real o histórica, más allá de lo expresado, por lo que los jueces ni pueden ni deben limitarse al documento escrito para apreciar su significado, sino considerar cualquier elemento extrínseco que pueda ser de utilidad.⁴³ Es comprensible, además, que estos sistemas los elementos contextuales subjetivos tengan cierta prevalencia sobre los objetivos, al igual que ocurre con los diversos cánones de interpretación expresos de los códigos romanistas, relegando las circunstancias objetivas a un papel subsidiario, para el caso en que las circunstancias subjetivas no sean suficientes para hallar la verdadera intención de las partes.⁴⁴

El contexto o *background* desempeña asimismo un papel crucial en la interpretación del contrato y de la voluntad expresada en el *common law*, especialmente a partir de la influencia que el pensamiento de autores como L. Wittgenstein han tenido en la comprensión de las posibilidades de interpretación del lenguaje ordinario. Célebremente fueron calificados por Lord Wilberforce como “the matrix of the fact”, y en el caso “Investors” Lord Hoffmann ha superado su modesta concepción para incluir cualquier cosa (“absolutely anything”) que hubiese podido afectar a la forma de entender los términos del contrato por una persona razonable.⁴⁵

⁴² Que algunos códigos contemplan de forma muy detallada: *ad ex.* artículo 1.362, Código Civil italiano y artículo 431, Código Civil ruso.

⁴³ Terré, F. *et al.*, *Droit civil: Les obligations*, 7a. ed., París, Dalloz, 1996, p. 870.

⁴⁴ *Ad. ex.* el comentario al artículo 1.362, Código Civil italiano de Cian, G. y Trabucchi, A., *Comentario breve al Codice Civile*, 5a. ed., Padua, CEDAM, 2001, p. 1.216.

⁴⁵ Véase en general, sobre la creciente importancia de la interpretación contextual en el *common law*: Smith, S. A., *Contract Theory*, Oxford University Press, 2004, pp. 274-

El contexto sirve exclusivamente como elemento de interpretación de los términos explícitos, y no para justificar la integración de las lagunas del contrato. Los hechos objetivos no pueden contradecir lo expresado, sino que ayudan a elucidarlo o darle sentido, incluso cuando no hay ambigüedades notorias,⁴⁶ pues el lenguaje no puede depurarse absolutamente de su contexto. Aunque los contratos anteriores entre las partes son un dato objetivo que puede tenerse en cuenta, sobre todo si se trata de contratos en serie (*Holdering & Barnes plc vs. Hill House Hammond*, num. 1, 2002), esto no significa que el *background* pueda traducirse en evidencias relativas a la intención subjetiva de las partes: sólo pretenden hacer hablar al contrato, no a las partes.

En realidad, los sistemas tributarios del *common law* se muestran mucho más restrictivos a la hora de determinar las circunstancias relevantes para interpretar los términos explícitos del contrato. Se rechazan con carácter general las circunstancias subjetivas, especialmente el peso de las negociaciones y de los tratos precontractuales (*Prenn vs. Simmonds*, 1971), criterio reafirmado incluso en el nuevo leading case (*Investors Compensation Scheme Ltd. vs. West Brownwich Building Society*) de 1998; pero también se minimiza la relevancia de la conducta subsiguiente a la celebración del contrato (*James Millar & Partners vs. Withworth Street Estates (Manchester) Ltd.*, 1970), que se considera “intrascendente” (*Union Insurance Society of Canton Ltd vs. George Wills & Co.*, 1916”).

En contrapartida, tanto el derecho inglés como el irlandés admiten la interpretación de los términos ambiguos en virtud de criterios objetivos como el tipo y objeto del contrato, los usos comerciales o las prácticas sectoriales. En este punto, sin embargo, no llegan a aceptar la virtualidad de fórmulas tan generales como la buena fe, aunque en algunos casos se ha llegado a afirmar la prevalencia del “sentido común comercial” (*business common sense*) sobre lo expresado por las partes (*Antaios Compañía naviera S.A. vs. Salen Rederierna A.B.*, 1985). La finalidad del contrato es un elemento interpretativo bastante antiguo (*Glynn vs. Margetson & Co.*, 1893). Se aplica no sólo a los contratos-tipo, sino también a los redactados individualizadamente (*one-off contract*). Generalmente

278. Sobre la vigencia de la “regla del contexto” en Estados Unidos, Farnsworth, A. E. “The Interpretation of International Contracts and the Use of Preambles”, *International Business Law Journal*, 2002, núms. 3 y 4, pp. 275 y 276.

⁴⁶ Este sería el criterio de la más liberal jurisprudencia californiana, *ibidem*, p. 276.

sirve para elegir la interpretación más favorable al sentido común comercial (*business common sense*), pero no para alterar lo que claramente han dispuesto las partes. Los jueces ingleses se cuidan mucho de contrarrestar un “presunto” absurdo comercial.⁴⁷

Las cláusulas contractuales desempeñan una función importante a la hora de restringir la incidencia de las circunstancias contextuales subjetivas, especialmente en los ordenamientos que valoran el peso de las negociaciones entre las partes, por lo que su utilización en la contratación internacional es muy frecuente.⁴⁸ De un lado las cláusulas de integración o fusión (*merger o entire agreement clauses*) permiten a las partes restringir el contenido de sus acuerdos a lo recogido en el texto escrito del contrato, sin que pueda ser contradicho por cualesquiera otros elementos externos, incluidas declaraciones anteriores durante la fase de negociación del contrato. Así, el artículo 2.1.17 de los Principios UNIDROIT recoge este efecto, aunque mantiene el valor interpretativo de las declaraciones y actos negociales de conformidad con el criterio contenido en el artículo 4.3 a).⁴⁹ En consecuencia, las cláusulas de integración no evitan cierto efecto interpretativo de las negociaciones preliminares, por lo que su alcance será diferente que en aquellos sistemas, como el derecho inglés, que no atribuyen valor interpretativo a dichas negociaciones preliminares. En suma, la introducción de una *merger clause* en un contrato regido por un sistema romano-germánico no es un instrumento que aproxime el contrato, al menos definitivamente, al modelo de interpretación del *common law*.

La función de estas cláusulas en el *common law* es reforzar la *parole evidence rule* evitando que se añada al contrato escrito otras obligaciones complementarias celebradas en forma oral. La cláusula descarta cualquier evidencia en contra de considerar el escrito como el contrato completo.⁵⁰ Aunque las cláusulas se mueven más bien en la órbita de la eficacia de las declaraciones anteriores que en su utilización como elemento interpretativo, es un lugar común la discusión acerca de sus efectos

⁴⁷ Lewison, K., *op. cit.*, nota 9, pp. 31-36.

⁴⁸ Miguel Asensio, P. A. de, “Capítulo 4: Contratación comercial internacional”, *Derecho de los negocios internacionales*, Madrid, Iustel, 2007. pp. 274 y 275; Reece, R. “Interpretation Clauses in International Contracts”, *Les grandes clauses des contrats internationaux*, Bruselas, Bruylant, 2005, pp. 52-56.

⁴⁹ Véase también artículo 2:105 PECL.

⁵⁰ Lewison, K., *op. cit.*, nota 9, pp. 71-73.

sobre la evicción, como elemento interpretativo, de evidencias externas anteriores al contrato integrado.⁵¹ Una solución plenamente satisfactoria para cualquier modelo interpretativo es la que impera —a juicio de A. E. Farnsworth—⁵² en el sistema norteamericano: si el contrato integrado es claro en sus términos, la *merger clause* impide que se puedan utilizar evidencias externas para poner en entredicho tal claridad; en cierto modo, la cláusula descontextualizaría al máximo el principio *in claris non fit interpretatio*. Sin embargo, si los términos del contrato integrado son ambiguos, la cláusula no puede impedir que se utilicen elementos interpretativos externos, incluidas las declaraciones de las partes durante la negociación del acuerdo.

Por otra parte, la polémica sobre si el artículo 8o. del Convenio de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías (CV) excluye la validez de las *merger clauses*⁵³ es en cierto modo infundada: las cláusulas de integración, al menos las más típicas en la contratación internacional, tiene como efecto esencial excluir del contrato, como “obligaciones”, cualesquiera declaraciones o documentos no contenidos en el acuerdo final, pero de hecho no impide que puedan ser utilizados como elementos de interpretación de las cláusulas integradas en dicho contrato final cuando son ambiguas, sin admitir que puedan ser contradictorios. En cierto sentido A. E. Farnsworth tiene razón cuando entiende que los efectos de estas cláusulas se dirigen más bien a la validez de declaraciones o acuerdos no integrados —cuestión excluida del CV— que a la interpretación contemplada por el artículo 8o.⁵⁴

En el caso de la conducta posterior de las partes, sin embargo, las cláusulas que restringen cualquier modificación del contrato a una forma particular, singularmente a la redacción por escrito suscrita por ambas partes (*no-oral-modification clauses*, *anti waiver clauses*), sí pueden tener mayor incidencia al minimizar el peso que pueda tener la conducta posterior

⁵¹ Véase sobre esta cuestión Serrano Fernández, M., *op. cit.*, nota 23, pp. 292-295 y 356-360.

⁵² Farnsworth, A. E., *op. cit.*, nota 45, pp. 276 y 277.

⁵³ Honnold, J.O., *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, 3a. ed., Deventer-Boston, 1999, p. 120. Cfr. los argumentos expuestos por López López, A.: “Comentario al artículo 8”, *La compraventa internacional de mercaderías (comentario de la Convención de Viena)*, Madrid, Civitas, 1998, pp. 118-120.

⁵⁴ Véase Farnsworth, A. E., “Article 8”, *Commentary on the International Sales Law (The 1980 Vienna Sales Convention)*, Milán, Giuffrè, 1987, p. 102.

de las partes en la interpretación de las obligaciones contractuales. Como se ha señalado, dado que esta conducta apenas resulta relevante en los sistemas del *common law*, una cláusula como la mencionada en el artículo 2.1.18 de los Principios UNIDROIT, 2:106 de los PECL o en el artículo 29 del CV puede producir un resultado muy parecido en un contrato sujeto a un Derecho romano-germánico. La cautela habitual de exceptuar los efectos de esta cláusula por la responsabilidad de las partes contractuales derivada de sus propios actos no supone, en realidad, un elemento de separación radical entre ambos modelos, por cuanto el *common law* aboca a resultados muy semejantes a través de la figura del *estoppel*.

