

Análisis económico de la buena fe en el derecho de contratos

DANIEL ALEJANDRO MONROY CELY¹
daniel.monroy@uexternado.edu.co

RESUMEN

El presente artículo constituye un aporte a la discusión relativa de cómo los postulados básicos del AED pueden alinearse y robustecer consistentemente algunas de las instituciones más tradicionales del derecho, en este caso, el principio de buena fe como norma de comportamiento en los escenarios contractuales. Para ello, el artículo desarrolla, por un lado, una aproximación de algunas de las funciones básicas del AED en el derecho de contratos, basadas principalmente en los criterios de racionalidad individual y eficiencia; y por otro lado, se efectúa una breve exposición desde la perspectiva jurídica tradicional en relación con el principio de buena fe en materia de contratos. Lo anterior es utilizado para argumentar finalmente, cómo se puede integrar consistentemente la visión propia del AED, sus postulados de eficiencia y racionalidad individual, con otros principios jurídicos, que como la buena fe, aparentemente son más cercanos a las nociones de justicia (propias del derecho tradicional) y que tenderían a excluir—aparentemente—los postulados del AED resaltados.

Palabras claves: Análisis económico del derecho, principio de buena fe contractual, funciones del derecho de contratos, racionalidad individual, criterio de eficiencia.

ABSTRACT

The following article is a contribution to the discussion about how the basic postulates of the Economic Analysis of Law can be aligned and thus, how such an alignment can consistently strengthen some of the most traditional institutions of the Law, particularly, the principle of good faith as a rule of behavior in contract scenarios. To that end, the article develops, on one side, an approximation to some of the basic functions of the Economic Analysis within the contract law, based principally on the criteria of individual rationality and efficiency; and on the other side, a brief exposition related with the principle of good faith in contract issues. The preceding idea is used as a basis to finally argue how the proper view of the Economic Analysis of Law, mainly its efficiency and individual rationality postulates, can consistently be integrated with other principles of law, such as good faith,

which is apparently closer to the notions of justice (proper of traditional law) and that would tend to exclude, supposedly, the Economic Analysis of Law postulates highlighted before.

Keywords: Economic Analysis of contract law, Law and economics, principle of good faith in contract law, functions of contract law, Individual rationality, Efficiency Criteria.

JEL: D86, K00, K12.

I. INTRODUCCIÓN

Quienes defienden la corriente del Análisis Económico del Derecho (en adelante AED), tienden a considerar que una de las áreas en las cuales los economistas y juristas tendrían, supuestamente, menores discrepancias sería precisamente el área del derecho de contratos, especialmente cuando estos últimos son celebrados entre privados. Al respecto RUBIO (2007, p. 260), indica que aún los más críticos del criterio de eficiencia como parte de los objetivos del derecho, aceptan que en aquellas ramas interesadas en el entorno de los mercados, dentro de las que se incluye el derecho contratos, la promoción de la acumulación y maximización de la riqueza es el **criterio más importante a tener en cuenta por el mismo derecho**.

Respecto de ésta primera idea planteada, consideramos –lastimosamente– que la misma está aún lejos de ser totalmente cierta y que de hecho, los juristas tradicionales no aceptan pacíficamente que el AED impregne de tal manera el derecho, ni siquiera en lo que se refiere al área de los contratos. En efecto, mientras los defensores del AED defienden recurrentemente una serie de funciones del derecho de contratos

que en mayor o menor medida devienen de postulados relacionados exclusivamente con la racionalidad individual maximizadora y/o la eficiencia, para los juristas tradicionales, dichas funciones, aunque las perciban como lógicas y relevantes, les otorgan una importancia relativa e incluso, accesoria. Suficiente indicar, a manera de ejemplo, que a partir de la promulgación de la Constitución Política, la jurisprudencia de este tribunal ha subrayado la función social que le asiste a los contratos (incluso aquellos celebrados entre privados), de una manera tal que no sería fácilmente aceptable desde la óptica del AED. Al respecto, en reciente pronunciamiento de la Corte Constitucional, se señaló particularmente respecto de la función de los contratos en el país que:

“En la actualidad, los contratos entre particulares están regidos por principios que si bien no desconocen sus fundamentos en la autonomía privada y en la intención de satisfacer los intereses de las partes, trascienden a ellos **y se perciben también como instrumentos destinados a cumplir una función social**.

(...)

Derivado de lo anterior, las libertades económicas que son ejercidas para el tráfico de bienes y servicios, esto es, de los derechos e intereses destinados a consolidar posiciones jurídicas de propiedad, **incorporan dentro de su estructura la función social** (C.P., art. 333), como regulación de unos efectos que siempre están llamadas a producir: impacto externo, impacto sobre terceros, externalidades. Tal es su vocación, su intención, su espacio, por ser facultas agendi y por operar en el mercado.

En lo que hace a la empresa y dentro de ella, a la libertad de contratación con fines lucrativos, la ley está por consiguiente llamada a delimitar jurídicamente estas libertades y por tanto sus efectos, con la intervención sobre todo el ciclo de la actividad económica productiva (C.P., art. 334), por razones de interés social, ambiental, del patrimonio cultural (C.P., art. 333 in fine), entre otros. Protege adicionalmente el correcto ejercicio de la libre iniciativa y actividad económica, así como los derechos adquiridos con justo título, al mismo tiempo que sanciona el abuso, la irresponsabilidad, el incumplimiento de las obligaciones y deberes constitucionales y legales de quien ejerce tales derechos de libertad (C.P., arts. 58 y 333).

(...)

Esta dimensión social de los contratos, determina que tanto en su celebración como en su ejecución, la procura de los beneficios económicos deba en todo caso ser compatible con los beneficios sociales esperados, en términos de creación de empleo, de satisfacción de necesidades humanas, mejora de las condiciones de vida, protección de los recursos naturales. Todo lo anterior impone de los contratantes "comportamientos honestos y leales", o una suerte de ética contractual colectiva en beneficio de todos, que permita lograr la satisfacción de los propósitos que animaron la suscripción del contrato para las partes, así como el respeto de los derechos ajenos (C.P., art. 95, 1º), el cumplimiento de la función social (C.P., arts. 58 y 333) y la realización de un orden económico justo (preámbulo)². (Negritas y subrayas fuera de texto)

Conforme la jurisprudencia citada, se podría deducir que los contratos, al margen de aceptarse su evidente función como mecanismo para satisfacer intereses de tipo individual, se encuentran atados a una serie de principios u objetivos tales como "el cumplimiento de una función social" principalmente, y "la realización de un orden económico justo", que supondrían una reducida o nula relación con el criterio de eficiencia base del AED.

Si se considera que el principio del "cumplimiento de la función social" de los contratos, podría contradecir los criterios base del AED, entonces los juristas podrían argumentar –con razón– que aún en los escenarios contractuales, la eficiencia y la satisfacción de intereses individuales son importantes, pero no tanto como para superar el objetivo constitucional señalado; por tanto, aquellos criterios cumplirían una mera función accesorias que, sin pretender descártalos, deben ser relativizados. Al respecto, consideramos firmemente, que enunciar este tipo de argumentos, demuestran una "errada" visión de los juristas de lo que realmente es el AED.

En efecto, el enfoque económico de las instituciones jurídicas constituye un potencial enriquecedor más que un contradictor de las nociones que tradicionalmente se han discutido al interior del derecho³. Simplemente tomando como ejemplo la jurisprudencia constitucional citada, se observa que, al desarrollarse el principio de la "función social" de los contratos se hace una expresa alusión a las denominadas "externalidades", las cuales constituyen una típica y muy relevante falla de los mercados, respecto de las cuales, las alusiones explícitas por parte de la doctrina y jurisprudencia tradicional, son –lastimosamente– muy escasas⁴. En este caso, como en muchos otros, el arsenal

argumentativo de la economía, tiene todavía, mucho por aportar y para enriquecer la discusión jurídica tradicional.

No es el objetivo del presente artículo profundizar en la estrecha vinculación que se puede percibir entre la función social de los contratos y las externalidades (lo cual puede ser extensible al derecho de propiedad, de acuerdo a lo establecido en el art. 58 de la C.N.), y como al respecto, las herramientas de tipo económico pueden ser de gran utilidad. Lo que pretendemos en este artículo, es concentrarnos en otro aspecto que aparece también resaltado en el pronunciamiento jurisprudencial ya citado, referido específicamente al comportamiento esperado de los individuos al interior del contrato (cuestión diferente al problema de externalidades), determinado o no por el diseño normativo que rige las relaciones contractuales.

Cuando el fallo judicial citado, exige de quienes intervienen en los contratos una suerte de "*comportamientos honestos y leales, o una suerte de ética contractual colectiva en beneficio de todos*", ello, bien podría considerarse como una contradicción, mucho más evidente, entre lo que se exige desde las perspectiva tradicional del derecho y el comportamiento racional maximizador individual que con tanta vehemencia se defiende desde el AED. Pero, así como acabamos de defender la estrecha vinculación existente entre la "función social" de los contratos y las externalidades, y como los juristas pueden fortalecer —mas no reemplazar— sus argumentos con ideas propias de la perspectiva económica en este punto, lo que debemos preguntarnos, para efectos del presente artículo, es si los argumentos de tipo económico también pueden reconfirmar dicha exigencia de comportarse de manera leal, honesta y ética en los con-

tratos, y al mismo tiempo alinearse con los criterios básicos del AED.

