

NOTAS SOBRE EL IMPACTO DE LA FORMACIÓN DEL CONSENTIMIENTO EN LA INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO ENTRE PARTES SOFISTICADAS

Marcelo Montero Iglesias

RESUMEN

Las siguientes líneas exploran la relación que existe entre contratación y contrato, entendida la primera como un proceso cuyo resultado es el segundo. El texto se refiere, de manera exclusiva, a la contratación libremente negociada entre partes sofisticadas, esto es, partes que negocian con la asesoría de abogados que poseen experticia en negocios jurídicos que presentan grados significativos de complejidad. La sofisticación radica, pues, tanto en la naturaleza del negocio como en el nivel educacional formal e informal, y las habilidades y destrezas profesionales de los partícipes de la operación y en la dificultad del análisis que debe tener lugar para avanzar en el proceso de contratación. En apretado resumen las tesis son las siguientes: (1) Toda vez que surja un problema de interpretación respecto de un contrato que ha sido el resultado de un proceso de contratación sofisticada, el juez debe, en primer lugar, buscar una solución en el proceso de formación del consentimiento. Si esa búsqueda es infructuosa, entonces el juez debe decidir el asunto actuando como administrador del negocio sobre el que la decisión afecta, solucionando el asunto debatido por la vía de alinear la decisión que adopte con los objetivos más generales del negocio y (2) Si la disputa tuvo su origen en la negligencia de los asesores, las partes podrán perseguir la responsabilidad civil que sea procedente.

1. CUESTIONES PRELIMINARES

Con extrema frecuencia suele olvidarse que “contratación” y “contrato” son cosas diversas. La contratación es un proceso cuyo resultado es el contrato. O, dicho de otra forma, el contrato es el producto del proceso de contratación. Este olvido conceptual explica que en la literatura disponible sobre contra-

tación normalmente se trate de los contratos o de instituciones particulares propias del contrato, en vez de las etapas y principios que orientan el proceso de contratación¹. De la misma manera, muchos cursos de pre y posgrado incluyen en su denominación la palabra 'contratación' cuando, en rigor, tales cursos o módulos tratan solamente de los 'contratos'.

La confusión conceptual que se enfatiza no es trivial. En primer lugar, la metodología analítica para abordar el fenómeno de la contratación no es –ni puede ser– la misma que debe utilizarse para encarar la institución del contrato. El proceso de contratación es dinámico; el contrato, en cambio, es una simbología estática. Luego, y como debiera ser evidente, no resulta apropiado aproximarse al estudio de un proceso dinámico con metodologías propias para un objeto estático y viceversa². En segundo lugar, la creación de valor debería darse –cuando ocurre– en la fase de contratación, debiendo el contrato reflejar o capturar ese valor en sus cláusulas y estipulaciones. Esta relación de valor entre contratación y contrato supone, a su turno, habilidades y destrezas diferentes en los abogados que participan en la estructuración y materialización del negocio de que se trata. Así, por ejemplo, hay abogados muy hábiles y diestros en lo que a la contratación se refiere, pero tales profesionales no son necesariamente expertos en la redacción de los acuerdos que configuran el contrato. Lo inverso es también cierto³.

El texto que se presenta indaga precisamente en la relación entre “contratación” y “contrato”, con especial énfasis en el impacto que tiene la primera en la interpretación del segundo. En este escenario, me interesa destacar que la formación del consentimiento contractual es una de las etapas del proceso

de contratación que influye de manera decisiva en el sentido y alcance que debe darse a las cláusulas contractuales, y es por tal razón que me detendré básicamente en ella. Con todo, el trabajo esboza –en forma muy preliminar– una teoría de la interpretación contractual, aplicable en un contexto muy preciso y delimitado, según paso a explicar.

La contratación es un fenómeno complejo, presenta ramificaciones y adopta formas diversas. No es lo mismo, por ejemplo, la contratación de masas que la contratación libremente negociada entre particulares. Tampoco es igual el proceso de contratación a través de sistemas de alta tecnología que la contratación tradicional “cara a cara”. Difieren, también, entre sí la contratación clásica y lo que me gusta llamar “contratación entre partes sofisticadas”.

Aquí me refiero de forma exclusiva a la contratación libremente negociada entre partes sofisticadas y al impacto que el proceso de contratación –proceso en el que se forma el consentimiento– tiene en la interpretación del contrato. Es importante tenerlo en cuenta porque los principios que rigen un tipo de contratación no pueden extrapolarse impunemente a otro tipo de contratación, ya que los supuestos sobre los que se opera en cada caso son, en proporción importante, diversos. Es en este contexto donde postulo los lineamientos generales de una teoría de la interpretación del contrato sofisticado.

Finalmente, quisiera manifestar que lo que se presenta al lector es un trabajo exploratorio que intenta, sin embargo, introducir una óptica novedosa en nuestro medio. En otras palabras, se trata de un trabajo modesto –y hasta cierto punto intuitivo–, pero que intenta generar una inquietud que pueda dar lugar a desarrollos posteriores.