Con todo, algunas cuestiones especiales merecen alguna matización. Cabe preguntarse en qué medida la determinación de la intención presunta de las partes conforme al contexto puede predicarse de los contratos tipo o que utilizan cláusulas estándares o generales. Parece lógico que, en tal caso, en atención a la función propia de estas cláusulas en el comercio internacional, su interpretación no deba atender a criterios subjetivos o individuales, sino a lo que podrían esperar la mayoría de los usuarios, como se señala en los comentarios al artículo 4.1 de los Principios UNIDROIT. En esta línea parecen orientarse el Derecho alemán y otros sistemas, como el holandés, e incluso el inglés⁵⁵ y el norteamericano (§§ 211 y 212 *Second Restatement of Contracts*), pero el estudio comparado de K. Neumayer demuestra que esta orientación no es ni mucho menos pacífica ni compartida en el Derecho comparado.⁵⁶ Finalmente, la solución depende de que se siga una concepción de las condiciones generales de la contratación “normativista” —en cuyo caso se impone una interpretación uniforme descontextualizada— o “contractualista” proclive a una interpretación singularizada en cada contexto negocial.⁵⁷

⁵⁵ La incidencia de una interpretación contextual amplia en el *common law* actual minimiza los efectos de la regla *stare decisis* en el ámbito de la interpretación del contrato, por más que sea una cuestión legal. Sin embargo, en el caso de los contratos-tipo y de la contratación estandarizada, la jurisprudencia muestra la conveniencia de una cierta certeza y se muestra mucho más reacia a modificar criterios interpretativos anteriores vertidos sobre este tipo de condiciones, Lewison, K., *op. cit.*, nota 9, pp. 102-107 y 110-113. Las razones esgrimidas por Lord Millett en el precedente de la *House of Lords* en el caso *AIB Group (UK) plc. vs. Martin* (2001) son paradigmáticas.

⁵⁶ Neumayer, K., *op. cit.*, nota 38, pp. 84-89.

⁵⁷ Alfaro Águila-Real, J., *Las condiciones generales de la contratación: Estudio de las disposiciones generales*, Madrid, Civitas, 1991, pp. 292 y ss. Serrano Fernández, M., *op. cit.*, nota 23, pp. 52 y 53.

3. *Obligaciones de resultado y obligaciones de comportamiento*

La distinción entre obligaciones de resultado y obligaciones de medios o de comportamiento es atribuida en su formulación original a R. Demogue en 1925. Pronto, al parecer, fue utilizada por la jurisprudencia francesa de los años treinta y cuarenta, y rápidamente fue importada por sistemas tan variopintos como Bélgica, Luxemburgo, Rumania, Polonia, Québec, Líbano y otros muchos en Latinoamérica y norte de Europa.⁵⁸ La distinción tiene escaso predicamento en otros sistemas jurídicos como el germánico, los escandinavos o el *common law*. Con todo, también estos ordenamientos son especialmente sensibles a esta cuestión interpretativa, en particular a la hora de determinar el alcance de la responsabilidad contractual en contratos de servicios, y, dentro de éstos, en el ámbito de los servicios profesionales.⁵⁹

Los Principios UNIDROIT reservan dos preceptos a la distinción entre obligaciones de comportamiento y de resultado (artículos 5.1.4 y 5.1.5). Los PECL no contienen una reglamentación específica de la interpretación de las obligaciones del contrato en razón de la clasificación señalada. Sin embargo, dedican un comentario específico a esta cuestión, al hilo del artículo 6:102 relativo a los términos implícitos del contrato. Con idéntico tenor, ambos sistemas suministran algunos criterios interpretativos para decidir entre uno u otro tipo de obligación: la manera de expresar la obligación, el precio del contrato y los demás términos, el grado de riesgo implícito en la consecución del resultado esperado y la

⁵⁸ Alessi, D., "The Distinction between *Obligations de Résultat* and *Obligations de Moyens* and the Enforceability of Promises, *European Review of Private Law*, 2005/5, pp. 659-662.

⁵⁹ Con todo, el alcance de la distinción ha sido denostado en sistemas jurídicos como el portugués. Aunque se reconozca que la distinción tiene relevancia práctica desde el punto de vista procesal, por cuanto el incumplimiento de una obligación de resultado es más sencilla que la prueba del incumplimiento de una obligación de medios, en que entra en juego la prueba de falta de la diligencia razonable, la doctrina y la jurisprudencia portuguesas entienden que la distinción es intrascendente, por cuanto también la obligación de comportamiento se orienta a un fin, y si éste se frustra el deudor deberá demostrar que no fue por su culpa (véase Teles de Menezes Leitão, L. M., *Direito das Obrigações*, vol. I, 2a. ed., 2002, pp. 130-132). La apreciación parece algo simplista. En muchos casos las obligaciones de medios no fijan un resultado determinado, sino potencial. Se habla de los mayores esfuerzos para obtener las máximas ventajas fiscales o las mejores condiciones de una licencia, sin determinar un margen de consecución determinado.

capacidad del acreedor para influir en el cumplimiento de la obligación. Como se aprecia, existe una tendencia a interpretar el tipo de obligación sobre criterios de racionalidad objetiva, singularmente de justicia o equilibrio contractual, más allá de lo que sugiera la voluntad expresada por las partes. En suma, también esta cuestión se resuelve sobre la base de postulados claramente inspirados en los modelos romano-germánicos. En contraste, en el *common law* la cuestión se resuelve conforme a su doctrina de los términos implícitos, pues se interpreta que en todo contrato de servicio existe una condición implícita de que el prestador del servicio debe actuar con una diligencia y destreza razonables, mientras que sólo en excepcionales circunstancias cabe entender implícita la obligación de alcanzar el resultado deseado.⁶⁰

Las obligaciones de resultado provocan una suerte de responsabilidad objetiva en caso de incumplimiento contractual, por cuanto una de las partes garantiza la consecución de un determinado resultado fáctico. En contrapartida, tratándose de una obligación de medios la responsabilidad es puramente subjetiva o por culpa, pues la parte solo se compromete a procurar ejecutar su obligación con la debida y razonable diligencia (*diligence du bon père de famille, reasonable care and due diligence*). La distinción es trascendente, sobre todo porque procura un régimen procesal diferente a la hora de determinar el incumplimiento contractual. En el caso de una obligación de resultado, basta probar o evidenciar que el resultado prometido no ha tenido lugar. Si se trata de una obligación de comportamiento o de medios, no sólo debe probarse que no se ha obtenido el resultado esperado, sino que ha de acreditarse que el deudor no empleó la diligencia razonablemente exigible. En este punto, la determinación de la carga de la prueba es una cuestión sensible que puede variar de unos sistemas a otros; se trata de una cuestión propiamente jurídica que afecta de forma crucial a los efectos reales y prácticos de una obligación de esta índole. Del mismo modo, los estándares de la diligencia exigible son igualmente determinantes, y en general resultan bastante imprecisos e impredecibles. Sea como fuere, la relevancia de la distinción en el ámbito de la interpretación del contrato es indudable. Muchas de las cuestiones litigiosas acerca de la interpretación el contrato y, en concreto, en la construcción o integración de sus lagunas, implican —como se verá en el epígrafe siguiente— la posibilidad de inducir términos implícitos o

⁶⁰ Lewison, K., *op. cit.*, nota 9, pp. 186-188.

imponer exigencias de buena fe no previstas expresamente por las partes, que conlleven convertir una obligación de comportamiento en una obligación de resultado, negar la existencia de una obligación de resultado o introducir obligaciones de comportamiento colaterales.

IV. LA INTEGRACIÓN DE LAS LAGUNAS DEL CONTRATO

1. *El papel de los “implied terms” en el common law*

A. Implied-in-fact Terms

Las reglas del derecho contractual inglés acerca de la interpretación aconsejan una redacción detallada del contrato, y esta es la práctica comercial habitual. Sin embargo, es humanamente imposible prever todas las contingencias de un contrato, e intentarlo supondría además un coste desproporcionado. No todas las lagunas pueden resolverse, y la imposibilidad de integrarlas puede llevar a declarar la inexistencia o ineficacia del contrato. Pero el juez inglés cuenta con la doctrina de los términos implícitos. Una condición, término u obligación implícita en el contrato se define en sentido negativo, pues no ha sido objeto de expresión o declaración por las partes. Se habla de términos implícitos de hecho (*implied-in-fact*) para referirse a las cuestiones que las partes no han expresado pero que cabe inferir razonablemente de su acuerdo. Los términos implícitos legales (*implied-in-law*) suponen una incorporación del contrato de obligaciones o disposiciones que no están expresadas por las partes ni contempladas en sus acuerdos, pero vienen exigidas por las leyes, la jurisprudencia o las costumbres.

Un ejemplo que pone de relieve la doctrina de los términos implícitos es su utilización para construir todo el sistema de derecho inglés relativo a la exoneración de responsabilidad contractual en supuesto de fuerza mayor por imposibilidad material. El *leading case* en esta materia es el asunto Taylor *vs.* Caldwell resuelto por el *Queen’s Bench* en 1863. Taylor había arrendado un *music-hall* a Caldwell por cuatro días consecutivos. Dos días antes del primer concierto el teatro fue consumido por el juego de forma accidental. Taylor demandó por daños y perjuicios, pues perdió el beneficio previsto con los conciertos. La *Queen’s Bench* rechazó la reclamación modificando la jurisprudencia Jane *vs.* Paradine:

A nosotros nos parece que el principio es que, en aquellos contratos en que el cumplimiento depende de la existencia continua de una persona o cosa determinadas, existe una condición implícita de que la imposibilidad de cumplimiento derivada de la pérdida de la persona o cosa excusa dicho cumplimiento. En ninguno de estos casos la promesa se manifiesta más que en palabras positivas, ni existe estipulación expresa alguna acerca de que la destrucción de la persona o cosa deba excusar del cumplimiento; pero semejante excusa está legalmente implícita, pues de la naturaleza del contrato se desprende que las partes contrataron sobre la base de la continua existencia del bien o persona particulares.⁶¹

Dos son los criterios que permiten inferir un término implícito *de facto*. El primero supone la aplicación de un criterio de puro sentido común, al entender incorporada al contrato cualquier disposición que se reputa evidente u obvia, de tal forma que si se le preguntase a las partes responderían sin dudarle que dicha cuestión se da por descontada, “*it goes without saying*” o “*va de soi*”. Se trata del “*officious bystander test*”.⁶² Así, aunque el contrato de compraventa no lo prevea, se da por descontado que la entrega de la mercancía debe realizarse en horario comercial; si se trata de un contrato de arrendamiento, se sobreentiende que no hay obligación de poner a disposición del arrendatario la sala de conciertos si resulta destruida en un incendio.

