

DANIEL A. MONROY C*

*Acerca del diseño óptimo de las reglas
predeterminadas en el Derecho de contratos*

RESUMEN: El presente artículo discute lo relacionado con el diseño de las reglas predeterminadas (comúnmente llamadas reglas supletivas), desde el punto de vista normativo, a partir de la perspectiva jurídica tradicional, en contraste con el enfoque propio del Análisis Económico del Derecho (AED). Para tal efecto, el documento presenta una serie de argumentos dirigidos a justificar la razón del escaso interés de la doctrina jurídica tradicional en lo que corresponde al diseño óptimo de la norma predeterminada, lo cual se complementa con algunas ideas en las que no obstante podría basarse una visión normativa sobre el particular. Lo anterior se contrasta con los aportes que desde la perspectiva del AED se han hecho sobre la misma cuestión.

PALABRAS CLAVE: Derecho de contratos, Análisis Económico del Derecho de Contratos, reglas supletivas.

KEYWORDS: Law and Economics, Contract Law, Default Rules.

Jel Codes: K10, K12

INTRODUCCIÓN

Según Hinestrosa, las que hemos denominado reglas predeterminadas en el Derecho de contratos¹ son aquellas “... cuya aplicación no tiene cabida

* Abogado Universidad de Los Andes (1999), Especialista en Derecho Contractual de la Universidad Externado de Colombia (2001), Maestría en Derecho Económico de la Universidad de Chile (2004) y estudiante de Doctorado en Derecho de la Universidad Externado de Colombia (2012). Docente Investigador del Departamento de Derecho Económico de la Universidad Externado de Colombia en temas de Análisis Económico del Derecho y *Behavioral Law and Economics*. Correo-e: daniel.monroy@uexternado.edu.co.

1 Ahora, denominar nuestro objeto de estudio “reglas predeterminadas” en reemplazo del término “reglas supletivas o supletorias”, como suele denominar mayoritariamente la doctrina, no obedece a una cuestión caprichosa; por el contrario, lo encontramos sustentado en varias razones, entre las cuales vale destacar que el vocablo “predeterminado” es el que en el marco de la lengua inglesa se refiere a *default* en sentido lato, esto es, algo preconfigurado, y en sentido estricto –en el marco del Derecho anglosajón– como *default rules*, término este último que la doctrina propia de este sistema utiliza para referirse a “... reglas en torno de las cuales las partes pueden contratar previamente (...) Las reglas predeterminadas llenan los vacíos en los contratos incompletos y vinculan [*govern*] a menos que las partes contraten en torno a ellas” (AYRES y GERTNER, 1989, p. 87); en términos

más que cuando no se ha dispuesto nada distinto por los sujetos negociables o ellos han guardado silencio frente a aspectos a que aquéllas se refieren. (...) Habitualmente se designan estos preceptos con el nombre de ‘normas supletivas’ o ‘supletorias’” (1969, p. 287). A su turno, Messineo (1954) afirma que estas mismas reglas “... sirven para suplir a su falta de declaración [del individuo], y de ahí que, si se expresa una voluntad derogatoria, las normas supletorias quedan como letra muerta; mientras que si él calla, o no declara querer apartar de dichas normas, reciben aplicación automática; (...) y son las que determinan el efecto jurídico” (Messineo, 1954, p. 48)². De otra parte, para Bianca (2007), las que hemos denominado como reglas predeterminadas funcionan, tienen sentido en la denominada fase de “integración supletiva del contrato”³ en la medida que fuentes externas al contrato mismo, “... determinan el contenido de la relación contractual a falta de una previsión diferente de las partes” (p. 521).

Las nociones transcritas se pueden sintetizar en que, a lo que estamos aludiendo como reglas predeterminadas, son aquellas que en el ámbito del Derecho de contratos se encuentran contenidas en el Derecho objetivo, y que, al aplicar una jerarquía de valores, son susceptibles de derogarse por las partes –a través de la voluntad individual– en situaciones jurídicas concretas⁴;

de SCHWARTZ (1994, p. 390), son reglas que dentro del género de las reglas del Derecho de contratos, a diferencia de las reglas inmutables (*immutable rules*), las partes son libres de modificar.

- 2 A manera de ilustración, el mismo autor cita como ejemplo el Art. 1100 del mismo Código Civil italiano, norma relativa a la comunidad y en la cual se indica que “Cuando la propiedad u otro derecho real corresponden en común a varias personas, si el título o la ley no disponen otra cosa, se aplican las reglas siguientes” (MESSINEO, 1954, p. 252).
- 3 Se denomina “integración supletiva” y no simplemente “integración”, según el autor, para marcar una diferencia con la “integración imperativa del contrato”, la cual supone la presencia de una regla imperativa en el Derecho objetivo y que, como tal, también se integra al contenido del contrato.
- 4 Aunque la literatura suele aludir a la capacidad o la susceptibilidad de “derogar” una norma –predeterminada– a partir de la voluntad individual, valga aclarar, quizá este término no es el más adecuado para identificar lo que es una regla predeterminada en el marco del Derecho de contratos, ello por cuanto, (i) Tal como lo indica Stiglitz (2001, p. 155), bajo ninguna circunstancia las normas que se integran al contenido del contrato –ni siquiera si se trata de una de naturaleza dispositiva– pierden indemnidad, de suerte que pareciera inadecuado ciertamente utilizar términos como “derogable” o “derogar” para

desde el punto de vista funcional, son reglas dirigidas a dotar de contenido los espacios dejados por las partes, ante la falta de voluntad derogatoria de las mismas⁵.

En la doctrina jurídica tradicional, el estudio de las reglas predeterminadas en el marco del Derecho de contratos se ha centrado en aspectos tales como su relación en lo que corresponde a determinar el contenido del contrato (Bohórquez, 2004; Ferri, 1969; Stiglitz, 2001); sus eventuales diferencias con las denominadas “reglas dispositivas” (Messineo, 1954); su rol en lo que corresponde a la integración del contrato (Betti, 2000; Bianca, 2007; Doral, 1982; De Castro y Bravo, 1985; Ferri, 1969; Franco, 2007; Garibotto, 1991; Ospina y Ospina, 2005; Rengifo, 2009; Scognamiglio, 1983); sus relaciones con los efectos del contrato (Cariota, 1956; Messineo, 1954; Peirano, 1964b), así como sus relaciones y diferencias con las reglas imperativas y con los preceptos de autonomía⁶ (Arteaga y Arteaga, 1979; Díez-Picazo y Gullón, 1984; Bianca, 2007; Ferri, 1969; Messineo, 1954; Stiglitz, 2001), y su identificación con las reglas que determinan los efectos –por no decir los elementos– naturales del contrato (Bohórquez, 2004; (Cariota, 1956; Ospina

referirse a una regla predeterminada; (ii) Para nuestros efectos, lo que hemos denominado como “jerarquía de valores” se refiere –utilizando los mismos términos de Díez-Picazo y Gullón (1984, p. 40)– a la posibilidad que otorga el mismo ordenamiento jurídico, no de que se “derogue” una norma a través de la autonomía de la voluntad sino a la posibilidad de que aquella se “anteponga” a esta; de suerte que pareciera recomendable utilizar términos como “anteponer” o “antepuesta”, tal y como en efecto lo hacen algunos autores referenciados. Con todo, cuando nos refiramos al término “derogar” o “derogable” o cualquier otro similar, debe entenderse en el sentido recién expresado.

- 5 Esta noción es compartida por un amplio sector de la doctrina; así, por ejemplo, otras nociones han indicado que estas normas “... se subentienden como si los interesados en el negocio las hubieran incorporado expresamente en el pacto” (URIBE, 1980, p. 342); también se ha dicho que son normas cuya función se dirige a “... suplir la voluntad de las partes cuando ella no se ha manifestado” (BARRERA, 2004, p. 186).
- 6 El término “precepto de autonomía” se refiere al que utiliza Stiglitz (2001) para referirse a aquella regla que es diferente a las reglas que se originan en mandatos legales, y que, por tanto, a diferencia de estas, son creados autónomamente por los sujetos del contrato, pero que, como aquellas, resultan vinculantes. En otras palabras, los preceptos de autonomía aluden a la noción de la autonomía limitada que, como fuente de Derecho, poseen los individuos para darse sus propias reglas (HINESTROSA, 1969, p. 175). Con todo, en la sección I se profundizará en la cuestión de cómo se relacionan la autonomía de la voluntad y las reglas predeterminadas en el Derecho de contratos.

y Ospina, 2005; Peral, 1980; Pothier, s.f.; Tamayo, 2004; Vallejo, 1992, entre otros aspectos.

Con todo, los autores recién referenciados insisten en un análisis positivo respecto de las reglas predeterminadas en el sentido de que suelen limitarse a abordar cuestiones tales como ¿qué son?, ¿de dónde surgen?, ¿cuál es su función de cara al contrato?, etc. De suerte que es ciertamente extraño encontrar en la literatura análisis de tipo normativo acerca de dichas reglas, particularmente en lo que respecta con su forma, esto es, lo relacionado con el diseño como tal de las reglas⁷, cuestión esta que se contrapone a lo que sucede desde la perspectiva del Análisis Económico del Derecho (AED), en la cual la misma cuestión es un punto fundamental en la agenda investigativa.

En este orden, el objetivo del trabajo se circunscribe a presentar y discutir lo relacionado con el diseño de las reglas predeterminadas desde la perspectiva jurídica tradicional en contraste con el enfoque del Análisis Económico del Derecho (AED). Para estos efectos, el presente trabajo se divide en cuatro partes. En la primera, se presenta una serie de argumentos dirigidos a justificar la razón del escaso interés de la doctrina jurídica tradicional en lo que corresponde al diseño de la norma por defecto desde el punto de vista normativo. En la segunda parte se proponen algunos aportes que sin embargo podrían construirse desde la mencionada perspectiva jurídica tradicional respecto de la cuestión en comento, partiendo para estos efectos de dos premisas excluyentes: primero, que las reglas predeterminadas reservan su función al ámbito la integración del contrato, y segundo, que dicha función se refiere al proceso de interpretación del contrato. En la tercera parte del artículo, se contrasta lo indicado en la sección precedente con la perspectiva clásica del AED. La parte final presenta algunas reflexiones de la importancia de discutir lo relacionado con el diseño óptimo de las reglas predetermina-

7 En efecto, ya incluso hace un poco más de dos décadas los influyentes Ayres y Gertner (1989) señalaron que la cuestión del diseño de la regla predeterminada era un asunto escasamente estudiado en la literatura. Concretamente, señalan que “Cuando las condiciones previas para la inmutabilidad [de una regla en el derecho de contratos] no están presentes, el análisis normativo legal recae en la elección de una norma predeterminada. Sin embargo, los académicos han prestado poca atención acerca de cómo elegir entre las posibles reglas predeterminadas” (AYRES y GERTNER, 1989, p. 89).

das en el Derecho de contratos y reabre la discusión hacia nuevos puntos susceptibles de investigación.

I. LA DOCTRINA JURÍDICA TRADICIONAL Y LA IRRELEVANCIA DEL DISEÑO DE LA REGLA POR DEFECTO DESDE EL PUNTO DE VISTA NORMATIVO

Como lo advertimos previamente, consideramos que, en efecto, la doctrina jurídica tradicional ha prestado escasa atención al diseño de la regla predeterminada desde el punto de vista normativo. Los factores explicativos de esta situación –consideramos– pueden estar asociados a dos circunstancias en concreto: por un lado, (i) dada la propia naturaleza de las reglas predeterminadas, conforme las entiende la dogmática jurídica, y por otro lado, (ii) el rol que desempeñan estas reglas de cara al marco constitucional en el cual funcionan.

a. EL DISEÑO DE LA NORMA PREDETERMINADA EN EL DERECHO DE CONTRATOS DESDE LA DOGMÁTICA JURÍDICA

Para abordar esta cuestión, es de advertir anticipadamente que la doctrina clásica concibe el negocio jurídico basado en el fenómeno de la autonomía de los particulares. Según Scognamiglio (1983), dicha autonomía se identifica dentro de una concepción voluntarista con la “libertad de querer”, aunque de una manera más exacta –más contemporánea si se quiere– se refiere al poder de los individuos para darse a sí mismos sus propias reglas en el ámbito de las relaciones económico-sociales⁸. Agrega el autor que esta autonomía y

8 Agrega el autor que dicho punto de vista es acogido por el legislador (Art. 1322 del C. Civil italiano) y que con base en el mismo se puede afirmar que “...las partes están ante todo autorizadas para determinar libremente el contenido de los contratos (negocios) regulados por la ley o nominados. A ellas les corresponde rellenar, por así decirlo, los esquemas negociales que el propio ordenamiento acoge y reglamenta” (SCOGNAMIGLIO, 1983, p. 16). Seguidamente se afirma que dicha autonomía y libertad no puede asimilarse a arbitrio, que por tanto presupone límites, a lo cual se agrega el problema de la competencia entre la autonomía privada y la ley como fuentes de reglamentación. Dicha competencia adquiere significado cuando al ordenamiento le corresponde, interfiere, mediante la atribución de

libertad no pueden asimilarse a arbitrio, que por tanto se presuponen límites, cuestión a la que se agrega el problema de la competencia entre la autonomía privada y la ley como fuentes de reglamentación. Concretamente, se dice, dicha competencia adquiere significado cuando al ordenamiento le corresponde interferir mediante la atribución de efectos al negocio –más allá de los determinados por las partes–, mediante disposiciones imperativas; pero otras veces también interfiere en el negocio pero mediante la integración al negocio de las normas que el autor denomina como supletorias (Scognamiglio, 1983, p. 18).

A su turno, en el ámbito local y en opinión de Ospina y Ospina, se indica que la voluntad privada se constituye en una fuente de efectos jurídicos que debe expresarse conforme a la ley para que adquiera fuerza normativa, lo que se traduce en que la validez, existencia y vinculatoriedad de los actos están condicionadas a que estos hayan sido “legalmente celebrados”; empero, una vez cumplido este requisito, las partes son libres de establecer las estipulaciones, y en este contexto el legislador evita en lo posible interferir imperativamente en dicha libertad. De manera que, como lo resaltan los autores, “... la inmensa mayoría de las previsiones legales pertinentes a los actos jurídicos solamente tienen un alcance supletivo, o sea, que sólo están llamadas a aplicarse en defecto de manifestación expresa de la voluntad de los interesados” (Ospina y Ospina, 2005, p. 14).