Ahora, no pretendemos en este trabajo efectuar una aproximación exhaustiva en lo relativo a la lealtad, la honestidad u otros valores o principios de similar naturaleza que se encuentran tan supremamente arraigados a los individuos y que en mayor o menor medida recoge el derecho tradicional. Nuestro objetivo se centrará en un aspecto puntual estrechamente ligado a dichos valores, que no los excluye, pero respecto del cual, existen importantes desarrollos en la doctrina jurídica tradicional. Dicho aspecto particular es la exigencia de la "buena fe" como una de las reglas básicas de comportamiento que subyace a las conductas de los contratantes. Lo anterior es utilizado como base para argumentar, basándonos en las herramientas propias del AED, cómo éste enfoque tiende a robustecer más que descartar dicha exigencia.

Para demostrar nuestra hipótesis, el artículo se encuentra dividido en cinco secciones incluyendo ésta introducción. En la segunda parte efectuaremos una aproximación general a algunas de las funciones del derecho de contratos que se postulan desde la perspectiva del AED tradicional⁵, especialmente la función relacionada con la "interpolación de términos eficientes"; al respecto, describiremos en qué consiste dicha función, y basados en la racionalidad individual, argumentaremos porqué los contratantes tenderían a preferir que las soluciones jurídicas propendan por la eficiencia, por la maximización individual, antes que por la justicia; y por tanto, preguntarnos si el derecho debería insistir en interpolar términos contractuales como la buena fe que son —supuestamente— mucho más cercanos a la noción de justicia que al de eficiencia. En

la tercera parte conceptualizaremos, a partir del enfoque jurídico tradicional⁶, lo relativo al principio de buena fe, concentrándonos especialmente en el área de contratos; al respecto, destacaremos su estrecha vinculación con otros conceptos que se subsumen dentro de aquel, particularmente, los relativos al deber de lealtad y la confianza entre contratantes; resaltaremos igualmente, la función del principio de buena fe como norma y como presunción de comportamiento de los individuos en los escenarios contractuales. En la cuarta parte, partiendo de las ideas indicadas en las dos secciones anteriores, expondremos tres razones independientes que nos permitirían soportar firmemente la integración de la función del derecho de contratos referente a la "interpolación de términos eficientes", con el principio de buena fe, y cómo éste último, puede alinearse consistentemente con el presupuesto de racionalidad individual propio del AED. En la última parte, realizando la estrecha vinculación que se puede dar entre los principios básicos del derecho y los postulados del AED, concluiremos con una reflexión relativa al lenguaje que desde las dos visiones reseñadas en el artículo, se utiliza en relación al comportamiento humano, para en últimas, efectuar un par de recomendaciones sobre lo que podría aportar el AED al discurso de los juristas tradicionales, por un lado, y por el otro, indicar qué deberían hacer los defensores del AED, para que su perspectiva fuese más adaptable a dicha visión tradicional del derecho.

II. FUNCIONES DEL DERECHO DE CONTRATOS: LA PERSPECTIVA DEL AED.

COOTER y ULEN (1998, p. 241) resaltan como una de las funciones básicas del de-

recho de contratos, entre otras, la de "[minimizar] los costos de transacción de la negociación contractual mediante la provisión de términos de omisión eficientes"⁷. De manera análoga, POSNER (2007, p. 169) resalta como función del derecho de contratos, también entre otras, la relacionada con la "interpolación de términos eficientes"⁸.

Así mismo, los primeros autores resaltan como una función adicional del derecho de contratos, la relacionada con "... asegurar una confianza óptima"⁹. Ésta última, basada también en el criterio de eficiencia, la dejaremos simplemente planteada por ahora, y la describiremos en detalle en la cuarta parte del presente artículo; En este momento, nos limitaremos a describir las funciones comunes indicadas en el párrafo anterior.

En lo que relativo a la función resaltada por COOTER y ULEN (1998, p. 241) y la función de interpolación de términos eficientes en los contratos indicada por POSNER (2007, p. 169), éstas son descritas por dichos autores de manera muy similar. En efecto, 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; en este sentido, "... las dos partes de un contrato pueden beneficiarse cuando los legisladores remplazan términos de omisión ineficientes por términos de omisión eficientes"¹⁰.

Qué términos se deben hacer explícitos en el contrato y cuáles no, constituye una

disyuntiva a la cual se enfrentan recurrentemente los contratantes. Por un lado implica establecer por las partes, los costos y los beneficios esperados que reporta incluir explícitamente determinados términos contractuales mas allá de los elementos esenciales del contrato en sí¹¹; en caso que dichos costos superen a los beneficios, las partes –racionalmente– deberían dejar una laguna en el contrato, evento en el cual, considerarían que les resulta más barato permitir que la ley o el juez llenen dicho vacío; en caso contrario, llenaran la laguna incurriendo en los costos asociados a la inclusión explícita de la respectiva cláusula. Lo relevante para nuestros efectos, es que en la primera o en la segunda situación, cualquier decisión implica costos y por tanto, el contenido de ésta dependerá de en qué opción las partes maximizan sus niveles de utilidad o de beneficio según sea el caso, lo anterior, de acuerdo al criterio de racionalidad propio del AED.

Cuando las partes deciden pactar explícitamente un término contractual, o deciden dejar una laguna contractual, adquiere una elemental relevancia –al menos en éste último caso– las soluciones que a partir de la ley o del juez existan para llenar dicha laguna¹²; por ésta misma circunstancia, resulta relevante dilucidar los criterios con los cuales el derecho suele llenar dichos vacíos contractuales. Al respecto, tal como lo hemos indicado someramente en párrafos anteriores, el principal criterio –desde la perspectiva del AED tradicional– lo constituye precisamente eficiencia¹³, sin embargo, si bien en la toma de decisiones de los contratantes subyace naturalmente una lógica económica maximizadora, ésta es difícilmente trasladable a la ley o al juez. POSNER (2007, p. 165) explica ésta situación en los siguientes términos: “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”*¹⁴. De manera que, el solo hecho que la ley o la actuación del juez, no sea contemplada por los contratantes como una opción soportada necesariamente en criterios de eficiencia hace que éstos sean más propensos a incluir mayor cantidad de términos explícitos, anticipándose a modificar las normas que por defecto, están predefinidas por el derecho.

Lo que acabamos de indicar constituye un indicio de que los contratantes, antes que procurar que el derecho predefina soluciones justas o equitativas respecto de los asuntos contractuales, (sin pretender tampoco que este tipo de opciones sean despreciables), lo que buscan es que las soluciones propendan por maximizar sus intereses individuales, sobre cualquier otra consideración. De hecho, desde la perspectiva del AED, autores como BARCÍA LEHMAN (2004, p. 133) defienden consistentemente tres razones por las cuales el logro de objetivos de justicia distributiva, no es un objetivo adecuado (en ocasiones incluso es negativo) en el derecho de contratos, dichas razones son:

1. El derecho opera a través de expectativas normativas, mientras los contratos operan a través de expectativas fácticas, que son dadas por las reacciones de los individuos respecto de la norma: Así por ejemplo, el Estado puede considerar adecuado o justo, que los productores ofrezcan en el mercado bienes con cierto nivel de calidad mínima¹⁵ como una alternativa para proteger a los consumidores de posibles abusos (la expectativa normativa); pero este tipo de normas,

cuando son aplicadas en la realidad, pueden llevar a un incremento de los precios por parte de los productores para poder cumplir con los parámetros de calidad establecidos en las normas (la expectativa fáctica), con lo cual, el objetivo inicial de la protección de los consumidores se ve afectado negativamente por el incremento de los precios¹⁶.

2. La intervención regulatoria en los contratos por razones de justicia distributiva, suele fundamentarse en producir una reasignación de recursos de ricos hacía pobres; sin embargo, en materia de contratos, en ocasiones, no es fácil detectar *ex-ante* quién es el rico y quien es el pobre, o en términos más generales, quién es fuerte y quien es débil: Así por ejemplo, el artículo 1614 del Código Civil colombiano establece como regla de interpretación supletoria de los contratos, que en caso de cláusulas ambiguas, éstas se deben interpretar a favor del deudor, suponiendo eventualmente que en estos casos, el deudor es la parte débil (pobre), mientras el acreedor es la parte fuerte (rica), pero obviamente en la realidad, ello no es necesariamente así.
3. El regular un contrato en específico por razones de justicia distributiva y no otro, puede llevar a desincentivar la actividad económica relativa al contrato regulado e incentivar a los individuos (*v.g.* compradores y vendedores) a invertir en la realización de contratos no regulados, lo cual, según el mismo BARCÍA LEHMAN (2004, p. 133), desdibuja el objetivo distributivo original y además, podría reducir los niveles de riqueza de la sociedad en general, lo cual es negativo.

