

---

# El Análisis Económico del Derecho (AED) como fundamento teórico del contrato y su proyección en los derechos civil y del consumo<sup>\*-\*\*</sup>

» RODRIGO BARCIA LEHMANN\*\*\*

**RESUMEN.** Este artículo examina la contribución del Análisis Económico del Derecho (AED) al derecho de los contratos y del consumo, centrándose particularmente en la interpretación e integración del contrato. Se sostiene que el AED, lejos de ser incompatible con la teoría clásica del contrato, funciona como una teoría complementaria y compatible con esta. Asimismo, el AED se presenta como una teoría objetiva del contrato, que aporta criterios normativos útiles para resolver problemas jurídicos en ambas áreas del derecho privado. Finalmente, se presentan

---

\* Fecha de recepción: 22 de marzo de 2025. Fecha de aceptación: 5 de septiembre de 2025.

Para citar el artículo: Barcia Lehmann, R., “El Análisis Económico del Derecho (AED) como fundamento teórico del contrato y su proyección en los derechos civil y del consumo”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 50, enero-junio, 2026, 301-332. DOI: <https://doi.org/10.18601/01234366.50.11>

\*\* Este trabajo forma parte del Proyecto Fondecyt Regular n.º 1231006, “La protección del consumidor como una falla de mercado”, del cual el autor es investigador responsable.

\*\*\* Universidad Autónoma de Chile; docente investigador y profesor titular. Doctor en Derecho Privado, Universidad Complutense de Madrid; MBA en Economía y Dirección Internacional de la Empresa, Instituto Carlos V (Universidad Autónoma de Madrid), Madrid, España; magíster “European Master in Law and Economics” (Erasmus Programme, Universidad de Hamburgo y Universidad Complutense de Madrid). Contacto: rodrigo.barcia@uautonoma.cl Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-1021-446X>

sentencias relevantes en las que el AED propone fundamentos alternativos a los que se presentan a través de la buena fe o la razonabilidad.

**PALABRAS CLAVE:** Análisis Económico del Derecho (AED), teoría del contrato, derecho civil, derecho del consumo, interpretación, integración, teoría de los riesgos, *defaults rules*.

## **The Contribution of Law and Economics (L&E) as a Theoretical Foundation for the Contract, and Its Application to Contracts in Civil Law and Consumer Law**

**ABSTRACT.** This article examines the contribution of Law and Economics (L&E) to contract and consumer law, focusing particularly on the interpretation and integration of contracts. It argues that L&E, far from being incompatible with classical contract theory, functions as a complementary and compatible theory. Furthermore, L&E presents itself as an objective theory of contract, providing useful normative criteria for resolving legal problems in both areas of private law. Finally, relevant judgments are presented in which L&E gives rise to alternative grounds to those presented through good faith or reasonableness.

**KEYWORDS:** Law and Economics (L&E), contract theory, civil law, consumer law, interpretation, integration, theory of risks, defaults rules.

**SUMARIO.** Introducción. I. Bases para la aplicación del AED a través de las reglas de interpretación e integración del contrato. II. Una aplicación de la interpretación e integración del contrato, conforme al AED, en torno a la teoría de los riesgos. Conclusiones: en torno a la aplicación del principio de eficiencia al contrato y al derecho del consumo (como principio pro consumidor) mediante la interpretación e integración del contrato. Referencias.

### **Introducción**

La pregunta fundamental que plantea este artículo es si el AED es un enfoque compatible y complementario con la teoría clásica del contrato. Anticipando la respuesta, se propone al AED como tesis indispensable, a lo menos respecto de los contratos onerosos-conmutativos, y la vez complementaria, y, la mayoría de las veces compatible, con la teoría clásica del contrato. Pero no basta con señalarlo. Así, este artículo enfrenta el reto de fundamentar por qué el AED sería una tesis compatible y complementaria respecto de la teoría clásica del contrato. La sustentación del contrato en el AED es en parte novedosa, a lo menos desde el derecho

continental, porque esta tesis no se ha planteado de forma tan clara, ni siquiera por los cultores del AED. En este artículo se presenta al AED como una tesis que no se contrapone con la tesis clásica del contrato, ni con el derecho, sino que es un avance dentro de las tesis objetivas del contrato. El AED no reniega del derecho, ni está desvinculado de este. Es más, el AED no tiene sentido fuera del derecho. Además, se trata de una tesis que –al estar vinculada con la realidad– está en continua evolución. Esta tesis hoy está evolucionando conforme al *Behavioral Law and Economics*<sup>1-2</sup>.

Existe una vinculación evidente entre el AED y el derecho clásico de los contratos. Así, esta metodología no es ajena al derecho de los contratos tradicional. El AED incentiva los acuerdos de las partes<sup>3</sup>. La forma más eficiente de regulación

- 1 En el presente trabajo no se aplica el *Behavioral Law and Economics* en detalle. Esta corriente, al igual que el AED, persigue generar incentivos de comportamiento para los contratantes o para las partes de un contrato de consumo. Ambas concepciones buscan, de manera normativa, aproximar la regulación y la jurisprudencia al paradigma del mercado perfecto. Por consiguiente, *mutatis mutandis* y conforme a la forma de aplicación del derecho que aquí se plantea, el *Behavioral Law and Economics* podría emplearse en casos concretos en la medida en que la intervención acerque la regulación a dicho mercado perfecto.
- 2 El *Behavioral Law and Economics* sostiene que el consumidor actúa guiado por una racionalidad disminuida, producto tanto de sesgos como de errores sistemáticos de percepción. Tal racionalidad disminuida no puede ser pasada por alto por los proveedores, puesto que quienes no reaccionen frente a ella quedarán excluidos del mercado. Por ello, al intervenir a favor del mercado perfecto –o al procurar generar *social welfare*–, el derecho debe considerar estos sesgos y errores sistemáticos. En consonancia con esta lógica, antes que una intervención fuerte, se propugna una intervención indirecta mediante un paternalismo débil o *nudge*. Véanse Tversky, A. y Kahneman, D., “Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases”, *Science*, nueva serie, vol. 185, n.º 4157, 1974, 1124-1131; Kahneman, D.; Slovic, P. y Tversky, A. (eds.), *Judgement Under Uncertainty: Heuristics and Bias*, Cambridge, Cambridge University Press, 1982; Kahneman, D., *Pensar rápido, pensar despacio*, J. Chamorro Mielke (trad.), Barcelona, Debate, 2012. La relación entre ambas corrientes de análisis ha pasado por distintas etapas en el tiempo. En la actualidad, la separación entre ambas formas de tratamiento de la conducta humana –como ya señaló Angner en 2019– se estaría diluyendo. Véase Angner, E., “We’re All Behavioral Economists Now”, *Journal of Economic Methodology*, vol. 26, n.º 3, 2019, 195-207. Es destacable, además, un segundo aspecto: la tesis del paternalismo débil o *nudge* ha sido objeto de críticas importantes. Estas críticas se basan fundamentalmente en los pobres resultados de esta teoría en los casos en que se ha llevado a la práctica, lo que ha conducido a revisar los estudios de campo en que se sustenta. Véanse Berg, N. y Gigerenzer, G., “As-if Behavioral Economics: Neoclassical Economics in Disguise?”, *History of Economic Ideas*, vol. 18, n.º 1, 2010, 13166; Willis, L. E., “When Nudges Fail: Slippery Defaults”, *University of Chicago Law Review*, vol. 80, n.º 3, 2013, 1155-1229.
- 3 Para Richard Posner, el determinar lo que las partes realmente quisieron es más eficiente, incluso, que adoptar judicialmente la solución económicamente más eficiente. Véase Posner, R., “El análisis económico de la interpretación contractual”, en Vásquez, O. (ed.), *Análisis Económico del Derecho*, Santiago, Rubicón, 2017, 190-193. Esta solución acerca la interpretación literal o mosaica, como el de las cuatro esquinas del contrato al AED; pero sobre todo se debe preferir en caso de que los jueces no tengan conocimientos técnicos o sean corruptos. El sistema de interpretación, como se aprecia en Posner, depende de la cultura jurídica, pero en términos muy concretos. Véase Posner, R., “El análisis económico de la interpretación contractual”, cit., 194-199 y 216-222. La adopción de la decisión judicial es cara, requiere un alto estándar técnico y las partes están en mejor posición para determinar el contenido del contrato. Este tema es

es la que convienen las partes, en una situación cercana al mercado perfecto. Y, además, las tesis alternativas –como las tesis de la solidaridad contractual, el altruismo contractual moderado y el individualismo desinteresado, el equilibrio contractual, y el pluralismo contractual– no son aplicables de un modo general a los contratos onerosos conmutativos<sup>4</sup>. La mayoría de estas tesis objetivas, o estatutarias, tienen un alto nivel de coherencia, pero son tesis que reducen la libertad del individuo, y son ajenas al funcionamiento del mercado. Estas tesis se fundan en lo que se ha denominado verdadero paternalismo (es decir, tesis moralista o éticas), no siendo ni siquiera, en general o en la mayoría de los casos, formas de paternalismo eficiente (es decir, tesis que dejan a las partes en una situación óptima, y que buscan el máximo beneficio social). Conforme a estas tesis de verdadero paternalismo, lo relevante deja de ser el acuerdo de las partes, y lo realmente determinante es la aplicación de un estatuto de derecho público supraindividual.

Tampoco se puede dejar de lado que el criterio de eficiencia ha hecho aportes relevantes al derecho privado en torno a la culpa comparativa, aplicando e incentivando conductas cooperativas entre las partes<sup>5</sup>; la aplicación de criterios de previsibilidad de daño, a través de la causalidad normativa o axiológica<sup>6</sup>; el error que vicia la voluntad se construye sobre información que retiene una parte, pero que no genera riqueza; etc.<sup>7</sup>

---

relevante porque el AED es una forma de perfeccionamiento de la teoría clásica o subjetiva del contrato.

- 4 Todas estas tesis comparten la crítica a la teoría clásica del contrato, pretendiendo hacerse cargo de la realidad.
- 5 Porat, A., “A Comparative Fault Defense in Contract Law”, *Michigan Law Review*, vol. 107, n.º 8, 2009, 1397-1412.
- 6 Barcia Lehmann, R., “Algunas consideraciones de la relación de causalidad material y jurídica en la responsabilidad civil médica”, *Cuadernos de Análisis Jurídicos. Colección de Derecho Privado*, t. VI, *Responsabilidad Médica*, Universidad Diego Portales, 2010, 85-126; Schauer, F. y Spellman, B., “Probabilistic Causation in the Law” [en línea], *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, vol. 176, 2020, 4-17, disponible en: <https://ssrn.com/abstract=3599418>
- 7 Los aportes a la causalidad normativa o axiológica, que acogen la previsibilidad especial al AED, son evidentes; véase Acciari, H., “El Análisis Económico del Derecho de daños”, en Cooter, R. y Acciari, H. (eds.), *Introducción al Análisis Económico del Derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012, 160-169. También se aprecia una influencia del AED en exigirle al error sustancial legitimidad para ser demandado, como también un rechazo a su aplicación en caso de que quien tiene la información haya pagado por ella. En cuanto a la causalidad axiológica, los criterios de imputabilidad objetivos –entre los que se puede considerar la prevención general y especial– están vinculados a la disusión o *deterrence*, como lo destacaría G. Calabresi en su conocida obra de los costos de los accidentes. Así también lo destaca Acciari; véase Acciari, H., “El Análisis Económico del Derecho de daños”, cit. Como un ejemplo de esta aplicación dogmática se puede citar a Marín, quien señala que “no existe un deber precontractual de información –y en consecuencia, la reticencia es lícita– cuando el contratante ha llegado a conocer el error silenciado como consecuencia de un proceso de búsqueda de información costoso, que ponga de manifiesto la existencia de cualidades positivas que incrementan el valor de un bien, y siempre que, además, los costes de obtención de dicha información sean asimétricos o, siendo asimétricos, no puedan ser repercutidos en el precio del bien en cuestión”. Marín López, M., “Requisitos esenciales del contrato: elementos accidentales del contrato”, en Bercovitz, R.