La existencia de las previsiones legales de alcance supletivo se funda en la presunción intuitivamente verificable de que los particulares por lo general ignoran cuál es el régimen más conveniente aplicable a sus actuaciones y transacciones, por lo que –siguiendo con los mismos autores– el legislador “insinúa” aquellas normas que resultan “más aconsejables”, “más recomendables” para aquellos. Sin embargo, como presunción contraria, si los mismos particulares consideran que las “recomendaciones” del legislador no son las más convenientes en su situación particular, ellos pueden libremente modificarlas o descartarlas, esto es, apartarse de lo que el legislador considera conveniente.

efectos al negocio, “Interferencias de este tipo suele practicar el ordenamiento jurídico por medio de la oportuna integración del contenido negocial con las llamadas normas supletorias...” (SCOGNAMIGLIO, 1983, p. 18).

Corolario de lo anterior es que más allá de lo que el ordenamiento considera como imperativo, los individuos cuentan con un amplio campo en el que de manera autónoma pueden ejercer la libertad, el poder para darse para sí las reglas que regulen sus actos. En este contexto de autonomía, las reglas predeterminadas funcionan entonces como simples “recomendaciones” dadas por el legislador a los particulares, quienes, sin embargo, al no ignorar cuáles son las reglas que desde la óptica del legislador les resultan más convenientes para alcanzar sus propios fines, pueden optar libremente por aceptar, modificar y rechazar dichas “recomendaciones”.

Lo indicado en el párrafo anterior no es en absoluto una cuestión marginal, pues una de las consecuencias que se sigue de ello es que –en principio– el diseño de la norma predeterminada, es decir, la “recomendación” que en concreto da el legislador, se convierte efectivamente en una cuestión irrelevante en abstracto, mas no en el caso en concreto. En otras palabras, ante la pregunta de cuál es el posible mejor, la más conveniente, la más recomendable regla predeterminada, la respuesta pasa necesariamente y tiene sentido –en principio– bajo circunstancias concretas mas no abstractas.

De manera que si una norma predetermina en abstracto una distribución de derechos y deberes entre las partes de una forma A – es decir un diseño tipo A⁹– esta preconfiguración puede ser, desde la perspectiva de las partes, adecuada o no a fin de satisfacer sus propios intereses individuales; si ocurre lo primero, será suficiente que las partes guarden silencio, pero si ocurre lo segundo, las partes descartarán o modificarán el diseño tipo A, convirtiéndolo en una cláusula tipo B, C, D, o cualquier otro diseño diferente al tipo A que en todo caso se adecúe a los intereses individuales de las partes. En el mismo sentido, si la norma que se encuentra predeterminada presenta un diseño tipo B y las partes mismas consideran que esta satisface de mejor manera sus intereses que cualquier otra posible regla, es suficiente que guarden

9 La notación la estamos utilizando acá para distinguir varias maneras de preestablecer los derechos y obligaciones emanados, ya sea del ordenamiento o del acuerdo contractual; en este orden, una norma tipo A preasigna de igual manera los derechos y obligaciones entre las partes que una cláusula tipo A, y la diferencia está en que en el primer caso la asignación ha sido efectuada –por defecto– en el ordenamiento, mientras en el segundo caso la asignación es realizada por las mismas partes.

silencio, dejen la laguna contractual; en caso contrario, las partes adoptarán una cláusula tipo A, C, D o cualquier otro diseño diferente al tipo B.

Conforme a lo anotado, no se puede afirmar que exista en abstracto un diseño (tipo A, B, C, D, etc.) que sea *ex-ante* “mejor”, más recomendable –en términos de predefinición de derechos y deberes– que otro; es decir, el diseño de la norma es irrelevante en este nivel; sin embargo, no sucede lo propio cuando se trata de un caso en concreto, en cuyo nivel la “mejor” regla es aquella que seleccionen las partes ya sea dejando la laguna o llenándola a través de la expresión de su voluntad.

Es importante reiterar que lo indicado resulta cierto siempre y cuando se asuma que los individuos tengan conocimiento de las reglas predeterminadas y que resultan aplicables a sus actos o negocios, por cuanto solo con dicho conocimiento estos estarán en posición de decidir si en el caso concreto la “recomendación” dada por el legislador realmente resulta la más adecuada a sus intereses. En caso de asumirse la presunción contraria, esto es, que los individuos ignoran el contenido de la regla predeterminada y/o lo que resulta más conveniente para sus intereses, la situación cambia, tal y como se argumentará en la sección IIa del presente trabajo.

b. EL DISEÑO DE LAS REGLAS DE CARA AL MARCO CONSTITUCIONAL

Por otro lado, en estrecha relación con lo anotado previamente, en lo que corresponde al rol que desempeñan las reglas predeterminadas de cara al marco constitucional en el cual la regla funciona y al menos en el ámbito local, otra de las razones que pueden estar asociadas al desinterés generalizado en el diseño de las mismas es que la naturaleza de ellas dificulta un examen de tipo constitucional. Sobre el particular, si bien no han sido muchas las ocasiones que en nuestro país se han sometido a examen de la Corte Constitucional reglas predeterminadas en el Derecho de contratos¹⁰ (ello

10 Vale destacar la Sentencia C-367 del 16 de agosto de 1995, M. P.: José Gregorio Hernández, y la Sentencia C-485 del 30 de octubre de 1995 M. P.: Jorge Arango Mejía, en las cuales se discutió la exequibilidad del artículo 1617 del Código Civil, norma en la cual, según la misma Corte, se consagra una regla supletoria de la voluntad que fija los intereses legales debidos en cierto tipo de obligaciones, determinando su porcentaje en un cierto período

comparando con otro tipo de normas como las de naturaleza imperativa), se observa que en estos casos (al menos en los acá referenciados), estas han sido declaradas exequibles; sin embargo, más que las coincidencias en las partes resolutivas (de lo cual evidentemente no se puede deducir hoy día una tendencia), lo cierto es que la Corte ha indicado, así sea subrepticamente, algunos criterios a tener en cuenta al momento de juzgar la exequibilidad o no de una regla predeterminada.

En efecto, lo primero es que, tal como lo ha señalado la Corte, las reglas predeterminadas son –por antonomasia– un claro reflejo de los principios no absolutos de autonomía de la voluntad y libertad contractual, los cuales se encuentran amparados por la Constitución misma, de suerte que un criterio a tener en cuenta al momento de estudiar la exequibilidad de una norma de dicha naturaleza es que cualquier juicio dirigido a modificar su forma hacia otra de naturaleza imperativa (por ejemplo) deberá tener en cuenta que esta modificación, necesariamente afectará dichos principios¹¹, lo cual genera que

(seis por ciento anual), a falta de los intereses convencionales. En la Sentencia C-364 del 29 de marzo 2000, M. P.: Alejandro Martínez Caballero, en la cual se falló sobre la demanda de exequibilidad del artículo 2232 (este también en la C-485 de 1995), el cual opera en situaciones en que se estipulen intereses entre las partes y no se determina el valor de los mismos, en cuyos casos se entenderán fijados –por defecto– los intereses legales civiles. En Sentencia C-252 del 26 de mayo de 1998 M. P.: Carmenza Isaza de Gómez, se demandó el art. 2229 del Código Civil, el cual establece una regla supletiva tendiente a resolver situaciones en las cuales un mutuario pretende pagar anticipadamente la suma prestada. También Sentencia C-153 del 24 de febrero de 2004, M. P.: Álvaro Tafur Galvis, en la cual se discutió la exequibilidad del artículo 30 de la Ley 675 de 2001, norma que establece, por defecto, los intereses causados en caso de retardo en el cumplimiento del pago de expensas en el régimen de propiedad horizontal.

- 11 Sobre este punto, en la Sentencia C-367 de 1995 se dijo que “Dentro de un sistema jurídico que, como el nuestro, reconoce –aunque no con carácter absoluto– la autonomía de la voluntad privada, es lo normal que los particulares sometan los efectos de sus actos jurídicos a las cláusulas emanadas del mutuo acuerdo entre ellos, siempre que no contraríen disposiciones imperativas de la ley, comúnmente conocidas como normas de orden público”. Respecto de la norma que se demandó, en el caso concreto se indicó que “[esta] se limita a desarrollar el principio de la autonomía de la voluntad privada en aquellas materias de las cuales pueden disponer los contratantes libremente, y de ninguna manera se opone a los mandatos constitucionales”; dicha amplitud del principio de autonomía de la voluntad privada en el ámbito de las reglas predeterminadas en el Derecho de contratos fue ratificado en la Sentencia C-252 de 1998 y Sentencia C-153 de 2004. Por otro

ciertas discusiones tendientes a modificar las reglas predeterminadas hacia reglas imperativas se justifiquen siempre y cuando existan principios que en el caso concreto se consideren superiores a la autonomía de la voluntad y libertad contractual mencionados.

En segundo lugar, también vale la pena mencionar que la Corte ha hecho cierta alusión a la irrelevancia de la forma como tal de las reglas predeterminadas en el Derecho de contratos siempre y cuando estas se encuentren dentro de unos límites razonables relativamente amplios. Sobre este punto, en algunos de los casos sometidos a consideración de la Corte se ha esgrimido como cargo la violación al principio de igualdad, concretamente cuando se presentan diferencias de contenido entre reglas establecidas simultáneamente en el Código Civil y el Código de Comercio, y en donde el caso de las tasas de intereses es quizá un ejemplo más. Aquí, la Corte ha señalado que el único límite imperativo aplicable a cualquier tipo de obligación, tanto comercial

lado, en la Sentencia C-364 de 2000, siguiendo explícitamente lo indicado en la C-367 de 1995, se dijo que una norma como la demandada en este caso es una de aquellas en las que la autonomía de la voluntad privada es esencial "... teniendo en cuenta que permite que los particulares sometan los efectos de sus actos jurídicos a las cláusulas emanadas del mutuo acuerdo entre ellos, siempre que no contraríen disposiciones imperativas de la ley, es decir, normas de orden público (...) los particulares sometidos a la legislación civil, pueden fijar libremente la tasa que estimen conveniente en materia de intereses dentro de su convención, con los límites así mismo señalados en la ley, y en atención a su autonomía contractual". La Corte concluye más adelante en este punto (lo cual se ratificó en la Sentencia C-153 de 2004) que "... [la norma demandada] no constituye tampoco una camisa de fuerza para los asociados, quienes en aras de la autonomía de la voluntad pueden sustraerse de la aplicación de dicho artículo en la medida que estipulen los intereses y fijen el monto de los mismos como deseen, teniendo como único límite, el consagrado como legal de usura"; finalmente, en la Sentencia C-485 de 1995 se indicó que "... la ley, en principio, respeta la autonomía de la voluntad en lo relativo al pacto de intereses. Y que, en general, su intervención se limita a impedir que se incurra en prácticas usurarias...". Como se puede observar, desde el punto de vista constitucional se deduce un amplio margen de protección en lo que respecta a los principios de autonomía de la voluntad y libertad contractual de la que gozan los privados al momento de celebrar actos jurídicos; bajo este supuesto, las normas predeterminadas son mejor entendidas –desde esta perspectiva– como el desarrollo, el reflejo de dichos principios, por lo que cualquier acción tendiente a reducir el ámbito de aplicación de estas reglas deberá tener en cuenta los límites que determinan estos principios, los cuales suelen concretarse en las normas imperativas.

como civil, que suponga el pago de intereses es el dado por la tasa de usura. Ya por debajo de ese límite existen variadas reglas predeterminadas por el ordenamiento y que son aplicables por defecto a situaciones más específicas, dependiendo de circunstancias tales como el tipo de obligación y/o el régimen aplicable (*vgr.* si se trata de préstamos hipotecarios), en cuyos casos el margen de configuración del legislador es relativamente amplio y ha dado como resultado que simultáneamente coexistan obligaciones como las civiles en donde es aplicable –por defecto– la tasa de interés legal equivalente 6% anual, mientras que a otras obligaciones como las comerciales les aplique –por defecto– tasas que históricamente han superado incluso el 75% de interés efectivo anual¹². Lo anterior sugiere que lo que se puede considerar como “razonable” en lo que respecta al establecimiento de reglas predeterminadas en materia de tasas intereses es considerablemente amplio; así, si el día de mañana el legislador decide modificar el interés legal establecido en el Código Civil e igualarlo, por ejemplo, a la mitad de los intereses aplicables en materia de obligaciones mercantiles, será difícil argumentar que este cambio en la norma pueda considerarse *per se* como inconstitucional.

Para finalizar, vale la pena reiterar que hemos pretendido evidenciar en esta sección del trabajo la escasa atención que desde la perspectiva jurídica tradicional se ha prestado a la cuestión relativa al diseño de las reglas predeterminadas en el Derecho de contratos, para lo cual presentamos algunos argumentos. Ahora, como lo mencionamos previamente, es de anotar que pueden presentarse algunos argumentos que desde la perspectiva jurídica tradicional bien podrían constituirse como bases para la discusión en torno al diseño de dichas reglas desde el punto de vista normativo, cuestión esta que pasa a abordarse en la sección que prosigue.

¹² El artículo 884 del Código de Comercio establece hoy día que en caso de no convenirse interés moratorio en los negocios mercantiles, este será equivalente a una y media veces del bancario corriente; sin embargo, antes de la reforma introducida por la Ley 510 de 1999, la regla predeterminada era que en caso de mora en la obligación aplicaba un interés equivalente al doble del bancario corriente, lo cual arrojó como resultado que para finales del año 1998 existiesen obligaciones en las cuales los intereses moratorios –por defecto– llegaron a estar en el orden del 75,62% efectivo anual.

II. APORTES DE LA DOGMÁTICA JURÍDICA A LA CUESTIÓN DEL DISEÑO DE LAS REGLAS PREDETERMINADAS DESDE EL PUNTO DE VISTA NORMATIVO

Al margen de lo indicado en la sección precedente, lo cierto es que lo relacionado con el diseño de las reglas predeterminadas desde el punto de vista normativo no ha sido una cuestión “totalmente” ajena a la dogmática jurídica. Concretamente es posible formular algunos argumentos que bien podrían sustentar una respuesta en torno a la cuestión del diseño adecuado de estas reglas.

Para estos efectos, consideramos que dichos argumentos se pueden construir partiendo de dos premisas excluyentes entre sí: la primera –compartida mayoritariamente por la doctrina– referente a que la funcionalidad de las reglas predeterminadas está reservada al proceso de “integración” del contrato, caso en el cual –como se advertirá– se puede decir que el diseño de la regla se puede entender como el resultado de la experiencia a través del tiempo, lo cual ciertamente dice algo acerca de por qué la regla tiene determinado diseño y no otro. La segunda premisa se refiere a que la funcionalidad de dichas reglas puede entenderse en el ámbito de la “interpretación” del contrato; en este caso, se puede argumentar que el diseño de la regla depende de lo que “razonablemente” resulta adecuado para las partes. Con todo, a cada uno de estos ámbitos de argumentación nos referiremos en subsecciones diferentes, tal y como prosigue.

a. EL DISEÑO ADECUADO DE LAS REGLAS PREDETERMINADAS EN EL MARCO DEL PROCESO DE INTEGRACIÓN DEL CONTRATO

Tal como se sugirió en la sección introductoria de este trabajo, un importante segmento de la doctrina reserva el papel de las reglas predeterminadas en el Derecho de contratos al ámbito del proceso de “integración del contrato” (Betti, 2000; Bianca, 2007; Doral, 1982; De Castro y Bravo, 1985; Ferri, 1969; Franco, 2007; Garibotto, 1991; Hinestrosa, 1969; Ospina y Ospina, 2005, entre otros).