2. PARTES SOFISTICADAS

Cuando hablamos de contratación entre “partes sofisticadas” debiéramos esclarecer lo que se quiere decir con ello. Un par de ejemplos pueden ilustrar el punto.

Si una persona solicita a una institución financiera un crédito para comprar un inmueble, el que, a su vez, se da en garantía hipotecaria a la institución que otorga el crédito, no estamos ante un proceso de contratación entre partes sofisticadas. En un caso como éste, estamos, más bien, ante un proceso altamente estandarizado, con etapas muy reguladas y conocidas, y en el que la persona que solicita el préstamo puede actuar frente a la institución financiera, incluso, sin la asesoría de un abogado. Los insumos legales y financieros necesarios para obtener el crédito solicitado son conocidos en el mercado financiero y el producto final, esto es, la estructura de contratos conexos que dan cuenta del negocio realizado, también. Lo cual no significa,

¹ Véase, por ejemplo, Álvaro PUELMA ACCORSI, *Contratación comercial moderna*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1991.

² Cuando afirmo que la contratación es “dinámica”, quiero decir que puede adoptar diversas modalidades, las que, a su turno, pueden presentar diversas características. Adicionalmente, en las diversas modalidades de contratación las maneras y estrategias para crear valor son claramente diferentes e, incluso, distintas caso por caso. Por otra parte, cuando afirmo que el contrato es “estático”, quiero simplemente decir que en el contrato debe capturarse del modo más fidedigno posible el valor agregado producido en el proceso previo de contratación. Si ese valor es capturado, el estudio del contrato supone, entonces, el análisis de las “formas” que permitieron reflejar adecuadamente la protección de los intereses de las partes así como muy especialmente las “formas” o instituciones que permitieron la cooperación entre ellas. Para hacer un estudio apropiado de la contratación y del contrato se necesitan, en consecuencia, metodologías diversas.

³ Esta afirmación acerca de los abogados no la puedo acreditar empíricamente, porque faltan –o desconozco– estudios serios sobre el tema. En consecuencia, sólo puedo fundar mi afirmación en más de quince años de experiencia, participando activamente tanto en el proceso de contratación como en la redacción de contratos, algunos de ellos bastante complejos. Mi afirmación debe tomarse, en consecuencia, como una hipótesis plausible.

sin embargo, que la operación no sea compleja. De hecho, lo es: participan el solicitante del crédito, un banco u otra institución financiera, los abogados del banco o los que éste subcontrata para que estudien los títulos respectivos y redacten las escrituras públicas a que haya lugar, los agentes que evalúan la parte comercial de la transacción, el notario, el Conservador de Bienes Raíces correspondiente, por nombrar los más usuales. Además, para realizar la operación es necesario aportar, llenar, suscribir o ambos, una serie de formularios, documentos, declaraciones y contratos. Con todo, "complejo" no es lo mismo que "sofisticado".

Supongamos, ahora, que quien solicita el crédito al banco es una sociedad anónima cerrada, que es una filial en Chile de una sociedad anónima extranjera estadounidense. Con el dinero que está solicitando, desea comprar la totalidad de los activos de una compañía de la competencia para, de este modo, ganar participación en el mercado. Tales activos, además, se darán en garantía para asegurar el crédito solicitado. En otras palabras, de lo que se trata es de financiar una adquisición de activos por varios millones de dólares y garantizar dicho financiamiento. En este segundo ejemplo, la estandarización de procesos y documentos disminuye en forma considerable. Adicionalmente, es tal el número de cuestiones jurídicas, financieras y contables que deben tomarse en cuenta, que la materialización y diseño de la estructura de la operación requiere de asesores con un alto grado de especialización y experiencia que presten, además, servicios de forma integral y coordinada. De allí que sea exigible un cierto nivel de "sofisticación" que permita una comunicación fluida entre lenguajes técnicos provenientes de distintas disciplinas.

Si pensamos en el tipo de abogados que se requiere para diseñar un negocio de esta naturaleza, deberemos necesariamente concluir que cada parte involucrada deberá contratar los servicios de un equipo de abogados, en atención a la cantidad de trabajo legal que debe llevarse a cabo, además de otros asesores que analicen los aspectos financieros y contables. Estos abogados deberán manejar, en el ejemplo, dos idiomas, poseer conocimientos claros del sistema legal chileno, pero también manejar algunos conceptos legales y funcionales del Derecho de los Estados Unidos de América. Deberán conocer reglas de negociación interculturales y el valor jurídico de los documentos que las partes intercambian antes y después de la suscripción del contrato de crédito y de la compraventa de activos respectiva, por mencionar sólo algunas de las habilidades requeridas. Finalmente, los abogados deberán ser capaces de relacionarse adecuadamente y en forma coordinada –según ya se dijo– con los otros asesores involucrados en la materialización del negocio (y viceversa). Todos los partícipes, además, deberán añadir valor a la operación y no convertirse –como a veces suele ocurrir– en un costo de transacción que opera como un verdadero "impuesto" sobre las ganancias

del cliente⁴. En suma, los asesores deben expandir, mediante su contribución, la "torta" a repartir, y no llevarse, en cambio, un pedazo de la misma, pues existía antes de su intervención⁵.