Finalmente, el esquema metodológico utilizado es típico del AED. De este modo, se recurre a una metodología inductiva y el trabajo se divide en dos partes (más conclusiones). La primera parte aplica el AED a los contratos a través de la interpretación e integración del contrato, recurriendo no sólo a esta disciplina, sino a la dogmática civil. La segunda parte efectúa una aplicación de la teoría planteada en el apartado anterior. Finalmente, se señalan las principales conclusiones de este trabajo.

## I. Bases para la aplicación del AED a través de las reglas de interpretación e integración del contrato

### A. Una breve referencia a la integración del contrato conforme a la nueva noción de este y al denominado derecho de remedios

Hay distintas formas de aplicar el AED al contrato, desde el prisma del derecho civil o la teoría actual del contrato. Una de ellas es entender que la eficiencia es un principio propio de la teoría del contrato –es decir, a través de una aplicación directa del AED<sup>89</sup>, subsumido dentro del principio de la buena fe<sup>10</sup>, o a través de la interpretación e integración del contrato, como formas indirectas de aplicación. A continuación se aplicará el AED a través de la interpretación y la integración de contrato. De esta forma, en los casos difíciles, en los que no es posible recurrir a la voluntad de las partes, ni directamente a la ley por el hecho de generarse

(ed.), *Tratado de contrato*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, 637. Esta aplicación no es más que la protección de la información productiva (es decir, la que genera riqueza), en desmedro de la simplemente distributiva. En los casos en que una de las partes del contrato, por ejemplo, el proveedor, tenga una información relevante no está obligado a declararla si ella genera “un nuevo mercado”. En estos casos el contrato será válido, y será lícito no declarar la información sobre la que se construye el error. En cambio, si la información solo genera un desplazamiento de riqueza desde el consumidor –o una parte del contrato– al proveedor –o las otras partes–, entonces existe la obligación de declararla y el contrato será nulo. No se analizarán las repercusiones en el derecho del consumo de esta tesis, pero ellas son evidentes. Véase Cooter, R. y Ulen, T., *Law and Economics*, 2.<sup>a</sup> ed., Addison-Wesley, 1997, 245-249.

- 8 Para Posner, “las reglas para llenar vacíos contractuales están sujetas a la disciplina del mercado”. Posner, R., “El análisis económico de la interpretación contractual”, cit., 189.
- 9 La vinculación entre contrato y economía de mercado es evidente. Veljanovski plantea que “[c]ontract is a subject where the relevance of economics is immediate and obvious. Firms and individuals draw up contracts in order to produce, distribute and sell goods and services. Contracts and contract law facilitate exchange and production, and freedom of contract is necessary part of a market economy”. Veljanovski, C., *Economic Principles of Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, 108.
- 10 En torno a la aplicación del AED, a través del principio de la buena fe, se pueden consultar autores que están a favor y en contra. A favor, Bayley, J., *Doctrine of Good Faith in New Zealand Contractual Relationships*, tesis de maestría en Derecho, Universidad de Canterbury, 2009, y Monroy Cely, D., “Análisis económico de la buena fe en el derecho de contratos”, *Con-texto. Revista de Derecho y Economía*, n.<sup>o</sup> 33, 2011, 55-76. En contra, Schwartz, A. y Scott, R., “Contract Theory and the Limits of Contract Law”, *The Yale Law Journal*, vol. 113, n.<sup>o</sup> 3, 2003, 599.

un vacío normativo, se debería recurrir a las denominadas reglas supletorias del contrato, y a la voluntad hipotética de las partes. Esta forma de entender el contrato es compatible con estos instrumentos, en el sentido de que lo que prima es la intención conocida de las partes, pero si ello no es posible se recurre a una concepción objetiva externa al contrato. Así se desprende de los artículos 8.1.<sup>º</sup> y 2.<sup>º</sup> de la Convención de las Naciones Unidas sobre Compraventa Internacional de Mercaderías (CV) y 4 de los Principios Unidroit. Los artículos 8.1.<sup>º</sup> CV y 4.1.<sup>º</sup> de los Principios Unidroit se adscriben a la teoría clásica del contrato, pero en los casos en que no es posible recurrir a la intención de las partes se establece un criterio objetivo de solución. De este modo, el artículo 8 CV define al contrato, señalando que “[l]os efectos de la presente Convención, las declaraciones y otros actos de una parte deberán interpretarse conforme a su intención cuando la otra parte haya conocido o no haya podido ignorar cuál era esa intención”. A su vez, el artículo 4.1.<sup>º</sup> de los Principios Unidroit establece que “[e]l contrato se interpretará según la intención común de las partes”. En caso de que no sea posible recurrir a la intención común de las partes, el criterio objetivo de solución será, en el caso de la CV, el “sentido [...] dado en igual situación [por] una persona razonable de la misma condición que la otra parte” (art. 8.2<sup>º</sup>); mientras que en el caso de los Principios Unidroit se deberá recurrir al “significado que personas razonables del mismo tipo que las partes le darían en las mismas circunstancias” (art. 4.2<sup>º</sup>). Una solución semejante establece el artículo 5.101.1.<sup>º</sup> y 2.<sup>º</sup> de los Principles of European Contract Law (PECL), pero recurriendo a una persona razonable<sup>11</sup>. La lógica de estos instrumentos, respecto de la contratación moderna, es reconocer la primacía de la teoría clásica del contrato, o del principio del consensualismo. Sin embargo, de no ser posible recurrir a dicho principio, estos instrumentos se inclinan por un criterio objetivo, que es que el juez debe determinar una solución para el caso que sea razonable, o dado por unos contratantes razonables. Como se verá, esta solución se criticará desde el AED.

---

11 El artículo 1:302 PECL define la razonabilidad como sigue: “Para los presentes principios, lo que se entienda por razonable se debe juzgar según lo que cualquier persona de buena fe, que se hallare en la misma situación que las partes contratantes, consideraría como tal. En especial, para determinar aquello que sea razonable, habrá de tenerse en cuenta la naturaleza y objeto del contrato, las circunstancias del caso y los usos y prácticas del comercio o del ramo de actividad a que el mismo se refiera”. Finalmente, el artículo 8:101, capítulo 8 del libro I del *Draft Common Frame of Reference* (DCFR), establece: (1) Los contratos se interpretarán de conformidad con la intención común de las partes, incluso cuando ésta no coincida con el significado literal de las palabras utilizadas. (2) Si una parte quiso dar un sentido determinado al contrato o a una cláusula o término del mismo y en el momento de la celebración del acuerdo la otra parte conocía o es razonable suponer que conocía esta intención, el contrato deberá interpretarse en el sentido dado por la primera. (3) El contrato se interpretará de la forma que normalmente lo haría una persona razonable: (a) si no se puede determinar la intención de las partes de acuerdo con lo dispuesto en los dos apartados anteriores; o (b) si la cuestión surge respecto a una persona que no es parte del contrato o que por ley no tiene mejor derecho que si lo fuera, y que razonablemente y de buena fe confió en el significado aparente del contrato”.

## B. El principio de eficiencia y la integración e interpretación del contrato

La solución del AED frente a un vacío regulatorio, o una necesidad de integrar el contrato, es la aplicación del principio de eficiencia integrado dentro de la teoría del contrato. Y aquel se puede aplicar a través del consentimiento hipotético, pero para ello es necesario asegurar que se producirá “una maximización social de utilidad”<sup>12</sup>. Para Brudney ello está asegurado en la aplicación del máximo de Pareto<sup>13</sup><sup>14</sup>. Así, conforme a este principio, se logrará el máximo de bienestar, mejorando la situación de uno de los contratantes, sin perjudicar a nadie<sup>15</sup>. Pero, el máximo de Pareto es una teoría de maximización social un tanto ineficiente, puesto que hace imposibles las operaciones en que se perjudica a “unos”, beneficiando a muchos, o sea, impide operaciones en las cuales se genera beneficio social (véase tabla 1). Por ello dicha máxima es corregida por Kaldor y Hicks, permitiendo un escenario conforme al cual se debería compensar “potencialmente” a los perjudicados por la operación que es parcialmente dañina. En la tabla 1 se aprecia cómo se celebran 6 contratos: los contratos que van desde la letra “A” hasta la letra “F”. Estos contratos van beneficiando y perjudicando a un tercero. Así, conforme al máximo de Pareto, sólo se deberían permitir los contratos “B” y “E”, porque en dichos contratos no se perjudica a nadie; pero no se deberían permitir los contratos “A”, “C” y “D” porque ellos perjudican a tercero. Los escenarios en

- 
- 12 Excede el presente trabajo el considerar la eficiencia como un principio explícito o implícito. La distinción sería relevante dado que en teoría se discute si el juez puede recurrir a los principios implícitos. Ronald Dworkin, por una parte, y Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, por la otra, están a favor de esta posibilidad; pero Riccardo Guastini está en contra. Véanse Dworkin, R., *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1997; Atienza, M. y Ruiz Manero, J., *Las piezas del derecho*, Barcelona, Ariel, 1996; Guastini, R., “Principios de derecho y discrecionalidad judicial”, P. Andrés Ibáñez (trad.), *Jueces para la Democracia*, n.º 34, 1999, 39-46. Para una síntesis de estas posiciones, véase Alonso Vidal, H.-J., “Los principios implícitos: su relevancia en la aplicación del derecho”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* n.º 35, 2012, 157-172; Alonso señala que esta discusión no es relevante por cuanto los principios implícitos, una vez reconocidos, necesariamente se transforman en explícitos.
- 13 Brudney, D., “Hypothetical Consent and Moral Force”, *Law and Philosophy*, vol. 10, n.º 3, 1991, 236-237.
- 14 Una explicación de la aplicación del máximo de Pareto a los contratos en castellano en Vásquez Duque, O., “Introducción al Análisis Económico del Derecho”, en Vásquez, O. (ed.), *Análisis Económico del Derecho*, Santiago, Rubicón, 2017, cit., 53-55.
- 15 Se le critica al AED el no tener una validez inicial en la distribución de la riqueza desde una perspectiva normativa. Así, se señala que un máximo de Pareto se produciría si los dueños de los esclavos A, B y C se beneficiaran de una transacción por trabajo esclavo, lo que no sería aceptable. Véase Stordeur, E., “Derechos iniciales de propiedad y eficiencia: un problema para el Análisis Económico del Derecho normativo”, *Opinión Jurídica*, vol. 4, n.º 7, 2005, 141-144. Esta crítica se puede desechar, porque parte de una definición previa que consiste que quiénes son seres humanos, y aunque está comprobado que la esclavitud no es eficiente, aunque lo fuese, la eficiencia no es válida para validar la operación planteada. En otros términos, el derecho no es sólo eficiencia, pero la eficiencia es una buena medida para determinar la solución de problemas contractuales, y de consumo. Naturalmente ello no excluye que, en caso de violación de derechos fundamentales, estos primen sobre consideraciones de eficiencia.

los que se podrían producir estos contratos serían los siguientes. Primero, podría ocurrir, por ejemplo, que la “parte X” le venda a la “parte Y” un terreno para construir una carretera, que beneficia a un tercero (primer escenario), o podría suceder que la “parte X” le venda a la “parte Y” un terreno para construir una cárcel, perjudicando a los dueños de los predios colindantes, que para estos efectos son un “tercero” (segundo escenario). En realidad, ambos escenarios generan un beneficio social, por lo que ambos escenarios, conforme a Kaldor-Hicks, deberían admitirse, pero permitiendo que el tercero sea compensado “potencialmente” de las pérdidas sufridas en cada caso<sup>16</sup>. Sin embargo, en el escenario “F” se genera un beneficio para las partes de 20, pero una pérdida social de 25. Este escenario no debería darse, como si la “parte X” le vendiera a la “parte Y” un terreno para construir un laboratorio de drogas. Lo relevante de este análisis para el contrato es que el contrato debe celebrarse en la medida en que haya un acuerdo entre las partes, pero eventualmente deberá intervenirse en la medida en que el contrato genere una pérdida social. Así, este planteamiento es especialmente destacable respecto a las externalidades que genere el contrato. El juez, por tanto, puede recurrir a la eficiencia como criterio objetivo de integración del contrato. Esta intervención, en los escenarios propuestos, promueve el máximo beneficio social<sup>17</sup>. Este tema es relevante e incluso puede ser una solución frente a casos de aplicación de derechos fundamentales, que afecten a “tercero”<sup>18</sup>. El incluir el principio de eficiencia como un criterio de integración del contrato permite traer a colación esta problemática en la solución judicial.