Específicamente, autores como Garibotto (1991) comprenden la función de las reglas en comento, en el ámbito exclusivo de la integración; así, explí-

citamente definen dicho proceso como “... la operación mediante la cual se lo completa [el acto jurídico] llenando sus vacíos con las normas supletorias aplicables, sean estas legales –en sentido lato– o consuetudinarias” (Garibotto, 1991, p. 70)¹³. En sentido análogo, y tal como lo reseñamos previamente, Bianca (2007) argumenta que las reglas predeterminadas tienen sentido en la que el mismo autor denomina como fase de “integración supletiva del contrato” (Bianca, 2007, p. 521). Agrega en este punto que la integración del contrato supone necesariamente la existencia de una laguna contractual, esto es, una omisión –una falta de voluntad expresa– en el contenido del acuerdo efectuado por las partes que de manera alguna puede solucionarse a través de una labor “interpretativa” del contrato mismo, que, por tanto, se entiende superada al momento de integrar el contrato.

Sobre la funcionalidad de las reglas predeterminadas en el proceso de integración del contrato, bien vale la pena citar a Doral (1982, p. 130), para quien el término integración significa completar un conjunto con otros elementos. En el contexto específico del negocio jurídico, el autor advierte que

La integración (...) es algo que, añadido a la interpretación, permite recomponer el conjunto (...) supone estas notas: (...) 1ª Que la interpretación se haya verificado, aspecto decisivo. (...) 2ª Que sea “insuficiente o incompleta, aspecto negativo”. (...) Se integra la “omisión” de cláusulas que es preciso suplir. (...) A la función interpretativa se une la integradora... (Doral, 1982, pp. 130-131)¹⁴.

Ahora, ubicada la funcionalidad de las reglas objeto de estudio en el contexto de proceso de integración del contrato, tal y como se mencionó previamente, consideramos que es factible proponer una respuesta a la cuestión del diseño de las reglas predeterminadas desde el punto de vista normativo.

13 Sobre las normas legales mencionadas por el autor, valga decir, que estas son precisamente las disposiciones supletorias de la voluntad de las partes, es decir, normas predeterminadas, mientras las normas consuetudinarias se refieren más a presunciones sujetas a lo que es de uso y práctica en el lugar de la ejecución del contrato (GARIBOTTO, 1991, p. 70).

14 Es de mencionar que cuando el autor indica que la función interpretativa se une a la integradora, se refiere específicamente al artículo 1287 del Código Civil Español, el cual indica que, en lo relativo a la interpretación de los contratos, “El uso o la costumbre del país se tendrán en cuenta para interpretar las ambigüedades de los contratos, supliendo en éstos la omisión de cláusulas que de ordinario suelen establecerse”.

Para estos efectos, consideramos adecuado retomar a Ospina y Ospina (2005), concretamente cuando se refieren a la presunción de que los particulares en general desconocen cuál es el régimen aplicable más adecuado para sus propios intereses, y que ante dicha hipótesis el legislador efectúa una serie de “recomendaciones” que, basadas en la “experiencia milenaria”, han demostrado ser las más convenientes para los intereses individuales,

... el legislador presume [en caso de silencio], o bien que, por sabidas, aquellos consideraron que las normas legales supletivas quedarían naturalmente incorporadas a sus estipulaciones voluntarias, *o bien que, habiendo obrado con imprevisión, es necesario acudir en su ayuda para que se realicen en la mejor forma los fines que persiguieron al celebrar sus actos o negocios*” (Ospina y Ospina, 2005, p. 14) (cursiva fuera de texto).

De lo indicado por los autores citados, vale la pena destacar el alcance con el que se puede dotar a los términos “mejor forma de alcanzar los fines” y “recomendaciones”¹⁵, por cuanto estos términos suponen que la forma, el diseño de la regla predeterminadas —la recomendación que se da al particular— no puede ser cualquiera, y de hecho no lo es. Según los autores, es a través de la experiencia en el transcurso del tiempo que se ha demostrado que lo que “aconseja” el legislador, es efectivamente lo más conveniente para la consecución de los fines que —se supone— los particulares persiguieron al celebrar sus actos o negocios¹⁶.

15 Aunque Ospina y Ospina utilizan el término “aconsejable”, consideramos que este como alusión al “consejo” posee el mismo significado del término “recomendación”.

16 Resulta cuando menos interesante la manera como un segmento de la doctrina se aproxima al estudio de las reglas predeterminadas al contemplarlas como opciones “recomendadas”. Sobre este particular, autores como Barnett (1992) indican que la doctrina anglosajona suele estudiar estas reglas partiendo de la analogía entre *default rules* y las opciones preconfiguradas habituales en contextos informáticos. Específicamente, se dice que la manera como la reglas “predeterminadas” llenan los vacíos en las expresiones de voluntad de las partes en los contratos suele entenderse analógicamente a la manera como los procesadores de palabras (*software*) establecen los márgenes de los textos en ausencia de configuración expresa del usuario. Indica el autor que lo que hace equiparable la aproximación de las reglas predeterminadas cuando llenan los vicios de las expresiones de voluntad de las partes en los contratos y las preconfiguraciones propias de los procesadores de palabras es que en una y otra situación, aquellas resultan vinculantes en ausencia de voluntad expresa en

Vale anotar que este proceso en el que la “experiencia” forja la mejor recomendación, esto es, la regla más aconsejable que al menos supletivamente debieran aplicar las partes se asimila ciertamente a la manera como se forman los denominados “usos negociales”, que como las reglas predeterminadas, también se entienden incorporadas al contenido del acto. Sobre este particular, la doctrina señala que dichos usos corresponden a aquellas prácticas de aplicación constante y generalizada en un determinado sector o lugar de negocios, que se incorporan como cláusulas al contenido del contrato, a menos que se deduzca que las partes no lo querían (Bianca, 2007, pp. 359-360)¹⁷. Esta noción de “uso negocial” tiene particular relevancia local en el ámbito del Derecho comercial, en el cual la denominada “costumbre mercantil” adquiere especial connotación como norma jurídica, incluso en lo que se refiere a los contratos propios de dicho ámbito¹⁸.

De manera que la formación de los que Bianca (2007) denomina “usos negociales” comparte con las reglas predeterminadas la característica de la

contrario, de suerte que cualquier manifestación en contra desplazará la aplicación de la regla, o la preconfiguración establecida según sea el caso.

- 17 Como lo señala el mismo Bianca, es necesario diferenciar entre los “usos negociales” y los “usos normativos”, una de cuyas diferencias se expresa en que los últimos pueden referirse a múltiples materias, incluyendo pero no limitándose solamente a las relaciones contractuales: “...en este caso, la diferenciación se deberá fundar en los elementos que caracterizan a la costumbre como fuente de derecho, siendo así necesario que se esté en presencia, para hablar de uso normativo, de ‘un comportamiento social y uniforme consolidado en el tiempo’ y que la generalidad de coasociados se atenga a la norma consuetudinaria como a la norma de derecho” (BIANCA, 2007, pp. 361-362). Vale anotar que aparentemente el autor no acepta que en lo que corresponde al “uso negocial” como parte del contenido del contrato no sea necesaria la existencia del elemento psicológico que la misma doctrina denomina como *opinio iuris*.
- 18 Conforme lo establece el Art. 3 del C. Comercio, “La costumbre mercantil tendrá la misma autoridad que la ley comercial, siempre que no la contraríe manifiesta o tácitamente y que los hechos constitutivos de la misma sean públicos, uniformes y reiterados en el lugar donde hayan de cumplirse las prestaciones o surgido las relaciones que deban regularse por ella”. Sobre la noción de la costumbre mercantil ha señalado la doctrina que esta es “[un uso que] tiene que reunir dos requisitos: de una parte, un elemento objetivo que es su general aceptación dentro de la comunidad o grupo donde se predica su existencia (*inveterata consuetudo*), el cual se manifiesta en la reiteración de la práctica, y en segunda instancia, la presencia de un elemento psicológico o subjetivo, consistente en la aceptación sobre su obligatoriedad (*opinio juris seu necessitatis*)” (ESPINOSA, 2000, p. 109).

“experiencia” en el tiempo como aspecto que forja el diseño como tal de la norma, al menos en la manera como Ospina y Ospina (2005) se aproximan a las últimas, y ciertamente es difícil considerar que una práctica reiterada y generalizada en determinado grupo o lugar que se ha mantenido en el tiempo, y que eventualmente se positiviza en la ley¹⁹, no sea simultáneamente la práctica que objetivamente resulta más “aconsejable”. De hecho, se puede inducir que ciertos “usos negociales” en materia mercantil en el ámbito local pueden explicarse objetivamente como lo más adecuado para los intereses de los particulares que participan en el acto²⁰.

Sin embargo, pese a lo indicado, la posición de Ospina y Ospina (2005) adolece de dos inconvenientes: el primero alude a que es ciertamente difícil demostrar la hipótesis de que la manera como están diseñadas las reglas predeterminadas en abstracto son en realidad las opciones “más recomenda-

19 En lo que corresponde a la positivización de los usos negociales, indica Betti que las reglas predeterminadas surgen efectivamente de la “práctica de los negocios” y, con ello, configuran su *naturalia* (BETTI, 2000, p. 286); en este orden de ideas, una regla jurídica que surge del contexto fáctico en el cual tiene lugar la relación contractual bien puede estar o no consignada en la ley; en el primer caso, se dirá que el contrato es típico, en el segundo será atípico.

20 Sobre este particular, por ejemplo, según la Cámara de Comercio de Bogotá, “... existe costumbre mercantil entre los arrendatarios de locales comerciales de pagar los cánones de arrendamiento por mensualidades anticipadas durante los cinco (5) primeros días comunes de cada mes” (Cámara de Comercio de Bogotá, 2013). Dicha costumbre, que se supone entonces como parte del contenido de los contratos de arrendamiento sobre locales comerciales en el territorio de la ciudad –a menos que se pacte algo diferente–, pareciera ser la regla más adecuada, eventualmente porque muchas empresas consolidan sus estados contables a final de mes y a partir de ellos, y durante los siguientes días realizan los pagos correspondientes, incluyendo en estos los gastos de arrendamiento, si es el caso. También podría mencionarse que, según la misma Cámara, “... es costumbre mercantil que en los contratos de compraventa de inmuebles el pago del impuesto predial unificado causado en el año en que se realiza el contrato se asuma proporcionalmente por el vendedor y el comprador” (Cámara de Comercio de Bogotá, 2013). Esta regla pareciera ser ciertamente recomendable, eventualmente por una razón de justicia entre las partes del contrato en el sentido que podría ser ciertamente inequitativo que respecto de un inmueble sobre el que se han cancelado los impuestos para el año calendario, el comprador se beneficie de ese pago, sin que el vendedor reciba algún tipo de compensación al respecto; una situación análoga ocurre en el sector automotor, en el cual “... es costumbre mercantil prorratear el pago del impuesto del último año del vehículo proporcionalmente entre comprador y vendedor” (Cámara de Comercio de Bogotá, 2013).

bles”; el segundo inconveniente alude a que para que la hipótesis sea cierta es necesario partir de la premisa-presunción relativa a que los individuos desconocen efectivamente cuál es el régimen aplicable, las reglas más adecuadas a sus propios intereses.

En efecto, respecto del primer inconveniente vale indicar que para demostrar la hipótesis de que las reglas predeterminadas son efectivamente las opciones más recomendables, sería necesario hacer un examen de cada una de las reglas y de los contratos a los que estas resultan aplicables de manera independiente tratando de demostrar, en cada caso, cómo y por qué la experiencia en el tiempo dio efectivamente determinada forma a la regla en concreto. De hecho, y como contrargumento a la hipótesis enunciada, lo cierto es que en casos concretos si existen al menos indicios de que efectivamente el diseño de las normas, esto es, la manera como se predeterminan los derechos y deberes en estas, no resultan ser necesariamente lo más convenientes, esto es, lo más recomendable desde la perspectiva de las partes.

Al respecto, Bullard (2006) menciona el caso del Art. 1333 del C. Civil peruano²¹ relativo a la obligación del acreedor de intimar al deudor en caso de mora; regla esta que actúa por defecto en el sentido de que las partes pueden descartar la obligación de la intimación si así lo declaran expresamente. El autor menciona que pese a la existencia de esta regla contenida en el Código, “... la práctica contractual claramente se inclina por el pacto de mora automática, el cual es incluido en virtualmente cualquier contrato” (Bullard, 2006, p. 280). El argumento que el autor expone respecto de este sistemático cambio de regla en situaciones concretas radica en que al operar la mora con el simple vencimiento de la obligación (omitiendo el proceso de intimación) ello reduce los costos de ejecución del contrato –al menos para el acreedor–²².

21 “Artículo 1333. Incurrir en mora el obligado desde que el acreedor le exija, judicial o extrajudicialmente, el cumplimiento de su obligación. (...) No es necesaria la intimación para que la mora exista: 1. Cuando la ley o el pacto lo declaren expresamente”.

22 Una situación análoga podría estarse presentando en Colombia en lo que respecta a la norma predeterminada que exige el requerimiento del arrendador para efectos de constituirlo en mora de restituir la cosa arrendada, tal como lo establecen el Art. 2007 del C. Civil y el Art. 424 del CPC. Sobre este particular, podría formularse a título de hipótesis que en los contratos de arrendamiento suele pactarse mayoritariamente la renuncia a

Con todo, es probable que, en efecto, la forma, el diseño actual de las reglas predeterminadas sea el resultado de la experiencia a través del tiempo y/o que constituyan una simple positivización de usos, costumbres que el legislador decide incorporar en la legislación, como una manera –por ejemplo– de dotar a dichos usos de un grado mayor de certidumbre en las reglas aplicables a los actos y negocios de los particulares; sin embargo y pese a ello, no se puede asegurar –tal como sugieren Ospina y Ospina– que la manera como están diseñadas las reglas predeterminadas sea realmente la mejor para que los partes obtengan los fines que persiguieron al celebrar sus actos o negocios.