La "sofisticación" radica, pues, tanto en la naturaleza del negocio como en el nivel educacional formal e informal y las habilidades y destrezas profesionales de los partícipes de la operación; en la dificultad del análisis que debe tener lugar para avanzar en el proceso de contratación; en la capacidad que se exige para diseñar soluciones creativas a las cuestiones que las partes deben resolver, soluciones que, a su turno, no deben entorpecer las negociaciones entre ellas; en el criterio y buen tino del consejo legal y financiero y, en fin, en la rigurosidad con que el contrato debe reflejar la intención de las partes contratantes. Finalmente, aunque como cuestión aparte, la sofisticación supone, también, que los asesores deben estar dispuestos y preparados para asumir la responsabilidad civil profesional que se sigue de sus actos negligentes.

3. LA CONTRATACIÓN SOFISTICADA

La contratación entre partes sofisticadas posee, contra la creencia convencional, una alta demanda en el mercado de servicios profesionales y, en especial, en el mercado de servicios legales. Otra cosa es que en los países en vías de desarrollo, como es el caso chileno, pocos profesionales puedan satisfacer adecuadamente esa demanda⁶.

La globalización de los negocios ha dado lugar paulatinamente a fusiones y adquisiciones internacionales, sofisticando, de la manera explicada, el proceso de contratación. Igual cosa ha ocurrido con la proliferación de otro tipo de operaciones⁷. Y, en esto, como en otras áreas, se ha suscitado una

⁴ Sobre el tema *vide* Ronald GILSON y Bernard BLACK, *The Law and Finance of Corporate Acquisitions*, 2ª ed., Foundation Press, 1995.

⁵ *Vid.* Ronald GILSON, "Value Creation by Business Lawyers: Legal Skills and Asset Pricing", en *Yale Law Journal*, N° 239, December 1984.

⁶ *Vide* Rogelio PÉREZ-PERDOMO, *Los abogados de América Latina: una introducción histórica*, Universidad Externado de Colombia, 2004.

⁷ En efecto, no sólo las fusiones y adquisiciones internacionales suponen una contratación sofisticada. Hay muchas operaciones y negocios, domésticos e internacionales, que también poseen un alto nivel de sofisticación. Así, por mencionar otros ejemplos no exhaustivos: contratos de financiamiento de proyectos de infraestructura, contratación con capital de riesgo, reestructuración de pasivos, comercialización de propiedad intelectual, elaboración de contratos de futuro, comercialización y distribución internacional de mercancías, sistemas complejos de subcontratación, creación de nuevos productos y servicios a través de estructuras contractuales conexas, entre otros.

verdadera batalla entre sistemas legales por prevalecer por sobre los otros. Hasta ahora, la experiencia muestra que la influencia de los sistemas legales de aquellos países que son dueños del capital se ha impuesto gradualmente. El Derecho de los Contratos de los Estados Unidos de América, junto con algunas instituciones del Derecho Contractual inglés, por ejemplo, predomina en la actualidad en la contratación comercial moderna entre partes sofisticadas en muchos lugares del orbe.

En Chile, la influencia francesa plasmada en el *Código Civil* del siglo XIX ha ido paulatinamente cediendo su posición a las formas y modalidades contractuales provenientes del mundo anglosajón. Por lo mismo, me parece legítimo distinguir hoy —siempre dentro del contexto de la contratación sofisticada— entre “contratación comercial clásica” y “contratación comercial moderna”. En la primera, predomina la influencia francesa; en la segunda, la influencia anglosajona. Evidentemente, no se trata de categorías puras⁸.