El segundo test de deducción de un término implícito fáctico puede generar más dudas, pues únicamente puede ser inferido cuando es imprescindible para garantizar la eficacia negocial del acuerdo (*business efficacy test* o *Moorcock test*).⁶³ No basta que sea un término razonable o equitativo, sino necesariamente derivado de la voluntad de las partes y preciso para que el acuerdo prospere. Ahora bien que un término sea necesario es algo indeterminado y susceptible de gradación: ¿“estrictamente” o “razonablemente” necesario?, y así lo demuestran las vacilacio-

⁶¹ Sánchez Lorenzo, S., “La frustración del contrato en el derecho comparado y su incidencia en la contratación internacional”, *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. XX, 2005, p. 48.

⁶² La denominación proviene del caso *Shirlaw vs. Southern Foundries* (1939): “si, mientras las partes están materializando su acuerdo, un intruso presente les importunara sugiriendo la inclusión alguna disposición expresa en su acuerdo, las partes le reprenderían con irritación al unísono con un ‘¡Oh, por supuesto!’”.

⁶³ Por el pronunciamiento de Bowen L. J. en el asunto *The Moorcock* (1889) en el que se discutía el carácter implícito de garantizar el calado en un puesto de atraque arrendado a un navío.

nes jurisprudenciales en Inglaterra.⁶⁴ En todo caso, sí parece claro que la mera razonabilidad del término no justifica su inducción, sino su verdadera necesidad para que el contrato no devenga fútil, ineficaz y absurdo. Como señala Lord Wilberforce al hilo del famoso caso *Liverpool City Council vs. Irwin* (1977), en que se dilucidaban las obligaciones de mantenimiento del propietario de un edificio arrendado asolado por gamberros, el criterio de necesidad exige un test negativo: sin la inducción del término implícito, el contrato sencillamente “*will not work*”.

No está muy claro si ambos tests deben actuar cumulativamente—como claramente presume el precedente *Codelfa* en Australia— o pueden hacerlo alternativamente, circunstancia esta última que se antoja más lógica y parece primar, no sin dudas, en el derecho inglés. En todo caso, además de superar tales tests, la jurisprudencia exige que el término inducido de la voluntad presunta de las partes sea razonable y equitativo (*Liverpool City Council vs. Irwin*, 1977), susceptible de una expresión clara (*Sethia, K.C., 1944, Ltd. vs. Partabmull Rameshwar*, 1950) y no contradictorio con ningún término contractual expreso (*Equitable Life Assurance Society vs. Hyman*, 2002).

B. Implied-in-law Terms

Los términos implícitos de carácter legal no parecen adecuarse a los mismos tests de necesidad negocial que los fácticos, sino más bien a criterios de razonabilidad o incluso de perentoriedad.⁶⁵ La propia doctrina inglesa no coincide a la hora de determinar el alcance de los términos legales implícitos. Para algunos, estos términos se sobreponen al contrato al justificarse en razones de orden público, esto es, como normas

⁶⁴ Véase un detallado pero sintético tratamiento de la cuestión en Whincup, M. H., *Contract Law and Practice (The English System, with Scottish, Commonwealth, and Continental Comparisons)*, La Haya, Kluwer, 2006, pp. 144-148. Lo que sí parece claro es que “razonablemente necesario” no significa “razonable”: en el caso *Shell UK Ltd. vs. Lostock Garage Ltd* (1976) el propietario de un garaje había concluido un acuerdo de suministro exclusivo por una empresa gasolinera. Durante una guerra de precios, la empresa en cuestión ofreció a otros garajes vecinos precios muy preferenciales, excluyendo de esta estrategia comercial al demandante, que alegó un término implícito en virtud del cual la empresa no debía discriminarle de forma anormal. El término fue rechazado, pues aunque era razonable y equitativo, no era necesario para la eficacia del contrato, Lewison, K., *op. cit.*, nota 9, p. 165; Peel, E., *op. cit.*, nota 17, pp. 225 y 226.

⁶⁵ Peel, E., *ibidem.*, p. 230.

imperativas indisponibles para las partes. En el ejemplo de S. A. Smith, se trataría por ejemplo de la obligación del empleador de satisfacer a la empleada el mismo salario que abona a los hombres por idéntico trabajo.⁶⁶ Para otros tratadistas, sin embargo, son las obligaciones que derivan de normas legales imperativas las que no deben considerarse como términos implícitos. En estos casos es evidente que la regla se impone contra la voluntad de las partes y es un simple límite *a priori* a su voluntad contractual.⁶⁷ Desde luego este planteamiento está mucho más cerca del modo de concebir la incidencia de las normas imperativas por parte de los sistemas romano-germánicos, como un límite extrínseco a la autonomía de la voluntad. La reconducción de las normas imperativas hacia el concepto de los términos implícitos refleja, por el contrario, una ficción que reconduce hacia la autonomía de la voluntad presunta dichos imperativos legales, manteniendo de forma sin duda artificial y simbólica el carácter absoluto o *sanctity* del contrato como fuente de obligaciones.

En cambio, existen más dudas de que puedan considerarse términos legales las previsiones legales puramente dispositivas. Al igual que en los sistemas civilistas, el *common law* tiende a estandarizar el régimen legal de muchos contratos específicos. Si las partes no pactan en contra, estos regímenes legales cumplen una función supletoria como términos implícitos. Para algunos autores, en realidad se trataría de términos “fácticos”, por cuanto las partes lo contemplan en sus acuerdos. Para la mayoría, los jueces los utilizan en realidad al margen de que las partes los conozcan o los ignoren, por lo que serían términos “legales”.

De cualquiera de las formas, la fuente de estas reglas puede ser variable. Si se trata de un *statute* o disposición legal escrita ofrece menor dudas, pero también pueden ser inferidas de los usos comerciales (*by custom*) —siempre que sean notorios y claros— o de los precedentes judiciales (*common law* en sentido estricto). En general, los términos explícitos que se deducen de los usos o de la jurisprudencia pueden ser contradichos por lo expresamente pactado por las partes,⁶⁸ y los jueces son muy reacios a formular reglas contractuales estandarizas usurpando la labor del legislador.⁶⁹ Sin embargo, si se trata de leyes (*statutes*), muchas

⁶⁶ *Op. cit.*, nota 30, p. 156.

⁶⁷ Lewison, K., *op. cit.*, nota 9, pp. 154 y 155.

⁶⁸ Pero no por las meras circunstancias como ocurre con los términos implícitos de hecho, Peel, E., *op. cit.*, nota 17, p. 230.

⁶⁹ Whincup, M. H., *op. cit.*, nota 64, p. 143.

de sus disposiciones son imperativas y, en consecuencia, tales obligaciones implícitas no pueden ser contradichas por los pactos contrarios de las partes, que quedan derogados.⁷⁰ La incidencia del derecho comunitario europeo es asimismo evidente en el desarrollo de términos implícitos legales imperativos, especialmente en el ámbito del derecho del consumo, pero también en otros contratos comerciales, como por ejemplo el de agencia.

Sin embargo, algunos autores señalan que no debe olvidarse que para un juez inglés resulta más sencillo deducir normas imperativas no escritas que para un juez continental, acostumbrado a un ordenamiento que no sólo contempla normas imperativas, sino todo un régimen contractual supletorio o dispositivo (*default rules*). Puede entenderse que el juez inglés pueda utilizar la fórmula general de los términos implícitos para deducir esos términos implícitos impuestos por normas imperativas de diversa fuente, no solo legal, mientras que un juez continental difícilmente puede deducir normas imperativas de cláusulas generales como la buena fe, al margen de las disposiciones legales establecidas.⁷¹

C. Una concepción doctrinal amplia de los términos implícitos

La jurisprudencia inglesa sigue con carácter general una línea restrictiva a la hora de inducir términos implícitos de hecho. En la práctica el juego de los tests reseñados no pasa de una reconstrucción comercial del contrato conforme con la voluntad práctica de las partes, aunque sea puramente formal y presunta. Sin embargo, algunos autores han ido algo más lejos en sus análisis sobre esta doctrina, y pueden dar a entender la presencia de una auténtica cláusula general en el *common law*.⁷²

⁷⁰ Véase las apreciaciones al respecto así como la detallada relación por tipos de contratos de los términos implícitos contenidos en las distintas leyes (*statutes*) así como en el *common law* o jurisprudencia, en Walker, D. M. *op. cit.*, nota 8, pp. 386-409.

⁷¹ Markesinis, B. S. *et al.*, *op. cit.*, nota 13, pp. 141 y 142.

⁷² Lo que quizás no se encuentra muy lejos de los orígenes históricos de la doctrina de los términos implícitos —si seguimos el criterio de Simpson, A. W. B.—, pues, aunque pretendiendo completar los acuerdos de las partes, lo que podría estar en juego es la imposición *ab extra* del derecho mercantil y civil continental (Véase “Historical Introduction”, *Cheshire, Fifoot & Furmston’s Law of Contract*, 15a. ed., Oxford University Press, 2007, p. 17).

El planteamiento de G.L. Williams,⁷³ en 1945, sugiere la proximidad de esta doctrina con las fórmulas romano-germánicas para construir el contrato, al margen de la intención de las partes, sobre parámetros de equidad y buena fe. Williams divide los términos implícitos de hecho en dos tipos: los que las partes tuvieron en mente pero no llegaron a expresar y los que, aunque no tuvieran en mente, probablemente habrían expresado si se les hubiera llamado la atención al respecto. En el primer caso, se trataría de averiguar la intención real o histórica de las partes, mientras que en la segunda se buscaría una voluntad hipotética. Junto a estos dos tipos de términos implícitos de hecho, Williams añade los términos que, hubiera sido o no tenidos en mente o expresados por las partes si hubieran sido advertidas, son inferidos por la propia óptica de los Tribunales “*of fairness of policy or in consequence of rules of law*”, dando lugar en este caso a unas obligaciones que nada tienen que ver con la voluntad de las partes. Como se aprecia, las facultades de los tribunales en este último caso irían algo más lejos de lo que comúnmente cabe entender por condiciones u obligaciones “legales”. En el mismo sentido amplio, uno de los más reputados tratadistas del Derecho contractual inglés conviene en que resulta irreal creer que los jueces ingleses no tienen el poder de modificar el tenor literal del contrato mediante un generoso proceso de interpretación (*construction*), que casi siempre es utilizado para justificar un resultado material que el Tribunal está dispuesto a alcanzar.⁷⁴

Tampoco faltan tentativas de una corrección de los desequilibrios contractuales consistente en deducir términos implícitos legales cuando no es posible deducir términos implícitos fácticos (*Liverpool City Council vs. Irwin*, 1977).⁷⁵ Estas tentativas parecen viables en la medida en que un mismo término implícito —como la obligación del arrendador de un muelle para atraque de un buque de garantizar la seguridad del atraque y el calado necesario— puede ser considerado a la vez como implícito *in-fact* e *in-law*. Con todo, la jurisprudencia mayoritaria abona una interpretación restrictiva, incluso una presunción contraria a la inducción de los términos implícitos, más fuerte cuanto más preciso sea el contrato (*Aspdin vs. Austin*, 1844; *Churchward vs. Cockburn*, 1865; *Luxor, Eastbourne Ltd. vs. Cooper*, 1941, *Codelfa*, 1982).