En segundo lugar, lo cierto es que, tal como lo advierten los autores referenciados, las reglas predeterminadas entendidas como “recomendaciones” funcionan de manera adecuada si se asume efectivamente la presunción de que los particulares en general ignoran cuál es el régimen más conveniente aplicable a sus transacciones, lo cual supone una serie de inconvenientes. Uno de ellos se refiere a que, vistas las cosas de esta manera, implica aceptar un rol que ciertamente no es neutral respecto de las preferencias, los intereses de los particulares. Concretamente, al recomendarse por parte del legislador aquello que es “lo mejor para los particulares” se está aceptando un rol paternalista por parte del mismo²³, lo cual en efecto entra en contradicción con el paradigma de autonomía propio del Derecho de contratos.

dichos requerimientos, con lo cual dicho requerimiento resulta innecesario, lo cual ciertamente –como en el caso referenciado por Bullard– se reducen los costos de ejecución para el arrendador.

- 23 Contempladas así las cosas, lo cierto es que la actitud paternalista por parte del legislador en particular o del Estado en general se convierte en una situación inevitable, sin importar el tipo de regla jurídica positiva de la que se trate. Sobre este particular, y tal como lo indica Zanitelli, las reglas predeterminadas, estas son, aquellas que según sus propios términos resultan aplicables ante la ausencia de cláusula contractual, constituyen una muestra de paternalismo “suave”, en contraposición al paternalismo “duro”. La diferencia entre uno y otro está dada por la diferencia en torno al nivel de costos que impone la norma respecto del comportamiento. En este sentido, las reglas predeterminadas constituyen un ejemplo de paternalismo “suave” –pero en todo caso paternalismo– en el sentido de que los costos que imponen al comportamiento individual son relativamente bajos comparados con los costos que imponen otro tipo de reglas, como las imperativas, las cuales entonces podrían explicarse como una especie de paternalismo duro (ZANITELLI, 2009).

Un segundo inconveniente que se deduce del anterior es que, si desde la perspectiva del legislador en particular y/o del Estado en general se puede establecer que determinadas reglas resultan más recomendables para los individuos que otras, y suponiendo que esto efectivamente se prueba en al menos un caso concreto, la pregunta que surge es: ¿por qué establecer una regla predeterminada y no una de naturaleza imperativa?

Por otro lado, y no obstante se demuestre objetivamente en un caso concreto que determinada regla predeterminada no resulta la más conveniente para los intereses individuales de las partes que actuaron con imprevisión; en este caso, el juez que pretenda reconstruir el contrato no tiene opción diferente a integrar al contenido del contrato la regla predeterminada en el ordenamiento, por más inadecuada que la considere. Lo anterior, a menos que se pueda defender que el juez tiene la potestad de establecer qué resulta más adecuado para las partes al margen de lo establecido —por defecto— en el ordenamiento. Sin embargo, esto último supone una labor de “interpretación” más que de “integración” del contrato, lo cual supone una multiplicidad de problemas, tal y como se referencia en la subsección siguiente.

b. EL DISEÑO ADECUADO DE LAS REGLAS PREDETERMINADAS EN EL MARCO DE LA INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO

De lo indicado en la subsección anterior se deducen algunas ideas que bien vale la pena sintetizar: (i) que la doctrina mayoritaria apoya la tesis de que las reglas predeterminadas reservan su rol al ámbito de la integración del contrato, (ii) que la integración y la interpretación del contrato constituyen operaciones diferentes, (iii) que esta antecede a la primera, y (iv) que las dos operaciones se asimilan en cuanto a la reconstrucción del contenido del contrato. Corolario de estas ideas es que no solo el diseño sino las reglas predeterminadas en sí mismas, aparecen como irrelevantes si de lo que se trata es de interpretar el contrato.

Ahora, no obstante las ideas y el corolario recién indicados, es de mencionar que existen ciertas perspectivas doctrinales que suponen como innecesario el despliegue de una labor que pueda denominarse como “integración” del contrato siquiera en lo que respecta a la manera como las reglas predeterminadas se incorporan al contenido del contrato.

Respecto de esta tesis, se encuentra la posición de Danz (1931, p. 138 y ss.), para quien la incorporación de reglas predeterminadas en los contratos es efectivamente una cuestión reservada al ámbito de la interpretación. Concretamente, el autor defiende su tesis indicando que existen en el Derecho reglas de interpretación de los negocios jurídicos que constituyen preceptos de Derecho material (más que de Derecho procesal) que se dirigen al juez para que, con ayuda de estos, se determinen los efectos jurídicos de los negocios y, con ello, se creen auténticos derechos materiales vinculantes para las partes²⁴. En este orden, mediante la interpretación de las declaraciones de voluntad de las partes, el juez “completa” las declaraciones faltantes para que estas, al igual que aquellas, produzcan los correspondientes efectos²⁵. Este tipo de interpretación es particularmente importante –según el mismo autor– por cuanto

... ni los más precavidos pueden tener en cuenta ni regular todas las circunstancias que han de producirse, y, además, porque en la práctica no suelen determinarse más que los efectos principales del contrato. En todos estos casos el juez tiene que ayudar a las partes, llenando los vacíos por vía de la interpretación (Danz, 1931, p. 141).

Nótese en la cita que la falta de precaución de las partes en cuanto a la ausencia de regulación de todas las circunstancias que pueden afectar el contrato, supone la necesidad de que el juez –el intérprete– acuda en su ayuda para llenar los espacios dejados por estas. Esta idea es análoga a aquella de la que parten Ospina y Ospina (2005) cuando mencionan la presunta ignorancia

24 Agrega el autor que tanto las reglas interpretativas de los negocios entendidas como Derecho material, así como el Derecho privado, crean derechos materiales; la diferencia está dada por cuanto, en el segundo caso, dichos derechos son creados directamente por las partes, mientras que en el primero estos son creados por mediación del juez (DANZ, 1931, p. 138).

25 “Al decir que el legislador concede a los particulares el poder de producir efectos jurídicos mediante declaraciones de voluntad, ha de entenderse que cada efecto jurídico concreto que se produzca debe responder a una declaración dirigida precisamente a producirlo con palabras expresas; y si esta declaración falta (...) parece como si el juez la supliese, cuando de la interpretación se deduce que el sentido usual de las palabras realmente usadas por las partes (...) es tal, que (...) ya las palabras empleadas por las partes expresan todo eso” (DANZ, 1931, pp. 140-141).

de los particulares acerca del régimen jurídico más conveniente y aplicables a sus actuaciones, esto es, obrar con cierto grado de imprevisión, lo cual supone la necesidad de ayudar a los particulares a realizar los fines mediante la interpolación de aquellas reglas más recomendables. La diferencia entre los dos enfoques mencionados está dada por el agente designado para “ayudar” a las partes para completar su declaración y el proceso en concreto que se desarrolla. Para el caso de Danz, dicho agente es el juez, quien mediante un proceso de interpretación (*ex-post*) llena los vacíos dejados por las partes, lo que de paso dota a este agente de un amplio marco activo de decisión. Por el contrario, para Ospina y Ospina este agente es el legislador, a quien le corresponde *ex-ante* predeterminar la regla aplicable, mientras que el juez se limita a interpolar la regla predeterminada, lo cual ciertamente restringe comparativamente su comportamiento.

Siguiendo con Danz, se puede decir que no hace falta hallar la voluntad interna de las partes para determinar los efectos jurídicos de las ausencias de declaración, por cuanto en la mayoría de los casos dicha ausencia significa precisamente que las partes no pensaron ni podían pensar en la situación y, por tanto, no tendría sentido tratar de interpretar algo que en realidad no se concibió por las partes.

- (1). Lo que hace el juez, en tales casos, *es substituir a los litigantes por personas razonables y ver lo que éstas hubieran pactado o cómo cumplirían en el caso concreto.* (...) En estos casos puede también hablarse de una creación de devbrechos por el juez
- (2). Este debe decidir ateniéndose a los principios objetivos que resultan de las normas jurídicas sobre la naturaleza de los contratos de la especie de que se trata o que pueda inducirse tomando como base el fin económico que el contrato persigue y teniendo en cuenta los usos sociales; y si no hay ninguno que se refiera a los contratos del género del debatido, tendrá que intentar basar su decisión en los usos sociales que se hayan formado respecto de los contratos que persiguen fines análogos (1) Y si se celebra un contrato de tipo nuevo, sobre el que todavía no se hayan formado determinados usos sociales, y que además no presente analogía con ninguno de los contratos conocidos (...) tendrá que desechar la demanda... (DANZ, 1931, pp. 141-142) (cursiva fuera de texto).

Obsérvese que, tal como lo expone el autor recién referenciado, la interpretación del negocio supone sujetarse inicialmente a los principios objetivos que resulten de la determinación de las normas sobre la naturaleza del contrato

de la especie de este o que se induzcan del fin económico que el contrato pretende, teniendo en cuenta, sin embargo, los usos sociales. De manera que hallar las normas jurídicas que dictan la naturaleza del contrato es determinante para la interpretación de este. Por otro lado, y como se puede constatar, la tesis de Danz (1931) es que el juez se vale de la interpretación para llenar todos los posibles vacíos del negocio, esto es, completar las ausencias de declaración de las partes para que a través de ello se produzcan efectos jurídicos. De suerte que dichas ausencias deben ser interpretadas simultánea y precisamente como que las partes no pensaron en la situación y, por tanto, sería impropio diferenciar entre la voluntad externa y la voluntad interna de las partes para efectos de “completar” el contrato.

Por supuesto que la mayor oposición a la tesis de Danz (1931) gira en torno a su idea de irrelevancia entre voluntad externa e interna, la cual puede tener cierto sentido en el ámbito del Derecho alemán en el cual, según autores como Uribe (1980) o Peirano (1964), prima la expresión objetiva de la voluntad de las partes sobre la intención subjetiva de las mismas. Sin embargo, el hecho de hacer relevante la diferencia entre estas dos tipologías de voluntades es insuficiente para argumentar que lo relacionado con el despliegue de las normas predeterminadas es una cuestión propia del ámbito de la interpretación y no de la integración de los contratos²⁶.

En efecto, siguiendo con Uribe (1980), se dice que en sistemas como el colombiano, el chileno y el francés se ha adoptado en materia de interpretación de los contratos lo que se denomina como el sistema de la voluntad interna, mediante el cual se busca la intención subjetiva —más que la objetiva— de las

26 Si bien, señala Franco (2007), la teoría alemana contempla bajo un mismo supuesto los conceptos de interpretación integrativa e integración (p. 92), se insiste, diferenciar entre voluntad interna o externa no es suficiente para encasillar la incorporación de las normas predeterminadas como un tema propio de la interpretación o la integración del contrato. Así, si solo se tuviese en cuenta la denominada voluntad externa, aun en ese caso, las mismas palabras, el lenguaje, es susceptible de interpretación (considérese simplemente el caso de un contrato escrito en otro idioma) pero donde ya no existe más lenguaje para interpretar, surge la cuestión relevante de qué hacer ¿continuar interpretando?, ¿de qué manera?, ¿ubicándose en el hipotético lugar de las partes suponiendo su razonabilidad?, ¿incorporando sin mayor análisis todas las reglas predeterminadas a través de la integración?

partes²⁷. Para descubrir dicha intención, el “intérprete” debe hallar inicialmente las estipulaciones esenciales con el fin de identificar el negocio que quisieron celebrar las partes más allá de lo manifestado de forma explícita. Seguidamente, deben hallarse los elementos accidentales, con lo cual se logra identificar de qué tipo de reglas naturales se apartaron las partes (vid. Art. 1621 C. Civil). Finalmente, debe mirarse si las anteriores estipulaciones se ajustan a las disposiciones imperativas e inmediatamente “... debe llenarse todo vacío que hayan dejado las partes, empleando en ello las disposiciones supletivas de la voluntad real de ellas, o sea las que establecen reglas que se subentienden como si los interesados en el negocio las hubieran incorporado expresamente en el pacto” (Uribe, 1980, p. 342).

Por su parte, para autores como Escobar (1994), también es necesario diferenciar entre voluntad interna y voluntad externa²⁸, y de la lectura del autor se infiere que esta última se erige como un simple medio para describir aquella, de suerte que, mediante la interpretación, exista la posibilidad de conocer la verdadera voluntad de las partes y con ello posibilitar la corrección de errores. Con todo y más allá de lo real, esto es, lo explícitamente declarado por las partes, se encuentra lo que el autor denomina como la “voluntad probable”, la cual se describe como una deducción que se basa en manifestaciones ciertas pero incompletas de las partes que, sin embargo, pueden conducir a una conclusión probable. Un paso más lejos de la realidad se encuentra la que el autor enuncia como “voluntad virtual”, la cual es “...una simple abstracción que pone al intérprete a crear un contrato o una cláusula que debería coincidir con lo que hubieran tenido en su mente los

27 En opinión del autor, este sistema es mejor que el otro, en la medida que el Derecho moderno no es formalista; en este sentido, debe hacerse prevalecer la realidad sobre la apariencia, que prime lo que se quiso decir y no lo que quizá se expresó mal. “A través de las palabras o los signos debe buscarse la verdadera intención, porque ésta, no aquellos, lo que forma el contrato. Las manifestaciones externas de las partes pueden ser engañosas, pueden traicionar su pensamiento y su voluntad reales” (URIBE, 1980, p. 340).

28 El autor asimila explícitamente la “voluntad interna” como la “voluntad real” y, a la que hemos venido denominando como “voluntad externa” la denomina “voluntad declarada”, y agrega que “... la voluntad interna y la declarada forman un todo indisoluble, pues ningún negocio puede producir efectos sin la existencia de una voluntad real; y tampoco ésta puede tener valor alguno si no se exterioriza en forma inteligible” (ESCOBAR, 1994, p. 60).

interesados que callaron o crearon una figura ininteligible” (Escobar, 1994, pp. 60-61).

En similar sentido se pronuncia De Castro y Bravo cuando advierte que dentro de los cometidos de la interpretación de los negocios jurídicos se encuentran las funciones declarativa, complementaria y reconstructora. Así, mientras la primera función se refiere a la interpretación en sentido estricto, esto es, “... descubrir, traducir o explicar lo querido con la declaración” (1985, pp. 77-78), la función complementaria supone pasar –en los términos del autor– de la interpretación hacia las conjeturas, esto es, por cuanto lo declarado por las partes es insuficiente para reglar la relación, lo que supone necesario llenar las lagunas existentes, a través de lo que denomina “interpretación objetiva”, que se identifica con el proceso de mediante el cual se presume lo que hubiera sido la voluntad de un hombre razonable y prudente, y “[c]uando ello no resulte posible, habrá de recurrirse a la integración de la regla negocial con las normas jurídicas supletorias (Derecho dispositivo)” (De Castro y Bravo, 1985, p. 78).