No es difícil advertir en los tres casos citados, como los criterios de justicia o equidad, que pueden estar sustentando las normas jurídicas en materia contractual, se debilitan profundamente en la realidad al tener que lidiar con la "poderosa" racionalidad maximizadora de los individuos. Una respuesta apresurada a esta cuestión podría llevarnos a considerar que definitivamente debería abandonarse –al menos en materia de contratos– dichos criterios tan arraigados en el derecho y remplazarlos por el "imperioso" criterio de eficiencia propio de la economía (y por tanto del AED). En este sentido, para ser congruentes con la función del derecho de contratos resaltada anteriormente, relativa a la "interpolación de términos eficientes", y en alusión a lo indicado en la parte introductoria de este artículo, no debería relativizarse en lo absoluto ni darle un mero papel accesorio al criterio de eficiencia, cuando el derecho y/o los jueces incorporan cláusulas omitidas por los individuos en materia contractual; pero, si el enfoque del AED nos lleva a considerar que esto debería ser así, entonces deberíamos cuestionarnos si en efecto, ¿El derecho debería insistir en interpolar en los contratos términos como la "buena fe" que, en esencia, son mucho más cercanos a la noción de justicia, que a la noción de eficiencia?, o es que quizás, ¿el principio de "buena fe" puede ser congruente con dicho criterio de eficiencia? Si la respuesta a ésta última cuestión es afirmativa, entonces en este caso, de manera similar a como lo argumentamos en la primera parte de este artículo, el derecho tradicional se vería enriquecido mas no aminorado por la incidencia del AED. Para construir una respuesta contundente respecto de ésta cuestión, consideramos

pertinente esbozar el contenido de dicho principio de "buena fe" desde la perspectiva del derecho tradicional, particularmente, entender su funcionalidad como una norma de comportamiento implícita, un término de omisión, si se quiere denominar, que se interpola en las cláusulas contractuales, adicionalmente, resulta pertinente entender la conducta de "buena fe" no como exigencia sino como "suposición" de la forma como se comportan los individuos.

Antes de finalizar esta segunda sección, nos parece oportuno hacer una ligera aproximación al supuesto de racionalidad individual que soporta el AED. Al respecto RUBIO (2007, pp. 45 y 46) señala que:

"... el principal instrumento del AED es el modelo de elección racional (ER), el llamado Homo economicus. (...) De manera general, se supone que el individuo es egoísta, que el contenido de las preferencias está determinado por su propio interés y que su bienestar es independiente del de los demás. Sobre las creencias, se plantea que son internamente consistentes, que tienen en cuenta las leyes de la probabilidad y que reúnen toda la información disponible acerca de los medios alternativos para alcanzar ciertos fines"¹⁷.

Esta cita es relevante en atención a que la racionalidad individual, tal y como la describe mayoritariamente los economistas neoclásicos, constituye una "suposición" más que una "exigencia" o una norma de comportamiento impuesta a los individuos, lo cual, habremos de contrastar con la eventual "suposición" y regla de comportamiento individual, que dicta el postulado de buena fe.

III. EL CONCEPTO DE LA BUENA FE EN LOS CONTRATOS: EL ENFOQUE TRADICIONAL

Cuando indicamos en la parte introductoria de éste artículo que la buena fe, constituía un elemento puntual, dentro de una serie de principios como la lealtad, honestidad, que se supone, deberían subyacer el comportamiento de los individuos en materia contractual, no lo hicimos con la intención de reducir el alcance de nuestro análisis a un campo específico del derecho de contratos, contrario a ello, y tal como lo defiende BIANCA (2007, p. 524), la buena fe es "... uno de los puntos cardinales de la disciplina legal de las obligaciones"¹⁸, por tanto, cualquier aproximación que se haga sobre este particular principio puede afectar profundamente la forma como entendemos el derecho de contratos.

En términos generales y de acuerdo a lo expuesto elocuentemente por BÉNABENT (2007, p. 147), la buena fe es un término de tan alta importancia para el derecho tradicional que incluso podría llegar a superarlo y que evoca cualidades básicas del ser humano tales como: "... la *fides*, la confianza entre individuos, que, en verdad, haría inútil el derecho si se ejerciera en su máxima expresión"¹⁹. Agrega el autor citado que en general, dicho término tiene al menos tres sentidos esenciales; en primer lugar designa la *ignorancia* de un obstáculo o de un vicio; en segundo lugar designa "la mala suerte "no fraudulenta" del deudor desafortunado en los negocios a quien, por tal motivo, se le ofrecen ciertas indulgencias"²⁰; en tercera instancia y especialmente en lo que tiene que ver con el derecho de contratos, se indica que, la buena fe se ha convertido en una "norma de comportamiento". Éste último sentido

resaltado por BÉNABENT es el que, —al igual que para él y sin descartar obviamente los otros dos significados— nos interesa más para nuestros efectos.

A su turno, para BETTI (1969), el concepto de la buena fe contractual se puede entender en los siguientes términos:

“...La buena fe se podría caracterizar como un **criterio de conducta** que se funda sobre la fidelidad del vínculo contractual y sobre el compromiso de satisfacer la legítima expectativa de la otra parte: un compromiso en poner todos los recursos propios al servicio del interés de la otra parte en la medida exigida por el tipo de relación obligatoria de que se trate; compromiso en satisfacer íntegramente el interés de la parte acreedora de la prestación”²¹ (negrilla fuera de texto)

Finalmente, autores como BIANCA (2007, pp. 443-446), resaltan también la importancia del principio de buena fe como una regla de conducta en los contratos, indicándose particularmente que éste no tiene un contenido preestablecido²², “... sino que es un principio de solidaridad contractual que se especifica en dos aspectos fundamentales, el de la salvaguarda (hacer lo posible para proteger el interés de la contraparte dentro de los límites de un sacrificio apreciable), y el de la lealtad”²³. Particularmente, en lo que corresponde a la interpretación de los contratos, la buena fe tiene importancia en lo relativo al segundo aspecto resaltado (la lealtad), lo cual, impone a los contratantes: “a. No suscitar una confianza falsa; b. No especular con esa falsa confianza, y además, c. No desconocer la confianza razonable generada en la contraparte”²⁴. En lo que se refiere al último literal referido a la lealtad, el autor agrega que, “La confianza razonable de una parte se determina según lo que la otra parte haya hecho entender, por medio de las de-

claraciones y el comportamiento propios, valorados según parámetros de diligencia normal”²⁵.

De manera que, para nuestros efectos, uno de los aspectos fundamentales de la buena fe en lo relativo a la interpretación de los contratos es la obligación de lealtad; dentro de esta última se incluye la exigencia de no desconocer la confianza razonable generada en la contraparte, y para determinar dicha razonabilidad se hace uso de parámetros de diligencia normal. Finaliza el autor referenciando que dicha diligencia normal “... es la diligencia media y puede exigir de las partes cierta pericia [la cual] está ligada a una cierta experiencia comercial, de donde el sujeto tiene la carga, más intensa, de entender declaraciones según el significado técnico, que ellas asumen en el mundo de los negocios”²⁶.

Adicionalmente, en relación con la buena fe como fuente de integración del contrato, el mismo BIANCA (2007, p. 522) resalta que ésta puede prevalecer incluso sobre las disposiciones contractuales explícitas, situación que se deriva de su valor como precepto de orden público. “La buena fe representa así uno de los principios basilares de nuestro ordenamiento social, y el fundamento ético que se le reconoce encuentra correspondencia en la idea de una moral social activa que se pone más allá de los confines tradicionales de las buenas costumbres”²⁷ (negrilla fuera de texto). Después de resaltarse la imposibilidad de dotar a la buena fe de un contenido preestablecido²⁸ y de reseñarse la dificultad para entenderse a nivel jurisprudencial el significado y el alcance de dicho principio²⁹, el profesor señala que la exigencia de encontrar una noción de buena fe que tenga un “valor real práctico” ha llevado a la doctrina a limitar el concepto de este principio en materia de obligaciones, “... para traducirlo en términos de lealtad que impone entre los partícipes de una relación

*determinada, y que se especifica como respeto de la confianza recíproca depositada*³⁰. (negrilla fuera de texto).

Para el caso de nuestro país, el principio de buena fe impregna prácticamente cualquier campo del derecho; si bien éste ya se encontraba inmerso en el ordenamiento jurídico incluso desde la promulgación del Código Civil³¹, solamente con la actual Constitución es que éste postulado adquiere una naturaleza superior, tal como lo ha indicado la Corte Constitucional:

“... la buena fe ha pasado de ser un principio general del derecho para convertirse en un postulado constitucional (C.P., art. 83). Este trascendental principio exige de los particulares y de las autoridades ceñirse en sus actuaciones a una conducta honesta, leal y acorde con el comportamiento que puede esperarse de una persona correcta (“vir bonus”). La buena fe supone la existencia de una relación entre personas y se refiere fundamentalmente a la confianza, seguridad y credibilidad que otorga la palabra dada³². (Negrilla y subrayas fuera de texto)

El artículo 83 Superior referenciado³³, está concebido de tal manera que exige tanto de los particulares como del mismo Estado cierto tipo de comportamiento que deben imperar en todas y cada una de las relaciones jurídicas. En efecto, dejando de lado la exigencia impuesta en relación con las actuaciones de la administración (lo cual no es objeto del presente trabajo), la misma Corte, al pronunciarse sobre el contenido de la norma indicada expresó que:

“El principio de la buena fe se erige en arco toral de las instituciones colombianas dado el especial énfasis que en esta materia introdujo

la Carta del 91, a tal punto que las relaciones jurídicas que surjan a su amparo no podrán partir de supuestos que lo desconozcan.