⁷³ Williams, G. L., “Language and the Law”, *Law Quarterly Review*, vol. 61, 1945, pp. 71 y ss. Véase análisis de Lewison, K., *op. cit.*, nota 9, pp. 151-154.

⁷⁴ Atiyah, P. S., *An Introduction to the Law of Contract*, 5a. ed., Oxford, 1995, p. 212.

⁷⁵ Peel, E., *op. cit.*, nota 17, pp. 233 y 234.

La referencia a las cláusulas “implícitas” como fuente de obligaciones más allá de lo expresamente pactado por las partes puede hallarse asimismo en determinados sistemas romano-germánicos, bien expresada en los códigos (§ 863 ABGB austríaco, artículo 1.135 Código Civil francés y belga; artículo 1258 Código Civil español), bien inferida de la jurisprudencia (*ergänzende Vertragsauslegung* en Alemania) También aparecen en el artículo 5.1.2 de los Principios UNIDROIT y en el artículo 6:102 de los PECL. Sin embargo, la doctrina de los términos implícitos en estos sistemas jurídicos no es comparable a su sentido en el *common law*. De alcance mucho más amplio, en aquellos modelos la doctrina de los términos implícitos aparece absorbida por una concepción de la integración del contrato basada en criterios objetivos y flexibles, como la equidad o la buena fe, como detallaremos más abajo.⁷⁶

2. La “construcción” del contrato en los modelos romano-germánicos

Los sistemas codificados tributarios del modelo romano-germánico presentan una ventaja práctica indudable para cubrir las lagunas del contrato, en contraste con lo que se ha señalado acerca del *common law*. La práctica totalidad de los sistemas codificados contienen una extensa reglamentación de los diferentes contratos a través de normas esencialmente dispositivas. En la medida en que las partes no hayan establecido indicaciones contrarias o excepcionales, dichas reglas sirven para establecer un régimen típico del contenido contractual.

Sin embargo, los regímenes legales supletorios no son exhaustivos ni capaces de absorber la enorme variedad, riqueza y dinamismo de los contratos comerciales, especialmente en el ámbito internacional. Consecuentemente, las lagunas de reglamentación no son raras, bien sea por omisión del texto legal, bien porque el sentido de las cláusulas pactadas por las partes, contradiciendo el régimen supletorio, no llegan a aportar una solución completa de todos los elementos del contrato. En tal caso, en los

⁷⁶ Es muy significativo que según los comentarios a los PECL, no se reconocen las obligaciones implícitas en el derecho portugués, pero esta situación parece intrascendente pues se llega a los mismos resultados a través de los cauces característicos de integración de los contratos, como la buena fe.

sistemas romano-germánicos se procede a interpretar el contrato sobre la base de una auténtica voluntad hipotética de las partes, no derivada de lo que han expresado, sino de lo que hipotéticamente habrían expresado a la luz de la función del contrato, si hubiesen decidido abordar la cuestión omitida de conformidad con la buena fe y los usos comerciales.

El sistema alemán es paradigmático de esta solución, pues el § 157 BGB encierra el principio básico de interpretación de los contratos en dicho sistema: la buena fe conforme a los usos comerciales. Sobre esta base, autores de la talla de K. Larenz han elaborado toda una teoría de la interpretación integradora o completiva del contrato (*ergänzende Vertragslegung*) capaz de rellenar las lagunas contractuales a partir de criterios objetivos de racionalidad. Esta interpretación no atiende a la voluntad presunta de las partes, susceptible de ser reconstruida a través de sus declaraciones o indicios subjetivos, sino a una voluntad hipotética, objetivada o típica de una persona razonable —que no representa a las partes— interesada además en un justo equilibrio de intereses, cuya determinación se ampara en la medida de lo posible en lo que los usos comerciales nos sugieren.

Una interpretación integrativa del mismo tenor se practica asimismo en los sistemas continentales romanistas,⁷⁷ aunque teóricamente sea más difícil reconocer en ellos lagunas, por cuanto expresamente contemplan —como ya se ha señalado— que el contrato obliga además de a lo acordado por las partes, a lo que impone la ley, los usos, la equidad o la buena

⁷⁷ Canaris, C. W. y Grigoleit, H. C., “Interpretation of Contracts”, *Towards a European Civil Code*, 3a. ed., La Haya, Kluwer, 2004, pp. 466 y 467. En particular, respecto del artículo 1.258 del Código Civil español como criterio de integración del contrato, Lasarte, C., “Sobre la integración del contrato: la buena fe en la contratación”, *Revista de Derecho Privado*, vol. 64, 1980/1, pp. 50-78. En el derecho español su eficacia estaría más limitada si se parte de la idea nada pacífica de que el Código Civil español se inclina por una interpretación subjetivista, más cercana a la voluntad expresada por las partes —en cierto modo hacia un modelo proclive al *common law*— lo que limita mucho la “objetivización” de la interpretación a que puede conducir el principio de la buena fe, cf. Díez Picazo, L. y Gullón, A., *Sistema de derecho civil*, vol. II, Madrid, Tecnos, 1999, p. 85. Para la utilización de la cláusula general de buena fe como elemento de integración del contrato en sistemas como el danés, sueco holandés, polaco, italiano o francés, véase Whincup, M.H., *op. cit.*, nota 64, pp. 157-167. Petrucci habla del criterio de buena fe como canon interpretativo explícito (Alemania, Austria o Italia) o implícito (Francia, Suiza, Países Bajos), Petrucci, A., *op. cit.*, nota 4, p. 285. Algunos códigos lo recogen expresamente, con fórmulas equivalentes al §157 BGB: *ad. ex.* artículo 1.366, Código Civil italiano o artículo 200, Código Civil griego.

fe. Con frecuencia, además, en los sistemas romanistas se defiende que el contrato puede ser integrado de forma preferente mediante los criterios de racionalidad objetiva inducidos a partir de la buena fe y los usos comerciales si respetan mejor que el Derecho positivo supletorio la finalidad o función económica que las partes persiguen con su contrato.⁷⁸

Difícilmente se puede negar que esta labor sea esencialmente constructiva o creativa, por más que no resulte absolutamente abierta. Desde luego, el juez continental no puede volver a redactar el contrato en contra de la voluntad de las partes, ni tiene por qué garantizar un equilibrio contractual que las partes —o una de ellas quizás más negligente— no han contemplado. Pero tiene un amplio margen para extraer del contrato una consecuencia que realmente no derive de lo expresado por las partes, con tal de que aparezca como compatible, y racionalmente fundada en el propósito del contrato, los intereses de las partes, y en esencia, los estándares de racionalidad objetiva que quepa aplicar a personas situadas en una situación similar, y que se inducen de un concepto tan amplio como la buena fe. Definitivamente, los límites entre interpretación y construcción del contrato son menos claros en los sistemas romano-germánicos que en el *common law*.

De hecho, si barajamos dos de los casos que se han utilizado como ilustración, observaremos algunas diferencias importantes: Cuando la sentencia del 12 de febrero de 1972 de la *Cour de Cassation* francesa resuelve un supuesto de impracticabilidad de la cláusula de indexación establecida por las partes, al haber desaparecido el índice retenido, es razonable pensar que el juez pueda sustituir dicho índice por alguno similar, pues finalmente la voluntad expresada por las partes era establecer un criterio de actualización o indexación, y nos encontramos más ante un problema de interpretación relativo a circunstancias sobrevenidas sobre un elemento accidental del contrato, que se resuelve en atención a criterios de equidad o reciprocidad de intereses. En cambio, cuando el mismo tribunal en su sentencia del 2 de abril de 1974 obliga a una estación de radio a indemnizar al autor por no retransmitir una obra que había comisionado y pagado, en realidad está añadiendo una obligación que en modo

⁷⁸ No es esta, sin embargo, una opción abierta al derecho alemán, pues la propia teoría de la *ergänzende Vertragsauslegung* sobre la que se construye el §157 BGB requiere una laguna de regulación que no existe, propiamente, por la función supletoria del derecho dispositivo (Heinrichs, H., “§157”, *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch*, t. 7, 66a. ed., Munich, C. H. Beck, 2007, p. 165).

alguno se desprendía del contrato, y que en realidad no es consustancial, por lo que aplica un criterio de voluntad realmente hipotética basada en criterios de justicia material puramente objetivos, ajeno por completos a la voluntad de las partes.

3. Alcance de la integración del contrato

Finalmente, los sistemas romano-germánicos no llegan al extremo de procurar la construcción del contrato en todos los casos. Si existen aporías interpretativas sobre aspectos esenciales del contrato, cuya solución resulta imposible a través de los recursos interpretativos admisibles, el juez no puede “inventar” el contrato y la solución será la declaración de nulidad del contrato (*ad.ex.*, artículo 1.289 Código Civil español). Ciertamente, el principio de *favor negotii* excluye esta consecuencia cuando la aporía se refiere a aspectos meramente accidentales del contrato, en cuyo caso la opción es mantener el contrato a través de principios de construcción objetivos.⁷⁹

No contradice las afirmaciones anteriores el hecho de que haya sistemas jurídicos que contemplen de forma generosa criterios generales o particulares para integrar lagunas relevantes del contrato, como puede ser la determinación del precio (artículo 55 CV; artículo 6:104 A 6:107 PECL; artículo 5.1.7. Principios UNIDROIT) o la calidad de la prestación (artículo 5.16 Principios UNIDROIT; artículo 6:108 PECL). La mayoría de los sistemas romanistas admiten más flexiblemente la indeterminación del precio como objeto del contrato, por lo que hay una cierta tendencia compartida con los sistemas germánicos y tributarios del *common law* a admitir la validez de estos acuerdos, y proceder a la determinación de un precio razonable por vía interpretativa. Pero no cabe integrar el contrato si la ausencia de acuerdo expreso sobre estos extremos impide reconocer la formación del contrato. La integración sólo es procedente si se infiere claramente que las partes convinieron en contratar, incluso ejecutaron parcialmente el contrato, aunque dejaron indeterminados aspectos accidentales o incluso esenciales del contrato.