⁸ En nuestro país, la recepción de la influencia anglosajona en el ámbito de la contratación se ha visto facilitada por varios factores, de los cuales quisiera destacar dos. Un primer factor es de carácter puramente técnico. En efecto, como se sabe, en el sistema del *Código Civil* se distinguen tres clases de elementos en todo contrato: de la esencia, de la naturaleza y los accidentales, según lo establece con toda claridad el artículo 1.444 del *Código Civil*. De esas tres clases de elementos del contrato me interesa comentar el papel de los “elementos de la naturaleza”: aquellos que, sin ser esenciales al contrato, se entienden incorporados a éste sin necesidad de cláusula expresa e, incluso, las partes pueden deliberadamente eliminarlos del contrato o modificarlos. Estos elementos mantienen bajos los costos de transacción contractual, pues evitan que las partes deban imaginar y pactar soluciones para cada una de las contingencias que eventualmente pudieren ocurrir en el cumplimiento de las obligaciones que emanan del contrato celebrado. Cada vez que se elimina o se altera un elemento de la naturaleza del contrato, ello se hace a través de la inclusión de uno accidental, es decir, mediante la incorporación de una cláusula expresa en el contrato destinada a ese fin. Pues bien, el Derecho de los Contratos anglosajón se ha infiltrado en nuestro sistema precisamente a través de la alteración de los elementos de la naturaleza del contrato mediante la incorporación de cláusulas accidentales provenientes de dicho sistema. Un segundo factor que, en mi opinión, ha permitido la recepción del Derecho Contractual estadounidense e inglés en el proceso de contratación sofisticada en Chile, es lo que denomino la “clonación de la abogacía”. En los últimos quince años, cada vez más abogados chilenos van a estudiar a alguna escuela de Derecho en los Estados Unidos de América para conocer las instituciones del sistema legal de ese país. Este fenómeno partió siendo una exigencia tácita de los inversionistas extranjeros estadounidenses que llegaron con sus capitales al país principalmente en la última década del siglo XX, pues se hacía necesario que los abogados chilenos pudieran relacionarse adecuadamente con los abogados extranjeros de tales inversionistas. Para ello había que entender su cultura jurídica y, de algún modo, “parecerse a ellos” en la forma de contratar. Hoy, cualquier abogado chileno que quiera ejercer en el mundo de los negocios internacionales, sabe que su carrera profesional debe contemplar estudios en los Estados Unidos de América, si quiere ser competitivo. Estudiar este fenómeno y los costos personales, familiares y profesionales asociados es una tarea pendiente que, intuitivo, arrojaría resultados poco glamorosos, como lo he planteado en otro lugar.

La distinción es significativa, en mi opinión, pues el proceso de contratación en un caso difiere del proceso de contratación que se da en el otro. Y si esto no se tiene debidamente en cuenta por los partícipes del proceso, las consecuencias legales pueden ser desastrosas para los intereses de las partes.

4. CONTRATACIÓN CLÁSICA Y CONTRATACIÓN MODERNA

Los textos que se refieren a la teoría del contrato suelen aludir al íter contractual, es decir, a las distintas etapas en las que el estudio del contrato puede fraccionarse. Normalmente, se distinguen cuatro etapas:

- a) precontractual;
- b) de la perfección del contrato;
- c) de ejecución de las obligaciones contractuales y
- d) poscontractual⁹.

La contratación se ubica en la etapa precontractual.

En el proceso de contratación comercial clásico, la etapa precontractual supone, en general, el estudio de las llamadas “tratativas preliminares” y la “formación del consentimiento”. En este contexto, suelen atribuirse las siguientes características al proceso:

1. El consentimiento contractual se forma mediante la aceptación oportuna por una de las partes de una oferta seria y completa que la otra parte le ha dirigido;
2. Si el contrato es consensual, la sola aceptación de la oferta por su destinatario, perfecciona el contrato, sin que sea necesario cumplir con requisitos adicionales. Lo anterior es sin perjuicio de que por razones prudenciales las partes acuerden que el contrato existirá como tal desde que se escriture;
3. Dado que el consentimiento se forma desde el momento de la aceptación, en términos generales se entiende que la oferta es esencialmente revocable, y que las tratativas preliminares y los procesos de negociación no son vinculantes para las partes. Cualquiera de las partes puede, en consecuencia, retirarse del proceso de negociación, mientras no se haya formado el consentimiento;
4. Las negociaciones deben hacerse de buena fe. Se espera que las partes intercambien lealmente la información relevante para la concreción del negocio, y que las ventajas propias del regateo puedan ser incluidas en parámetros socialmente aceptados de legitimidad y

⁹ Así, por ejemplo, JORGE LÓPEZ SANTA MARÍA, *Los contratos*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1986, parte general.

5. No suele ser frecuente la firma de acuerdos previos a la celebración del contrato.

La contratación comercial moderna entre partes sofisticadas, en cambio, fuertemente influida, como se ha dicho, por el Derecho de Contratos anglosajón, presenta características diferentes:

1. Para la formación del consentimiento contractual no es suficiente la aceptación de una oferta seria y completa por parte del destinatario de la misma, sino que, además, se requiere de la presencia de lo que se denomina *considerations*¹⁰. En esencia, y dejando de lado toda la complejidad de esta institución, una *consideration* consiste en la promesa que una parte hace explícitamente a la otra parte y que por sí misma justifica la celebración del contrato. Ambas partes deben hacer una promesa a la otra. La omisión de una *consideration* hace ineficaz el contrato, pero también la más ínfima *consideration* puede ser considerada suficiente para conferir eficacia al contrato;
2. Los contratos, que son producto de una contratación sofisticada, carecen de solemnidades especiales para su perfeccionamiento, pero constan siempre por escrito;
3. Las partes pueden retirarse en cualquier momento, y sin expresión de causa, del proceso de negociaciones, sin que ello conlleve, en principio, ninguna clase de responsabilidad¹¹. En este sentido, cada parte debe estar dispuesta desde un comienzo a asumir los costos de transacción asociados a la etapa de negociación;
4. Uno de los rasgos más distintivos del proceso de contratación moderna entre partes sofisticadas es que no existe la obligación de negociar de buena fe. No se trata, sin embargo, de que la mala fe y la deslealtad estén permitidas. Lo que ocurre en este sistema de contratación es que el supuesto de partida, a saber: la total autonomía de los agentes negociadores, se reconoce abiertamente, admitiéndose que ciertas habilidades y destrezas —plasmadas en una buena estrategia de negociación— pueden producir un resultado que beneficie a una de las partes más allá de lo que, conforme a estándares convencionales, podría estimarse legítimo. Es por esta razón que es frecuente que en los procesos de negociación se suscriban acuerdos que obliguen a las partes y a sus asesores a actuar de buena fe y
5. Finalmente, y éste es un punto importante para el objetivo de este trabajo, la suscripción de acuerdos preliminares, previos al propio contrato,

es una práctica habitual del proceso de negociación. Normalmente, las partes suscriben un acuerdo de confidencialidad, un pacto de buena fe en las negociaciones, un memorándum de entendimiento o un documento de términos y condiciones esenciales, por mencionar los más comunes. Todos estos documentos son importantes, pues en la medida en que en ellos se refleje con nitidez la intención manifiesta de contratar, las partes podrían, bajo ciertos supuestos, estar contrayendo —incluso, antes de la celebración del contrato— obligaciones que les impedirían unilateralmente desistirse de contratar¹². Esta situación impone a los asesores de las partes el deber de actuar con máxima cautela respecto de lo que en los referidos documentos se expresa, pues de no señalar con claridad que el documento suscrito no impone la obligación de contratar, un juez podría estimar lo contrario, pudiendo, incluso, en ciertos escenarios, integrar aquellos aspectos del contrato no negociados por las partes.

A las características esbozadas, habría que añadir la importancia para el proceso de contratación comercial moderna del intercambio de correos electrónicos entre las partes, de faxes, cartas u otro tipo de información. Todo este material, más los borradores del contrato definitivo, puede tener un impacto significativo en caso de un eventual conflicto en torno al sentido y alcance de una o más cláusulas del contrato.

Por último, pero no por ello menos importante, debe resaltarse que la ley que rige el contrato en este tipo de operaciones, en todo aquello que no sea de orden público, es frecuentemente una ley foránea, y muy en especial la ley del estado de Nueva York, la que debe ser aplicada por un tribunal arbitral¹³.

¹² Vide sobre el tema el trabajo de Guillermo ACUÑA SBOCCIA, "El contrato internacional. Problemas relativos a su negociación y perfeccionamiento", en *Cuadernos de Extensión Jurídica*, N° 6, Derecho de los Contratos, Santiago, Universidad de Los Andes, Facultad de Derecho, 2002.

¹³ Durante el año 2005, y a propósito de la conmemoración de los 150 años del *Código Civil* de Chile, fui invitado por la Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales a comentar algunas ponencias acerca de la vigencia de la influencia francesa en nuestro Derecho Privado actual. Titulé mis comentarios con el provocativo título de "Algunas herejías". Como suele ocurrir con las herejías, normalmente no son bien comprendidas y más de alguien resulta ofendido por el contenido de las mismas. Peor, aun, las herejías suelen ser tergiversadas por el auditorio, quien las escucha desde sus propios prejuicios. Y, desde luego, como toda herejía, no son publicadas, sino que sólo comentadas. Así me ocurrió. Recuerdo que una de las cosas que más molestó a la audiencia, y en especial a la audiencia francesa, fue mi comentario acerca de que el Derecho anglosajón es hoy más importante que el Derecho francés en la práctica profesional. Para ilustrar mi punto, expliqué cómo uno de mis clientes, de origen francés, al ser consultado por qué ley debería regir el contrato en el que estábamos trabajando, la ley francesa o la chilena, contestó: "La ley del estado de Nueva York". El profesor Gonzalo Linazasoro,

¹⁰ Un buen texto traducido al español sobre este tema es el libro de Charles FRIED, *La obligación contractual: el contrato como promesa*, traducido por Pablo Ruiz-Tagle, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1996.

¹¹ Lo dicho es sin perjuicio de lo que se indica en el número 5 siguiente.

5. LA OPINIÓN LEGAL

Hay un aspecto importante del proceso de contratación comercial moderna, sobre el cual suele haber bastante confusión en nuestro país, y respecto del cual conviene echar alguna luz para los fines de estas notas. Se trata de la noción de "opinión legal".