En el diario acontecer de la actividad privada, **las personas que negocian entre sí suponen ciertas premisas, entre las cuales está precisamente el postulado que se enuncia**, pues pensar desde el comienzo en la mala fe del otro sería dar vida a una relación viciada³⁴. (Negrilla fuera de texto)

De una manera, un poco más precisa, la jurisprudencia arbitral en Colombia, tomando como base lo establecido por Larenz (1958), ha entendido el mismo principio de buena fe en materia de contratos, en el siguiente sentido:

“El principio de la buena fe desarrolla su fuerza en una triple dirección: a) en primer lugar, se dirige al deudor, con el **mandato de cumplir su obligación, ateniéndose no sólo a la letra, sino también al espíritu de la relación obligatoria correspondiente y en la forma en que el acreedor pueda razonablemente esperar de él**; b) en segundo lugar, se dirige al acreedor, con el **mandato de ejercitar el derecho que le corresponde, actuando según la confianza depositada por la otra parte y la consideración altruista que esta parte pueda pretender según la clase de vinculación especial existente**, y c) en tercer lugar, se dirige a todos los participantes de la relación jurídica en cuestión, con el **mandato de conducirse como corresponda en general al sentido y finalidad de esta especial vinculación y a una conciencia honrada**³⁵. (negrilla fuera de texto)

De las citas doctrinarias y jurisprudenciales que acabamos de señalar, tres son los aspectos

tos que estimamos relevantes para nuestros efectos; primero, la función de la buena fe como una regla que exhorta, que exige cierto tipo de comportamiento por parte de las partes en la vida del contrato, y que de hecho se incorpora como una cláusula contractual sin importar que las partes lo establezcan explícitamente o no; segundo, nos interesa la buena fe, como "suposición" de comportamiento de los contratantes determinada o no por la exigencia normativa de la misma³⁶, y tercero, la alusión explícita a la "confianza" entre las partes en el contrato como parte fundamental del concepto de la buena fe. Respecto de éste último punto y retomando lo indicado particularmente por BIANCA (2007), parece imposible poder hablar de buena fe en materia contractual sin desprenderla del deber de lealtad y la confianza recíproca entre las partes, conceptos que en mayor o menor medida dotan a aquella de algún tipo de contenido³⁷ y que de hecho, sin ellos, muy poco quedaría de la buena fe. Esta idea es muy importante para nuestros efectos, pues constituye, aunque aún no sea evidente, uno de los puentes que nos llevará a hilar consistentemente la presente perspectiva tradicional del derecho con los postulados propios del AED.

Antes de proseguir a la siguiente parte de este artículo, estimamos pertinente resaltar que, al finalizar la sección anterior indicamos que el principal instrumento sobre el que está construido el AED, lo constituye precisamente el modelo de la elección racional, el cual en efecto, no está soportado en ningún tipo de exigencia normativa, como si sucede con el comportamiento de buena fe. Al parecer, mientras la conducta racional maximizadora obedece a la misma naturaleza humana, la conducta de buena fe (particularmente en materia de contratos)

obedece a una regla, una exigencia impuesta por el ordenamiento jurídico más que a la naturaleza misma de los individuos³⁸, lo cual puede llevarnos a casos, en los cuales, mientras la racionalidad económica nos impulsa hacia un extremo, el actuar de buena fe nos impulsa hacia otro, en la sección que sigue, trataremos de integrar ésta particular contradicción.

IV. RACIONALIDAD ECONÓMICA, EFICIENCIA Y BUENA FE CONTRACTUAL: ¿CONCEPTOS DE DIFÍCIL INTEGRACIÓN?

Con base en lo planteado hasta este momento, en esta sección trataremos de responder a dos importantes cuestiones, por un lado, entender cómo se integra la función del derecho de contratos propia del AED referente a la "interpolación de términos eficientes en los contratos" y la "interpolación del principio de buena fe en los contratos"; y por otro lado, tratar de integrar, la suposición de la racionalidad maximizadora de los individuos y la exigencia de comportamiento de buena fe de los contratantes.

En la segunda parte de este trabajo indicamos que uno de los propósitos que debe perseguir el derecho de contratos desde la perspectiva del AED, es precisamente que aquel propugne por interpolar términos, cláusulas contractuales que creen mayores excedentes en beneficio de quienes participan activamente en el contrato, así si los términos por omisión (los establecidos en las normas) llenan las lagunas contractuales de manera eficiente, entonces ello puede, potencialmente, reducir los costos de transacción y por tanto, incrementar la utilidad o beneficio de las partes que participan activamente en el contrato.

Otra función del derecho de contratos, defendida particularmente por COOTER y ULEN (1998, p. 250) y que simplemente indicamos en la segunda parte es la relativa a "asegurar una confianza óptima entre los contratantes". No es difícil deducir que mientras la confianza excesiva puede llevar al individuo, en algunos casos, a actuar "negligentemente"³⁹; la confianza reducida, o la desconfianza, podría llevar a los individuos fatídicamente a no contratar, en cualquiera de los dos extremos habrá ineficiencia. Al margen de ello, para explicar concretamente a que se refieren los autores citados respecto de la "confianza", éstos proponen un singular ejemplo (p. 229) en el cual, un agricultor responde a un anuncio publicitario en el que se ofrece "un medio seguro para exterminar los saltamontes", enviando al ofertante el valor solicitado en el anuncio y a vuelta de correo aquel recibe dos bloques de madera con las instrucciones: "Coloque al saltamontes en el bloque A y aplástelo con el bloque B".

Los autores citados expresan —en nuestra opinión— de una manera mucho más clara y manejable para el derecho de contratos que, la confianza, "... es un cambio de posición del receptor de la promesa [acreedor] inducido por la promesa, el cual incrementa el valor del cumplimiento para el receptor de la promesa"⁴⁰. Para efectos del ejemplo reseñado en el párrafo anterior, indican que, "un medio seguro para exterminar los saltamontes" se torna mas valioso para el agricultor, si por ejemplo, éste construye un granero más grande para guardar las cosechas adicionales, pero para poder incrementar el valor de la prestación, el agricultor deberá necesariamente "confiar" en su contraparte. Empero, así como mayores niveles de confianza en el cumplimiento de las obligaciones por parte del deudor pueden incentivar al acreedor (el receptor de la

promesa) a realizar mayores inversiones en procura de incrementar sus excedentes, del mismo modo, el incremento en la confianza puede hacer más costoso para éste último el incumplimiento contractual; en este orden de ideas, COOTER y ULEN (1998, p. 250) indican que "Piénsese en la confianza depositada en una promesa como un juego que incrementa la ganancia derivada del cumplimiento y la pérdida derivada del incumplimiento"⁴¹.

No queremos extendernos demasiado en lo relacionado con la confianza desde la perspectiva del AED⁴²; lo que queremos resaltar es que una confianza baja en el cumplimiento de las obligaciones contractuales, reduce las pérdidas del acreedor en caso de incumplimiento, pero a su vez, reduce las ganancias en caso de cumplimiento; del mismo modo, un nivel de confianza alto por parte del acreedor, incrementa sus ganancias en caso de cumplimiento, y a su vez, incrementa las pérdidas en caso de incumplimiento. Teniendo en cuenta que de los dos extremos (exceso de confianza o déficit de confianza) pueden resultar efectos negativos, entonces el derecho de contratos debería crear los incentivos adecuados **para inducir la confianza óptima** (que ni es excesiva ni es reducida), lo cual es eficiente (COOTER y ULEN 1998, p. 250).

Teniendo en cuenta que en el evento de la confianza excesiva se incrementan las pérdidas para el acreedor en caso de incumplimiento del contrato, mientras en la confianza reducida se reducen las ganancias en caso de cumplimiento (y estos son los lados negativos de cada uno de los extremos); una manera adecuada para desincentivar la **confianza excesiva**, es precisamente interpolando términos contractuales que busquen compensar (pero no en exceso) al acreedor afectado por el incumplimiento "... solamente por las pérdidas

efectivas hasta un máximo igual a la pérdida derivada de la confianza óptima y requiriendo que [el acreedor] asuma todas las pérdidas adicionales causadas por la confianza excesiva"⁴³. Del mismo modo, una manera eficiente de desincentivar la **confianza reducida**, es interpolando términos contractuales que lleven al acreedor a comportarse de tal manera que no se abstenga de obtener las ganancias adicionales entre el nivel de confianza efectivamente desplegado y la confianza óptima; aparentemente, **ello se podría lograr adecuadamente, interpolando en los contratos la cláusula de comportamiento de buena fe**, o es que acaso, ¿habría otra mejor forma de hacerlo?

Supongamos por un instante, aunque suene irreal, que el derecho no exigiese de los contratantes un comportamiento de buena fe, sino que simplemente permitiese las conductas de "mala fe"⁴⁴, acaso en este evento, ¿Los individuos no responderían al incentivo normativo incrementando su desconfianza por los demás?, acabamos de decir que la desconfianza entre las partes puede llevarnos a la ineficiencia. Por otra parte, en este mismo caso ¿los contratantes no tenderían a incluir mayor cantidad de términos explícitos para controlar posibles comportamientos de "mala fe"?; recordemos que según la función primordial del derecho de contratos defendida por COOTER y ULEN (1998) relativa a la "minimización de los costos de transacción de la negociación contractual mediante la provisión de términos de omisión eficientes"⁴⁵, los contratantes se benefician cuando el derecho reemplaza términos contractuales ineficientes por términos de omisión eficientes⁴⁶; si el derecho permitiese la "mala fe" y dicha norma incentivara la inclusión de mayor número de términos explícitos en los contratos, entonces ello podría constituirse como un generador de costos de transacción, que

por elementales razones de eficiencia deberíamos tratar de controlar; optar por la regla contraria, la "buena fe", reduciría entonces eficientemente la cantidad de términos explícitos a considerar por las partes, así como los costos de transacción, o lo que es lo mismo, **la buena fe constituye en efecto, un término de omisión eficiente**.