Ahora, obsérvese que lo mencionado por Danz (1931), Escobar (1994) y De Castro y Bravo (1985), coinciden en dos aspectos²⁹ de particular relevancia para nuestros efectos: (i) por un lado, que desde su perspectiva, la interpretación del contrato ciertamente permite enmendar las omisiones de las partes en lo que se refiere al contenido del contrato³⁰; por otro lado,

29 Valga mencionar ciertamente que una radical diferencia entre estas opiniones se refiere a que mientras para Danz (1931) no es necesario acudir a un proceso que pueda denominarse como “integración” a fin de reconstruir el contenido del contrato, para Escobar (1994) y De Castro y Bravo (1985), sí existe un espacio –ciertamente reducido– en lo que respecta a la “integración” del contrato, caso en el cual, las reglas predeterminadas generan efecto.

30 Aquí valga aclarar que en lo que corresponde a la visión de Escobar (1994), tal y como lo indicamos, este ciertamente no desconoce la existencia del proceso de integración del contrato a través de las que él denomina explícitamente normas jurídicas supletorias; sin embargo, al menos de la manera como el autor explica el funcionamiento de dichas normas en el ámbito de la integración se induce un papel marginal. Por otro lado, también vale mencionar que el mismo Danz (1931) no desconoce, y de hecho sería absurdo que desconociese la existencia en el ordenamiento de las que él mismo también denomina normas supletorias o dispositivas; concretamente señala que estas normas operan “... [c]uando la declaración de voluntad constitutiva de negocio jurídico no regule en su totalidad la relación jurídica concreta, cuando existan ciertas lagunas porque las partes no se les haya ocurrido resolver estos puntos...” (DANZ, 1931, p. 27); sin embargo, aclara el

(ii) coinciden en aludir a lo “razonable” a efectos de determinar la forma como determinada omisión de las partes debería interpretarse, con el fin de reconstruir el contenido del contrato.

En efecto, como lo mencionamos, Danz (1931) propone que cuando el juez “completa” las declaraciones faltantes de las partes, ello se hace substituyendo a estas por “personales razonables”, con el fin de descubrir lo que estas hubieran pactado en el caso concreto³¹; adicionalmente, también se puede realizar la labor de completar el contrato acudiendo a principios derivados de la naturaleza específica de cada género de contrato, tomando como base el fin económico y los usos sociales del género y si estos últimos no existen, debiera acudirse por analogía a los usos de contratos con fines similares.

Sobre esta misma línea se encuentra la tesis de Escobar (1994), quien defiende que para identificar lo que este define como la “voluntad virtual” en un caso concreto, el intérprete tiene que crear la cláusula –lo cual supone una laguna– y que dicha cláusula debe coincidir con lo que las mismas partes hubiesen decidido y que sin embargo callaron³². Agrega el autor que cuando las partes no han dicho absolutamente nada o fueron ininteligibles, en este caso operan las normas predeterminadas y que ello se dirige en este

autor que estas normas establecen lo que normalmente perseguirían las partes en idénticas circunstancias, constituyen la cristalización legal de lo que las partes suelen convenir normalmente; lo que implica básicamente que las que el mismo autor denomina reglas supletorias no son más que el reflejo de lo que se considera “razonable” en una situación concreta.

- 31 Teniendo en cuenta la concepción del autor en torno a la noción de interpretación del contrato, concretamente la no necesidad de investigar la voluntad interna de las partes, se advierte que “El juez intérprete no ve otra cosa que lo que pueden ver también los demás hombres, es decir, los hechos comprobados (...) sino que coloca en lugar de las partes dos personas razonables y se pregunta cómo éstas hubieran concebido y entendido la conducta que constituye declaración de voluntad; cómo hubieran cumplido en igual caso” (DANZ, 1931, pp. 101-102).
- 32 Para soportar esta tesis, el autor hace alusión a la jurisprudencia local en la cual se indica que en materia de contratos “... la ley reglamenta las relaciones jurídicas, como lo habrían hecho las mismas partes. Por consiguiente, las normas legales solo se aplican en el silencio de éstas, que pueden sujetarse a ellas y sustituirlas por otras reglas de su elección, con el único límite de respetar el orden público y las buenas costumbres” (Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 25 de junio 25 de 1959, *Gaceta judicial* LXX, p. 24.). Esta misma posición es ratificada por el mismo Escobar (1994, p. 289).

caso a “... llenar las lagunas dejadas por las partes, y hacerlo con el criterio que ellas hubiesen tenido en el momento de contratar” (Escobar, 1994, p. 61). Al margen de lo anterior, valga mencionar, más adelante el mismo autor describe varios métodos de interpretación de los contratos³³, haciendo referencia a una categoría que denomina como el problema de “las lagunas”, el cual se presenta cuando existe una diferencia entre el derecho existente y la opinión del sujeto que “debía ser”; en este caso, se plantea, la laguna no debería llenarse a través de interpretación; sin embargo, a renglón seguido aparentemente se contradice, pues indica que en este caso la interpretación no tiene la función de aplicar la norma sino de eliminarla para poner en su lugar una norma mejor, esta es, la deseada por el intérprete (Escobar, pp. 288-289). Con todo, se puede decir, la idea de Escobar a efectos de completar las declaraciones faltantes de las partes en el contrato pareciera coincidir ciertamente con la idea de sustitución de estas por “personas razonables” en el mismo sentido que habla Danz (1931, p. 141).

Con todo, de lo indicado hasta este momento, se puede decir que si las omisiones de las partes pueden enmendarse por el intérprete del contrato, sustituyendo a estas por personas razonables, forzoso es concluir que la regla predeterminada no es necesariamente entonces lo que se encuentra (pre) configurado en el ordenamiento, sino lo que el intérprete considere como más “adecuado” según el juicio que haría precisamente un sujeto razonable en el caso concreto. Corolario de lo indicado es que el diseño óptimo de la regla predeterminada no debiera ser cualquiera sino que, por el contrario, ha de corresponder a la regla que objetivamente establecería un individuo razonable.

Por supuesto que esta tesis –que bien podría denominarse de la sustitución de las omisiones de las partes por cláusulas razonables– adolece de varios problemas, los más evidentes de los cuales se refieren a: (i) que supone como innecesario un proceso integración del contrato en lo que se refiere a reconstruir el contenido del mismo, en el sentido que nos referimos en la subsección anterior, situación esta que es rechazada mayoritariamente por

33 Entre ellos, la interpretación reglada, la interpretación con autoridad, la interpretación doctrinaria, la subjetiva y objetiva, la lógica, la exegética, la interpretación extensiva y analógica (ESCOBAR, 1994, pp. 275-288).

la doctrina; (ii) anudado a lo anterior se encuentra el hecho de que si no hay necesidad de integrar el contrato en la forma previamente descrita, es decir, que solamente es necesario interpretarlo conforme lo que se considera “razonable”, entonces las reglas predeterminadas, tal y como se encuentran predeterminadas en el ordenamiento, en realidad no tienen razón de ser, podrían ser estas eliminadas del ordenamiento y no por eso el intérprete no podría determinar qué y cómo se dotan de contenido las omisiones dejadas por las partes, y (iii) que en realidad establecer lo que se considera razonable para interpolar en el contrato en ausencia de voluntad de las partes supone para el intérprete una labor de comprensión de la realidad concreta de cada contrato que haría la operación algo fácticamente impracticable.

Con todo, resulta pertinente encadenar lo mencionado en esta sección con la forma como desde la visión del AED en su versión clásica se trata lo relacionado con el diseño óptimo de la regla predeterminada, punto al cual se refiere la siguiente sección.

III. LAS REGLAS PREDETERMINADAS EN EL DERECHO DE CONTRATOS Y LA VISIÓN DEL AED EN SU VERSIÓN CLÁSICA

Una pregunta relevante de la que suelen partir varios autores en el AED en lo que corresponde a las reglas predeterminadas y su función en el Derecho de contratos se concreta en: ¿por qué cuando las partes llegan a un acuerdo suelen dejar tal cantidad de lagunas contractuales?, lo cual es equivalente a preguntar por qué los contratos tienden a ser invariablemente incompletos. Sobre el particular, dicha situación de incompletitud de los contratos es reconocida explícitamente por autores como Cooter y Ulen (1998), quienes señalan que “Los contratos reales tienen muchas lagunas. Cuando un contrato no dice nada acerca de un riesgo, tendrá una ‘laguna’. Las lagunas son sucesos que no se consideran explícitamente en el contrato y que afectan a las obligaciones creadas por él...” (Cooter y Ulen, 1998, p. 256). Análogamente, Shavell (2003) ha resaltado que “Un aspecto de la práctica contractual (...) de gran importancia es que los contratos son muy incompletos. Los contratos suelen omitir todo tipo de variables y contingencias que son de potencial importancia para los contratantes” (Shavell, 2003, p. 6).

Ahora, en lo correspondiente al porqué de dicha incompletitud, existe un consenso mayoritario en la misma literatura del AED de basar esta en la existencia recurrente de los costos de transacción³⁴, tal y como se logra pronosticar bajo el prisma del influyente Teorema de Coase. Este argumento es incluso intuitivamente deducible.

En efecto, si no existiesen costos de transacción, las partes llenarían ellas mismas y de manera explícita todas las lagunas contractuales, en realidad estas no existirían y, por tanto, las normas predeterminadas perderían prácticamente cualquier razón de ser³⁵; una situación análoga a la que desde la

34 A título ilustrativo se ha señalado en el marco del AED que “En la literatura, los modelos de contratación incompleta son precedidos generalmente por una apelación a los costos de transacción, con una o varias de las siguientes denominaciones, a saber: (...) Contingencias imprevistas, (...) Costos de redacción del contrato (...) Costos de cumplimiento del contrato...” (TIROLE, 1999, p. 743). En similar sentido, indican otros autores que “Debido a que es costoso prever o escribir todas las posibles contingencias que pudieran ser relevantes para el cumplimiento de las obligaciones contractuales, los contratos son frecuentemente incompletos” (HERMALIN, KATZ, y CRASWELL, 2006, p. 5). Así mismo, se ha resaltado que “Los contratos de la vida real son mucho menos sofisticados. Esta observación ha provocado recientemente un gran interés en los llamados modelos de contratación incompleta, en los que se supone que ciertos “costos de transacción” evitan que algunos aspectos del intercambio futuro puedan ser acordados *ex-ante*” (SEGAL, 1999, p. 57).

35 Esta afirmación es pertinente relativizarla, en el sentido de que aun cuando hipotéticamente se pueda simular un escenario sin costos de transacción, el diseño y la preexistencia incluso de reglas predeterminadas en este contexto no es del todo irrelevante, pues de existir y además coincidir con la voluntad de las partes, estas ahorran al menos el costo asociado a incluir explícitamente, es decir, repetir en el contrato lo indicado en la norma predeterminada. Sobre el mismo punto, incluso el mismo Coase indicó en su célebre trabajo sobre el coste social que “Aun cuando sea posible cambiar la delimitación legal de los derechos a través de las transacciones de mercado, es obviamente deseable reducir las necesidades de tales transacciones y reducir así el empleo de recursos para llevarlas a cabo” (COASE, 1992a, p. 102); sobre el mismo punto, Posner indica que una escogencia equivocada de un juez respecto de la norma por defecto, es decir, aquella que completa un contrato es poco relevante –mas no irrelevante– en un escenario sin costos de transacción; así “En un contexto de costos de transacción bajos, de modo que si el tribunal no descubre la solución eficiente [en el ámbito de los contratos] podrá rectificarse esta falla en el futuro mediante un cambio de redacción. Esta observación sugiere que no puede recurrirse fácilmente al Derecho de contratos para alcanzar metas distintas de la eficiencia. Un fallo que no interpole el término eficiente no afectará la conducta futura; las partes

perspectiva dogmática se concluye al asumirse que la funcionalidad de las reglas predeterminadas se reserva al ámbito del proceso de interpretación, tal y como lo explicamos en la sección IIa del presente documento.

Sin costos de transacción, el costo asociado a establecer una cláusula sería el mismo asociado a establecer *n*. cantidad de cláusulas; así, el costo asociado a pactar explícitamente una condición resolutoria por incumplimiento del deudor, por ejemplo, sería equivalente al costo asociado a pactar la solución de una contingencia relacionada con una lluvia de meteoritos e incluso una invasión alienígena que retarde el cumplimiento de la obligación. Lo risible del ejemplo señala que en realidad no existe cosa tal como el escenario sin costos de transacción³⁶. Para nuestros efectos, lo importante de esta premisa es que de la misma (la existencia recurrente de costos de transacción) se deduce lógicamente la existencia de contratos invariablemente incompletos, esto es, que tengan lagunas contractuales, y de ello se deduce la necesidad de que existan reglas predeterminadas que precisamente provean la solución a dichas lagunas. Sin normas predeterminadas, las partes tendrían la única opción de llenar por ellas mismas las lagunas, pues de no hacerlo correrían en riesgo de que, ante la eventualidad de ocurrencia del hecho no contemplado explícitamente en el contrato, deban proceder a negociar, con los consecuentes costos de transacción que ello implica.

Por lo anotado, pareciere que no fuese menester enfocar la discusión en torno a las normas predeterminadas en el contexto hipotético de inexistencia de costos de transacción; sin embargo, tal como mostraremos en breve, “imaginar” qué sucedería en dicho contexto es determinante para establecer la mejor solución, esto es, el diseño óptimo de la regla predeterminada en el Derecho de contratos, lo que es equivalente a cuestionarse en torno a cuál es la regla más eficiente en el supuesto generalizable de costos de transacción positivos.

lo cambiarán en sus tratos subsecuentes. El fallo sólo impondrá costos de transacción adicionales pero evitables” (POSNER, 2007, pp. 168-169).

36 Sobre este punto, Posner (2007) señaló particularmente que “Los costos de transacción no son nulos nunca. En efecto, pueden ser muy elevados incluso entre dos partes, (...) generalmente los costos de una transacción aumentan con el número de partes, y muy aceleradamente...” (POSNER, 2007, p. 97).