Conceptualmente hablando, uno podría distinguir al menos tres tipos de documentos a través de los cuales los abogados dan a conocer a sus clientes o a terceros, sus puntos de vistas respecto del sistema legal del cual forman parte:

- a) el memorándum legal;
- b) el informe en derecho y
- c) la opinión legal.

Estas nociones, equivocadamente, suelen usarse como si fueran la misma cosa, cuando, como se verá, se trata de cuestiones distintas con funciones y efectos diversos.

El memorándum legal es un documento firmado por uno o más abogados en el cual se da información legal al cliente sobre un tema que éste ha consultado. El documento debería contener un análisis de las leyes pertinentes, de la jurisprudencia relevante y de la información proporcionada por el cliente que motivó la consulta. Puede terminar de dos maneras:

- a) el abogado puede recomendar al cliente un curso de acción determinado para encarar el tema consultado o
- b) el abogado puede distinguir diversos escenarios legales o soluciones posibles, entregando al cliente la decisión de escoger el escenario o la solución que le parezca más adecuada.

En suma, la función del memorándum legal es asesorar en la toma de decisiones que suponen o involucran cuestiones jurídicas.

El informe en Derecho, en cambio, está normalmente —aunque no exclusivamente— ligado a la litigación. En efecto, cuando dos partes están enfrentando un conflicto, sea que ya se haya judicializado o que esté en vías de convertirse en un juicio, suele ocurrir que una de las partes solicita a un abogado independiente, con conocida reputación en la materia que está bajo disputa, que dé su opinión autorizada acerca de un punto específico que, con frecuencia, tiene que ver con la adecuada interpretación de una cuestión jurídica. El

que no estuvo presente en la audiencia, pero con quien comenté posteriormente algunas de mis tesis heréticas, me hizo de modo informal un comentario importante para clarificar mis ideas: "Lo que dices es cierto, pero para el derecho de ricos, no para el derecho de pobres". Tenía razón el profesor Linazasoro. Lo que digo es cierto para la contratación comercial entre partes sofisticadas, pero no lo es para los miles de contratos que se celebran todos los días en nuestro país. Y éste es uno de mis puntos en el presente texto.

informe se materializa en un documento que, después del análisis de rigor, debe terminar en una conclusión debidamente justificada que representa la opinión del autor sobre el asunto legal consultado. La función de un informe en Derecho, en consecuencia, es ayudar a esclarecer una cuestión legal difícil, y sirve de base para reforzar la línea de argumentación de alguna de las partes o para ayudar al juez a entender mejor el asunto que debe resolver.

La opinión legal, finalmente, es una noción propia de la contratación moderna y específica del sistema contractual anglosajón. La opinión legal es solicitada normalmente por la contraparte del cliente al que el abogado está asesorando. Lo que la contraparte concretamente solicita es que los abogados en cuestión produzcan un documento en que manifiesten su opinión respecto a la "validez", "obligatoriedad" y "legalidad" del contrato que se va a suscribir o que se ha suscrito. En otras palabras, una de las partes quiere que los abogados de su contraparte garanticen, mediante la emisión de su opinión legal, que el contrato no será cuestionado posteriormente en los tres aspectos antes referidos. Se trata, pues, de un documento breve —de una a tres páginas normalmente— en que, cumpliendo ciertas formas bastante estándares, la contraparte declara que el contrato es "válido, obligatorio, y conforme a la ley". La función de la opinión legal es, en consecuencia, garantizar a la contraparte que, en caso de eventuales conflictos futuros cuyo origen sea el contrato, los abogados que emiten la opinión no cuestionarán el contrato¹⁴.

La elaboración de una opinión legal, por lo tanto, es un tema delicado para los abogados, porque involucra su responsabilidad civil-patrimonial¹⁵. Al operar como garantía, la opinión legal supone que los abogados han verificado mediante un acucioso estudio la legalidad del contrato. Si no lo han hecho e igualmente emiten la opinión, resultando equivocada, corren el riesgo de ser acusados de negligencia profesional, tanto por su cliente como por la contraparte.

¹⁴ En el Derecho de Contratos anglosajón, en ocasiones no basta que se haya formado el consentimiento y que se hayan expresado *considerations* para que el contrato pueda entrar en la etapa de ejecución, sino que a veces se requiere el cumplimiento de ciertas "condiciones precedentes". Entre tales condiciones precedentes, la emisión de una opinión legal es de frecuente estipulación en la contratación sofisticada.

¹⁵ Si los abogados chilenos estuvieran conscientes de esta circunstancia, emitirían opiniones legales más cortas de las que uno suele observar, negociarían con cuidado los puntos sobre los que versará la opinión y, muy probablemente, en vez de dejar la labor de revisión de documentos en manos de abogados con menos experiencia, los firmantes de la opinión tendrían sumo cuidado en revisar todo aquello que, eventualmente, podría comprometer su patrimonio personal o el de la empresa de la que forman parte. En los Estados Unidos de América los estudios de abogados acostumbran a tener departamentos de opiniones legales, para asegurarse que éstas no sean inconsistentes con otras opiniones dadas en el pasado, para negociar convenientemente los términos y condiciones de la opinión que se emitirá, y para procurar criterios uniformes al interior de la firma.