Tabla 1. Escenario hipotético en que entre la “parte X” y la “parte Y” se pueden celebrar los contratos que van desde “A” hasta “E”, y que van beneficiando y perjudicando a “tercero”

Contratos	A	B	C	D	E	F
Parte X	20	5	30	45	20	10
Parte Y	10	10	10	5	5	10

- 
- 16 La compensación en muchos casos será potencial, porque el costo de detectar al “tercero” perjudicado podría superar el monto de la compensación. Así, convendría simplemente detectar el daño al tercero y cobrar una tasa por la venta de los terrenos para la carretera, que se distribuya después a los más pobres a través de una política social eficiente.
- 17 Respecto de externalidades y contratos, véanse Rubin, P., “Unenforceable Contracts: Penalty Clauses and Specific Performance”, *Journal of Legal Studies*, vol. 10, n.º 2, 1981, 237-247; Aghion, P. y Bolton, P., “Contracts as a Barrier to Entry”, *American Economic Review*, vol. 77, n.º 3, 1987, 388-401; Chung, T., “On the Social Optimality of Liquidated Damage Clauses: An Economic Analysis”, *Journal of Law, Economics, & Organization*, vol. 8, n.º 2, 1992, 280-305.
- 18 El tratamiento de las externalidades positivas y negativas será un gran aporte en la solución a problemas que presentan las nuevas tecnologías y la IA, dado que las nuevas tecnologías no sólo afectan a las partes contratantes, sino a terceros.

Contratos	A	B	C	D	E	F
Tercero	-5	5	-5	-10	5	-45
Beneficio/Pérdida social	25	20	35	40	30	-25

### C. La justificación de una regla de integración supletoria

La aplicación supletoria del derecho y el AED se vinculan en lo que Coleman denomina como “*bargaining theory*”, que es suficiente para justificar el “*hypothetical consent*” como regla supletoria. Lo que equivale a comprender que una aplicación de una regla *ex ante* jugaría como regla de solución supletoria, sin necesidad de recurrir a una regla consecuencialista. Naturalmente que la regla supletoria sólo opera en la medida en que se presente un vacío en el consentimiento o en que este sea desecharido por alguna razón de validez. En igual sentido se pronuncia Barnett, señalando que “una vez que se reconoce, sin embargo, que la mayor parte del derecho contractual consiste en reglas predeterminadas y no inmutables, entonces el consentimiento juega un papel mucho más importante en la teoría del contrato de lo que a menudo se admite. Porque cuando se dan ciertas condiciones, el silencio de las partes frente a una norma supletoria bien podría constituir consentimiento a su imposición”<sup>19</sup>. Para estos autores es perfectamente posible establecer la regla

---

19 Coleman, J., *Risks and Wrongs*, Cambridge, Cambridge University Press, 1992, 166-179; Barnett, R., “Rational Bargaining Theory and Contract: Default Rules, Hypothetical Consent, the Duty of Disclosure, and Fraud”, *Harvard Journal of Law & Public Policy*, vol. 15, n.º 3, 1992, 783-803 (trad. libre; texto original: “[o]nce it is acknowledged, however, that most of contract law consists of default rather than immutable rules, then consent plays a far larger role in contract theory than is often admitted. For when certain conditions obtain, the parties’ silence in the face of a default rule could well constitute consent to its imposition”; p. 783). En un trabajo bastante interesante, Carroll, Choi, Laibson, Madrian y Metrick, estudian cómo decisiones legales por defecto (*default decisions*) inciden en el comportamiento del consumidor, buscando la mejor regla por defecto para lograr el máximo bienestar social. Los autores plantean que, bajo ciertos supuestos, el obligar al consumidor a tomar una decisión (*active decisions*) será una mejor regla por defecto. La adopción de una adecuada técnica de *default rules* puede ser decisiva en materia de *social welfare*, como destaca Monroy, siguiendo a Johnson y Goldstein: “mientras que países como Austria, Francia o Hungría han alcanzado una tasa de 99.9% de presuntos donantes de órganos *post mortem* mediante el establecimiento de una regla predeterminada de presunción de donación de órganos (*opt-out*), países vecinos como Alemania o Dinamarca han alcanzado una tasa de tan solo el 12% y el 4% respectivamente, pero utilizando la regla contraria (*opt-in*)”. El mismo autor analiza si estas “*defaults rules*” pueden constituir una infracción a las reglas de libre competencia cuando son impuestas en contratos de adhesión. Al respecto, Monroy analiza el caso del navegador Explorer, de Microsoft, como opción predeterminada de navegación, resuelto por la Comisión Europea. Véanse Monroy Cely, D., “Las reglas predeterminadas de decisión en el derecho. Bases para una reflexión teórica”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 40, 2021, 98; Johnson, E. y Goldstein, D., “Decisions by Default”, en Shafir, E. (ed.), *The Behavioral Foundations of Public Policy*, New Jersey, Princeton University Press, 2013, 418.

supletoria, recurriendo a la tesis del consentimiento<sup>20</sup>. En Barnett, la forma de entender la tesis del consentimiento, sin embargo, es estatutaria. Así, las partes, mediante el contrato, delegan en tribunales la competencia para resolver los casos que directamente no pueden ser resueltos por aquellas, conforme a una regla de derecho, que en realidad no es externa al contrato<sup>21</sup>. Sin perjuicio de lo anterior, la aplicación supletoria del derecho se puede justificar conforme a cualquier regla de derecho, cultural o socialmente aceptada<sup>22</sup>. Esta crítica de Coleman a las teorías consecuencialistas no las afecta, puesto que conforme a estas se alcanza uno de los objetivos del derecho, que es resolver los casos que se le presentan a falta de norma expresa. Además, a lo menos se puede señalar que la aplicación del AED tiene una consistencia y coherencia interna estructural que se adecua de mejor forma al derecho que una regla como podría ser aquella *contra proferentem*. Esto, como se verá, es especialmente relevante respecto del derecho del consumo<sup>23</sup>. Por otra parte, las reglas supletorias serían preferidas según su conexión más o menos estrecha con el estatuto que las regula. Tampoco se puede dejar de lado que la justificación de la regla supletoria en el consentimiento hipotético es la misma. Es más, en el caso del AED un criterio de eficiencia es mucho más cercano a la voluntad que un criterio de razonabilidad fundado en la buena fe<sup>24</sup>. Una lógica

- 
- 20 La aplicación de reglas supletorias se puede generar a través de *default rules* –o sea, reglas supletorias modificables por las partes– o *mandatory rules* –es decir, reglas supletorias inmodificables–. La discusión es relevante en torno al derecho de remedios o los efectos de las obligaciones frente al incumplimiento. Específicamente se discute la eficiencia de exigir legalmente la inclusión de una cláusula penal contractual en caso de incumplimiento que cubra los daños de expectativa. Véase Morgan, J., “Chapter 26: Contract Remedies As Default Rules”, *Research Handbook on Remedies in Private Law*, Cheltenham, Edward Elgar, 2019, 476-477. En cuanto a estas reglas supletorias (disponibles por las partes, o *default rules*, e indisponibles por los contratantes, o *mandatory rules*) véanse Craswell, R., “Contract Law, Default Rules, and the Philosophy of Promising”, *Michigan Law Review*, University of Southern California, vol. 88, n.º 3, 1989, 489-529; Ayres, I. y Gertner, R., “Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules”, *The Yale Law Journal*, vol. 99, n.º 1, 1989, 87-130; Slawson, D., “The Futile Search for Principles for Default Rules”, *Southern California Interdisciplinary Law Journal*, vol. 3, n.º 1, 1993, 29-42; Riley, C. A., “Designing Default Rules in Contract Law: Consent, Conventionalism, and Efficiency”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 20, n.º 3, 2000, 367-390.
- 21 Barnett, R., “Rational Bargaining Theory and Contract: Default Rules, Hypothetical Consent, the Duty of Disclosure, and Fraud”, cit., 790-791.
- 22 Esta es una crítica que hace Barnett, basándose en Coleman. Véase *ibid.*, 787.
- 23 La relación entre *default rules* y *mandatory rules* se invierte en el derecho del consumo con relación al derecho de los contratos. Así, las partes en el derecho del consumo gozan de una libertad contractual mucho más reducida que en los contratos entre partes sofisticadas. Ello se debe a que las *mandatory rules* se sustentan en la prevención del daño a una de las partes, que, en el caso del derecho del consumo, sería el consumidor. Véase Morgan, J., “Chapter 26: Contract Remedies As Default Rules”, *Research Handbook on Remedies in Private Law*, Cheltenham, Edward Elgar, 2019, 477.
- 24 Este problema se resuelve conforme a la teoría de las “*majoritarian default rules*”, aplicable en aquellos aspectos no previstos expresamente por las partes en el contrato. Dichas reglas se construyen a partir de un criterio que, razonablemente, habría sido adoptado por la mayoría de

estatutaria se puede sustentar en la eficiencia, más que en criterios de razonabilidad o buena fe alejados de criterios de mercado, puesto que el contrato se erige en un instrumento esencial para el adecuado funcionamiento del mercado<sup>25</sup>.

Schwartz y Scott, a principios de este siglo, publicaron dos trabajos en los cuales sustentan el contrato en el AED, bajo una forma restrictiva<sup>26</sup>. Su teoría plantea dos restricciones: se trata de una teoría propia de los contratos comerciales, o sea, entre empresas (se denomina contratación entre partes sofisticadas), y excluye la regulación del Estado<sup>27</sup>. Para estos autores la regulación supletoria del Estado, en principio, sólo elevará los costes de transacción, demostrándose como ineficiente<sup>28</sup>. O sea, la regulación supletoria del contrato, por parte del Estado, sólo incentivaría a que las partes *ex ante* tomen resguardos contractuales. Pero, la labor interpretativa no será suficiente al ser la decisión judicial, como los contratos, necesariamente incompleta, y se requerirá una labor de integración<sup>29</sup>. Ahora

---

los contratantes colocados en una situación análoga a la de los contratantes concretos. Se trata, por tanto, de normas de carácter supletorio que pueden ser modificadas o desplazadas por la voluntad de las partes, y que se incorporan al contrato por vía del ordenamiento jurídico a través de los mecanismos de interpretación e integración. Estas premisas se pueden criticar desde el AED. Así, en palabras de Morgan, “[w]here the default rules closely track what contracting parties actually want, tacit consent can plausibly be assumed [...] In the absence of evidence about the actual incidence of such expectations, the ‘majoritarian’ approach becomes a plea to formulate rules that most rational contracting parties may be taken to want. But that formulation (what the reasonable contractor ‘ought to want’) misleadingly draws on the rhetoric of actual party expectations (and thereby tacit consent)” ([c]uando las normas supletorias se ajustan estrechamente a lo que las partes contratantes realmente desean, cabe presumir plausiblemente que existe un consentimiento tácito [...] Ante la falta de evidencia sobre la incidencia real de tales expectativas, el enfoque ‘mayoritario’ se convierte en una excusa para formular normas que la mayoría de las partes contratantes racionales podrían desear. Sin embargo, dicha formulación (lo que las partes razonablemente ‘debería desechar’) se sustenta engañosamente en la retórica de las expectativas reales de las partes (y, por consiguiente, del consentimiento tácito)”. Morgan, J., “Chapter 26: Contract Remedies As Default Rules”, cit., 478.