⁷⁹ Así, el artículo 1.289, Código Civil español opta por el principio de la menor transmisión de derechos, en los contratos gratuitos, y por el principio de equilibrio prestacional o mayor reciprocidad de intereses en los contratos onerosos (también los artículos 1.371, Código Civil italiano o artículo 237, Código Civil portugués).

La solución, en efecto, coincide con la que suministra el *common law*, pero es indudable que, al menos en principio, el derecho inglés —y también el irlandés y el escocés—⁸⁰son más proclives a esta respuesta en favor de la invalidez frente a problemas de interpretación, en tanto que los ordenamientos romano-germánicos extreman tal declaración por el mayor juego que posibilitan sus cláusulas generales. Así, cuando el artículo 2:103 de los PECL prevé que existe un acuerdo suficiente para entender celebrado el contrato “a) si las partes han definido sus elementos de manera suficiente para que el contrato pueda ejecutarse; b) o si su contenido puede determinarse conforme a los presentes principios”, en realidad recoge un principio común de los modelos romano-germánico y anglosajón. Sin embargo, como hemos visto, los instrumentos que utiliza el *common law* para interpretar o determinar el contenido del contrato son más restrictivos respecto de la utilización de elementos externos que los PECL,⁸¹ y más fieles a los términos expresados en el contrato. Su capacidad constructiva es menor y, en consecuencia, mayores las posibilidades de considerar el contrato como inexistente por falta de acuerdo entre las partes acerca de algún elemento esencial, al no haber resultado posible aclarar la oscuridad del contrato o integrar sus lagunas.⁸²

V. ALGUNAS CONCLUSIONES FUNCIONALES

1. *Los límites de la convergencia entre sistemas*

El estudio de derecho comparado sobre la interpretación de los contratos arroja una conclusión harto frecuente: aunque partan de caminos diversos y discurren en ocasiones por caminos diferentes, *common law* y sistemas romano-germánicos suelen confluir con frecuencia en el mismo destino. En este caso, los postulados iniciales aparentemente diversos (voluntad real/voluntad formal) acaban concurriendo en criterios de “voluntad presunta u objetivada” cuando los términos del contratos no son

⁸⁰ Rt. J. Dempster vs. Motherwell Brisge & Engineering Co., 1964.

⁸¹ Lo mismo cabe decir de los Principios UNIDROIT (artículo 2.1.1 en relación con el capítulo 4).

⁸² Esta solución viene a ser más eficiente, pues las soluciones interpretativas en caso de vaguedad u omisiones relevantes en el contrato supone un coste muy elevado de aplicación judicial, Posner, R., “The Law and Economics of Contract Interpretation”, *Texas Law Review*, vol. 83/6, 2005, p. 1587.

claros o resultan ambiguos o insuficientes. Al final del camino, ambos modelos se decantan por criterios de racionalidad objetiva, tratando de conferir a los términos del contrato el sentido que la habría atribuido un hombre racional situado en la situación de las partes contratantes.

El criterio resulta, sin duda, abierto y flexible, y habilita al intérprete a un margen amplio de soluciones. Es dable pensar que, aun coincidiendo en la fórmula, será utilizada de muy diversa manera por un juez alemán, francés o inglés, o por un árbitro. Partiendo de sus respectivas formas de comprender el contrato, es fácil que para un juez inglés o para un árbitro la parte de un contrato no deba esperar mucho más de lo que puedan alcanzar las palabras o declaraciones realizadas en un contexto determinado; mientras, el juez alemán seguramente habrá concebido para las partes contratantes un escenario de equilibrio sinalagmático, justicia material y buena fe, que bien puede conducirle a resultados adversos. Con el mismo criterio, y ante un contrato por el que una emisora de radio adquiere los derechos de una obra de un autor, puede que la facultad u obligación de la emisora de transmitir la obra, cuando nada se ha dicho al respecto, sea interpretada de forma diferente por cada juez, según que parezca o no razonable que el autor hubiera podido creer en el derecho a que su obra fuera transmitida.

Una primera divergencia, aunque sea leve, estriba en la mayor resistencia de los términos escritos en el derecho inglés a ser alterados o reconstruidos por el juez o el intérprete cuando son claros o no impiden la ejecución del contrato.

Uno de los ejemplos característicos que ilustra esta diferencia es el tratamiento de la excesiva onerosidad o *hardship* en el *common law*. Ya se ha señalado que la imposibilidad sobrevenida o fuerza mayor se resuelve a través de la doctrina de los términos implícitos. Sin embargo, las exigencias de eficacia negocial no se reproducen de la misma forma en los supuestos de mera excesiva onerosidad. Aunque, de hecho, se produzca un desequilibrio grave en las obligaciones contractuales de las partes, que seguramente habría sido gestionado de forma diversa si la parte perjudicada hubiese contemplado el hecho sobreviniente que causó dicho desequilibrio y sus efectos, la jurisprudencia inglesa se inclina por mantener el cumplimiento estricto de lo pactado por las partes y ni siquiera se cuestiona utilizar la fórmula de la “frustración” del contrato. La práctica de la jurisprudencia relativa a los denominados “casos Suez” es muy ilustrativa al respecto y explica la inevitable necesidad de que el

contrato sometido al derecho inglés incluya minuciosas y hasta imaginativas cláusulas de hardship: *Tsakiroglou & Co. Ltd. vs. Noble Thorl GmbH* (House of Lords, 1962); *Palmco Shipping Co. vs. Continental Ore Corp.* (Q. B. 1970); *American Trading & Prod. Corp. vs. Shell Int. Marine* (2nd. Circuit, 1972); *Transatlantic Fin Corp. vs. United States* (2nd. Circuit, 1966); *Glidden Co. vs. Hellenic Lines* (2nd. Circuit, 1960). Salvo algún precedente aislado, los Tribunales angloamericanos no consideraron una excusa para el cumplimiento o el aumento del precio del flete el hecho de que los buques, para realizar el viaje, tuviesen que seguir la ruta más larga y costosa de doblar el cabo de Nueva Esperanza, incluso cuando la ruta del Canal de Suez se había expresado en el contrato. Como excepción, en uno de estos casos, *Carapanayoti & Co. vs. E. T. Green Ltd* (Q. B. 1958) el juez McNair utilizó la misma doctrina de la frustración de la causa contenida en el asunto *Davis Contractors Ltd. vs. Fareham U. D. C.* (House of Lords, 1956), para resolver el contrato en un supuesto de auténtica excesiva onerosidad, sobre la base de que el cambio de circunstancias convertía la obligación en “...a different kind wich the contract did not contemplate, and to wich it could not apply”. En contrapartida, los sistemas romano-germánicos no sólo admiten una resolución del contrato no contemplada por las partes, sino que pueden llegar a imponerles un ajuste de las prestaciones contractuales decididas por el propio juez.⁸³

Incluso si los términos son ambiguos, la toma en consideración de las circunstancias que rodean al contrato varía de forma significativa. El *common law* admite, sobre todo, una consideración del contexto objetivo del contrato, excluyendo como postulado los elementos subjetivos, tanto relativos a las negociaciones previas como a la conducta subsiguiente de las partes. Es cierto que, frente al criterio de la *House of Lords*, la aplicación del artículo 8.3 del CV en Nueva Zelanda, o el sentido de los artículos 4.3.1. de los Principios UNIDROIT y 5:102 de los PECL, unido al hecho de que el § 2-208 UCC y el § 202 (4) del *Second Restatement of Contracts* sí reconocen en Estados Unidos la incidencia interpretativa de la conducta de las partes durante la ejecución del contrato, al igual que la jurisprudencia canadiense *Montreal Trust Company of Canada vs. Bir-*

⁸³ Para un desarrollo más detallado de esta cuestión, Sánchez Lorenzo, S., “Hardship en la contratación internacional: principios comunes para una unificación desde el derecho comparado”, *Soberanía del Estado y Derecho internacional (homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo)*, Sevilla, 2005, pp. 1273-1292.

mingham Lodge Ltd., 1985), justifican una crítica posición en Inglaterra favorable a su inclusión como parte del *background*.⁸⁴ La misma pretensión, con fundados argumentos, se ha defendido para las negociaciones preliminares,⁸⁵ cuyo valor interpretativo se reconoce asimismo en el § 1-205 UCC. Aún así, es difícil que el *common law* pueda admitir el carácter subsidiario de las circunstancias objetivas frente a los indicios contextuales subjetivos, tal y como ocurre en general en los sistemas romano-germánicos. A lo más, cabe esperar una consideración conjunta de todas estas circunstancias, si no una prevalencia de los aspectos objetivos.

La diferencia esencial entre la forma de pensar del *common law* y los sistemas romano-germánicos estriba, con todo, en la utilización de criterios objetivos de racionalidad eminentemente flexibles basados en nociones de equidad, justicia material o equilibrio sinalagmático, como la buena fe, capaces de forzar lo verdaderamente expresado por las partes o proporcionar una integración de las lagunas del contrato ajena en realidad a lo que las partes han pretendido o podrían haber pretendido.⁸⁶ Utilizando la expresión de K. Larenz, la “interpretación contractual complementaria” o completiva (*ergänzende Vertragsauslegung*) que recurre a la buena fe en caso de lagunas o de oscuridad del contrato se orienta hacia la búsqueda de lo que sea justo para ambas partes.⁸⁷ En cuanto la regulación contractual deja un margen para una interpretación, ésta debe orientarse a la “justicia del contrato”.

En el *common law* se hablaría de una *manipulative interpretation* o interpretación tendenciosa para conseguir un resultado equitativo, que no se practica en el *common law* salvo casos muy excepcionales, cuyo objeto es paliar la injusticia de las cláusulas de exoneración de responsa-

⁸⁴ Lewison, K., *op. cit.*, nota 9, pp. 89-93.

⁸⁵ Peel, E., *op. cit.*, nota 17, pp. 219 y 220.

⁸⁶ Aunque no faltan precedentes en este sentido, como muestra el criterio expresado por Lord Diplock en el asunto *Antaios Compañía naviera S. A. vs. Salen Rederierna A. B.*, 1985; “Si un detallado análisis semántico de las palabras en un contrato comercial lleva a la conclusión de que contradice el sentido común comercial, se debe dar prevalencia a este último”. El propio Lord Hoffmann ha moderado el alcance de su cuarto principio, en que citaba la resolución de Lord Diplock, considerando que la determinación de un error semántico o sintáctico debe ser excepcional y en supuestos que no admitan duda alguna. En caso contrario habrá que estar al tenor literal, aunque conduzca a resultados desequilibrados para las partes.