En este orden de ideas y en el mencionado contexto de costos de transacción significativos, Posner (2007) señala que las partes en un contrato suelen incurrir en omisiones deliberadas en lo que respecta al contenido del contrato en sí, y dada esta situación, el autor evidencia una función del Derecho de contratos íntimamente ligada con la de prevención de comportamientos oportunistas³⁷ y que él mismo denomina como "... la función de completar el acuerdo de las partes interpolando cláusulas omitidas" (Posner, 2007, p. 164). Dicha función, según el autor, está relacionada simultáneamente con el carácter secuencial del cumplimiento del contrato, de suerte que, entre más prolongado sea el periodo de cumplimiento del contrato, más difícil es para las partes prever las diversas "contingencias" que pueden afectar la vida de aquel; de otro lado, aun cuando las partes en ocasiones prevean las diversas "contingencias" que pueden ocurrir, algunas de ellas son de tan improbable ocurrencia que el costo asociado a redactar una cláusula que incluya la solución de la contingencia no se logra compensar con los beneficios descontados por la probabilidad de ocurrencia de aquella³⁸. En estos casos "[p]uede ser

37 Es relevante indicar que conforme lo defendido por Posner, la función principal del Derecho de contratos es la de prevenir comportamientos oportunistas de los agentes en el intercambio, de ahí que las diversas funciones adicionales del Derecho de contratos propuestas por el mismo autor giren en torno de aquella. Con todo, la función principal se expresa concretamente, en términos del mismo Posner, indicando que "... la función fundamental del derecho de contratos [...] es la de disuadir a los individuos de un comportamiento oportunista en relación con sus contrapartes contractuales, a fin de alentar la cronología óptima de la actividad económica y (lo que es lo mismo) eliminar las costosas medidas de autoprotección" (POSNER, 2007, p. 162).

38 Supóngase que redactar una cláusula (esto es en un momento *ex-ante*) que prevea una solución a una contingencia implica un costo total para las partes de \$100, ahora supóngase que las partes han calculado que la probabilidad de que ocurra la contingencia que soluciona la cláusula es de 0,1% y la probabilidad de que no ocurra es de 99,9%, finalmente supóngase que el costo total asociado a solucionar *ex-post* la contingencia, es decir si ocurre, es de \$90.000; bajo los supuestos enunciados resulta eficiente para las partes no incurrir en los costos asociados a redactar la cláusula *ex-ante*, dado que el valor esperado de solucionar la contingencia en un momento *ex-post* es de \$90, que es el resultado que se obtiene de descontar la probabilidad de ocurrencia del hecho (0,1%) del costo total en el que incurrirían las partes si solucionar la contingencia en el momento *ex-post*.

más barato que el tribunal ‘redacte’ el término contractual necesario para afrontar la contingencia cuando ocurra”³⁹ (Posner, 2007, p. 164).

Análogamente, Cooter y Ulen (1998) indican que en los contratos suelen existir lagunas inadvertidas (circunstancias no previstas por las partes) y lagunas deliberadas (que pueden preverse pero que son de muy improbable ocurrencia) que en conjunto pueden considerarse racionales. Concretamente, la laguna contractual puede ser una opción maximizadora cuando los costos de asignación de los riesgos *ex-ante* son mayores que los costos de asignación de las pérdidas *ex-post*⁴⁰ multiplicado por la probabilidad de ocurrencia de la pérdida, por lo que resulta eficiente dejar una laguna contractual⁴¹. Ante la existencia de dicha laguna, particularmente cuando la pérdida *ex-post* se materializa, en algunos casos, la misma debe ser llenada por los tribunales

39 Agrega el autor que “Entre menos frecuente sea un evento, menos probable será que las partes piensen al respecto, siendo su omisión una respuesta racional a los costos de la información en relación con los beneficios” (POSNER, 2007, p. 164).

40 Según los autores, “Los “riesgos *ex-ante*” se refieren al riesgo de las pérdidas futuras que enfrentan las partes cuando negocian el contrato. Las “pérdidas *ex-post*” se refieren a las que efectivamente se generan luego de hacer el contrato. En general, las partes deben escoger entre la asignación de los riesgos *ex-ante* y la asignación de las pérdidas *ex-post*” (COOTER y ULEN, 1998, p. 257).

41 Indicar qué tanto acordar la asignación de riesgos (*ex-ante*), así como acordar las pérdidas (*ex-post*), resulta costoso, es la reconfirmación de la recurrente existencia de costos de transacción en los escenarios contractuales. Sobre el particular, Williamson señala que la economía del costo de transacción plantea la cuestión de la organización económica como un problema de contratación. Esta puede darse, organizarse de múltiples formas, las cuales están sujetas a diferentes tipos de costos de transacción, unos *ex-ante* y otros *ex-post*. “Los primeros son los costos de redacción, negociación y salvaguarda de un acuerdo. Esto puede hacerse con gran cuidado, redactando un documento complejo en el que se reconozcan numerosas contingencias, y se estipulen y convengan por adelantado las adaptaciones adecuadas para las partes” (WILLIAMSON, 1989, p. 30). Por su parte, los costos *ex-post* incluyen los causados por la mala adaptación en que se incurre cuando las transacciones se desalinean de lo que se denomina como “cambiante curva contractual”, y también se refieren a los costos de regateo en que incurren las partes cuando se hacen esfuerzos bilaterales para corregir malas alienaciones *ex-post*; los costos de establecimiento y administración asociados a las estructuras de gobernación, así como los costos de aseguramiento de los compromisos. Agrega seguidamente el autor que costos *ex-ante* y costos *ex-post* deben considerarse simultáneamente (WILLIAMSON, 1989, pp. 30-32), lo que supone que el diseño final del contrato es el resultado de un balance entre las magnitudes de costos de transacción *ex-ante* y *ex-post*.

imputando el término omitido por las partes, lo que puede resultar más económico que llenar la laguna asignando los riesgos *ex-ante*⁴².

Obsérvese que de los párrafos anteriores se deduce una identidad entre la noción de “laguna contractual”, “omisión de las partes” descrita en las secciones precedentes, y la propia del enfoque del AED. Con todo, ante la presencia de dicha laguna y en el supuesto de la ocurrencia de la “contingencia”, siguiendo el planteamiento de Posner (2007) o la materialización de la pérdida *ex-post* en términos de Cooter y Ulen (1998), puede resultar más conveniente –más eficiente, para ser más exactos– que las partes dejen en manos del juez que interpole la(s) cláusula(s) omitida(s) por ellas en el contrato, esto es, que subsane la laguna(s); labor esta que, consideramos, nos ubica en el terreno de reconstrucción del contenido del contrato, tal y como se trató en las dos secciones precedentes.

Como se puede verificar, de lo indicado hasta acá no se percibe una tensión, más bien una complementariedad –eventualmente una redundancia– respecto de lo enunciado en la sección precedente; sin embargo, las dos perspectivas empiezan a matizarse al contemplarse el criterio normativo que, según el AED, debería seguir el juez al momento de interpolar la regla predeterminada en el contrato.

En efecto, sobre la cuestión recién señalada, Posner propone concretamente que “[l]a tarea del Tribunal al que se le pide que interprete un contrato para cubrir una contingencia que las partes no consideraron consiste en imaginar cómo la habrían resuelto las partes si hubieran pensado en ella” (Posner, 2007, p. 165); se agrega seguidamente que a efectos de cubrir las contingencias, llenar las lagunas, en ocasiones es probable que el

42 A una conclusión similar llega Coloma en el contexto del Derecho civil argentino, cuando menciona que las reglas de interpretación de los contratos se refieren concretamente al modo como deben entenderse estos; sobre este particular, uno de los principios presente en el Código Civil argentino es el indicado en el Art. 1198 en el que se indica que “... los contratos deben ... interpretarse ... de buena fe y de acuerdo con lo que verosíblemente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión”. Según el autor, la regla citada “... implica suponer que, si se dejaron lagunas contractuales, era porque el costo de asignar el riesgo implícito era mayor que el costo esperado de asignar las pérdidas eventuales, confiando en que luego las partes actuarían respetando el espíritu contractual (COLOMA, 1999, p. 70).

juez encuentre claves en el lenguaje del contrato⁴³, pero como otras veces esto no será posible, será en este momento cuando el juez deberá –según el mismo autor– lidiar con el pensamiento económico de las partes y, a partir de este determinar cuál es el procedimiento más eficiente para afrontar la contingencia no considerada, reiterándose que este es en efecto el “mejor” procedimiento a seguir a efectos de llenar las lagunas contractuales.

Análogamente, Cooter y Ulen, ante la pregunta de cómo deberían los jueces subsanar las lagunas contractuales, responden que, en estos casos, los tribunales “[deberían] actuar como si las partes hubiesen negociado un término que no negociaron” (Cooter y Ulen, 1998, p. 258). Seguidamente se indica que, a veces, los “términos explícitos”, esto es, aquellos dados por las partes mismas, pueden entrar en conflicto con los términos que los jueces proveerían para subsanar la laguna, los cuales son denominados como “términos por omisión”; en estos casos, normalmente los primeros prevalecen sobre los segundos, pero cuando no existe tal término explícito, los jueces deben subsanar la laguna con el término por omisión (*vgr.* la norma predeterminada como tal). Agregan aquí los autores que es preferible que dichos términos de omisión sean eficientes en la medida que solo así pueden maximizarse los excedentes de las partes: “En general, las dos partes de un contrato pueden beneficiarse cuando los legisladores rempazan los términos de omisión ineficientes por términos de omisión eficientes” (Cooter y

43 Esta labor podría identificarse con la interpretación a la que hicimos mención en la sección IIb. En este punto, podría exponerse como crítica que el autor en realidad nunca alude a la labor de integración del contrato, pues de hecho habla explícitamente de “interpretación” y no de lo otro, lo cual permite considerar que en esta función desplegada por el juez no tienen cabida las reglas predeterminadas; en este orden, quizá “imaginar” lo que habrían hecho las partes en realidad es más entendible como “encontrar” la voluntad no explícita de las partes, que está en la sombra. Respecto de esta otra crítica, consideramos suficiente con afirmar que Posner sí hace la diferencia entre lo que previamente denominamos integración de la interpretación del contrato, concretamente, al indicarse que el juez en ocasiones puede encontrar alguna clave en el lenguaje del contrato a efectos de determinar lo que las partes habrían pensado en su momento, lo cual encuadra con la labor de interpretación del contrato a la que nos referimos en la sección anterior; sin embargo, cuando el autor menciona que en ocasiones lo anterior no se puede hacer, en realidad está diciendo que es posible que al menos en algunas situaciones sea necesario realizar una labor adicional a la interpretación, la cual no es otra cosa que la integración, en los términos expresados en la sección anterior.

Ulen, 1998, p. 259). Lo anterior lleva a los autores a concluir que uno de los propósitos del Derecho de contratos debería ser entonces "... la minimización de los costos de transacción de la negociación contractual mediante la provisión de términos de omisión eficientes" (Cooter y Ulen, 1998, p. 260)⁴⁴.

Ahora, nótese que tanto Posner, por un lado, como Cooter y Ulen, por el otro, amparados en la eficiencia económica, proponen ciertamente un criterio normativo que permite jerarquizar y diferenciar entre mejores y peores formas de llenar lagunas contractuales o, lo que es lo mismo, mejores y peores diseños de reglas predeterminadas, sugiriéndose adoptar las primeras y evitar las segundas cuando ello sea posible, tanto en abstracto como en un caso concreto⁴⁵. Esta idea marca también una diferencia con la perspectiva jurídica tradicional en la medida que –como lo indicamos en la sección I– en esta, la manera como está predefinido el contenido de la laguna contractual, el diseño de la regla predeterminada como tal, es una cuestión relevante en el caso concreto mas no en abstracto.

Un corolario que bien resulta deducible de lo indicado es que si la cuestión del diseño de la regla predeterminada en abstracto es irrelevante desde la perspectiva jurídica tradicional, en principio no habría por qué existir resistencia de la doctrina jurídica a adoptar las ideas propias del AED tendientes a recomendar y rechazar ciertos tipos de preconfiguraciones de este tipo de reglas.

44 Indican concretamente los autores que las partes prefieren términos de omisión eficientes sobre términos ineficientes, cuya razón es relativamente evidente, pues si el término de omisión es eficiente, crea –tal como lo indicamos– excedentes en la medida en que dicho término implica no tener que negociar un término explícito, lo que es equivalente a dejar una laguna contractual, que, bajo este supuesto, ahorra costos de transacción a las partes; por el contrario, los términos de omisión ineficientes reducen el excedente en la medida que quizá sea necesario llenar la laguna a través de un término explícito, lo que implica incurrir en costos de transacción. En esta medida, "Entre menos numerosos sean los términos que requieren una negociación, más barato será el proceso de contratación. Por lo tanto, la ley puede ahorrar dinero a las partes contratantes ofreciendo términos de omisión eficientes para subsanar lagunas de los contratos" (COOTER y ULEN, 1998, p. 260).

45 En este mismo sentido se pronuncian Ayres y Gertner (1989), al proponer explícitamente una teoría económica acerca de las reglas predeterminadas eficientes.

Ahora, teniendo como trasfondo la radical importancia que desde la perspectiva del AED tiene el diseño –eficiente– de la regla predeterminada en el Derecho de contratos, especialmente cuando los costos de transacción son positivos –conforme se deduce del Teorema de Coase–, consideramos pertinente profundizar en lo que implica en concreto, para quien se propone realizar la labor de interpolación de cláusulas omitidas, esto es, para quien despliega propiamente la función de reconstrucción del contrato, concretamente imaginar cómo habrían negociado las partes si hubiesen tenido que llenar la laguna contractual explícitamente; lo que es equivalente a llevar a cabo el proceso de interpretación, tal y como expusimos en la sección IIa de este trabajo.

Sobre este particular es menester reiterar que en la medida que las normas objeto de estudio predeterminan precisamente en abstracto derechos y deberes entre las partes, y que esta predeterminación se convierte en la asignación final en el caso en concreto en el supuesto de ausencia de voluntad diferente de las partes, entonces, en el escenario recurrente de costos de transacción positivos, dicha predeterminación puede convertirse efectivamente en la asignación final, aun cuando en un hipotético escenario de ausencia de dichos costos, las partes hubiesen modificado aquella predeterminación, lo cual es ciertamente ineficiente.

Lo enunciado supone que, cuando se pretende interpolar la cláusula omitida, esto es, cuando es necesario “imaginar” cómo habrían negociado hipotéticamente las partes, el criterio de eficiencia sugiere que la función del agente (*v. gr.* el juez y/o el legislador) se concreta –conforme lo defienden Cooter y Ulen– en (pre)asignar el derecho a la parte que lo valúe más⁴⁶; de manera más concreta –y en términos de Posner– se dice que la regla debe (pre)asignar el derecho a aquella parte de la transacción que lo compraría si estuviese asignado originalmente a la otra parte en un escenario sin cos-

46 En efecto, conforme lo indican Cooter y Ulen (1998), la ley puede incrementar la eficiencia de dos formas cuando los costos de transacción son positivos: por un lado, la ley puede incentivar el intercambio entre los agentes, reduciendo directamente los costos de transacción; por otro lado, la ley puede aumentar la eficiencia simplemente asignando los derechos a la parte que en la transacción valúe más el derecho (COOTER y ULEN, 1998, pp. 131-132)

tos de transacción⁴⁷ o, lo que es lo mismo –supuestamente–, se debe (pre) asignar el Derecho a la parte de la transacción que no lo vendería a la otra parte si estuviese asignado originalmente a aquella en el mismo escenario sin costos de transacción⁴⁸⁻⁴⁹. En otras palabras –podría decirse– la función del determinador o (pre)determinador de derechos se concreta en suponer, imaginar lo que pasaría con el derecho si no existiesen costos de transacción.