- 25 La buena fe ha servido de sustento al AED, pero también a otras teorías del contrato, como el altruismo moderado o la solidaridad contractual. Entre los autores que sustentan el AED en el principio de la buena fe están: Bayley, J. E., *Doctrine of Good Faith in New Zealand Contractual Relationships*, tesis de maestría en Derecho, Universidad de Canterbury, 2009; Monroy Cely, D., “Análisis económico de la buena fe en el derecho de contratos”, *Con-texto. Revista de Derecho y Economía*, n.º 33, 2011, 55-76; y Barcia Lehmann, R., “¿Es posible aplicar el Análisis Económico del Derecho al contrato y al derecho del consumo?”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º 44, 117-156. En cambio, para Piperea y Pereira la solidaridad contractual y el altruismo contractual, como teorías del contrato, se desprenderían de la buena fe; véanse Piperea, G., “Introducere în teoria solidarismului contractual”, *Revista Romana de Drept al Afacerilor*, n.º 3, 2011, 13-35; Pereira Fredes, E., “Altruismo y solidaridad en el derecho de contratos”, *Revista Chilena de Derecho*, n.º 49, 2022, 1-30.
- 26 Schwartz, A. y Scott, R., “Contract Theory and the Limits of Contract Law”, cit., 599.
- 27 *Ibid.*, 549.
- 28 *Ibid.*, 549.
- 29 La regla supletoria debe estar destinada a bajar los costes de la regulación, y del eventual vacío normativo del contrato. Schwartz y Scott, mirando desde el ángulo del AED, señalan: “[l]a justificación de una regla de interpretación supletoria o por defecto es que hace lo que las partes

bien, en un contrato entre partes sofisticadas estas reglas supletorias deben poder modificarse por las partes, y ser sumamente restrictivas<sup>30</sup>. Los contratos entre partes sofisticadas no pueden regularse por reglas supletorias de orden público o inmodificables. Esta distinción es muy relevante puesto que evitará el establecimiento de reglas, vía legal o judicial, ineficientes<sup>31</sup>. Para Schwartz y Scott, en estos contratos debe preferirse la literalidad antes que la contextualización del contrato, o la aplicación de reglas subsidiarias<sup>32</sup>. Esto tiene mucha importancia dado que esta lógica no se puede aplicar respecto de las condiciones generales de la contratación o del derecho del consumo. La regla en estos casos, como se planteará, debe ser la inversa. Una solución desde el *Behavioral Law and Economics*, que se plantea desde los trabajos de Thaler y Sunstein, es aplicar una regla de paternalismo débil. Un paternalismo débil puede generar los incentivos hacia una conducta eficiente. Así, esta regla supletoria estricta opera como una especie de *nudge*<sup>33</sup>. En el caso del derecho del consumo esta regla estaría dada por un deber de declarar información. Ello, sin perjuicio de la posibilidad de retención de la información en la medida en que sea productiva. La reconducción al principio de eficiencia, por tanto, se hace evidente. Pero de los trabajos de Schwartz y Scott se desprende *a contrario sensu* que la regla supletoria tiene mayor sentido en materia de consumo y condiciones generales. Así, en contraposición a lo acá señalado, la regulación supletoria en estos casos debe ser indisponible, y, sobre todo, eficiente.

Sin perjuicio de lo señalado previamente respecto del paternalismo débil, la autonomía de la voluntad, es decir, la tesis subjetiva, todavía es un sustento relevante del contrato, aun en los casos de contratos de adhesión, como se aprecia de los tres aspectos que se señalan a continuación. El primero es que, en los contratos libremente discutidos, o las cláusulas libremente discutidas, las tesis objetivas están debilitadas. El segundo es que los contratantes, ante una pluralidad

---

habrían hecho por sí mismas si sus costos de contratación hubiesen sido más bajos” (trad. libre). *Ibid.*, 596.

- 30 Posner extiende esta regla a través de las cláusulas implícitas. El derecho puede crear un número suficiente de deberes implícitos, pero las partes podrían modificarlos o dejarlos sin aplicación. Posner señala como ejemplo de esta táctica al derecho alemán; véase Posner, R., “El análisis económico de la interpretación contractual”, cit., 185. El punto es interesante porque el ordenamiento jurídico, al exigir la explicitud de la obligación implícita, informará expresamente al consumidor al respecto.
- 31 Schwartz, A. y Scott, R., “Contract Theory and the Limits of Contract Law”, cit., 549.
- 32 *Ex ante* las partes prefieren esta regulación porque, en definitiva, es menos costosa que la regulación supletoria. La regulación supletoria no sólo es cara, sino que no mantiene márgenes de estabilidad por ser la jurisprudencia variable. Por ello los autores se inclinan, ante contratos entre partes sofisticadas, por una “*parol evidence rule*”; véase Schwartz, A. y Scott, R., “Contract Interpretation Redux” [en línea], *The Yale Law Journal*, n.º 119, 2010, 926-964. Disponible en: [https://scholarship.law.columbia.edu/faculty\\_scholarship/337/](https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/337/)
- 33 El *nudge* (empujón) puede comprenderse como un incentivo que determina el comportamiento del regulado, pero que no impone ni un beneficio ni un castigo. Véase Sunstein, C., *Behavioral Science and Public Policy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2020, 6.

de contratos, como destacan Dagan y Heller, mantienen una relevante libertad de adscripción. El tercero es que los contratos de adhesión compiten entre ellos en torno a los elementos esenciales del contrato<sup>34</sup>. A pesar de que uno compre un pasaje aéreo y no tenga libertad para discutir las cláusulas contractuales, los proveedores competirán en calidad y precio, y por tanto, el consumidor mantiene una capacidad de negociación indirecta, que se puede extender a otras cláusulas del contrato. De este modo, las compañías aéreas competirán entre ellas atendiendo a las cláusulas que los consumidores detecten como perjudiciales a sus intereses. Por ello es que las tesis que justifican el contrato deben ser subjetivas-objetivas<sup>35</sup>. Finalmente, desde la ciencia del comportamiento es posible acercarse al contrato perfecto, lo que reditúa en la obtención del máximo posible de beneficio social, es decir, de la mejor situación en la que se puedan encontrar los consumidores en su conjunto. El contrato perfecto supone que las partes pueden anticipar todos los eventuales riesgos de incumplimiento contractual, por tanto, no es necesaria la interpretación del contrato, ni su integración<sup>36</sup>. Pero, como se trata de una situación ideal, que incluso no es deseable, ya que ello aumentaría excesivamente los costos de transacción –en otras palabras, la negociación del contrato haría imposible su celebración–, se trata de un concepto normativo<sup>37</sup>. La idea es que el juez se acerque al contrato perfecto a través de la propia integración del contrato con las reglas de mercado.

A pesar de lo señalado precedentemente, siempre será preferible una regla supletoria, que aumente el bienestar social, y/o de las partes, a una que no lo haga<sup>38</sup>. El AED ha evidenciado que la justicia, como justificación del contrato

- 34 Dagan, H. y M. Heller, *The Choice Theory of Contracts*, Nueva York, Cambridge University, 69-70.
- 35 Veljanovski realiza una explicación muy similar al entender que en la contratación masiva el productor fija el precio de venta –y las condiciones de contratación– mediante un proceso de ensayo y error con relación al consumidor, pero en realidad lo realiza en relación con la competencia; véase Veljanovski, C., *Economic Principles of Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, 132.
- 36 Fernando Gómez señala que el contrato completo o perfecto es, por una parte, una entelequia, o sea, un concepto puramente ideal, y, por la otra, una construcción teóricamente enormemente útil. Así, para el referido autor este concepto permite acercar el mundo real a esta idea de contrato completo; véase Gómez Pomar, F., *Previsión de daños, incumplimiento e indemnización*, Madrid, Civitas, 2002, 28.
- 37 La literatura de AED sobre contrato perfecto es muy extensa. Véase Schäfer, Hans-Bernd y Ott, Claus, *The Economics Analysis of Civil Law*, Northampton, Edward Elgar, 2004, 278-293. El contrato perfecto es un concepto que se desprende del mercado perfecto, y de la eficiencia como herramienta normativa. En este sentido, las corrientes económicas que explican el funcionamiento del mercado –en el mundo real– son de la más variada índole. Para Klein, las principales corrientes contractuales –dentro del AED– serían: a) *Incentive Theory*; b) *Incomplete Contract Theory*, y c) *The New Institutional Transaction Costs Theory*; véase Klein, B. “Incomplete Contracts in Self-Enforcing Relationships”, en Brousseau, E. y Glachant, J. (eds.), *The Economics of Contracts. Theory and Applications*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002, 8-13.
- 38 En palabras de Schwartz y Scott, “[l]as empresas prefieren unas condiciones contractuales que maximicen los excedentes comunes. Los impagos, por tanto, serán populares entre las empresas

alternativa a la eficiencia, presenta riesgos de comportamiento que deben considerarse. El desplazar la eficiencia por criterios de justicia material no sólo reduce el excedente de las partes y/o del bienestar social, sino que también afecta a la justicia *ex ante*. Supóngase que los tribunales, en materia de consumo, exigen una garantía implícita superior a la óptima, condenado a un vendedor por defectos de la cosa. Esta solución que se plantea como “justa” para un comprador específico, es altamente injusta hacia el futuro. El aumento del estándar de garantía, sobre una garantía eficiente, hará que una vez asentada la jurisprudencia, que establece dicho estándar, el aumento de costes –que dicha política exige– se traspase a los futuros compradores-consumidores. Nótese que acá no hay ningún acuerdo de los vendedores-proveedores para aumentar costos, sino que para ellos el aumento de costes regulatorios será simplemente un aumento del coste de producción o servicio, como lo sería el aumento del precio de una materia prima o de salarios respecto de la producción de una cosa.

Schwartz y Scott han trabajado los requisitos que debería cumplir una regulación supletoria entre contratantes sofisticados<sup>39</sup>. La regla supletoria debe ser simple, no puede referirse a una serie de situaciones diferentes reguladas de forma específica. Los autores señalados sugieren que la eficiencia no se debe aplicar por medio de normas específicas. Una regla general de eficiencia supone una *expertise* de los tribunales; en cambio, el establecer una regulación articulada de eficiencia supletoria –que se refiera a una multiplicidad de casos concretos expresamente regulados– supone una *expertise* del legislador y de los tribunales. En todo caso, la inclinación a favor de una regulación simple parece correcta por cuanto una regla supletoria supone la inexistencia de una regla de aplicación directa. Una norma expresa evitaría la regla supletoria. En otras palabras, la regla supletoria debe ser eficiente en una multiplicidad de contextos. Por ello, Schwartz y Scott proponen que “[l]a tarea consiste [...] en encontrar reglas que sean eficaces –maximizando los excedentes– en una amplia variedad de contextos”<sup>40</sup>. La regla inversa se puede plantear en materia de consumo, en la que en la mayoría de los países existen

---

si maximizan el superávit conjunto y son impopulares de lo contrario” (trad. libre). Schwartz, A. y Scott, R., “Contract Theory and the Limits of Contract Law”, cit., 596. Esta regla se extrae del denominado teorema de Coase –nombre asignado a este por Stigler, en consideración al trabajo “El problema del coste social” de 1960, que a Coase le habría valido el Premio Nobel de Economía el año 1991–. En consideración al referido teorema, de haber costes de transacción, la regla supletoria que da el derecho, en la asignación de derechos, será relevante respecto del bienestar social.