Podemos concluir entonces que interpolar en los contratos el principio de buena fe, si es eficiente y además es concordante con el supuesto de racionalidad individual que defiende el AED; en primer lugar, porque permite graduar a un nivel óptimo, el nivel de confianza que las partes deben depositar en el cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones contractuales, lo que les permitiría maximizar en todos los casos, sus utilidades o beneficios esperados. En segundo lugar porque, la existencia del principio de buena fe en el derecho de contratos, puede incentivar a los individuos "desconfiados" a contratar, lo cual también les permitiría maximizar potencialmente sus intereses. Finalmente, porque la existencia del principio de buena fe reduce los costos de transacción y constituye al mismo tiempo, un término de omisión eficiente. En cualquiera de los casos enunciados, la decisión de los contratantes parte precisamente de la racionalidad individual.

4.1. Dos explicaciones alternativas

Consideramos que existe un par de explicaciones complementarias o alternativas que sin abandonar en lo absoluto los criterios básicos del AED, nos permiten también justificar consistentemente la necesidad de seguir defendiendo el principio de buena fe como "norma de comportamiento" en materia contractual.

Para efectos de la primera explicación alternativa, debemos resaltar que, según lo dicta la racionalidad individual, obtener una ventaja –permitida– de la contraparte en una situación contractual es generalmente, sino es que siempre, la única razón que lleva a realizar las transacciones; pero otra cuestión diferente sucede cuando lo que incentiva dicha racionalidad es a comportarse de manera “oportunista”, ésta última situación sugiere “obtener una ventaja de la contraparte, pero desprendiéndose de ciertos principios y convicciones”⁴⁷, lo cual es equivalente a actuar de “mala fe” –el antónimo natural de nuestro defendido principio de buena fe–⁴⁸. En este sentido lo ha entendido la jurisprudencia nacional, cuando al referirse particularmente sobre esta cuestión, indicó:

“En general, obra de mala fe quien pretende obtener ventajas o beneficios sin una suficiente dosis de probidad o pulcritud; vale decir, si se pretende obtener algo no autorizado por la buena costumbre. Desde luego, toda persona trata de obtener ventajas en sus transacciones. Pero quien pretende obtener tales ventajas obrando en sentido contrario a la buena costumbre, actúa de mala fe. El hombre de buena fe trata de obtener ventajas, pero éstas se encuentran autorizadas por la buena costumbre”⁴⁹. (Negrilla y subrayas fuera de texto)

Desde las perspectiva del AED, una de las funciones más importantes del derecho de contratos según POSNER (2007, p. 162), 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”⁵⁰. No es objetivo de este trabajo describir a

profundidad el contenido de dicha función del derecho de contratos⁵¹, es suficiente enunciar para nuestros efectos que, la racionalidad individual llevará a los contratantes a rechazar aquellos acuerdos en los que perciben que sus contrapartes se comportan de manera “oportunista” o de “mala fe”. El hecho que el derecho incorpore implícitamente en los contratos una serie de términos tales como la buena fe y/o la ausencia de dolo, ello desincentivaría precisamente dichos comportamientos oportunistas de las partes; por ello y con razón POSNER (2007, p. 163) indica basado en el criterio de racionalidad, que “Nadie se colocaría voluntariamente a merced de la otra parte, de modo que es razonable suponer que si las partes hubiesen pensado en la posibilidad de la mala fe la hubiesen prohibido expresamente”⁵².

Si la “mala fe” en las actuaciones contractuales puede entenderse –como acabamos de indicarlo– como un comportamiento “oportunista”, entonces disuadirlo a través del derecho es eficiente y maximiza los intereses individuales de las partes. Indudablemente actuar de manera oportunista no es una circunstancia que aparece como evidente para la contraparte, pues el éxito de la actuación de “mala fe” depende en buena medida de que ésta no sea probada o al menos detectada por el otro. Si el derecho no disuadiera la “mala fe”, entonces los individuos –partiendo de su racionalidad– tendrían claros incentivos para comportarse de esta manera; si se generalizase dicha conducta, las contrapartes –afectadas por los comportamientos de mala fe de sus pares– tendrían que invertir mayor cantidad de recursos para detectarla. Contrariamente, disuadir la “mala fe” puede evitar que se generalice éste comportamiento, lo que es equivalente a incentivar los comportamientos de “buena fe”, por lo que, los individuos

podrían invertir menores cantidades de recursos (menos costos) para detectar la "mala fe"⁵³, pues se presumiría normalmente el comportamiento contrario.

Finalmente, para efectos de la segunda explicación alternativa, debemos resaltar que cuando nos referimos en la sección tercera del presente artículo al contenido de la buena fe, indicamos en su momento, citando a BIANCA (2007) que éste concepto encierra a su vez el principio de solidaridad contractual⁵⁴. Ahora, si en términos muy generales la "solidaridad" se entiende como la "adhesión circunstancial a la causa o a la empresa de otros"⁵⁵, entonces una clara forma de ser solidario en el contrato es actuar en búsqueda de la maximización de las ganancias de todas las contrapartes que participan en el mismo; empero, al incrementarse éste tipo de ganancias en su conjunto, ello representa una mayor ganancia colectiva —una *torta* más grande si se quiere llamar— dentro de la cual, normalmente la porción de beneficios o utilidades individuales suele ser mayor. Obsérvese que en este caso aparentemente, en el derecho, el criterio de integración del contrato, no debe establecer necesariamente quién es la parte (*v.g.* acreedor o deudor) que debe salir triunfadora si se presenta una disputa legal, simplemente se debería decidir, dentro de un cúmulo de opciones, cuál de ellas maximiza las ganancias colectivas ¿caso esto no es eficiencia en el sentido de Pareto? Al respecto POSNER (2007, p. 165), indica que los tribunales deben lidiar permanentemente con el pensamiento económico de los contratantes y que éste es en efecto, **el mejor procedimiento para determinar cómo habrían actuado los mismos**. Inspirado en RONALD COASE, afirma que, los tribunales pueden emplear el interés mutuo de las partes en minimizar los costos

de cumplimiento como un mecanismo "... para completar un contrato según los lineamientos que las partes habrían aprobado en el momento de la celebración del contrato"⁵⁶.

En síntesis, y para finalizar esta sección, llegamos a la conclusión de que tampoco es cierto que la maximización individual excluya el comportamiento solidario entre los contratantes (componente del principio de buena fe), considerar lo contrario, según lo que acabamos de exponer, puede llevarnos peligrosamente a no maximizar ni los intereses individuales ni los colectivos, lo cual es ineficiente.

V. CONCLUSIONES

No pretendemos dedicar estas últimas líneas a presentar un resumen de las diversas conclusiones resaltadas en el texto, sino que, para efectos de reafirmar la estrecha vinculación que se puede deducir entre el principio de buena fe y los criterios básicos del AED, deseamos finalizar el presente artículo realzando una llamativa peculiaridad respecto de la forma, los términos, el lenguaje con que, sin intención alguna de nuestra parte, se suelen mostrar las argumentaciones en relación con el comportamiento racional maximizador como supuesto de la conducta de los individuos (el enfoque del AED), por un lado, y la norma de comportamiento relativa a la buena fe (el enfoque jurídico tradicional), por el otro.

Cuando el ilustre profesor BENABENT, participó en las Jornadas Colombianas de la Asociación Henri Capitant, realizadas en la Universidad Externado de Colombia, en las que el tema central fue "*El contrato: problemas actuales, evolución de cambios*", inició su discurso relacionado con la buena fe, de la siguiente manera:

"Ante todo quiero agradecer a los organizadores (...) por haber tenido además, (...) la elegancia de asignarme un tema que por su enunciado parece pertenecer al mundo de los sueños: ¿a quién no le gustaría hablar de la buena fe, sobre todo cuando la lectura del programa en español evoca inevitablemente para un francés la expresión "la bonne fée... el hada buena?"⁵⁷.

Esta particular introducción al discurso, anudada a los términos utilizados recurrentemente por los juristas para describir la buena fe —resaltados especialmente en la tercera parte del presente artículo— tales como: la lealtad, la honradez, las buenas costumbres, la solidaridad, la ética en el comportamiento, entre otros; conceptos éstos que tienden a engrandecer las virtudes propias del ser humano; pueden contrastarse dicientemente con la forma como los economistas suelen referirse al comportamiento racional maximizador, también propio del ser humano. Al respecto, MANKIWI (1998, p. 141) haciendo alusión al reconocido texto de ADAM SMITH de 1776 "*Una investigación sobre la naturaleza y causas de riqueza de las naciones*", cita un fragmento que varios economistas citan incluso de memoria:

"El hombre casi siempre tiene la ocasión de recibir la ayuda de sus semejantes, y es inútil que la espere de su benevolencia solamente. Es más probable que lo consiga si puede inclinar en su favor el egoísmo de ellos demostrándoles que les interesa hacer lo que él les pide (...) No es la benevolencia del carnicero, del cervecero o del panadero la que nos procura el alimento, sino la consideración de su propio interés (...).