47 Sobre este punto en concreto, Posner (2007) indica que en desarrollo del Teorema de Coase se puede afirmar que, “Dado que las transacciones tienen siempre y costo en el mundo real, se promueve la eficiencia asignando el derecho legal a la parte que lo compraría (...) si estuviera asignado inicialmente a la otra parte” (POSNER, 2007, p. 99); seguidamente agrega que en cualquier otro caso, la transacción –el cambio explícito de la regla– podría incluso ser antieconómico en el sentido que generaría una pérdida que no se compensa con el resultado de la negociación explícita de las partes, lo cual es ineficiente: “En tal caso, la asignación inicial de los derechos es definitiva” (POSNER, 2007, p. 99).

48 Para entender la equivalencia entre estas dos expresiones del criterio, supóngase que el derecho es hipotéticamente subastado entre un agente X. y un agente Z.; asúmase que después de una serie de lances, el subastador recibe una oferta de compra del agente Z. que el agente X. no está dispuesto a superar; si ello es así, y de haberse asignado originalmente el derecho al agente X., entonces el agente Z le hubiese comprado a X. el derecho si los costos de transacción lo permitiesen; a esto es lo que se refiere la literatura cuando se indica que en un escenario con costos de transacción positivos debería asignarse el derecho a aquella parte de la transacción que lo compraría si estuviese asignado originalmente a la otra parte en un escenario sin costos de transacción. Ahora, obsérvese que en el mismo ejemplo, si Z. hace una oferta de compra que X. no está dispuesto a superar, entonces no sería racional que existiese algún precio en el que Z. estuviese dispuesto a vender el mismo derecho a X. A esto es a lo que nos referimos cuando se indica que debe asignarse el derecho a la parte de la transacción que no lo vendería a la otra parte si estuviese asignado originalmente a aquella. Corolario de lo anterior es que en todo caso en que X. sea el agente que tiene la mayor disposición a pagar por recibir el derecho, es simultáneamente el mismo agente cuyo precio de venta nadie estaría dispuesto a pagar.

49 Ahora, como lo veremos más adelante, tomar el criterio relativo al diseño óptimo de la regla predeterminada expresable *en* que “... debe (pre)asignar[se] el derecho a aquella parte de la transacción que lo compraría si estuviese asignado originalmente a la otra parte en un escenario sin costos de transacción” y asimilarlo al criterio de “(pre)asignar el derecho a la parte de la transacción que no lo vendería a la otra parte si estuviese asignado originalmente a aquella en el mismo escenario sin costos de transacción” no es un simple juego de palabras sin relevancia, pues, tal como lo veremos en la sección precedente, dichos criterios no son asimilables, lo que genera ciertamente el problema teórico a superar al que le dedicaremos la sección tercera del presente documento.

Por supuesto que podría exponerse a título de crítica que el criterio normativo propuesto por los autores citados acerca de la adopción de las “mejores”, las más eficientes reglas predeterminadas en el derecho de contratos –aun cuando pueda estarse de acuerdo con ellos– podría no ser aplicable al contexto en el que se ha desarrollado la literatura y la jurisprudencia a la que hicimos alusión en la sección anterior. Al respecto, resulta ciertamente advertible una aparente dificultad que gira en torno a las diferencias acerca de la forma como actúa el juez en el *Common Law*, concretamente el de EE.UU. (al cual están haciendo alusión explícita la autores) y el juez del *Civil Law*. Particularmente, podría exponerse que en el *Common Law*, a diferencia del *Civil Law*, sí tiene ciertamente sentido que el juez “imagine” lo que las partes habrían hecho si hubiesen considerado que la contingencia ocurriría a fin de interpolar la “mejor” cláusula, esto es, dotar de contenido la laguna contractual con la cláusula más eficiente; posibilidad esta que por más conveniente y adecuada que parezca está francamente limitada para un juez del *Civil Law*, particularmente, cuando la regla predeterminada está descrita como tal en una fuente como la ley y/o los códigos. Con todo, y respecto de la crítica señalada, consideramos pertinente mencionar algunas aclaraciones a fin de extender la propuesta normativa de los autores citados al escenario del *Civil Law*:

1. Como se puede evidenciar de la lectura de Cooter y Ulen, el criterio normativo acerca de lo que deberían ser las reglas predeterminadas, su pretensión de eficiencia, está dirigido explícitamente a satisfacerse tanto por jueces como por legisladores, no habiendo en principio alguna razón para excluir su aplicación en países del *Civil Law* (*vid.* Cooter y Ulen, 1998, p. 259).

2. Por otro lado y, al menos en lo que corresponde a los contratos atípicos, ya la diferencia entre la función del juez del *Common Law* y del *Civil Law* en materia de interpolación de cláusulas o integración del contrato –al menos como la describen Posner, Cooter y Ulen– guarda más similitudes que diferencias; bajo este contexto en el cual exista la necesidad de interpolar cláusulas que no estén explícitamente predeterminadas en la legislación, no tendría sentido que juez –aun cuando sea del *Civil Law*– prefiera llenar la laguna con una cláusula ineficiente en lugar de una eficiente.

3. Además, es pertinente recordar que, al menos para una parte de la doctrina jurídica tradicional, las reglas predeterminadas suelen surgir de la costumbre y/o “práctica de los negocios”, esto es, del contexto fáctico recu-

rrente en el cual tienen lugar las relaciones contractuales que bien pueden estar o no reconocidas en la ley (*vid.* Betti, 2000, p. 286; Garibotto, 1991, p. 70); de esta idea se sigue que es mucho más probable que para deducirse la “práctica recurrente de los negocios”, sea necesario para el juez simular, imaginar lo que hubiesen negociado las partes; razonamiento este en el cual no tiene sentido lógico que se lleve a identificar una regla predeterminada ineficiente; se dirá, más bien –como lo indicamos en la sección IIa– que si en el contexto fáctico cierta práctica contractual es recurrente es porque precisamente esta es una práctica eficiente para la mayoría de los agentes que, con al menos relativa frecuencia, realizan cierto tipo de transacciones.

4. Por otra parte, remitiéndonos exclusivamente a la manera como Posner describe el criterio normativo, pareciera que este ciertamente es inaplicable a los jueces del *Civil Law*; sin embargo, aun aceptando esta crítica, consideramos que ello no excluye la aplicación del criterio al legislador de este mismo sistema; en este caso, el ajuste de la teoría está dado respecto de “quién” debería “imaginar” cómo habrían actuado las partes si hubiesen pensado en determinada contingencia; para el caso del *Civil Law*, es probable que esta función encuadre más –en el caso de los contratos típicos– en el legislador.

5. Adicionalmente, para el caso específico del *Civil Law*, Coloma (1999) expone una implicación de la función del Derecho de contratos defendida por Cooter y Ulen (1998) relacionada con “la minimización de los costos de transacción de la negociación contractual mediante la provisión de términos de omisión eficientes” que permite deducir que incluso en los sistemas propios del *Civil Law*, a diferencia de los sistemas del *Common Law*, tiene incluso más sentido dicha función como tal. Concretamente señala el autor que en el contexto de la función del Derecho de contratos indicada, resulta importante que el Derecho (*law*) resulte predecible, esto es, “... que los contratantes puedan prever con cierta confianza cuál va a ser el modo en el cual el sistema jurídico va a asignar la pérdida en el caso de que la misma se produzca y el contrato no la prevea explícitamente” (Coloma, 1999, p. 64)⁵⁰.

50 Nótese aquí la similitud con la función de las reglas predeterminadas relacionada con “... precaver los conflictos que se puedan presentar entre los asociados, disponiendo con antelación y por vía general y supletoria una forma de solucionarlos, con el fin de asegurar a los asociados la necesaria certidumbre sobre el (sic) los derechos que rige (sic) sus relaciones” a la que hicimos específica mención al inicio de la sección precedente.

Agrega seguidamente el autor que dicha predictibilidad tiende a reducir el costo de asignación de la pérdida *ex-post*, lo que lleva a que las partes dejen mayor cantidad de lagunas contractuales. En términos del mismo Coloma, pareciera que dicha situación es más común, en el caso de contratos celebrados en regímenes jurídicos característicamente codificados, y en los cuales es de hecho más frecuente que los contratos sean más sucintos comparados con los contratos similares que se celebran en el marco de regímenes basados en el *Common Law*.

6. Finalmente, no se puede obviar que los autores referenciados dejan claro que, por más ineficiente que pueda parecer a los ojos del juez un término explícito, una cláusula contractual acordada por las partes, aquel no puede hacer prevalecer lo que considera “eficiente” sobre lo que las partes acordaron voluntariamente⁵¹. Esto sugiere –tal como se explicó desde la perspectiva jurídica tradicional– que antes de proceder a interpolar cláusulas omitidas –en términos de Posner– o subsanar lagunas contractuales –en términos de Cooter y Ulen– es deber del juez indagar acerca de la real intención de las partes, lo cual no es cosa diferente a “interpretar” precedentemente el contrato –tal como lo explicamos en la sección anterior– antes de proceder a su “integración”, en el cual el pensamiento económico, se insiste, debería ser la base para determinar la forma de la regla predeterminada aplicable.

Para finalizar la presente sección, consideramos importante mencionar algunas conclusiones extractables de esta: en primer lugar, que desde la perspectiva del AED los contratos tienden a ser invariablemente incompletos, esto es, que suelen tener lagunas contractuales y que estas son una consecuencia de asumir la recurrente existencia de costos de transacción positivos, tal como se describe en el Teorema de Coase. Que dada la incompletitud recurrente mencionada surge la necesidad de que existan reglas por predeterminadas que

51 En particular, Posner se pregunta qué debería hacer el juez en los casos en que las intenciones de las partes divergen de la noción que tiene aquel acerca del término eficiente a interpolar “Si la ley debe tomar sus claves de la economía, ¿debieran gobernar la eficiencia o las intenciones? [Posner responde] Desgraciadamente, las últimas. Los individuos que hacen una transacción [...] son de ordinario jueces de su propio interés más confiables que un juez (o un jurado), quien no tiene ningún interés personal ni algún conocimiento de primera mano con el asunto que se embarcaron las partes cuando firmaron el contrato” (POSNER, 2007, pp. 165-166).

provean precisamente la solución a dichas lagunas. Conforme a lo anterior, una de las funciones del Derecho de contratos se concreta en completar el acuerdo a través de las cláusulas omitidas por las partes o, lo que es lo mismo, imputar el contenido de la regla predeterminada a la laguna contractual, lo cual se logra comúnmente, pero no necesariamente, a través de la intervención judicial. Que lo anterior se da porque desde la perspectiva de las partes dicha intervención puede ser una solución más barata comparada con la opción de que estas mismas –en un momento *ex-ante*– llenen explícitamente la laguna contractual. Que hasta aquí existe un alto nivel de coherencia entre la perspectiva jurídica tradicional (a la que dedicamos la sección anterior), por un lado, y el AED, por el otro. Sin embargo, los discursos de los dos enfoques se empiezan a distanciar en la medida en que para el segundo no debería interpolarse cualquier tipo de regla en el contrato; por el contrario, desde la perspectiva del AED se propone el cumplimiento de un criterio normativo acerca del diseño de la regla predeterminada, expresable en que dicha regla debería ser “eficiente”, entendiéndose por regla “eficiente” aquella que resulte de imaginar cómo habrían negociado las partes si tuviesen que llenar la laguna contractual explícitamente, lo cual se logra (pre)asignando al Derecho a la parte que más lo valúe en una hipotética transacción. Finalmente, que en la medida que se cumpla con el mencionado criterio normativo, se fomenta el intercambio entre los agentes, y se generan mayores excedentes para las partes en la medida que al aplicarse este se logra minimizar los costos de transacción asociados a realizar acuerdos explícitos.

IV. REFLEXIÓN FINAL. ¿POR QUÉ ES IMPORTANTE EL DISEÑO DE LAS NORMAS PREDETERMINADAS EN EL DERECHO DE CONTRATOS?

Indicamos en la sección primera de este trabajo que si bien desde la perspectiva jurídica tradicional las funciones que cumplen las reglas predeterminadas son suficientes para justificar el porqué de su existencia, aceptamos que al asumirse plenamente los principios de autonomía y libertad contractual, se torna irrelevante la existencia, así como el diseño mismo de la norma predeterminada, lo que puede sustentar entonces la eventual despreocupación de la perspectiva jurídica tradicional sobre esta cuestión en particular. Posteriormente, en la sección II, se presentaron algunos argumentos que bien

podrían dar respuesta a la cuestión del diseño de las reglas en comento desde la perspectiva normativa; seguidamente defendimos en la subsección III que desde la perspectiva del AED en un escenario sin costos de transacción se llega a una conclusión similar a la indicada en la sección I. Por otro lado, al asumirse el supuesto de la invariable incompletitud de los contratos motivado en la también invariable existencia de costos de transacción, se defendieron similares conclusiones a aquellas que se presentaron en la sección IIb.

Ahora, en el supuesto de estar ante un escenario de costos de transacción significativos, en el que no sea posible reducir la magnitud de estos costos, la propuesta del AED en lo que corresponde a la determinación del diseño óptimo de la regla predeterminada, y tal como lo sugiere Posner, pasa por estructurar la regla efectuando una preasignación correspondiente a la misma asignación final de derechos y deberes de las partes.

En un trabajo anterior, se discutió la relevancia que desde la perspectiva del AED tradicional tiene la función del Derecho de contratos relacionada con la “interpolación de términos eficientes [en los acuerdos]” (Posner, 2007, p. 169). En su momento indicamos que esta función se describe de manera similar a la forma como Cooter y Ulen (1998) explican los propósitos del Derecho de contratos relacionados con la minimización de los costos de transacción de la negociación contractual mediante la provisión de términos de omisión eficientes (Cooter y Ulen, 1998, p. 260):

... se puede considerar que la racionalidad individual impulsa a los contratantes a efectuar un intercambio dinámico y permanente entre lo que estos establecen explícitamente en sus acuerdos, y aquello que por defecto se encuentra establecido en las normas superiores. Este proceso permanente de intercambio entre cláusulas explícitas, lagunas contractuales y normas superiores se hace con el principal objetivo de crear mayores excedentes en beneficio de quienes participan activamente en la transacción por efecto de la reducción en los costos de transacción (Monroy, 2011, p. 59).