- 39 El término “*sophisticated parties*” se les puede atribuir a Hermalin y Katz; véase Hermalin, B. y Katz, A., “Judicial Modification of Contracts between Sophisticated Parties: A More Complete View of Incomplete Contracts and Their Breach”, *Journal of Law, Economics, & Organization*, vol. 9, n.º 2, 1993, 230-255.
- 40 Schwartz, A. y Scott, R., “Contract Theory and the Limits of Contract Law”, cit., 599 (trad. libre; texto original: “*The task, then, is to find rules that would be efficient-surplusmaximizing–in a wide variety of contexts*”).

tribunales especializados. Pero ello requiere tomar en consideración los riesgos de falta de *expertise* que plantean Schwartz y Scott.

También se debe señalar que el sistema de integración del contrato debe ser coherente, y la solución que establece la ley –a través de la cláusula general–, así como la jurisprudencia en su aplicación al caso concreto, debe ser la misma<sup>41</sup>.

A continuación se hará una aplicación del principio de eficiencia respecto a la teoría de los riesgos, tanto en materia de contrato como de derecho del consumo.

## **II. Una aplicación de la interpretación e integración del contrato, conforme al AED, en torno a la teoría de los riesgos**

### **A. Algunos aspectos previos en torno a la aplicación del AED a la teoría de los riesgos**

El principio de eficiencia puede aplicarse conforme a un criterio de interpretación e integración del contrato, pero diferenciando entre contratos que se celebran libremente por partes relativamente informadas (partes sofisticadas de acuerdo con la tesis de Schwartz y Scott) y contratos de adhesión en derecho del consumo o conforme a condiciones generales<sup>42</sup>. A continuación se hará una aplicación práctica de lo hasta acá sostenido.

Schwartz y Scott analizan la aplicación del AED respecto de contratos entre partes sofisticadas, o sea entre partes que negocian libremente el contenido del contrato. A este propósito, los referidos autores analizan los casos de imposibilidad de cumplimiento en el *Common Law*<sup>43</sup>. Supóngase que un vendedor se

- 41 En palabras de Richard Posner, “en relación a las nociones de ‘código’, que la integración de vacíos reduce la incertidumbre interpretativa en la medida en que las cláusulas interpoladas habrán recibido un significado acordado y uniforme como resultado de su interpretación en varios casos”. Posner, R., “El análisis económico de la interpretación contractual”, cit., 185. Posner en el fondo recurre al primer supuesto del teorema de Coase. Para que la asignación sea eficiente se requiere un paso previo: los derechos deben estar bien definidos. Es decir, los jueces, en todos los casos similares, deben fallar igual, de lo contrario el derecho pierde su característica más esencial: su certeza; ante el mismo caso se debe fallar igual. Véase *ibid.*, 185-186, y Coase, R., “The Problem of Social Cost”, *The Journal of Law & Economics*, vol. 3, 1960, 1-44.
- 42 La distinción que acá se sostiene entre teoría general del contrato y derecho del consumo no es del todo exacta, porque en muchos ordenamientos jurídicos se ubica la teoría general del contrato en las condiciones generales y derecho del consumo. Ello se debe fundamentalmente a que hoy día esta es la forma general de contratación. Este tema está suficientemente tratado en el derecho comparado. En Chile, la factibilidad de la integración del derecho del consumidor al derecho privado común es abordada en Momberg Uribe, R., “Análisis de los modelos de vinculación del código civil y la legislación de protección al consumidor”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 43, n.º 2, 2015, 743-747.
- 43 Para el AED, la teoría de los riesgos y la teoría de la imprevisión son lo mismo por cuanto ambas sólo distribuyen riesgos ante un supuesto relativa o totalmente imprevisible. La noción de imprevisibilidad absoluta, o sea, de teoría de los riesgos, tampoco se acepta en cuanto todo riesgo se puede prever, lo que ocurre es que es muy caro hacerlo.

compromete a la entrega de una cosa, que se produce en una fábrica, la cual es destruida por un incendio. En este caso, el vendedor –aunque no está obligado al cumplimiento específico– debe indemnizar de perjuicios al comprador. La cosa se ha destruido por un caso fortuito<sup>44</sup>. Sin embargo, el vendedor, en el caso propuesto, no debería la indemnización de perjuicios, puesto que el incumplimiento se genera por una causa exógena al contrato. Esta regla sería simple: respecto de la entrega por parte del vendedor opera una excusa exógena previa a la entrega, como un incendio, y, además, se puede excusar el deudor en que le es imposible el cumplimiento en los términos contratados. Este caso estaría correctamente resuelto para Schwartz y Scott dado que el comprador, en el cual recaerían los riesgos, estaría en mejores condiciones de prever el riesgo y de asegurar la cosa<sup>45</sup>. Pero, ello no es siempre así dado que estas suposiciones pueden estar erradas, es decir, es posible que el que mejor puede prever el riesgo de un incendio en su fábrica sea el vendedor. Además, el vendedor está en la mejor condición para asegurar el daño que un incendio puede generar en su fábrica. En cierta medida la solución que hace recaer el riesgo siempre en el comprador –aunque barata–, como podría ser simplemente asignar los riesgos al acreedor, podría no ser eficiente. Sin embargo, los costos de litigación bajarían sustancialmente por cuanto una regla absoluta en virtud de la cual, ante cualquier incumplimiento, aunque sea exógeno, el acreedor de la obligación correlativa se hace cargo de los riesgos es la más barata. En otras palabras, la regla de cumplimiento absoluto del contrato es más barata, sólo contiene los costos de ejecución. Sin embargo, este ahorro en el litigio puede generar una pérdida mayor en los excedentes de las partes, si el riesgo no se asigna en la parte que pudo evitar el riesgo al menor costo posible. Acá se produce, por tanto, una tensión regulatoria, desde dos perspectivas. La primera es que una regla absoluta o de conservación absoluta del contrato asigna el riesgo de forma más barata. Así, en caso de que el riesgo lo asuma el acreedor de la obligación correlativa se seguiría la posición clásica del derecho, es decir, el contrato siempre debe cumplirse. En otras palabras, sólo los litigantes temerarios llevarán el caso a tribunales. La segunda consideración es que una regla más fina de determinación del riesgo podría ser más cara, y además podría no aplicarse correctamente. Una regla de esta clase, por ejemplo, podría clasificar los casos de incumplimiento exógenos al deudor, como imposibilidad moral, incendio, acto de autoridad, inundaciones, acto de guerra, etc., y fijar una regla general y reglas específicas. Por ejemplo, en los casos de incendio, el riesgo podría recaer en el vendedor –que es el que puede tomar las acciones para evitarlo–, o en el caso de un acto de autoridad, debería recaer en el contratante que se le considere como experto, como podría ser un agente de aduana o un porteador marítimo, que se

---

44 La indemnización debería ser necesariamente inferior al precio. Véase Schwartz, A. y Scott, R., “Contract Theory and the Limits of Contract Law”, cit., 599.

45 *Ibid.*, 599.

dedica a transportar petróleo en el caso del cierre de un puerto, etc. También podría haber excepciones, como si el vendedor no debiese soportar el riesgo si el comprador está en una mejor posición para preverlo. Acá la duda se plantea entre una regla general, típica del AED, como podría ser la de que el riesgo recaiga sobre la parte que lo pudo evitar al menor costo, y una regla mixta, es decir, acoger esta regla general y regular casos concretos o particulares. Esta última regulación específica puede ser costosa, pero además puede ser difícil de aplicar.

En el derecho chileno se opta por una regla general de subsistencia del contrato en torno a la teoría de los riesgos, pero con una cantidad relevante de excepciones concretas. La regla general no es que las cosas perecen para su dueño en materia de riesgos, sino que es la conservación del contrato<sup>46</sup>. De esta forma, los riesgos de la pérdida fortuita de una especie o cuerpo cierto, conforme a los artículos 1550 y 1820 del código civil chileno (c. c. ch.), son del acreedor respecto de la obligación de entregar y tradir, o sea, del comprador, que se verá obligado a pagar el precio sin recibir nada a cambio. Pero esta regla general tiene aproximadamente diez excepciones en que los riesgos son del deudor<sup>47</sup>. Como no es posible analizar todos los casos, se tratará la regla general. Lo primero que se puede determinar es si el derecho está bien definido; en otras palabras, si frente a la teoría de los riesgos existe una regla realmente general, si frente a todos los

- 46 Henríquez Herrera, I., “El riesgo del cuerpo cierto cuya entrega se deba, es siempre del acreedor. Una relectura del artículo 1550 del código civil a la luz de las fuentes”, *Estudios de derecho civil VII*, Elorriaga de Bonis, F. (coord.), Santiago, Abeledo-Perrot-Thomson Reuters, 2012.
- 47 Los casos son los siguientes: que el caso fortuito hubiere acontecido de igual forma de encontrarse la cosa en poder del acreedor (arts. 1547 y 1551 c. c. ch.); cuando el deudor se haya comprometido a entregar una misma cosa a dos o más personas por obligaciones distintas (art. 1550 c. c. ch.); en las obligaciones condicionales el riesgo del caso fortuito es del deudor (art. 1486.2º c. c. ch.); en las obligaciones de género, porque el género no perece (art. 1510 c. c. ch.); en la confección de obra material los riesgos de la pérdida de la cosa o materia suministrada son del deudor (arts. 1996.2º y 2000.1º y 2º c. c. ch.); cuando el aporte de un bien en usufructo a la sociedad el riesgo es del deudor, es decir, del socio (art. 2084.2º c. c. ch.); en la venta al peso, cuenta y medida y en la que se efectúa al gusto los riesgos son de cuenta del vendedor, es decir, del deudor (arts. 1821 y 1823 c. c. ch.); en el arrendamiento de cosa en realidad la solución depende de si se analiza el contrato desde la perspectiva de la obligación de entregar del arrendador o de la obligación de restituir del arrendatario (art. 1950, n.º 1 c. c. ch.); y cuando las partes estipulan que los riesgos son del deudor (arts. 1547.3º y 1673 c. c. ch.). Nótese que algunas de las soluciones precedentes son perfectamente ilógicas respecto de la eficiencia. La regla que señala que el género no perece no tiene mucho sentido. Ello ocurre si, por ejemplo, un agricultor cosecha el trigo y lo guarda en un granero que se incendia, o si al concesionario de una marca de autos se le destruye el cargamento por un ataque terrorista de los autos que ha vendido y que estaba por entregar. En ambos casos, los riesgos no son del acreedor, sino del deudor, o sea del vendedor, quien deberá proveer de otro trigo y de otros autos de la marca vendida. La explicación para un lego, en torno a la distinción de la solución respecto de si la cosa es una especie o cuerpo cierto, será totalmente incomprensible. En ambos casos el deudor estaba dispuesto a cumplir, y estaba preparándose para la entrega, cuando un hecho externo le impidió hacerlo. El riesgo es exactamente el mismo, y la precaución que se debe exigir al deudor es igual. Para una mayor profundización de este tema véase Gandulfo, R. E., “Teoría de los riesgos del contrato bilateral. Un problema interpretativo en su fundamento normativo del artículo 1550 del código civil” (en proceso de publicación).

casos de teoría de los riesgos la solución es la misma. Como se señaló, dada la cantidad de excepciones a los casos en que los riesgos son del acreedor, cabe dudar si el derecho está bien definido<sup>48</sup>. Las excepciones concretamente son claras, pero su aplicación es compleja por parte de tribunales. Y, como la regla general tiene tantas excepciones, no está clara la solución para los casos no definidos. Luego, la regla de asignación de riesgos al acreedor es absoluta, y no establece criterios de aplicación, sino casos concretos en los que los riesgos se asignan al deudor. Naturalmente, la supuesta regla general de los artículos 1550 y 1820 c. c. ch. en muchos casos no será eficiente, por cuanto el riesgo de una especie o cuerpo cierto recaerá en el comprador, cuando en muchos casos será el vendedor el que esté en una mejor condición de anticipar el riesgo. Ello sin perjuicio de que las partes pueden estipular que los riesgos son del vendedor o deudor (arts. 1547.3.<sup>º</sup> y 1673 c. c. ch.). La pregunta, por tanto, es: ¿puede el comprador hacer recaer los riesgos en el vendedor, en caso de que este haya podido evitar los riesgos a un menor costo? En principio, la respuesta es negativa. Ahora bien, el caso fortuito o la fuerza mayor suponen la ausencia de “culpa”, y en este sentido se podría sostener que de haber estado el acreedor en una mejor condición de prever el riesgo estamos en presencia de una “culpa objetiva”. En razón de ello se excluiría la aplicación de las reglas de los artículos 1550 y 1820 c. c. ch. De esta forma, habría una falta de previsión, en torno al riesgo, en atención a dos posibles aspectos: su prevención general, y la posibilidad de haber asegurado el siniestro (de ser ello probable). Por tanto, a través del concepto de culpa se podría aplicar el principio de eficiencia<sup>49</sup>. Nótese que, si se entiende que el contrato es una forma cumplir la expectativa de las partes, logrando *ex ante* el mayor beneficio social, una regla de esta clase cumpliría con el derecho clásico del contrato y el AED.