En Chile, su responsabilidad civil es algo que todavía no ha arraigado lo suficiente, salvo para casos escandalosos de mala práctica. Con todo, lo que en cualquier caso está en juego cada vez que se emite una opinión legal en nuestro país, es el prestigio de los profesionales que la suscribieron y de la institución a la que pertenecen.

Como se verá, la opinión legal también representa un papel significativo en la interpretación de un contrato entre partes sofisticadas.

6. INTERPRETACIÓN ESTRATÉGICA

La interpretación contractual supone desentrañar el sentido y alcance de una o más cláusulas de un contrato al que las partes les confieren significados normativos diversos. En nuestro sistema legal la interpretación judicial de los contratos se encuentra reglada entre los artículos 1.560 y 1.566 del *Código Civil*. Estos preceptos establecen normas obligatorias para el juez, la principal dispone que, conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que al tenor de las palabras. Es sabido que nuestro *Código Civil* consagra un sistema subjetivo de interpretación en virtud del cual la voluntad real de las partes prevalece por sobre la voluntad declarada de éstas, cuando exista contradicción entre lo querido por ellas y lo que ellas han expresado. Para el intérprete —el juez— indagar la voluntad real de los contratantes respecto del punto en que difieren, supone explorar las llamadas “circunstancias de la especie”, es decir, aquellos elementos extrínsecos al contrato que puedan dar pistas acerca de esa voluntad, cuando los elementos intrínsecos al contrato, esto es, sus cláusulas, resulten insuficientes.

¿Es este sistema adecuado para resolver conflictos de interpretación contractual entre partes sofisticadas? El punto es discutible. En efecto, cuando se ha participado en un proceso de contratación sofisticada —de la manera en que se ha descrito ese proceso a lo largo de este texto— debidamente asesorado por abogados caros y especialistas competentes, es razonable suponer que lo que quisieron acordar las partes ha debido ser apropiadamente capturado en cada una de las cláusulas del contrato suscrito. Esta labor es en forma predominante responsabilidad de los abogados que redactaron los borradores del contrato y aprobaron su versión final. De allí que el surgimiento inesperado de un problema de interpretación contractual resulte ser no sólo un problema legal sino, también, un hecho molesto para las partes.

En efecto, durante el proceso de negociación las partes han estado centradas fundamentalmente en lograr la concreción del negocio planificado, y han confiado en sus asesores para que cooperen en dicho proceso y para que, en última instancia, redacten los documentos necesarios que permitan legalmente

acreditar que el negocio ha tenido lugar. Por consiguiente, cuando surge un problema de interpretación contractual, las partes mirarán a sus abogados de una forma crítica, ya que un problema de esta naturaleza supone, casi por definición, que el negocio que parecía concluido, no se ha jurídicamente cerrado del todo. Algún aspecto —el que suscita la disputa— quedó confuso, abierto o con márgenes no tolerables de incertidumbre. Y, en ese escenario, los asesores legales y, eventualmente, los asesores financieros han obrado más como *dealbreakers* que como *dealmakers*¹⁶. Los clientes aspiran a que sus abogados y asesores cooperen en sacar adelante sus negocios y que ese valor agregado quede de manifiesto en los documentos que se redacten, no lo contrario.

Como sea, es claro que un problema de interpretación de un contrato que ha sido el resultado de un proceso de contratación sofisticada presenta más aristas que la mera fijación del sentido de la o las cláusulas contractuales respecto de cuyo significado las partes discrepan. Hay cuestiones de responsabilidad profesional involucradas.

Ahora bien, en principio, la regla lógica de interpretación para resolver el desacuerdo sería aplicar el tenor literal del contrato por sobre presuntas intenciones. O sea, la regla sería entender que las partes quisieron decir de forma efectiva lo que dijeron, precisamente porque son “partes sofisticadas”. En consecuencia, la voluntad declarada debería tener mayor valor que una voluntad interna siempre difícil de establecer. Sin embargo, el tema no es tan sencillo. Si hay un problema de interpretación contractual es justamente porque las partes leen el texto del contrato de modo diverso. Esta situación obliga al intérprete a revisar el proceso de formación del consentimiento para rastrear lo que las partes podrían haber querido razonablemente pactar.

Al proceder de esta manera, el intérprete regresa a un sistema de interpretación de carácter subjetivo. Revisará los documentos preliminares que las partes hayan suscrito, la correspondencia digital y real, los diversos borradores comentados por los abogados de las partes para examinar la evolución que la cláusula en disputa tuvo en el proceso de elaboración del contrato final, así como cualquier otra circunstancia que pueda considerarse relevante. En ocasiones, pues, repasar el proceso de formación del consentimiento podrá resultar útil y esclarecedor, pero no siempre.