Todo individuo... ni pretende promover el interés público ni sabe cuánto lo está promoviendo... **Lo único que busca es su propio provecho** y en éste, como en muchos otros casos, una mano invisible lo lleva a promover un fin que no entraba en sus intenciones. (...) Al buscar su propio interés, promueve el de la sociedad más eficazmente que si realmente no pretendiera promoverlo"⁵⁸.

Cuando uno compara lo indicado por BENABENT (2007) y lo indicado por SMITH (1776), no puede evitar preguntarse si en realidad se están refiriendo a la naturaleza de un mismo individuo ¿Cómo es posible que un mismo ser se comporte de manera leal, recta, justa, ética, solidaria y al mismo tiempo sea ese "odioso" ser que describe Smith? Una posible respuesta al respecto es que, ni la forma como los juristas tienden suponer o presumir (con razones consistentes) el comportamiento de los individuos es del todo correcta, porque, la racionalidad individual (egoísta), que también se puede suponer de la conducta de los individuos (con razones también consistentes) los llevan a tomar decisiones en un sentido contrario al principio de "buena fe"; pero, tampoco es del todo cierta, la descripción de la naturaleza del ser humano en la que suelen insistir los economistas⁵⁹ y que de hecho, tal como lo anotamos, es el principal instrumento del AED.

Aparentemente deberíamos conformarnos con que en efecto, no se puede predecir con absoluta certeza de qué manera se comportaran los individuos, incluso cuando realizan transacciones, pero ello sugiere que tanto la visión de los juristas tradicionales y la visión de los economistas respecto del

comportamiento humano deben relajarse a favor de la otra, la única opción que se nos ocurre, para cada uno de estas dos perspectivas es: 1.- Para los juristas tradicionales: Prestar mucha más atención a la forma como los economistas pronostican que se comportan los individuos; el área del derecho de contratos es un excelente escenario para efectuar este tipo de acercamientos de las dos disciplinas. 2.- Para los economistas y los defensores del AED: Modificar o al menos relajar el modelo neoclásico de elección racional (ER), el presupuesto del llamado *Homo economicus*, si es que acaso pretenden que los juristas los tomen "realmente" en serio; el admitir por ejemplo, el presupuesto de la racionalidad "limitada"⁶⁰, noción, aparentemente mucho más cercana al modelo de comportamiento "real" de los individuos, podría ser una alternativa adecuada al respecto.

VI. BIBLIOGRAFÍA

Textos

- ARJONA, ANA MARIA y RUBIO, MAURICIO. "El análisis económico del derecho", *Rev. Precedente Jurídico* (2001).
- BARCIA LEHMANN, RODRIGO. Los efectos de las obligaciones desde la perspectiva del análisis económico del derecho. En: *Cuadernos de análisis jurídico. Colección derecho privado, t. 1: Temas de Responsabilidad Civil*. Edit. Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, 2004.
- BÉNABENT, ALAIN. La buena fe. En : *El contrato: Problemas actuales, evolución, cambios*. Edit. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007.
- BETTI, EMILIO. *Teoría general de las obligaciones*, Edit. Revista de Derecho Privado. Madrid, t. 1, 1969.
- BIANCA, CESSARE MASSIMO. *Derecho Civil III*, 2.ª ed. en español, Edit. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007.
- BULLARD, ALFREDO. "Lo que no mata engorda", En: *UC Berkeley, Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE) Annual Papers, Berkeley Program in Law and Economics* [en línea]. (Marzo, 2008). [consultado el 28 de Septiembre de 2010]. Disponible en <http://www.escholarship.org/uc/item/081624s6>
- COOTER, ROBERT y ULEN, THOMAS. *Derecho y Economía*, 1.ª ed. en español, Edit. Fondo de Cultura Económica, México, 1998.
- MANKIW, GREGORY. *Principios de Economía*. 1.ª ed. en español. Edit. McGraw-Hill / Interamericana de España, Madrid, 1998.
- PINZÓN, MARIO. *Aproximaciones al Análisis Económico del Derecho*. 1.ª ed., Edit. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010.
- POSNER, RICHARD. *El Análisis Económico del Derecho*, 2.ª ed. en español, Edit. Fondo de Cultura Económica, México, 2007.
- ROEMER, ANDRES. La perspectiva tradicional. En: *Introducción al Análisis Económico del Derecho*. 1.ª ed. Edit. Fondo de Cultura Económica, México, 1994.
- RUBIO, MAURICIO. *Economía jurídica : Introducción al Análisis Económico del Derecho Iberoamericano*, 1.ª ed., Edit. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007.
- SCHÄFER, HANS-BERND y OTT, CLAUS. *Manual de Análisis Económico del Derecho*, Edit. Tecnos, Madrid, 1991

Jurisprudencia

- Centro de Arbitraje y Conciliación – Cámara de Comercio de Bogotá, Laudo arbitral: ADRIANA MARCELA SALCEDO ROMANO vs. JORGE ENRIQUE MATTOS BARRERO y EMIL EDUARDO ROMANO. Arbitro: PEDRO NEL ESCORCIA CASTILLO del 24 de octubre de 2007.

- Centro de Arbitraje y Conciliación – Cámara de Comercio de Bogotá, Laudo arbitral: Caracol Televisión S.A. vs. Comisión Nacional de Televisión. Árbitros: CONSUELO SARRIA OLCOS, JUAN PABLO CÁRDENAS MEJÍA y ERNESTO RENGIFO GARCÍA del 1.º octubre de 2002.
- Centro de Arbitraje y Conciliación – Cámara de Comercio de Bogotá, Laudo arbitral: Consorcio CCIM. vs. Ecopetrol. Árbitros: CARLOS EDUARDO MANRIQUE NIETO, CARLOS GUSTAVO ARRIETA PADILLA, WILLIAM NAMÉN VARGAS del 24 de noviembre de 2005.
- Centro de Arbitraje y Conciliación – Cámara de Comercio de Bogotá, Laudo arbitral: Droguenal & Cía. S.A. en liquidación. vs. Fiduciaria Colpatria S.A. Árbitros: BERNARDO CARREÑO VARELA, STELLA VILLEGAS DE OSORIO y RODRIGO LLORENTE MARTÍNEZ del 26 agosto de 2005.
- Corte Constitucional, Sentencia n.º C-071 del 3 de febrero de 2004. M.P. ÁLVARO TAFUR GALVIS.
- Corte Constitucional, Sentencia n.º C-150 del 25 de febrero de 2003. M.P. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA.
- Corte Constitucional, Sentencia n.º C-409 del 17 de junio de 2009. M.P. JUAN CARLOS HENAO PÉREZ.
- Corte Constitucional, Sentencia n.º C-544 del 1º de diciembre de 1994. M.P. JORGE ARANGO MEJÍA.
- Corte Constitucional, Sentencia n.º C-669 del 28 de junio de 2005. M.P. ÁLVARO TAFUR GALVIS.
- Corte Constitucional, Sentencia n.º C-739 de junio 23 de 2008. M.P. MARCO GERARDO MONROY CABRA.
- Corte Constitucional, Sentencia n.º C-840 del 9 de agosto de 2001. M.P. JAIME ARAÚJO RENTERÍA.
- Corte Constitucional, Sentencia n.º T-437 de 2002 del 30 de mayo de 2002. M.P. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA.
- Corte Constitucional, Sentencia n.º T-460 del 15 de julio de 1992. M.P. JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO.
- Corte Constitucional, Sentencia n.º T-475 del 29 de julio de 1992. M.P. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.
- Corte Constitucional, Sentencia n.º T-652 del 10 noviembre de 1998. M.P. CARLOS GAVIRIA DÍAZ.
- Corte Constitucional, Sentencia n.º T-808 del 1.º de octubre de 2007. M.P. (e) CATALINA BOTERO MARINO.
- Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 23 de junio de 1958.
- Corte Suprema de Justicia, Sentencia Sala de Casación Penal. Rad. 22407 del 16 marzo 2005. M.P. ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN.
- 1 Abogado Universidad de Los Andes (99'), Especialista en Derecho Contractual de la Universidad Externado de Colombia y Maestría en Derecho Económico de la Universidad de Chile. Docente Investigador del Departamento de Derecho Económico de la Universidad Externado de Colombia en temas de AED y Servicios Públicos Domiciliarios. Contacto: daniel.monroy@uexternado.edu.co
 - 2 Corte Constitucional, Sentencia C-409 del 17 de Junio de 2009. M.P. JUAN CARLOS HENAO PÉREZ. También se puede verificar al respecto, aunque de manera no tan marcada en relación a la función social del derecho de contratos: Laudo arbitral: Consorcio CCIM. Vs. Ecopetrol. Árbitros: CARLOS EDUARDO MANRIQUE NIETO, CARLOS GUSTAVO ARRIETA PADILLA, WILLIAM NAMÉN VARGAS del 24 de noviembre de 2005, que sobre el punto en particular señaló particularmente que: *“La Constitución Política, en efecto, habilita a los particulares para determinar sus derechos mientras no esté prohibido por la ley (C.P., art. 6º) La disposición de bienes y derechos no solo es una potestad del particular sino una función social*