En los contratos de consumo el análisis cambia. Ello se debe a que, con relación a los eventuales daños o riesgos del producto o servicio ofrecido, a falta de regla de responsabilidad, el proveedor adoptará un nivel del cuidado o precaución menor al

---

48 El que el derecho esté bien definido, en términos económicos, quiere decir que ante todos los supuestos iguales se debe fallar de la misma forma. Así, el derecho estará bien definido si los riesgos siempre recaen en el acreedor o el deudor. Ello no acontecerá si hay alguna indefinición al respecto. Nótese que ello no quiere decir que los derechos estén eficientemente asignados. Este tema es relevante dado que, si el derecho está mal definido, en definitiva, nunca la asignación podrá ser eficiente. Esto es una aplicación del denominado “teorema de Coase”.

49 La concepción objetiva de los criterios de imputabilidad por culpa es algo que se ha venido trabajando hace mucho tiempo en el derecho comparado y en el derecho chileno. La responsabilidad subjetiva exige un criterio de imputabilidad subjetivo (tesis clásica) u objetivo (tesis modernas). Han trabajado el concepto de imputabilidad objetiva autores como Luna Yerga, A., *La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria*, Madrid, Thomson Civitas, 2004, 351-494; Barros Bourie, E., *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Santiago, Jurídica de Chile, 2006, 672-674; López Mesa, M., “Teoría general de la responsabilidad civil médica en el derecho argentino, francés, colombiano y comparado”, en López, M.; Bello, D.; Carrillo, J. y Cesano, J. (eds.), *Tratado de responsabilidad médica*, Buenos Aires, Ubijus Legis, 2007, 191; y Aedo Barrena, C., “El concepto normativo de la culpa como criterio de distribución de riesgos: un análisis jurisprudencial”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 41, n.º 2, 2014, 705-728.

óptimo. Lo anterior se genera por la asimetría de la información entre proveedor y consumidor en lo que respecta al daño, y también al riesgo. Lo que gatillará esta regla de intervención o de responsabilidad, sin embargo, será la existencia real de una asimetría de información respecto del riesgo o de la calidad del producto o servicio. De esta forma, en la década de 1990, los productos chinos se sabían de menor calidad que los productos japoneses, estadounidenses o europeos. Por tanto, una extensión de garantía legal, más allá de lo razonable –que excluiría los productos chinos–, simplemente perjudicaría al consumidor, al impedirle adquirir productos de más bajo precio y menor calidad. Sin embargo, la asimetría de información no existía en estos casos, por cuanto el consumidor conocía la relación calidad-precio del bien adquirido. Nótese que este razonamiento tiene como límite que el bien no sirva en absoluto para el fin que se declara. Naturalmente, en estos casos se debe recurrir al principio pro consumidor, que es fundamental en el derecho del consumo<sup>50</sup>. La regla pro consumidor, por tanto, a falta de asimetría, no debería generar responsabilidad por garantía legal. O, dicho de otra forma, en la aplicación de este principio debería identificarse si se está concretamente en presencia de una asimetría. El tratamiento de este tema, conforme al *Behavioral Law and Economics*, se complejiza porque la evaluación del riesgo del consumidor obedecerá *ex ante* a sesgos, que podrían precipitar una subvaloración del beneficio o del precio por uso conforme a la propensión al riesgo<sup>51-52</sup>.

- 
- 50 El principio de protección del consumidor está explícitamente establecido en los artículos 2 ter y 16, letra C, de la Ley de Protección del Consumidor. Las normas actuales fueron introducidas por la Ley n.º 21.398/2021, y establecen, respectivamente, lo siguiente: “Las normas contenidas en esta ley se interpretarán siempre en favor de los consumidores, de acuerdo con el principio pro-consumidor, y, de manera complementaria, según las reglas contenidas en el párrafo 4.º del Título Preliminar del Código Civil”; “Las cláusulas ambiguas de los contratos de adhesión se interpretarán en favor del consumidor. / Cuando existan cláusulas contradictorias entre sí, prevalecerá aquella cláusula o parte de ella que sea más favorable al consumidor”.
- 51 Los sesgos en la decisión del consumidor llevarían a una *behavioral market failure*. Estos sesgos serían incentivados por el proveedor para aumentar sus utilidades. Véanse Bar-Gill, O., “The Behavioral Economics of Consumer Contracts”, *Minnesota Law Review*, vol. 92, n.º 3, 2007, 749-802; Bar-Gill, O., “El derecho, la economía y la psicología de los contratos de consumo”, O. Vásquez (trad.), en Vásquez, O. (ed.), *Análisis Económico del Derecho*, Santiago, Rubicón, 2017, 107-175 (trad. del primer capítulo de Bar-Gill, O., *Seduction by Contract*, Oxford, Oxford University Press, 109-110). La propensión al riesgo del consumidor sería relevante, puesto que una persona aversa al riesgo tomará precauciones, y contratará eventualmente seguros, más allá del óptimo; en cambio, un amante del riesgo hará lo contrario. Esta situación será aprovechada por el proveedor ofreciendo planes diferidos. Una tesis bastante plausible es que los sesgos de percepción del consumidor, unidos a los errores de percepción, que son aprovechados y fomentados por el proveedor –unido a la propensión o aversión al riesgo del consumidor–, acentuarían la falla de mercado, y la pérdida de beneficio social.
- 52 Desde la perspectiva del *Behavioral Law and Economics* cabe considerar que la garantía convencional constituye una *default rule*, esto es, una cláusula supletoria que el proveedor pone a disposición del consumidor, y que requiere de un pronunciamiento expreso y de un pago adicional por parte de este último. Véanse Carroll, G. D.; Choi, J. J.; Laibson, D.; Madrian, B. C. y Metrick, A., “Optimal Defaults and Active Decisions”, *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 124, n.º 4, 2009, 1639-1674; Sunstein, C. R., “Deciding by Default”, *University of*

Esta posición va contra la doctrina chilena que entiende que el principio se aplica en abstracto, por tanto, de darse una relación de consumo, inmediatamente se debe considerar al consumidor como contratante débil y aplicarse el principio<sup>53</sup>. La garantía legal en el derecho del consumo son los derechos que tiene el consumidor, diferentes del cumplimiento en especie, y que operan por una entrega disconforme<sup>54</sup>. Nótese que en el actual derecho del consumo se podría dar un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor, por las compras por internet<sup>55</sup>. Ello es de esta manera porque la compra en una gran tienda supone la entrega de la cosa al consumidor –antes del pago del precio– puesto que el contrato se perfecciona en el momento en que el consumidor paga por la cosa adquirida en la caja. Por ello, la aplicación de la teoría de los riesgos, respecto de la obligación del proveedor, no siempre será factible<sup>56</sup>. En cambio, en el caso de una compra de

---

*Pennsylvania Law Review*, vol. 162, n.º 1, 2013, 1-57. Este diseño normativo, fundado en reglas supletorias, podría incentivar fenómenos de procrastinación por parte de los consumidores, quienes no ejercerían la opción de extender la garantía, y permitiría al proveedor estructurar mecanismos de *tying* entre la garantía legal y la garantía convencional. Con todo, se trata de una hipótesis que requeriría ser validada empíricamente. Así, la circunstancia de que el consumidor –presumiblemente adverso al riesgo– opte por contratar una garantía extendida, y que el proveedor se beneficie de la segmentación generada a partir de la distinción entre garantía legal y garantía convencional, podría ilustrar un caso típico de sesgo conductual. No obstante, debe advertirse que el fenómeno no es enteramente problemático desde el punto de vista normativo, pues la discriminación conforme al grado de aversión al riesgo puede reflejar, legítimamente, las propias preferencias del consumidor, y, en ese sentido, no implicar una falla de mercado ni una afectación de la autonomía contractual.

- 53 Isler Soto, E. y Morales Ortiz, M. E., *Retos del derecho privado en un contexto de crisis*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, 122-113.
- 54 Ferrante llega a esta conclusión por la denominación del título del párrafo 5.<sup>o</sup> del Título II de la LPC, que contiene la denominada garantía legal: “Responsabilidad por incumplimiento”. Este párrafo sería un intento de sistematización, que contemplaría, en parte, “el incumplimiento de la garantía legal”, junto con la responsabilidad civil derivada del ilícito infraccional del artículo 23 LPC. Véase Ferrante, A., “La devolución de la cantidad pagada en la jurisprudencia: desencaje con la garantía legal”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. 33, n.º 1, 2020, 141-158.
- 55 Para Barrientos, la teoría de los riesgos no procedería en materia de derecho del consumo por cuanto la entrega disconforme generaría responsabilidad objetiva; véase Barrientos, F., *La garantía legal*, Santiago, Thomson Reuters, 2016, 169 y ss. En contra de esta posición están Ferrante y Pizarro Wilson, quienes en un principio aceptaron la tesis de Barrientos, pero posteriormente admitieron supuestos de caso fortuito y fuerza mayor como eximentes de responsabilidad en derecho del consumo. Véanse Ferrante, A. “Una revisión de los remedios del consumidor chileno en la compraventa con disconformidad a partir de la diferencia entre obligación y garantía”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 35, 2018, 165; y Pizarro Wilson, C., “Ensayo acerca de la garantía legal prevista en los artículos 19 y 20 de la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores”, en Ferrante, A. (ed.), *Venta y protección del consumidor*, Santiago, Thomson Reuters, 2019, 229.
- 56 Es más, los casos de caso fortuito o fuerza mayor, que se generaron en Chile en materia de consumo a raíz del terremoto del 27 de febrero del 2010 y de la pandemia de Covid-19, dieron lugar a juicios en que se discutió la concurrencia del caso fortuito y la fuerza mayor como eximentes de responsabilidad, y no se recurrió a la teoría de los riesgos. Así, la Corte de Apelaciones de Concepción, sentencia de 19 de abril del 2011, en autos “Puentes con Lavaseco”, Rol Ingreso de la Corte n.º 80-2011, revocó la sentencia del tribunal de primera instancia. La sentencia del

una cosa o servicio por internet, o de un servicio que se paga previamente, podría suceder perfectamente que no se genere la entrega o no se preste el servicio por la ocurrencia de un caso fortuito o fuerza mayor. Pero si se considera que la cosa es genérica –como sucederá con la gran mayoría de las cosas y prestaciones objeto de un contrato de consumo– no se entendería que opera la teoría de los riesgos<sup>57</sup>. Por tanto, los riesgos siempre serían del proveedor. Sin embargo, ya se ha criticado esta lógica. Ahora bien, si se aplica la teoría de los riesgos respecto del consumo sin más, a falta de asimetría, se debería aplicar la solución general, es decir, los riesgos serían del consumidor-comprador.