Piénsese, por ejemplo, en una cláusula de ajuste de precio pactada en una compraventa de activos para el caso en que surjan contingencias no detecta-

¹⁶ He usado las expresiones en inglés, porque son comunes en la literatura sobre el papel de los abogados. Algunos críticos miran a los abogados como *dealbreakers*, esto es, como profesionales que ponen, más bien, trabas a la realización de los negocios de sus clientes; otros, en cambio, los miran como *dealmakers*, esto es, como profesionales que facilitan la materialización de los negocios de sus clientes.

das en el proceso de *due diligence* legal, financiero y contable que precedió a la celebración del contrato. Una buena cláusula de ajuste de precio debiera, en lo posible, enumerar el tipo de contingencias eventuales que serán admitidas, así como los montos en que puede variar el precio acordado si alguna o algunas de tales contingencias se verifican. Aunque la cláusula de ajuste de precio sea precisa e, incluso, contemple ejemplos y exclusiones, siempre será posible, con buenos argumentos, sostener que una contingencia no prevista en el listado, en rigor califica como tal o, aun, podrá sostenerse que, aunque la contingencia no está contemplada en la cláusula, de haberse conocido su entidad, en condiciones normales, las partes la habrían incluido y, por consiguiente, debería entenderse que se incluye en el contrato por razones de equidad. ¿Qué debiera hacer el intérprete en casos como éste?

En mi opinión, el juez llamado a resolver el desacuerdo debe trascender tanto el texto de la cláusula como la presunta voluntad de las partes respecto del punto en disputa; debe mirar el negocio en sí mismo y ponderarlo en abstracto; debe, para decirlo de otro modo, castigar la impericia de los negociadores y de los redactores del contrato, impidiendo que ninguna de las partes obtenga un provecho o ventaja interpretando la cláusula del modo que mejor conviene a sus intereses.

La contratación sofisticada otorga a las partes en el proceso de formación del consentimiento suficientes oportunidades para que, con una estrategia adecuada, compitan por posiciones ventajosas en la protección de sus propios intereses. Los abogados y los otros asesores de las partes han tenido la oportunidad de plantear todas las cuestiones que estimaron relevantes y tuvieron la posibilidad de innovar, agregar valor, y capturar lo acordado en un contrato final debidamente dialogado. Si ha pesar de todo ese proceso, aún perviven incertidumbres que dan origen a eventuales conflictos, las partes deberán atenerse a lo que un juez árbitro —que debiera poseer los conocimientos propios del mundo de los negocios— considere como apropiado para el negocio en cuestión.

La expresión “apropiado para el negocio en cuestión” implica que el juez debe situarse, en un ejercicio hipotético, como si fuera el administrador del negocio de que se trata y para el asunto específico sometido a su decisión.

Si la decisión del juez no resulta del todo satisfactoria para una o ambas partes, éstas deberán traspasar los daños sufridos a sus abogados y asesores financieros, según sea el caso, y siempre que pueda imputárseles negligencia. En negocios de millones de dólares, en que participan asesores que cobran suculentos y merecidos honorarios (acordes a la responsabilidad que asumen), no es admisible tolerar que un problema de interpretación tenga su origen en un trabajo mal hecho. En este contexto, para determinar la responsabilidad de los asesores, deberá revisarse cuidadosamente el proceso de formación del consentimiento en el que éstos han representado un papel preponderante.

En suma, la propuesta que presento a discusión es la siguiente:

1. Toda vez que surja un problema de interpretación respecto de un contrato que ha sido el resultado de un proceso de contratación sofisticada, el juez debe, en primer lugar, buscar una solución en el proceso de formación del consentimiento. Si esa búsqueda es infructuosa, entonces debe decidir el asunto actuando como administrador del negocio sobre el que la decisión afecta, solucionando el asunto debatido por la vía de alinear la decisión que adopte con los objetivos más generales del negocio y
2. Si la disputa tuvo su origen en la negligencia de los asesores, las partes podrán perseguir la responsabilidad civil que sea procedente.

Esta propuesta, si bien puede aumentar los costos de transacción asociados a la contratación y al contrato, obliga a los asesores a emplear todos sus recursos en ejecutar un trabajo de excelencia, lo que incluye una creación de valor en términos tales que sus honorarios profesionales no supongan “una disminución de la torta a repartir”, sino que, por el contrario, la hagan crecer en una proporción tal que justifique su intervención.

Dicho en términos más sencillos: el valor del negocio proyectado por las partes no debe disminuir por la participación de sus asesores. Si se produce una disminución, es porque tales asesores no han hecho bien su trabajo. Y si disminuye todavía más por un problema de interpretación, acreditada la negligencia correspondiente, los asesores deberán responder.

En cierto sentido, los asesores no tienen una obligación de medio, sino que una obligación de resultado en cuanto al producto de la contratación se refiere.