- (art. 58). Los contratos, son instrumentos para distribuir y circular bienes y derechos, y por tanto, también están sujetos a la regla de la autonomía de voluntad, con la restricción del orden público y su función social (C.P., art. 60)."
- 3 En PINZÓN, MARIO. *Aproximaciones al Análisis Económico del Derecho*. 1.ª ed., Edit. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010. p. 31, el autor señala que el AED "... surge como una herramienta más que puede ser utilizada a nuestro juicio, para dar un mejor significado, a la ordenación económica que pretende alcanzar el derecho económico, lo cual se manifiesta en una mejor argumentación de ideas entorno a diversas situaciones de orden jurídico, económico, político y sociológico que se pueden presentar." más adelante el mismo autor señala (p. 151) que el AED "... es una herramienta incluyente que busca acercarse al análisis del comportamiento del individuo inmerso de un sistema jurídico dado, todo ello a partir del uso de herramientas y supuestos de microeconomía y de economía del bienestar".
 - 4 Además de la jurisprudencia ya citada, se pueden encontrar –con esfuerzo– alusiones expresas al problema de las externalidades en otros fallos; v.g. en Corte Constitucional, Sentencia n.º C-739 de junio 23 de 2008. M.P. MARCO GERARDO MONROY CABRA, se indica que el Estado suele intervenir en la economía precisamente para corregir las fallas del mercado, por ejemplo, "cuando ellas repercuten de la posibilidad de alcanzar la finalidad social implícita en la correcta prestación de los servicios públicos domiciliarios"; dicho fallo señala que, cuando en un mercado no se presentan los supuestos teóricos de la libre competencia, éste genera resultados indeseables en mayor o menor medida resultan contrarios al Estado Social de Derecho. Señala la Corte en este caso, citando lo ya enunciado en la Sentencia n.º C-150 del 25 de febrero de 2003. M.P. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA que "Esta corporación ha analizado situaciones en las que se pone de presente que, en determinadas oportunidades, una falla del mercado puede devenir en un problema constitucionalmente relevante. En efecto, la Corte se ha pronunciado sobre asuntos relacionados con (...) externalidades, competencia destructiva entre otros, en los que se muestra cómo, en ciertas circunstancias, las fallas del mercado afectan los derechos y valores consagrados en la Constitución, lo cual conlleva a la necesaria intervención estatal para orientar el mercado hacia condiciones de libre competencia y de asignación eficiente de bienes y servicios a todos los habitantes del territorio nacional." Igualmente, y en similar sentido, ya se había pronunciado la Corte Constitucional en Sentencia n.º T-437 de 2002 del 30 de mayo de 2002. M.P. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA, fallo en el cual se concedió la tutela solicitada por un ciudadano en cuyo vecindario existía un terminal de transporte. Según el fallo indicado, una de las justificaciones que soportaron la decisión fue precisamente que, "... la empresa accionada utiliza el espacio público, de manera ilegítima y por fuera de lo contemplado en las normas pertinentes, para fines meramente privados —la realización de una actividad empresarial—", lo cual anterior, no es otra cosa que argumentar que la presencia de externalidades negativas, fueron determinantes para en este caso, optar por la protección del derecho constitucional vulnerado. Finalmente, en otros pronunciamientos, v.g. Corte Constitucional, Sentencia n.º T-652 del 10 noviembre de 1998. M.P. CARLOS GAVIRIA DÍAZ, se ha utilizado el término "externalidades" para matizar el equilibrio que debe existir entre razón económica y razón cultural, lo cual se ve agudizado, por ejemplo, en zonas de reserva forestal.
 - 5 Definimos AED tradicional como sinónimo del AED ortodoxo o la misma Escuela de Chicago, En RUBIO, MAURICIO. *Economía jurídica: Introducción al Análisis Económico del Derecho Iberoamericano*, 1.ª ed., Edit. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007. p. 26, se describe la aproximación tradicional del AED como "la aplicación directa de la microeconomía, y en particular de la teoría de precios neoclásica, al análisis del sistema jurídico", no es objeto de este trabajo profundizar en las bases teóricas del AED tradicional, mucho menos en sus recurrentes críticas, para un mayor detalle de esta aproximación recomendamos además de RUBIO Op cit., pp. 23-27; ROEMER, ANDRES. La perspectiva tradicional. En: *Introducción al Análisis Económico del Derecho*. 1.ª ed. Edit. Fondo de Cultura Económica, México, 1994. pp. 5-40; y PINZÓN, MARIO. Op cit., pp. 27-41.
 - 6 Cuando el texto utilicemos éste término o el "derecho tradicional", o referenciamos a los "juristas tradicionales" estamos haciendo alusión a los estudios sobre el derecho como ciencia y los diversos autores (incluyendo los jueces), que no incorporan –al menos explícitamente– los elementos propios del Análisis Económico del Derecho.
 - 7 COOTER, ROBERT y ULEN, THOMAS. *Derecho y Economía*, 1.ª ed. en español, Edit. Fondo de Cultura Económica, México, 1998. p. 241.
 - 8 POSNER, RICHARD. *El Análisis Económico del Derecho*, 2.ª ed. en español, Edit. Fondo de Cultura Económica, México, 2007. p. 169. Esta función se describe de manera muy similar a la forma en

- que COOTER y ULEN (1998) explican las funciones relacionadas con minimización de los costos de transacción de la negociación contractual mediante la provisión de términos de omisión eficientes y, corrección de las fallas de mercado mediante la regulación de los términos de los contratos.
- 9 COOTER y ULEN, Op cit., p. 250.
 - 10 *Ibid.*, p. 261. En el mismo sentido SCHÄFER, HANS-BERND y OTT, CLAUS. *Manual de Análisis Económico del Derecho*, Edit. Tecnos, Madrid, 1991, p. 261, indican que las normas dispositivas regulan los términos contractuales sobre los cuales las partes no han acordado expresamente algo, por lo tanto, estas normas constituyen un punto de partida para la formación de los contratos, cuanto más se acerquen las normas a la voluntad de las partes, menos necesario se torna modificarlas mediante acuerdos expresos y por tanto, mayores serán los costos de transacción ahorrados.
 - 11 Resulta obvio en este caso que este tipo de cuestionamientos que se hacen los contratantes al momento de la celebración del contrato, supera los acuerdos sobre los elementos esenciales del contrato, *v.g.* en la compraventa, haber establecido las obligaciones entre las partes sobre la tradición de la cosa vendida y el precio a pagar.
 - 12 Se podría suponer inclusive la racionalidad de los contratantes aún si se asume que éstos desconocen el contenido exacto de los términos legales o, si suponemos que el problema generado por el vacío dejado en el contrato podría solucionarse por las partes a bajo costo durante la ejecución del mismo sin necesidad de requerir la intervención judicial.
 - 13 De acuerdo con ARJONA, ANA MARIA y RUBIO, MAURICIO. "El análisis económico del derecho", *Rev. Precedente Jurídico* (2001) p. 125, citando lo indicado como Mercurio y Medema (1997), el enfoque económico del derecho parte de tres premisas fundamentales, todas ellas relacionadas con la eficiencia, dichas premisas son: "Uno, los individuos son racionales, en el sentido que maximizan su utilidad tanto en situaciones de mercado como en situaciones de no mercado. Dos, los individuos responden a los incentivos de precios en los mercados y a los incentivos legales, que se pueden asimilar a los precios, en las situaciones de no mercado. Tres, el sistema jurídico, y el impacto del derecho pueden y deben analizarse con base en el criterio de eficiencia". En similar sentido *vid.* ROEMER, ANDRES. Op cit., pp. 13-14.
 - 14 POSNER, Op cit., p. 165.
 - 15 El artículo 78 de la Constitución Política establece, por ejemplo, la obligación legal de regular el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad.
 - 16 *Vid.* En BULLARD, ALFREDO. "Lo que no mata engorda", En: *UC Berkeley, Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE) Annual Papers, Berkeley Program in Law and Economics*. (Marzo, 2008), el autor hace una interesante reflexión acerca de la importancia y la necesidad de que existan productos de bajos precios y mala calidad (productos basura) para efectos de mejorar, paradójicamente, el bienestar económico. Dejar de lado esta consideración, podría convertir a las políticas públicas de protección al consumidor en un arma contraria a los objetivos inicialmente trazados, esto es, que podrían reducir antes que aumentar los niveles de bienestar en la sociedad, y además podría producir un efecto regresivo en la distribución.
 - 17 RUBIO. Op cit., pp. 45-46.
 - 18 BIANCA, CESSARE MASSIMO. *Derecho Civil III*. 2.ª ed. en español, Edit. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007. p. 524. Es importante aclarar que, cuando el autor resalta este contenido de la buena fe lo hace una vez indicada la dificultad para que jurisprudencialmente se incorpore dicho principio en lo que corresponde a la "integración del contrato". Al respecto, y sobre éste punto, se señalan dos posiciones contrarias; por un lado aquella que "... le resta valor al deber de buena fe y llega incluso a negar que se trate de una obligación jurídica autónoma", por otro lado, está la posición que tiende a compartir el autor, la cual exalta precisamente la buena fe como "... uno de los puntos cardinales de la disciplina de las obligaciones"; no obstante a esta notable exaltación del principio, sigue el autor, "... no se corresponden indicaciones claras sobre qué se deba entender por buena fe o corrección".
 - 19 BÉNABENT, ALAIN. La buena fe. En: *El contrato: Problemas actuales, evolución, cambios*. Edit. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007. p. 147.
 - 20 *Ibid.*, p. 147.
 - 21 BETTI, EMILIO. *Teoría general de las obligaciones*, Edit. Revista de Derecho Privado. Madrid, t. I, 1969. p.114.
 - 22 Más adelante el autor señala (p. 523) que en efecto "... la buena fe no impone un comportamiento con un contenido preestablecido, pues ella, es más bien, una cláusula general que exige comportamientos diferentes, positivos u omisivos, en relación a las circunstancias concretas de actuación de la relación".