Para finalizar, la aplicación del principio pro consumidor –en los términos planteados– llevará a la conclusión contraria bajos dos aspectos<sup>58</sup>. Primero, podría interpretarse que, dada la cantidad de excepciones a esta regla, en realidad la regla general es que los riesgos son del deudor, o sea del proveedor-vendedor. Segundo, para contestar la pregunta que responde la teoría de los riesgos –es decir, quién sufre el riesgo respecto de la obligación correlativa a la obligación extinguida por caso fortuito o fuerza mayor– se debe analizar cómo opera el principio pro consumidor. Y a este respecto, aplicando lo que se ha planteado, dicho principio debe generar, además de un beneficio para las partes, especialmente, un beneficio para el consumidor en términos agregados. Lo primero que se debe señalar es que, en estos casos, efectivamente, salvo prueba en contrario, el proveedor estará en una mejor condición para prever el riesgo, e incluso para eventualmente contratar un seguro por daños o riesgos. Por tanto, a pesar de la solución del derecho civil, basada en los artículos 1550 y 1820 c. c. ch., consistente en que los riesgos deben

---

tribunal *a quo* condenó al demandado a indemnización de perjuicios y pago de multas por la no entrega de unas prendas de vestir. La demandada, una lavandería, había acreditado que había sido objeto de un saqueo a raíz del terremoto que asoló Concepción, saqueo que no pudo evitar la fuerza pública. Debido a ello, la demandada no pudo entregar las prendas que tenía en depósito. La Corte de Apelaciones, acreditados estos hechos, estimó que no era posible demandar ni el cumplimiento específico ni la indemnización de perjuicio con multa, por cuanto había ocurrido un caso fortuito o fuerza mayor. Estos casos de afectación general no pueden ser tomados en cuenta para el análisis de la teoría de los riesgos porque son regulados por estatutos particulares, como sucedió por ejemplo en las guerras mundiales. Por ello, estas situaciones fueron reguladas por regla general, mediante una legislación especial de Covid. Véase Isler Soto, E. y Morales Ortiz, M. E., *Retos del derecho privado en un contexto de crisis*, cit. Se trata, en realidad, de situaciones excepcionales que se transforman en el derecho general o común.

- 57 Esto podría acontecer, por ejemplo, en el caso en que se contrate un servicio de ambulancia. Si la ambulancia asignada al paciente, o que iba a atenderlo, es chocada imprudentemente por un tercero, sería más que dudoso considerar que ha operado la teoría de los riesgos.
- 58 Una regla supletoria de solución, como podría ser la planteada en este trabajo –es decir, determinar el contenido del principio pro consumidor conforme a una falla de mercado–, tiene detractores en el AED. Así, Veljanovoski señala que los “*standard form contracts*”, que alimentan las reglas supletorias-integrativas del contrato, son una demostración de una deficiente concepción económica, y de pobre teoría legal. Este autor señala que “[t]his approach has been discredited as both bad economics and bad legal theory”. Veljanovoski, C., *Economic Principles of Law*, cit., 132.

recaer en el acreedor, o sea en el consumidor, el riesgo recaerá en el proveedor. Así, esta solución aplica el principio pro consumidor, mejorando el bienestar social.

## B. Aplicación del AED en los términos planteados a algunas sentencias de tribunales

A continuación se analizarán algunos casos concretos.

a) Corte de Apelaciones de Santiago, Séptima Sala, sentencia de 8 de agosto de 2024, Rol Ingreso de la Corte n.º Civil 11.471-2023, que acogió una apelación, revocando parcialmente la sentencia del tribunal *a quo*.

La sentencia del 19.º Juzgado Civil de Santiago, de 23 de enero de 2023, Rol C-16.616-2020, en causa caratulada “*Solution Drawer SpA con FISA SA*” rechazó en su totalidad la demanda del arrendatario que, entre varias pretensiones, solicitaba la restitución del canon pagado anticipadamente al arrendador. La demanda se basaba en que el arrendador no cumplió con la entrega útil de la posesión del bien arrendado.

A su vez, el fallo de segunda instancia acogió parcialmente la apelación, dado que el tribunal de primera instancia rechazó la demanda que exigía la restitución del canon de arriendo de un estand de la Feria Internacional de Santiago (FISA). Solution Drawer había anticipado el canon de arrendamiento de un estand de exposición, en circunstancias en que debido a la pandemia de Covid-19 dicha exposición internacional no se pudo realizar por orden de la autoridad. El tribunal *ad quem*, en el considerando décimo, resolvió lo siguiente:

- a) El contrato de autos se ha dado por terminado, en virtud de una sentencia.
- b) El término del contrato deriva de que el arrendador no pudo poner a disposición del demandante el objeto del contrato de marras; lo que implica que este no terminó de manera anticipada, sino por una resolución judicial.
- c) La falta de observancia del contrato se debió a una fuerza mayor, esto es, a la prohibición de celebración de eventos masivos decretada por la autoridad sanitaria, producto del estado de emergencia; lo que, por definición, excluye la culpa del demandado.

De lo anterior la sentencia colige:

1. Se descarta la hipótesis del demandado de que habría una postergación válida de la feria de exposición, y de que sí se habría ejecutado el objeto del contrato de su parte, de modo alternativo o equivalente. Precisamente, porque la sentencia resolvió que derechamente no se puso a disposición el objeto del contrato, y por dicha razón dio por terminado el arrendamiento de marras.
2. Se descarta, en principio, la aplicación de la cláusula novena que invoca el demandante, por terminación anticipada, cuando ésta se ha producido

por orden de autoridad judicial, y teniéndose por establecido que no se ejecutó por parte del demandado el objeto de la obligación.

3. Queda pendiente el problema del efecto de la fuerza mayor sobre el contrato de arrendamiento, sobre la base del hecho establecido.

Nótese que la sentencia acertadamente plantea el problema en cuanto a la teoría de los riesgos; pero, de un largo e interesante análisis, el fallo resuelve a favor de la restitución del pago del canon por enriquecimiento sin causa<sup>59</sup>. Esta sentencia hace un análisis exhaustivo de la teoría de los riesgos en el arrendamiento, recurriendo a los artículos 1915, 1924, n.º 2, 1925, 1932 y 1950, n.º 1 c. c. ch., pero finalmente termina resolviendo el problema entendiendo que hay un vacío de ley y aplicando un principio general, como lo es el enriquecimiento sin causa. El fallo, sin embargo, no recurre a la teoría de los riesgos en el contrato de arrendamiento para resolver el caso. Es verdad que la regla general, como se vio, es que los riesgos son del acreedor (art. 1550 c. c. ch.), que en este supuesto es el arrendatario. Pero, si se analizan con cuidado las normas citadas respecto del arrendamiento, y las generales respecto de los contratos, se debe concluir que los riesgos son del arrendador, salvo cláusula en contrario.

Las normas del arrendamiento permiten aplicar la regla según la cual el riesgo recae en la parte que pudo preverlo al menor costo. Y, en principio, estos riesgos, salvo prueba en contrario, recaen en el arrendador. Los argumentos a favor de esta posición son tres. Primero, en el caso de extinción culpable de los derechos del arrendador, se debe indemnización de perjuicios al arrendatario (arts. 1925.1.º, 1961 y 1963.1.º c. c. ch.). Y, naturalmente, en este caso, el contrato no subiste; por lo tanto, *a contrario sensu*, el arrendatario, en el supuesto de incumplimiento fortuito, no tiene derecho a la indemnización de perjuicios, pero la obligación que pesa sobre este de pagar el canon no subiste. En segundo lugar, de los artículos 1925.2.º y 1932.1.º c. c. ch. se debe concluir que los riesgos son del deudor, o sea, el arrendador. La primera norma hace responsable al arrendador: “aun cuando el arrendador haya creído erróneamente y de buena fe, que podía arrendar la cosa; salvo que la imposibilidad haya sido conocida del arrendatario, o provenga de fuerza mayor o caso fortuito”. Si bien el precepto excluye la fuerza mayor y el

---

59 De esta forma, en el considerando 24.º del fallo de la Corte de Apelaciones se lee: “Agrega que: cuando el arrendador no puede entregar al arrendatario la cosa que le ha arrendado, ya sea porque ha perecido o porque ha quedado fuera de comercio; por ejemplo, si, por autoridad pública, la finca que me disteis para cultivar, fue tomada para hacer una gran carretera; o porque, por cualquier otro accidente, sin hecho ni culpa del arrendador, la cosa ha dejado de poder servir para el uso para el cual había sido arrendada; como si al caballo que le he arrendado le ha sobrevenido una cojera; en todos estos casos, el arrendador queda descargado de su compromiso, porque éste deviene en imposible, y que *impossibilium nulla obligatio est*: no habrá lugar a la acción *ex conducto*; pero el arrendador, por su parte, es descargado del suyo [...]; y si él hubiese pagado por adelantado el arriendo, pudiera repetirlo, *condicione sine causa*”. Pothier, R., “Traité du contract de louage”, en Pothier, R., *Oeuvres complètes*, 9.ª ed., París, 1821.

caso fortuito, respecto de la indemnización de perjuicios, hace responsable al arrendador de “una creencia errónea, aun cuando esté de buena fe”, de que era factible celebrar el contrato. Por tanto, los costos de prevención son en principio del arrendador, por cuanto este tiene mejor información respecto del arrendatario con relación a la cosa arrendada. Finalmente, el artículo 1932 c. c. ch. también carga al arrendador los costos de prevención del riesgo, al establecer que “[e]l arrendatario tiene derecho a la terminación del arrendamiento y aun a la rescisión del contrato, según los casos, si el mal estado o calidad de la cosa le impide hacer de ella el uso para el cual ha sido arrendada, sea que el arrendador conociese o no el mal estado o calidad de la cosa al tiempo del contrato; y aun en el caso de haber empezado a existir el vicio de la cosa después del contrato, pero sin culpa del arrendatario”. Por tanto, el arrendador se hace cargo de los vicios de la cosa, aun después del contrato, y sin que haya culpa del arrendatario. Así, también se podría haber aplicado el principio de eficiencia y haber valorado en el proceso qué parte estaba en mejor condición, al tiempo de celebrarse el contrato, de prever la pandemia, o de tomar un seguro más barato. Nótese que no se puede dar una respuesta a esta pregunta, con independencia de la prueba que eventualmente se podría haber exigido en el juicio. Por tanto, estos aspectos deben ser objeto de la interlocutoria de prueba<sup>60</sup>.

Esta concepción de la imputabilidad objetiva, que hace recaer el riesgo en la parte que pudo preverlo de mejor forma, es compatible con las reglas del código civil, y permite una aplicación coherente, eficaz y, sobre todo, eficiente del derecho.

b) Corte Suprema, Primera Sala Civil, sentencia de 28 de julio del 2020, en causa caratulada: “*Leigh con Roma Chile SPA (s)*”, Rol Ingreso de la Corte n.º 85.755-2021, que acogió un recurso de casación en el fondo en contra de la Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 13 de mayo de 2021, Rol Ingreso de la Corte n.º 2.728-2021.