⁸⁷ Larenz, K., *Metodología de la ciencia del derecho*, Barcelona, Ariel, 1980, pp. 295-297.

bilidad (*exemption clauses*),⁸⁸ o en ámbitos como la protección de consumidores o ciertas operaciones inmobiliarias en el marco de la política de desfeudalización en Escocia.⁸⁹

Es cierto que K. Larenz insiste en que el juez no puede utilizar sus propias pautas de valoración y está vinculado a las bases axiológicas que le proporcionan las partes, si es que su actividad pretende seguir siendo de auténtica “interpretación” del contrato. Sin embargo, en la práctica es difícil que el juez pueda inducir el sistema de valores de las partes cuando ni siquiera puede extraer un sentido claro a sus palabras o, simplemente, las partes ni siquiera han estipulado nada sobre un aspecto determinado del contrato, como la obligatoriedad de que la estación de radio emita la obra que ha adquirido. En el fondo, el juez interpretará estos criterios conforme a la escala de valores presentes no sólo en su sistema jurídico, sino en su propia sociedad.⁹⁰ El grado de protección o defensa de los derechos del autor en relación con su obra o la protección y autonomía de los medios de comunicación y de la libertad negocial de las obras pueden estar en la base de un concepto de “buena fe” ajeno en realidad a la posición subjetiva de las partes contratantes.

En cierto modo, el análisis económico del derecho y su acogida en el sistema norteamericano acaso podría brindar un puente de encuentro en ese punto. El propio R. Posner ha saludado la resolución de las ambigüedades contractuales a través de criterios de racionalidad objetiva basadas en el sentido común o la eficiencia, con independencia de la intención más probable de las partes: en realidad, son criterios de equidad o racionalidad económica objetiva que permitirían corregir desequilibrios contractuales a la par que se interpreta el contrato. En cierto modo, este modelo objetivista de interpretación del contrato predomina en Estados Unidos, donde el concepto de buena fe (§§ 1-203 y 2-103 UCC; § 205 *Second Restatement*) se reconduce a criterios de racionalidad económica y justifica que los usos comerciales sean el elemento esencial de integra-

⁸⁸ Lewison, K., *op. cit.*, nota 9, pp. 41 y 42.

⁸⁹ Se trata de la *Conveyancing and Feudal Reform Act* de 1970, que es el ámbito, junto con la protección de los consumidores, que justifica, a juicio de Walker, D. M. una intervención judicial capaz de modificar los términos del contrato, *op. cit.*, nota 8, pp. 434-538.

⁹⁰ Como afirman Markesinis, B. S. *et al.*, al hilo de las peculiaridades del modelo alemán “lo que es razonable a menudo está lejos de ser claro y puede ser un vehículo para la introducción encubierta de consideraciones de justicia”, *op. cit.*, nota 13, pp. 128-137).

ción del contrato, traducido procesalmente en la importancia de los peritajes sobre el contenido de dichos usos.⁹¹ Pero, como no podía ser menos, también se advierte que esta solución sólo es factible en casos de ambigüedad de lo escrito y de auténticas lagunas de reglamentación, pues si lo expresado es claro un juez no puede suponerse mejor situado que las partes para formular lo que es económicamente razonable.⁹² En nuestro ejemplo sobre la obligatoriedad de la estación de radio en orden a transmitir la obra adquirida, el análisis económico del derecho no avalaría una interpretación favorable a la retransmisión obligatoria.

En efecto, los recursos de interpretación creativa del *common law* no permiten en modo alguno incorporar elementos externos para contradecir lo que las partes han acordado, y sólo habilitan una lectura de los acuerdos compatible con dichos acuerdos; por lo demás sólo admiten la introducción de términos implícitos para la integración de las lagunas en la medida en que dichos términos sean indudablemente previsibles para las partes. Como bien señalan B. Markesinis, H. Unberath y A. Johnston, la interpretación completiva de la doctrina alemana no es equivalente a la doctrina de los términos implícitos del *common law*. La primera obedece abiertamente a criterios de determinación de una voluntad objetiva o hipotética capaz de rellenar las lagunas contractuales, mientras que el *common law* no busca tanto una racionalidad objetiva como una racionalidad “subjetiva” que no llega a perder de vista la voluntad real para completar, sin contrariar, lo acordado por las partes, más bien atendiendo a la eficacia comercial que a la justicia material.⁹³

Uno de los casos más relevantes y recientes sobre la doctrina de los términos implícitos ilustra muy gráficamente esta tendencia restrictiva, que es clave para establecer una de las disensiones esenciales entre el *common law* y los sistemas romano-germánicos. Se trata del caso Baird vs. Mark and Spencer (2003). Cada seis meses la casa Mark & Spencer había renovado las órdenes de pedido de prendas de vestir a la demandante, y así durante treinta años. Súbitamente interrumpió estos pedidos,

⁹¹ Kozolchnyk, B., *La contratación comercial en el derecho comparado*, Madrid, Dykinson, 2006, pp. 253-259; Friel, R. J., *op. cit.*, nota 12, pp. 183-189.

⁹² Posner, R., *op. cit.*, nota 82, pp. 1603-1607. El propio R. Posner, sin embargo, parece contradecir sus propias teorías al actuar como juez, véase la crítica de Friel, R. J., *ibidem.*, p. 185 a su resolución en el caso *Market Street Associates Ltd. Partnership vs. Frey*.

⁹³ Markesinis, B. S. *et al.*, *op. cit.*, nota 13, pp. 139 y 140.

y la demandante alegó incumplimiento del contrato por desconocer un término implícito que exigía un preaviso de al menos tres años antes de la terminación. La *Court of Appeal* rechazó la demanda, por no considerar necesaria para el funcionamiento del contrato la cláusula de preaviso, como demostraron los treinta años ininterrumpidos de ejecución. Por lo demás, la presunta obligación de Mark & Spencer de seguir adquiriendo productos no podía ser determinada con criterios objetivos relativos a la cantidad y calidad de la mercancía. Sin Andrew Morritt añadió: “La presencia en la formulación contractual sugerida de deberes implícitos de buena fe constituye un obstáculo adicional... dado el rechazo general del derecho inglés a reconocer deberes de esta naturaleza como un término contractual implícito”.

Parafraseando a M. H. Whincup, “parece que la necesidad a menudo puede interpretarse de forma bastante liberal y constructiva, pero es un fundamento mucho más restrictivo para la inducción de términos implícitos que la equidad, razonabilidad o buena fe, tal y como aparece requerida en los sistemas romano-germánicos... De hecho, una de los caracteres más notables del derecho inglés, que más claramente lo distingue de los sistemas continentales e incluso americanos, es que ni existe una exigencia expresa de buena fe en los contratos en general, ni dicha, exigencia puede inducirse implícitamente como una obligación general a la luz de ningún principio del *common law*”.⁹⁴ M. H. Whincup apunta a renglón seguido a una razón filosófica que explica esta diferencia: los orígenes del derecho comercial inglés en el principio del *laissez faire*, o, lo que es lo mismo, su espíritu marcadamente liberal.

En suma, la seguridad jurídica constituye un valor predominante en el *common law*. En los sistemas romano-germánicos, en contrapartida, se imponen el equilibrio sinalagmático y la buena fe, que conducen a un “derecho judicial libre” —como señaló F. Wieacker en relación con la buena fe contenida en el § 242 BGB—,⁹⁵ que no se compadece con el mayor respecto a la libertad de los contratantes, que predomina en el *common law* sobre la libertad de los jueces. En otros términos, el *common law* puede aceptar una “interpretación integradora”, esto es —siguiendo a E. Betti—, la interpretación que recae sobre puntos del contrato y que puede comprenderse en los términos expresados y encuadrados en el contenido

⁹⁴ Whincup, M. H., *op. cit.*, nota 64, pp. 147 y 148.

⁹⁵ Wieacker, F., *El principio general de buena fe*, Madrid, Civitas, 1982, p. 25.

del negocio. Los puntos a indagar por vía interpretativa se infieren siempre del complejo de la declaración, aunque se valore conforme a estándares de equidad y en razón a los usos, y son en consecuencia inteligibles y reconocibles por las mismas partes. En esta línea se situaría la línea más flexible introducida por Lord Hoffmann, partidario de la preeminencia del contexto hasta el punto de imponerlo frente a un uso erróneo del lenguaje cuando no se haya utilizado la acción de rectificación. A lo que no alcanza el *common law* es a una auténtica integración del contrato, a una reconstrucción por el intérprete de sus efectos a partir de soluciones supletorias de la voluntad de las partes.⁹⁶

2. *La unificación internacional del derecho de los contratos y la interpretación del contrato*

A. *El Convenio de Viena de 1980*

Los textos de derecho uniforme generalmente reflejan en buena medida la convergencia funcional entre el *common law* y los sistemas romano-germánicos,⁹⁷ aunque la orientación más extendida del modelo romano-germánico parece claramente predominante. Así, el artículo 80. del Convenio de las Naciones Unidas sobre contratos de compraventa internacional de mercancías, hecho en Viena el 11 de abril de 1980 (CV), parece decantarse expresamente por el postulado romano-germánico de la intención real de las partes, al prever en su apartado 1: “A los efectos de la presente Convención, las declaraciones y otros actos de una parte deberán interpretarse conforme a su intención cuando la otra parte haya conocido o no haya podido ignorar cuál era esa intención”.

La regla, sin embargo, podría entenderse como un tributo al principio *in claris non fit interpretatio*, pues se trata de una intención que debe resultar expresada en la medida en que es conocida o no ignorada por la otra parte contratante. Sin embargo, parece claro que el párrafo tercero del artículo 80. CV confirma un concepto de intención que va más allá de este principio y se acomoda mejor al modelo romano-ger-

⁹⁶ Betti, E., *op. cit.*, nota 5, pp. 368 y 369.