- 23 BIANCA, Op cit., p. 444.
- 24 *Ibid.* p. 444.
- 25 *Ibid.* p. 445
- 26 *Ibid.* p. 445, pie de página.
- 27 *Ibid.* p. 523.
- 28 *Vid.* Nota 21 anterior.
- 29 *Vid.* Nota 17 anterior.
- 30 *Ibid.* p. 525. Aun entendiendo la buena fe de manera estrecha con la idea de la lealtad, el autor resalta que esta aproximación, incluso, parece reductiva respecto de los contratos, "... pues el respeto a la confianza depositada no puede ser suficiente para describir un principio que la legislación ha querido poner como fundamento de las vicisitudes contractuales y que expresa una exigencia superior a lógica del "estar convenidos" y el de no engañar."
- 31 El artículo 769 del Código Civil establece que: "La buena fe se presume, excepto en los casos en que la ley establece la presunción contraria. En todos los otros, la mala fe deberá probarse".
- 32 Corte Constitucional, Sentencia n.º T-475 del 29 de julio de 1992. M.P. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ; reiterada en Sentencia n.º C-071 del 3 de febrero de 2004. M.P. ÁLVARO TAFUR GALVIS; Sentencia n.º T-808 del 1.º de octubre de 2007. M.P. (e) CATALINA BOTERO MARINO; y Corte Suprema de Justicia. Sentencia Sala de Casación Penal. Rad. 22407 del 16 marzo 2005. M.P. ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN.
- 33 El artículo 83 de la C.N. establece que: "Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas".
- 34 Corte Constitucional, Sentencia n.º T-460 del 15 de julio de 1992. M.P. JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO.
- 35 Laudo arbitral: Caracol Televisión S.A. Vs. Comisión Nacional de Televisión. Árbitros: CONSUELO SARRIA OLCOS, JUAN PABLO CÁRDENAS MEJÍA y ERNESTO RENGIFO GARCÍA del 1.º octubre de 2002. Concepto reiterado en Laudo arbitral: Drogueal & Cía. S.A. en liquidación. Vs. Fiduciaria Colpatría S.A. Árbitros: BERNARDO CARREÑO VARELA, STELLA VILLEGAS DE OSORIO y RODRIGO LLORENTE MARTÍNEZ del 26 Agosto de 2005.
- 36 *Vid.* Art. 769 del Código Civil y art. 83 de la C.N.
- 37 Verificando las definiciones con que uno u otro concepto se abordan en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, se llega a una conclusión similar. En efecto, la lealtad es definida en éste,
- en su primera acepción como el "Cumplimiento de lo que exigen las leyes de la fidelidad y las del honor y honrría de bien.", a su turno, fidelidad se define en su primera acepción como sinónimo de lealtad, "observancia de la fe que alguien debe a otra persona.", en una segunda acepción se define como "exactitud en la ejecución de algo.". Por su parte, confianza se define en su primera acepción como "Esperanza firme que se tiene de alguien o algo.", mientras, abuso de confianza se define como "Infidelidad consistente en burlar o perjudicar a alguien que, por inexperiencia, afecto, bondad o descuido, le ha dado crédito.". Se observa entonces nuevamente, una estrecha vinculación, eventualmente irrompible entre los conceptos de la lealtad, la confianza y la buena fe (entendida ésta dentro de los conceptos transcritos como fidelidad). Definiciones tomadas del *Diccionario de la Real Academia de la Lengua*, 22.ª ed., recuperadas el 18 de octubre de 2010, en www.rae.es.
- 38 Si bien, de algunas normas tales como artículo 769 del Código Civil y el artículo 83 de la C.N., se puede deducir claramente la buena fe, como una exigencia normativa, una norma de comportamiento; cuando analizamos transversalmente tanto la doctrina como la jurisprudencia citada, descubriremos con facilidad, que no es del todo necesario que existan dichas normas jurídicas como condición para que los individuos se comporten de buena fe. Aparentemente y como se puede extraer de las citas efectuadas, no hay ninguna razón contundente que nos permita deducir que ante la ausencia de dichos preceptos normativos, los individuos no se comportarían de buena fe; en todo caso, y aun asumiendo que esto último sea cierto, la buena fe "como supuesto de comportamiento individual", se enfrenta al supuesto de comportamiento relacionado con la "racionalidad individual".
- 39 Lo cual es concordante con lo indicado anteriormente, en relación a la interpretación de los contratos según BIANCA (2007, p. 445) en que, para determinar qué es la "confianza razonable" se hace uso de la "diligencia normal", que puede exigir cierto tipo de "pericia".
- 40 COOTER y ULEN. Op cit., p. 250.
- 41 *Ibid.* p. 250.
- 42 Para una mayor claridad y profundidad sobre este tema, recomendamos acudir directamente a la obra de COOTER y ULEN Op cit., pp. 250 a 255, incluyendo una explicación matemática relativa a la confianza óptima en pp. 315 a 329.
- 43 *Ibid.* p. 253.

- 44 Para una definición de este término desde la perspectiva del derecho tradicional, *vid.* Nota 47 posterior.
- 45 *Ibid.* p. 241.
- 46 *Vid.* Nota 9 anterior.
- 47 *Vid.* Oportunismo. En *Diccionario de la Real Academia de la Lengua*, 22.^a ed., definición recuperada el 18 de octubre de 2010, en www.rae.es. 2.^a acepción del término.
- 48 En *Laudo arbitral: ADRIANA MARCELA SALCEDO ROMANO Vs. JORGE ENRIQUE MATTOS BARRERO y EMIL EDUARDO ROMANO. Arbitro: PEDRO NEL ESCORCIA CASTILLO del 24 de octubre de 2007*, se indicó que *"La mala fe se define más propiamente por su sentido contrario, que es la buena fe (bona fides), que conforme a antiguas precisiones de la Corte Suprema de Justicia, "indica que las personas deben celebrar sus negocios, cumplir sus obligaciones y, en general, emplear con los demás una conducta leal (...) [probar la mala fe] requiere prácticamente tener la certeza del mal obrar del contratante desleal."* Por otra parte, en el fallo Corte Constitucional. Sentencia n.º C-544 del 1.º de diciembre de 1994. M.P. JORGE ARANGO MEJÍA, reiterada en Sentencia C-669 del 28 de junio de 2005. M.P. ÁLVARO TAFUR GALVIS y Salvamento Parcial de voto de JAIME ARAÚJO RENTERÍA en Sentencia C-840 del 9 de agosto de 2001. M.P. JAIME ARAÚJO RENTERÍA, se indicó que *"La mala fe es el conocimiento que una persona tiene de la falta de fundamento de su pretensión, del carácter delictuoso o cuasidelictuoso de su acto, o de los vicios de su título" (Vocabulario Jurídico, Henri Capitant, Ed. Depalma, Buenos Aires, p. 361)"*.
- 49 Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 23 de junio de 1958.
- 50 POSNER, *Op cit.*, p. 162.
- 51 Para una explicación a fondo de la misma sugerimos acudir directamente a la obra de POSNER (2007), *Op cit.* p. 160 a 270.
- 52 POSNER, *Op cit.* p. 163.
- 53 Se resalta que la función principal del derecho de contratos según POSNER (1998), puede expresarse también como la eliminación de costosas medidas de autoprotección; al tener que invertirse por los contratantes menor cantidad de recursos en la detección de la "mala fe", ello desincentiva directamente la inversión en dichas medidas de autoprotección y ello nos conduce a la eficiencia.
- 54 *Vid.* Nota 22 anterior.
- 55 Primera acepción del término según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, 23.^a ed., recuperada el 18 de octubre de 2010, en www.rae.es.
- 56 POSNER, *Op cit.* p. 165.
- 57 BÉNABENT, *Op cit.* p. 147.
- 58 MANKIW, GREGORY. *Principios de Economía*. 1.^a ed. en español. Edit. McGraw-Hill / Interamericana de España, Madrid: 1998. p. 141.
- 59 *Vid.* Nota 16 anterior.
- 60 Al respecto, y según RUBIO. *Op cit.* pp. 46-48, existen una serie de críticas al enfoque económico, particularmente respecto de la acción racional, reconocidas incluso por la misma economía, las cuales, "... se podrían agrupar en tres categorías referentes a las limitaciones i. En la racionalidad (*bounded rationality*); ii. En la voluntad y la estabilidad de las preferencias, y iii. En el egoísmo."