De lo indicado se puede deducir que –desde la perspectiva del AED– la función del legislador respecto del diseño de las reglas predeterminadas en materia de contratos se limita a establecer aquellas reglas que se supondrían eficientes para los contratantes, esto es, tratar de anticipar las soluciones a las que llegarían los agentes si la negociación se diese en un escenario libre

de costos de transacción⁵². Sin embargo, esta idea implica cuestionar, entonces, qué es exactamente una regla predeterminada eficiente. Al respecto, los mismos Cooter y Ulen (1998, p. 206) indican que, en general, las partes “prefieren” términos de omisión (*v. gr.* normas predeterminadas) eficientes sobre los términos ineficientes; en este sentido, cuando la ley establece los términos “preferidos” por las partes, estas podrán omitir parte del acuerdo y, por tanto, concentrarse en otro. En esa medida, entre más términos “preferidos” estén establecidos por defecto en la ley, más barato es el proceso de negociación en sí y, por tanto, los costos de transacción tenderán a reducirse. No obstante, Cooter y Ulen, con todo y que presentan algunos casos en los que se deduce cuál es la mejor regla predeterminada, no ofrecen una teoría acerca de los términos que en general “preferirían” las partes. Por el contrario, quizá es a partir de las ideas de Schwartz que se ha empezado a construir una aproximación acerca de las preferencias de las partes respecto de las reglas predeterminadas.

En efecto, Schwartz ha identificado al menos seis clases de normas predeterminadas en el Derecho de contratos, de las cuales nos interesa destacar la que eventualmente es la más importante de ellas y que él denomina *problem-solving defaults* o, en nuestro idioma, “normas de resolución de problemas por defecto” (en adelante “normas RP predeterminadas”). El autor indica que dichas reglas se definen como aquellas que establecen una solución satisfactoria a un problema contractual entre las partes, cuando el mismo contrato carece de dicha solución. Según el autor, la solución más satisfactoria será aquella que las partes típicamente habrían contemplado de haber sido informadas, racionales y estuviesen en un escenario sin costos de transacción (Schwartz, 1994, p. 390).

Más adelante el autor indica que para determinar si una norma predeterminada es en realidad la solución más satisfactoria, necesariamente debe cumplir lo que él mismo denomina la *acceptability constraint*, en nuestro idioma, la “restricción de aceptabilidad”:

52 Tal como lo indica Korobkin, “Coase sugirió que los legisladores podrían responder al problema de los costos de transacción mediante la asignación de derechos a fin de simular las transacciones que tienen en un mercado libre de costos de transacción o de reducir los costos de transacción a fin de facilitar la transferencia eficiente de los derechos” (KOROBKIN, 1998, p. 613).

... una regla por defecto debe resolver un problema al que una parte razonable de los contratantes se enfrentan de una manera que sea aceptable para los mismos contratantes. Una regla que falle en el primer aspecto de esta prueba es un esfuerzo inútil, una regla que falle en el último aspecto no va a sobrevivir en el mercado. La prueba en sí se denomina aquí la “restricción de aceptabilidad (Schwartz, 1994, p. 392).

En lo relacionado con la aceptabilidad de la norma predeterminada y partiendo del recurrente problema de los costos de transacción desde la perspectiva del AED⁵³, Korobkin (1998) agrega que a partir del análisis tradicional es viable concluir que las normas predeterminadas deben imitar aquellos términos que la “mayoría” de los agentes aceptarían si la negociación y la redacción del término fuese libre de costos. En este orden, es imposible pretender que la totalidad y no la mayoría de los agentes deban aceptar la regla para cumplir con la “restricción de aceptabilidad” expuesta por Schwartz.

Las normas por defecto creadas bajo este criterio [la aceptación mayoritaria] minimizan el número de ocasiones en las cuales las partes necesitan acordar en torno a la regla por defecto en orden de llegar a una solución eficiente. Esta aproximación minimiza las dos formas de ineficiencia que crea los costos de transacción: La ineficiencia de los términos contractuales y los costos de transacción en sí mismos (Korobkin, 1998, p. 614).

De manera que es deducible una estrecha vinculación entre el diseño de las reglas predeterminadas y la magnitud misma de los costos de transacción, pues entre mejores reglas, menores serán los costos de transacción y, por lo mismo, entre mayores sean los costos de transacción, más relevante se torna el diseño de la norma. En términos de Bullard (2006), citando a Kronmann y Posner (1979):

53 Ya incluso en un trabajo anterior, el mismo Schwartz había indicado que “... la ley puede crear una regla predeterminada apropiada, [esta regla] es aplicable cuando el contrato de las partes guarda silencio, y resuelve disputas de acuerdo al contrato que las más informadas de las personas adoptarían si la hubiese negociado en torno al asunto” (SCHWARTZ, 1988, p. 361). La idea de la decisión que tomarían las personas más informadas es una manera de entender precisamente la negociación en un escenario sin costos de transacción.

... cuando las partes contratan no es necesario que acuerden todo. En defecto de acuerdo las reglas supletorias completan el contenido contractual, reduciendo los costos que negocia cada aspecto imaginable del contrato. Ello significa que la regla supletoria no puede ser cualquiera, sino aquella que usualmente se esperaría las partes pactarían en circunstancias determinadas (Bullard, 2006).

Partiendo de las funciones del Estado relacionadas con la maximización del bienestar individual y social, resulta claro que es deber del mismo Estado (a través del legislador y/o del juez) proveer normas por defecto en aquellos casos en los que los costos asociados a dicha provisión sean menores a los que incurrirían las partes para crear la misma regla. Tal y como lo ha enunciado Posner (2007), en ocasiones los costos asociados a la redacción de una cláusula (los costos de transacción) pueden superar a los beneficios que genera la misma cláusula; por ejemplo, por la baja probabilidad de ocurrencia del evento que describe el acuerdo específico. En estos casos, la omisión de las partes es una respuesta racional al análisis costo-beneficio que realizan; sin embargo, dado que en todo caso la probabilidad de ocurrencia del evento no es nula, el término por defecto debería ser provisto por el legislador y/o el juez. Con todo, Posner sugiere entonces que “La tarea de un tribunal al que se le pide que interprete un contrato para cubrir una contingencia que las partes no consideraron consiste en imaginar cómo la habrían resuelto las partes si hubieran pensado en ella” (Posner, 2007, pp. 164-165). La solución que propone Posner es precisamente que el juez determine el acuerdo que las partes hubiesen efectuado si los costos de transacción no existiesen.

Si se supone que en ocasiones los costos para las partes de crear *ex-ante* una cláusula que solucione un problema contractual pueden superar las ganancias, es claro que en ausencia de normas RP predeterminadas muchos problemas contractuales quedarían sin solución; sin embargo, también es cierto que es factible que el Estado pueda crear la solución a menor costo que el que les representa a las partes; en estos casos, la norma RP predeterminada toma la forma de un bien público que finalmente ofrece una solución a los problemas que las partes requieren resolver pero cuyos precios individualmente les representan un costo excesivo:

Dado que el objeto de la norma es reducir los costos de contratación, el legislador debería establecer aquellas reglas que pocas partes desearían cambiar. Por lo

tanto, una buena regla por defecto satisface lo que denominamos la restricción de aceptabilidad – las buenas reglas por defecto “se adhieren” mientras las malas, no (Schwartz, 1994, p. 399).

BIBLIOGRAFÍA

- ARTEAGA, J. M. y ARTEAGA, J. (1979). *Curso de obligaciones*. Bogotá, Colombia: Temis.
- AYRES, I. y GERTNER, R. (1989). Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules. *The Yale Law Journal*, 99 (1), 87-130.
- BARNETT, R. (1992). The Sound of Silence: Default Rules and Contractual Consent. *Virginia Law Review*, 78, 821-911.
- BETTI, E. (2000). *Teoría general del negocio jurídico*. (A. M. Pérez, Trad.) Granada, España: Comares.
- BIANCA, C. M. (2007). *Derecho civil* (segunda edición en español ed., Vol. 3 el contrato). (F. Hinestrosa y É. Cortés, Trads.) Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- BOHÓRQUEZ, A. (2004). *De los negocios jurídicos en el Derecho privado colombiano: anotaciones para una teoría general: Noción; Elementos estructurales; Eficacia e Ineficacia* (Vol. I). Bogotá, Colombia: Doctrina y Ley.
- BULLARD, A. (2006). Contrato e intercambio económico. En A. BULLARD, *Derecho y economía: El análisis económico de las instituciones legales* (Segunda Edición ed., pp. 267-285). Lima: Palestra Editores.
- CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ. (2013). *Listado de las Costumbres Mercantiles*. Recuperado el 13 de Junio de 2013, de <http://camara.ccb.org.co/contenido/contenido.aspx?catID=73&conID=1047&pagID=1386>
- CARIOTA, L. (1956). *El negocio jurídico*. (M. Albaladejo, Trad.) Madrid: Aguilar.
- COASE, R. H. (1992). El problema del costo social. *Estudios Públicos* (45), 81-134.
- COLOMA, G. (1999). *Apuntes para el Análisis Económico del Derecho Privado Argentino*. *Mimeo*, 1-123.
- COOTER, R. y ULEN, T. (1998). *Derecho y Economía* (Primera edición en español ed.). (E. L. Suárez, Trad.) México: Fondo de Cultura Económica.

- DANZ, E. (1931). *La interpretación de los negocios jurídicos* (Segunda ed.). (W. Roces, Trad.) Madrid, España: *Revista de Derecho Privado*.
- DE CASTRO y BRAVO, F. (1985). *El negocio jurídico*. Madrid, Colombia: Civitas.
- DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A. (1984). *Sistema de Derecho civil* (Quinta edición ed., Vol. I). Madrid, España: Tecnos.
- DORAL, J. (1982). *El negocio jurídico*. Madrid, España: Trivium.
- ESCOBAR, G. (1994). *Negocios Civiles y Comerciales* (Vols. II -Teoría General de los Contratos). Bogotá, Colombia: Biblioteca Jurídica Dike.
- ESPINOSA, C. (2000). Del uso convencional a la costumbre mercantil como norma jurídica. *Revista de Derecho privado* (25), 99-126.
- FERRI, L. (1969). *La autonomía privada* (L. Mendizabal, Trad.) Madrid, España: *Revista de Derecho Privado*.
- FRANCO, D. (2007). Integración de los contratos. En Varios, *Estudios de Derecho Civil obligaciones y contratos* (Vol. IV, pp. 89-117). Bogotá, Colombia.
- GARIBOTTO, J. C. (1991). *Teoría general del acto jurídico*. Argentina: Ediciones De Palma.
- HINESTROSA, F. (1969). *Derecho Civil, Obligaciones*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- KOROBKIN, R. B. (1998). The Status Quo Bias and Contract Default Rules. *Cornell Law Review*, 83, 608-687.
- MESSINEO, F. (1954). *Manual de Derecho Civil y Comercial* (Vol. I Introducción). (S. Sentis, Trad.) Buenos Aires, Argentina: Ediciones Jurídicas Europa-América.
- MONROY, D. (2011). Análisis económico de la buena fe en el Derecho de contratos. *Contexto* (33), 55-76.
- OSPINA, G. y OSPINA, E. (2005). *Teoría general del contrato y del negocio jurídico* (Séptima edición ed.). Bogotá, Colombia: Temis.
- PEIRANO, J. (1964b). *Curso de obligaciones Tomo II* (Vol. II). Montevideo, Uruguay: Centro de estudiantes de Derecho.

- PERAL, D. A. (1980). *Obligaciones y contratos civiles*. La Habana, Cuba: Empresa de Producción y Servicio del Ministerio de Educación Superior.
- POSNER, R. A. (2007). *El análisis económico del Derecho* (Segunda edición en español ed.). (E. L. Suárez, Trad.). México: Fondo de Cultura Económica.
- POTHIER, R. J. (s.f). *Tratado de las Obligaciones*. México: Tribunal Superior De Justicia Del Distrito Federal.
- RENGIFO, M. (2009). Una introducción a la teoría general del contrato. En M. CASTRO, *Derecho de las obligaciones* (Vol. 1). Bogotá: Universidad de los Andes.
- SCHWARTZ, A. (1994). The Default Rule Paradigm and the Limits of Contract Law. *Southern California Interdisciplinary Law Journal* , 3, 389-419.
- SCHWARTZ, A. (1994). The Default Rule Paradigm and the Limits of Contract Law. *Faculty Scholarship Series - Paper* (Paper 1085), 389-419.
- SCOGNAMIGLIO, R. (1983). *Teoría general del contrato* (Primera ed.). (F. Hinestrosa, Trad.) Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- SHAVELL, S. (2003). Overview of Contracts. En S. SHAVELL, *Economic Analysis of Contract Law* (pp. 1-22). Cambridge: Discussion Paper n.º 403.
- STIGLITZ, R. (2001). Contenido del contrato. En F. TRIGO y R. STIGLITZ, *Contratos* (pp. 149-186). Buenos Aires, Argentina: Ediciones la Rocca.
- TAMAYO, A. (2004). *Manual de obligaciones: Teoría del acto jurídico y otras fuentes* (Sexta ed.). Bogotá, Colombia: Temis.
- URIBE, R. (1980). *De las obligaciones y del contrato en general*. Bogotá, Colombia: Ediciones Rosaristas.
- VALLEJO, J. (1992). *Manual de Obligaciones* (Segunda ed.). Bogotá, Colombia: Biblioteca Jurídica Dike.
- WILLIAMSON, O. (1989). *Las instituciones económicas del capitalismo* (Primera edición en español ed.). (E. Suárez, Trad.) México: Fondo de Cultura Económica.
- ZANITELLI, L. (Febrero de 2009). Default Rules and the Inevitability of Paternalism. *Working paper* , 1-18.

JURISPRUDENCIA

Corte Constitucional, Sentencia C-367 del 16 de agosto de 1995, M. P.: José Gregorio Hernández.

Corte Constitucional, Sentencia C-485 del 30 de octubre de 1995, M. P.: Jorge Arango Mejía.

Corte Constitucional, Sentencia C-252 del 26 de mayo de 1998, M. P.: Carmenza Isaza de Gómez.

Corte Constitucional, Sentencia C-364 del 29 de marzo 2000, M. P.: Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional, Sentencia C-153 del 24 de febrero de 2004, M. P.: Álvaro Tafur Galvis.

Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 25 de junio 25 de 1959, *Gaceta judicial* LXX.