⁹⁷ Para una comparación de la reglamentación contenida en el Convenio de Viena de 1980, los Principios UNIDROIT y los PECL, véase Serrano Fernández, M., *op. cit.*, nota 23, pp. 349-432.

mánico, pues establece como criterios de determinación de la intención de una parte del contrato los elementos externos o circunstanciales, especialmente derivados de las negociaciones, prácticas entre ellas, usos y comportamiento ulterior, sin que en ningún momento haga prevalecer de manera nítida la voluntad expresada. En suma, frente al modelo anglosajón de mayor seguridad jurídica, el CV opta por un modelo abierto o flexible en la determinación de la intención explícita por las partes, permitiendo una interpretación directamente más laxa de lo expresado por las partes.⁹⁸

Una muestra de esta orientación es la solución ofrecida por la Sentencia del Tribunal Federal de los Estados Unidos en el asunto *MCC-Marble Ceramic Center vs. Ceramica Nuova D'Agostino* (1998) que dilucidaba, a la luz del Convenio de Viena de 1980, la obligatoriedad de las condiciones de venta redactadas en italiano en el reverso de un documento firmado por la parte norteamericana, cuando parecía claro que la firma se había estampado con desconocimiento y sin consideración de dichas condiciones. El Tribunal consideró que la *parole evidence rule* era inoperante tratándose del Convenio de Viena. El artículo 8.3 ordena al juez tener en cuenta todos los elementos contextuales, incluyendo las negociaciones precontractuales. El Tribunal interpreta esta regla como un rechazo de la *parole evidence rule* y como una “obligación cierta de tener en cuenta las declaraciones verbales de las partes durante las negociaciones, en la medida en que acreditan sus intenciones subjetivas”.⁹⁹

En caso de ambigüedad en la intención de las partes o ante la presencia de lagunas contractuales, el segundo párrafo del artículo 8o. CV es una muestra clara de una visión más compartida por el modelo anglosajón, pero asimismo decantada hacia los modelos romano-germánicos, por cuanto el sentido de los términos del contrato se extraen del que atribuiría a los actos y declaraciones de una parte una persona razonable situada en la misma situación que la otra parte contratante. En esa idea de racionalidad objetiva, alejada en realidad tanto de una tesis como de otra, acababan confluyendo los distintos sistemas de derecho comparado, tal y como hemos reseñado más arriba.

⁹⁸ Farnsworth, A. E. “Article 8th.”, *op. cit.*, nota 54, pp. 95-102; Honnold, J. O., *op. cit.*, nota 53, pp. 114-122. López López, A., *op. cit.*, nota 53, p. 118.

⁹⁹ Farnsworth, A. E., *op. cit.*, nota 45, pp. 277 y 278.

B. *Los Principios UNIDROIT*

Las reglas contenidas en los Principios UNIDROIT recogen de forma más sintética los mismos criterios contenidos en el artículo 8o. CV. Sin embargo, los comentarios precisan oportunamente que no debe sobrestimarse el artículo 4.1, en el sentido de que una discrepancia entre lo expresado y la común intención de las partes en la práctica es muy difícil de reconocer, salvando los supuestos de errores o *lapsus* que son corregibles en cualquier sistema comparado. En consecuencia, la referencia apunta más bien a una interpretación literal de la voluntad expresada con la consabida atención al contexto en que se utilizan las expresiones por las partes contratantes. Por su parte, el artículo 4.2 no hace sino admitir el criterio objetivo de racionalidad para solventar los supuestos de ambigüedad, conforme a un criterio abierto y flexible muy reconfortante para un modelo como el germánico, pero en el que acaban igualmente confluyendo los demás.¹⁰⁰ Por lo demás, los criterios para desvelar la intención de las partes o el sentido atribuible por una persona razonable aparecen formulados con más detalle en los Principios UNIDROIT que en el CV: además de las negociaciones entre las partes, las prácticas entre ellas, su conducta posterior, y los usos, los principios añaden la naturaleza y finalidad del contrato, así como el significado idiosincrásico de los términos del contrato en el ramo comercial afectado (artículo 4.3).

En cuanto a la integración de lagunas, los Principios UNIDROIT optan por una regla específica (artículo 4.8), consistente en proporcionar la solución apropiada utilizando, además de la intención de las partes y la naturaleza y finalidad del contrato, criterios generales como la buena fe y la lealtad negocial, e incluso el más puro “sentido común”. En suma, se trata de una apuesta clara por mecanismos de construcción judicial del contrato, típicamente germánicos,¹⁰¹ por cuanto aparentemente los principios no contemplan la imposibilidad de colmar las lagunas sobre aspectos esenciales, y en consecuencia, de establecer la nulidad o resolución del contrato por falta de determinación de su contenido esencial. Es muy significativo, sin embargo, que estos mismos criterios sean los que utiliza el artículo 5.2 de los principios para definir las “obligaciones im-

¹⁰⁰ Clavero Ternero, M., “Interpretación”, *Comentario a los Principios de UNIDROIT para los Contratos del Comercio Internacional*, Pamplona, Aranzadi, 1999, p. 226.

¹⁰¹ Como da a entender el Laudo CCI, núm. 10335, de octubre de 2000, M. J. Bonell, I Principi UNIDROIT nella pratica, Milán, Giuffrè, 2002, pp. 752-757, en especial p. 754.

plicitas”. Si se comparan los ejemplos y los comentarios que acompañan a ambos preceptos, no se aprecia una distinción entre una laguna colmada con los criterios interpretativos del artículo 4.8 y una obligación implícita deducida conforme al artículo 5.2 con idénticos criterios. Pero lo cierto es que si hay una obligación implícita no cabría en realidad hablar de una laguna, a menos que los redactores de los Principios UNIDROIT hayan tenido la maquiavélica idea de proporcionar al juez alemán y al juez inglés fórmulas distintas para obtener resultados equivalentes. Si es así, parece que el artículo 5.2 no va a contentar al juez inglés de la misma forma que el artículo 4.8 puede contentar al alemán: los criterios para inferir una obligación implícita *de facto* se antojan mucho más generosos en los Principios UNIDROIT que en la práctica judicial inglesa.

Por lo demás, los Principios UNIDROIT también recogen algunos de los principios interpretativos que son comunes en los códigos romanistas, pero que comparten asimismo los sistemas jurídicos germánicos o anglosajones, tales como la interpretación sistemática de las distintas cláusulas del contrato (artículo 4.4), el principio *contra proferentem* (artículo 4.6), o la preferencia por la interpretación que favorezca la validez e integridad de las disposiciones contractuales (artículo 4.5).

C. Los Principios de Derecho contractual europeo (PECL) y el Marco Común de Referencia (MCR)

En el tratamiento de las reglas contenidas en los PECL acerca de la interpretación del contrato no puede soslayarse una circunstancia característica derivada de la inclusión en su ámbito de aplicación de los contratos celebrados por consumidores. En efecto, este carácter omnicompreensivo de los PECL es fuente de algunas disfunciones, pues no siempre las reglas generales se acomodan a la singularidad de los distintos sectores contractuales. En el caso de los contratos celebrados por consumidores, el propio desequilibrio contractual mediatiza las fórmulas de interpretación. Además del rol singular del principio *contra proferentem*, la acción de términos implícitos de carácter legal o el recurso a la equidad para reequilibrar las respectivas obligaciones permite augurar un papel más creativo del juez en todo el proceso de interpretación y una tendencia más inequívoca a la hora de contradecir lo expresado por las(s) partes(s). Dicho de una manera gráfica, el modelo germánico de construcción flexible del contrato sobre parámetros generales de buena fe o equidad (justicia material)

parece más conforme al sector de los contratos celebrados por consumidores, en tanto que un modelo como el inglés, más atento al respecto a la responsabilidad y a la voluntad de las partes en el contexto comercial en el que operan (seguridad jurídica), se antojaría más propicio en el ámbito de la contratación comercial. Estos matices, que bien podrían haber sido tenido en cuenta en los Principios UNIDROIT —referidos exclusivamente a los contratos comerciales internacionales— no han pueden ser tan fácilmente sopesados en un texto como los PECL.

En la recepción del postulado de la intención real de las partes y su alineamiento con el modelo romano-germánico,¹⁰² el artículo 5:101 (1) es mucho más gráfico que los Principios UNIDROIT, al resaltar la prevalencia de la voluntad real sobre la voluntad expresada. En caso de dificultades en la determinación de dicha intención común, los PECL optan por una solución prácticamente idéntica a los Principios UNIDROIT, tanto por lo que se refiere al significado objetivo atribuible por una persona racional en idénticas circunstancias a las de las partes (artículo 5:101 punto 3), como por los criterios que deben utilizarse para interpretar el contrato (artículo 5:102). Ya se ha señalado que la amplitud de estos criterios desborda con mucho las circunstancias que retienen los sistemas del *common law*, siempre salvando el distanciamiento del sistema norteamericano, muy compatible con el modelo germánico y, en especial, con la reglamentación de los PECL.

También recogen los PECL algunos principios generales de interpretación, tales como la prevalencia de los términos negociados sobre los

¹⁰² Esta orientación “civilista” o romano-germánica de este capítulo parece observada con unanimidad: *vid.* Díez-Picazo, L. *et al.*, *Los Principios del Derecho Europeo de Contratos*, Madrid, Civitas, 2002, pp. 251-269, esp. p. 251; Espiau Espiau, S., “Interpretación del contrato y bases del Derecho contractual europeo”, *Bases de un Derecho contractual europeo*, València, Tirant-lo-blach, 2003, pp. 217-243, en especial p. 230; Verdura Izquierdo, B., “La interpretación de los contratos a partir de los Principios Contractuales Europeos”, *Bases de un Derecho contractual europeo*, València, Tirant-lo-blach, 2003, pp. 245-260, en especial p. 248. Clive, E., sin embargo, aunque parte de las mismas premisas, acaba concluyendo que los PECL son un sistema más mixto de lo que pudiera parecer en un principio, aunque su afirmación se basa más en la progresiva aproximación de los modelos respectivos en la práctica que en ciertas diferencias que no niega, como que el sistema inglés haga prevalecer la interpretación objetiva como primaria (*Cfr.* “Interpretation”, *European Contract Law: Scots and South African Perspectives*, Edimburgo, Edinburgh University Press, 2006, pp. 176-202, en especial pp. 178-185). Esta es, a nuestro juicio, precisamente, una diferencia esencial, como ya hemos señalado, pues las circunstancias subjetivas priman sobre las objetivas en los sistemas romano-germánicos.

estandarizados (artículo 5:104), la interpretación sistemática de las cláusulas contractuales como un todo (artículo 5:105), o la opción por la interpretación más favorable a la licitud y eficacia de las cláusulas contractuales (artículo 5:106). Se trata de principios compartidos por la generalidad de los sistemas jurídicos.

Los PECL, sin embargo, no incurren en la contradicción de los Principios UNIDROIT a la hora de establecer una regla especial para la integración de las lagunas del contrato. Para estos casos, los PECL distinguen la interpretación del contrato de la integración de las lagunas, reservando para esta última cuestión la institución de las obligaciones implícitas contempladas en el artículo 6:102. En este sentido, los PECL aportan una reglamentación más coherente, al menos en términos lógicos. Sin embargo, al igual que los Principios UNIDROIT, la forma de concebir el juego de los términos implícitos va mucho más allá de lo que permite la jurisprudencia inglesa. Los PECL se refieren asimismo a los términos implícitos “de hecho”, y establece unos criterios de deducción, como la buena fe o la naturaleza y objeto del contrato, que desbordan la intención de las partes. Ya hemos señalado que no faltan muestras en el derecho inglés, particularmente en la doctrina, de una cierta tendencia a objetivar algunos términos implícitos sobre la base de la naturaleza del contrato o la propia equidad, pero con carácter general el sentido de la jurisprudencia inglesa es mucho más restrictivo y no tiende a reconstruir el contrato sobre una base de objetiva racionalidad o equidad.

Conviene reseñar, finalmente que el Proyecto de Marco Común de Referencia de 29 de diciembre de 2007 contiene en su Libro II, Capítulo 8, Sección I (artículos 8:101 a 8:107) unas reglas prácticamente idénticas a las de los PECL, con la única salvedad de lo previsto en el apartado 2 del artículo 8:102, que limita frente a terceros el alcance interpretativo de las circunstancias subjetivas referidas a las negociaciones preliminares, usos particulares anteriores o conducta subsiguiente.¹⁰³ Las disposiciones sobre las obligaciones implícitas son asimismo coincidentes (artículo II-9:101(2) MCR).

¹⁰³ “In a question with a person, not being a party to the contract or a person such as an assignee who by law has no better rights than such a party, who has reasonably and in good faith relied on the contract’s apparent meaning, regard may be had to the circumstances mentioned in sub-paragraphs (a) to (c) above only to the extent that those circumstances were known to, or could reasonably be expected to have been known to, that person”.

3. *Soluciones sanas para la interpretación de los contratos internacionales: ¿por qué el derecho inglés?*

Sabido es que el recurso al derecho inglés para regir los contratos internacionales suele resolver los callejones sin salida en la negociación del derecho aplicable. Estadísticamente, el derecho inglés es una fórmula exitosa de resolver la cuestión. Entre las razones que cabe argumentar para justificar esta práctica se encuentra el propio carácter cosmopolita del derecho inglés, que se ha ido construyendo sobre la práctica de los grandes contratos internacionales, sobre todo de transporte marítimo y de seguros.¹⁰⁴ También incide el propio peso de la tradición o la costumbre, y el talante marcadamente anglosajón del *modus operandi* de quienes componen los tribunales arbitrales. Pero un elemento nada desdeñable es el prestigio, la aureola de seguridad jurídica que rodea al derecho inglés, y en particular el respeto por la voluntad expresada por las partes en el contrato a la hora de interpretar las obligaciones resultantes, sin interferencia de elementos externos imprevistos y protegidos de la actuación “creativa” de los jueces. Ante el derecho inglés, las partes pueden confiar en los términos escritos en el contrato. Y, además, la resolución de las controversias se antoja más eficiente, por cuanto el intérprete no va a derrochar tiempo y dinero investigando hechos o procurándose evidencias y pruebas externos y ajenos a la propia letra del contrato.

El precio de la seguridad jurídica es, desde luego, el mayor riesgo de que no se respete la verdadera voluntad de las partes y se opte por respuestas contractuales poco acomodadas a un razonable equilibrio económico del contrato. De ahí que el derecho contractual inglés aconseje una redacción del contrato, minuciosa y detallada, que impone la contrapartida de los mayores costes de redacción o producción del contrato (costes de negociación) que se compensan con la reducción de los costes de litigación.¹⁰⁵ Es cierto que desde la teoría del análisis económico del derecho se ha llamado la atención sobre cierta oscilación en los criterios de eficiencia económica de la interpretación del contrato, según que las partes utilicen un lenguaje estandarizado o común o se muevan en ámbitos en que imperan “jergas” o lenguajes especializados. Según argumentos en apariencia bastante convincentes, mientras que en el primer

¹⁰⁴ Kötz, H., “How to Achieve a Common European Private Law”, *New Perspectives on European Private Law*, Friburgo, Universitaires, 1998, pp. 19-21.

¹⁰⁵ Posner, R., *op. cit.*, nota 82, p. 1584.

caso las partes podrían estar interesadas en una interpretación más literal y en una mayor restricción de las evidencias externas y contextuales, en el segundo caso es probable que la opción pudiese ser la contraria y lo lógico fuera confiar más en una reconstrucción judicial del contrato sobre bases y evidencias externas y más amplias, circunstancia que aconsejaría interpretar precisamente las *merger clauses* como demostrativas de que las partes han redactado su contrato sobre la base de un lenguaje común o mayoritario.¹⁰⁶ Esta diferenciación teórica, sin embargo, no se acomoda del todo a la práctica comercial. Cuando las partes utilizan un lenguaje más idiosincrásico o privado suelen precaverse de los riesgos de interpretación literal sobre la base del lenguaje ordinario, previendo en las cláusulas iniciales un detallado glosario de términos y significados cuyo seguimiento estricto confiere más seguridad jurídica a las partes que la confianza en que el juez pueda reparar en su lenguaje especial y admitir evidencias externas de eficacia interpretativa siempre inopinada.

Frente a la relevancia internacional del derecho inglés, llama a atención cómo los juristas continentales aplauden la elaboración de textos o principios de Derecho contractual europeo que en muchos casos suponen una preeminencia de la mentalidad romano-germánica. Semejante sensación producen asimismo algunos de los estudios doctrinales sobre la interpretación del contrato en el derecho comparado, que parecen referirse a cierta unanimidad de criterios en el derecho europeo que menosprecia en alguna medida la singularidad del *common law*.¹⁰⁷ Habida cuenta de que el derecho norteamericano parece haberse decantado hacia un modelo de interpretación del contrato más conforme con el modelo sustantivista romano-germánico, cabría pensar que la soledad del derecho inglés justifica su exclusión de los mecanismos de unificación internacional, en la confianza de su pronta vuelta al redil universal. Sin embargo, paradójicamente, el derecho inglés —y no el angloamericano— sigue siendo protagonista de las transacciones internacionales, y con frecuencia es elegido por contratantes ajenos por completo a las islas de allende el canal, siendo su *city* un lugar habitual de solución de controversias por vía arbitral. Semejante éxito debe encerrar una gran paradoja, si la interpretación del contrato es la clave de bóveda de todo el derecho contractual.

En cualquiera de los casos, la conclusión de un estudio de derecho comparado aboca a formular condicionalmente las conclusiones: si se

¹⁰⁶ Schwartz, A. y Scott, R. E., *op. cit.*, nota 29, pp. 573-594.

¹⁰⁷ *Ad. ex.* Canaris, C. W. y Grigoleit, H. C., *op. cit.*, nota 77, *passim*.

acepta la bondad de las tendencias reflejadas en los procesos de unificación internacional del derecho contractual, ha de reconocerse tal vez el éxito de una apuesta por forzar al derecho inglés a incorporarse a la corriente mayoritaria; si este hecho no se produce, podría afirmarse un cierto fracaso, siempre que el derecho inglés mantenga su protagonismo cuantitativo en el comercio internacional. Si el derecho inglés sigue manteniendo su éxito como ley elegida por los contratantes y como opción predilecta por los árbitros cuando deben resolver conforme a los usos comerciales o incluso a pesar de la aplicabilidad algún derecho estatal, habrá que convenir que algo tendrá que ver en ello la seguridad jurídica y el respeto de la autonomía privada que ofrece, sobre todo, su modelo de interpretación del contrato. El carácter opcional de los instrumentos de unificación internacional es una buena oportunidad para resolver el dilema.

Entretanto, las partes contratantes deben ser conscientes de estas diferencias cuando negocian sus contratos y formulan sus opciones. La elección del derecho aplicable, ya sea un derecho estatal o un texto unificado, implica establecer una estrategia de interpretación del resto de las cláusulas contractuales, que conlleva un determinado reparto de costes y de riesgos. Y es relevante que las partes contratantes sean conscientes de esos costes para maximizar la eficiencia en su negociación. Seguramente que la opción por la seguridad del derecho inglés les obligará a elevar sus costes de producción del contrato, procurando ser detallados y claros en sus expresiones, pero en contrapartida les facilitará una mayor comodidad a la hora de realizar ofertas, declaraciones previas o precontratos, acaso amparados en cláusulas contractuales de integración. Si, al contrario, las partes optan por un sistema romano-germánico, la redacción del contrato se hará más liviana, y podrán en cierto modo confiar en que la equidad quedará garantizada por un juez que es capaz de ordenar los desequilibrios contractuales y garantizar cierta eficiencia económica del contrato. Además contarán con cierta previsibilidad de cómo se resolverán muchas lagunas, sólo con conocer el sistema de normas supletorias del ordenamiento elegido. Deberán seguramente ser más cautos con sus declaraciones previas y con su conducta posterior a la ejecución. Estas son sólo, a título meramente ejemplificativo, algunas de las muchas implicaciones del derecho aplicable, ya sea determinado por las partes o en defecto de elección, que resultan de un análisis somero de derecho comparado.

Por lo demás, un cierto malentendido puede implicar una extensión adicional de la influencia del derecho inglés en las transacciones internacionales, singularmente cuando el foro de solución, judicial o arbitral, se encuentra en Inglaterra. Dada la concepción procesal de la interpretación del contrato, evidenciada en la *parole evidence rule*, se ha mantenido abiertamente que la exclusión de evidencias interpretativas ajenas al contrato escrito encierra una cuestión procesal, sujeta en consecuencia a la *lex fori* y excluida del ámbito de aplicación del Convenio de Roma de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales.¹⁰⁸ Esta afirmación se ha defendido asimismo para el caso de aplicación del artículo 80. del Convenio de Viena de 1980. Semejante visión del conflicto de calificaciones es manifiestamente errónea, como ha puesto de relieve el Tribunal Federal de los Estados Unidos en el asunto MCC-Marble Ceramic Center vs. Ceramica Nuova D'Agostino (1998) en relación con el artículo 80. del Convenio de Viena. De igual forma, una calificación procesal de la interpretación contextual frente a la literal no hace sino vaciar de contenido la sujeción de la interpretación del contrato a la *lex causae* prevista en el artículo 10.1 a) del Convenio de Roma. En resumidas cuentas, la calificación procesal no evita tampoco la relevancia de la *lex contractus* a la hora de establecer los criterios de interpretación del contrato, y con ello simplemente confirmamos el postulado inicial que justifica este estudio.

¹⁰⁸ Fawcett, J. J. *et al.*, *International Sale of Goods in the Conflict of Laws*, Oxford University Press, 2005, pp. 718 y 719.