En esta causa el actor demanda la terminación de un contrato de arrendamiento de la oficina n.º 503 ubicada en Valentín Letelier n.º 20, Comuna de Santiago, más pago de rentas adeudadas. El demandado se defendió oponiendo la excepción de contrato no cumplido porque la autoridad sanitaria, a partir del mes de marzo de 2020, debido a la pandemia de covid, impidió el uso del inmueble para el fin con el que fue arrendado, producto de las restricciones de circulación. Así, el demandado alegó la excepción de contrato no cumplido del artículo 1552 c. c. ch., y solicitó la aplicación del artículo 1932 c. c. ch. que disciplina el arrendamiento. Finalmente, solicitó la terminación del contrato o una rebaja en la renta. La sentencia de primera instancia acogió la demanda, salvo el pago de renta entre

---

60 Este es un tema esencial, dado que la fijación de los puntos de prueba es un mecanismo privilegiado para otorgar información al juez que permita resolver el conflicto conforme a criterios de eficiencia. La “buena información” es un aspecto muy relevante en la aplicación del derecho. Véase Posner, R., “El análisis económico de la interpretación contractual”, cit., 188.

los meses de abril y agosto del año 2020. Sin embargo, la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago revocó el fallo de primera instancia, acogiendo la apelación de la demandante, así como el libelo, o sea condenando al demandado al pago de todas las rentas adeudadas hasta la restitución efectiva del inmueble. La demandada, en torno a lo que interesa, recurrió de casación en el fondo por infracción del artículo 1932 c. c. ch. Lo primero que se debe aclarar es que el caso fortuito o fuerza mayor no recae sobre el pago del canon, sino sobre el uso y goce de la cosa, que debe proveer el arrendador al arrendatario<sup>61</sup>. Tampoco cabe aplicar el aforismo según el cual las cosas perecen para su dueño, dado que acá no hay dominio, y además porque en la teoría de los riesgos, aplicada al caso, responde a la pregunta: si la obligación de proveer el uso y goce de la cosa por el arrendador se extingue, aunque sea momentáneamente, por un acto de la autoridad sanitaria, ¿qué sucede con la obligación correlativa de pagar el canon del arrendatario? Conforme a lo señalado, el riesgo de la pandemia debería ser asumido por la parte que lo podría prever al menor coste, pero este caso tiene una complejidad adicional porque se trata realmente de un hecho imprevisible. El fallo razona adecuadamente, puesto que del artículo 1832 c. c. ch. se puede desprender que los riesgos respecto de las cualidades de la cosa para cumplir con el uso asignado recaen en el arrendador, salvo culpa o dolo del arrendatario. Pero, aunque el razonamiento de la Corte, siguiendo a Orrego<sup>62</sup>, es pertinente,

- 
- 61 El considerando 7.<sup>º</sup> de la sentencia de la Corte Suprema fijó como hechos de la causa: “1.- La existencia de un contrato de arrendamiento celebrado entre las partes con fecha 1 de diciembre de 2017, mediante el cual la demandante dio en arrendamiento a la demandada la propiedad ubicada en calle Valentín Letelier n.<sup>º</sup> 20, oficina 503, comuna de Santiago, por una renta mensual de \$ 646.000. 2.- La Autoridad Sanitaria, durante el año 2020, dispuso medidas de confinamiento total transitorias, que irrogaron impedimento o imposibilidad absoluta para la apertura de locales comerciales en la ciudad, salvo aquellos que poseían carácter esencial”.
- 62 La fundamentación de la parte resolutiva del fallo de la Corte Suprema resuelve: “DECIMOSEXTO: Que, si bien parte de la doctrina sostiene que el artículo 1932 del Código Civil versa sobre un problema relativo a la materialidad de la cosa arrendada, como es que el mal estado o calidad de la misma afecte el goce que de ella tiene derecho a hacer el arrendatario, de lo que seguiría que la regla no está pensando en supuestos donde son ciertos hechos externos al contrato los que impiden el funcionamiento del giro comercial del arrendatario, *v. gr.* las medidas sanitarias derivadas de la pandemia de COVID-19, una lectura de la norma acorde a la idea que en ella subyace –obligación de garantía que va envuelta en todos los contratos onerosos, destinada a asegurar que la cosa entregada o transferida sirva para el uso para el cual fue adquirida o recibida, según el caso– conlleva a entender que las hipótesis contempladas en la norma en comento –mal estado de la cosa o la calidad de ésta– deben comprenderse en función del objetivo esencial, cual es que impidan que la cosa sirva para el objeto para el cual fue destinada, cualquiera sea el motivo o circunstancia que lo produzca, permitiendo extender su alcance a hechos externos. [...] DECIMOSÉPTIMO: Que, en armonía con lo que se viene reflexionando, el profesor Orrego Acuña sostiene que las hipótesis del artículo 1932 son dos: ‘mal estado’ o ‘calidad de la cosa’, que impiden hacer de ella el uso para el que ha sido arrendada. Según este autor, el ‘mal estado’ dice relación con una cuestión puramente física, material. La cosa presenta defectos en su estructura, que no hacen posible destinarla al uso para el cual fue arrendada. Esto corresponde a los vicios redhibitorios, circunscritos a una cuestión estrictamente material. En cuanto a la ‘calidad de la cosa’, puede ir más allá de lo meramente material, y vincularse con el destino que

acá hay una diferencia. La norma señala que el mal estado o calidad de la cosa, salvo culpa del arrendatario, recae en el arrendador. Sin embargo, en este supuesto hay un acto externo que afecta el “uso de la cosa”, no en cuanto a su “mal estado o calidad”, sino en cuanto a su uso propiamente tal. La cosa sirve para el fin al que está destinada, pero la autoridad ha prohibido su uso de forma momentánea, y no hay forma en que las partes hubiesen podido prever el riesgo. Por tanto, acá la solución debe ser proveída por una de las teorías colaborativas, o de equilibrio contractual, y el riesgo debería repartirse en partes iguales entre las partes. En otras palabras, el arrendatario debió ser obligado al pago de la mitad de la renta. Nótese que un fallo en este sentido, en la medida en que esté adecuadamente fundado, promueve soluciones de distribución de riesgo eficiente entre las partes. Estas, conocida la jurisprudencia, no recurrirán al arbitrio judicial.

### **Conclusiones: en torno a la aplicación del principio de eficiencia al contrato y al derecho del consumo (como principio pro consumidor), mediante la interpretación e integración del contrato**

#### **A. Algunas conclusiones en torno a la teoría del contrato**

En la primera parte del trabajo se logró apreciar las similitudes entre el AED y la teoría clásica del contrato, y el nuevo derecho de los contratos. Asimismo, se pudo ver cómo la concepción del contrato como “intercambio de expectativas” es común tanto al AED como al derecho moderno de los contratos. Estas dos formas de ver los contratos se alejan de la teoría clásica, que entiende al contrato como un acuerdo consensual. Sin embargo, en los casos de interpretación e integración del contrato se aprecia una gran similitud entre la teoría clásica del contrato y el AED. El AED da argumentos fuertes a favor del consensualismo y limita la integración del contrato entre partes sofisticadas. Sin embargo, el AED se inclina por la integración del contrato, a través del concepto de contrato perfecto, en los contratos masivos o de derecho del consumo. También se evidencia que el criterio de la solución del hombre razonable debe ser dejado de lado, por cuanto no define adecuadamente el derecho. Los criterios que se desprenden, en cambio, del principio de eficiencia definen más claramente el derecho, y se relacionan con una teoría robusta del contrato.

No se puede dejar de lado que la aplicación del AED concretamente podría no ser deseable en los casos en que la solución judicial se presente como cara e

---

puede darse a la cosa. Dicho de otra forma: puede que la cosa esté en buen estado, pero que, sin embargo, no sirva para el destino que el arrendatario tuvo en mente al contratar. Orrego Acuña, J. A., *El contrato de arrendamiento*, 2.<sup>a</sup> ed., Santiago, Editorial Metropolitana, 2011, 182. [...] Este tribunal ha empleado el artículo 1932 del Código Civil para enfrentar cuestiones relacionadas con actos externos”.

ineficiente. También se señala que el AED, como tesis objetiva, es una teoría consecuente con el contrato como un instrumento relevante para el funcionamiento del mercado.

### **B. Algunas conclusiones en torno al AED como forma de integración del derecho de los contratos**

A este respecto se distinguió, en materia de regla supletoria de la voluntad de las partes, entre la aplicación del AED en una situación de cierta igualdad de las partes, que se asimiló a la contratación entre partes sofisticadas, y en la contratación mediante contratos de adhesión en el derecho del consumo.

En la primera situación –o sea de una cierta igualdad entre las partes– se estimó que se debía fomentar la regulación de las partes, aun contra norma, y en la segunda situación se prefirió la aplicación del principio de eficiencia. Respecto de estos casos en que debe primar la aplicación de una regla supletoria se plantearon algunos aspectos previos. A veces una regla general y clara es mejor que una regla compleja de aplicación de eficiencia. Ello se debe a que si la regla es muy compleja encarecerá los costes de la litigación, haciendo que todo el beneficio social de la asignación eficiente de la regla supletoria se pierda. Así, una regla general de conservación del contrato, con todos los efectos que ello implica, no sólo en torno a la teoría de los riesgos sino también, por ejemplo, respecto del cumplimiento del contrato, podría ser más eficiente. De este modo podría ser que un exceso de remedios disponibles para el acreedor, y/o defensas del deudor, afecte negativamente el incentivo a la contratación. La regla supletoria que haga una asignación ineficiente, aunque no es el peor de los escenarios, es claramente un escenario negativo (ello dado que una regla que no define bien el derecho es peor). Además, la regla de la conservación del contrato es más barata en torno a los costes de litigación, y a la vez es clara (excluye el costo adicional de una mala regulación y una errada aplicación del derecho). Una solución de este tipo será el peor escenario posible.

### **C. Algunas conclusiones en torno a la aplicación del AED como forma de integración a la teoría de los riesgos**

En torno a la teoría de los riesgos se concluyó que el derecho de asignación no parece bien definido, en el sentido de que no se entiende por qué una regla clara como la conservación del contrato tiene tantas excepciones. Por tanto, el escenario regulatorio no es adecuado.

De este modo se destacó la importancia de una regla supletoria clara, que se construyó tanto en materia de contratación general como de derecho del consumidor. La construcción de una asignación eficiente de los riesgos se levantó conforme a un criterio de imputación objetivo, como es la prevención del riesgo como determinante de la responsabilidad. Y se aplicó el principio pro consumidor, pero como

una forma de acercarse al contrato perfecto. Así, en ambos escenarios se analizó la aplicación de la teoría de los riesgos y se hizo una reinterpretación de la teoría del contrato y del contrato de adhesión. Se debe destacar que las conclusiones a que se llegó en cada escenario fueron distintas. En materia de contratos libremente discutidos se prefirió el establecimiento de la regla supletoria, privilegiando la decisión de las partes; en cambio, en materia de consumo se prefirió, como regla general, adjudicar los riesgos al proveedor.

#### D. Algunas conclusiones en torno a las sentencias analizadas

El primero de los fallos analizados realiza un estudio detallado de las reglas del arrendamiento relevantes en materia de respeto de las obligaciones del arrendador, los derechos del arrendatario, la terminación del contrato y la teoría de los riesgos, pero sorpresivamente excluye la teoría de los riesgos como norma *decisoria litis*. Incluso pareciera que el fallo recurrirá a las reglas de responsabilidad –concretamente al artículo 1932 c. c. ch.–, pero finalmente resuelve conforme al principio del enriquecimiento injusto. Si bien en este trabajo se llegó a la misma conclusión de la sentencia, ello se hizo a través de una aplicación y exclusión de aplicación de la teoría de los riesgos, recurriendo a una aplicación de las reglas de responsabilidad sustentadas en el principio de eficiencia. También se concluyó que los casos analizados son muy complejos porque la pandemia de Covid-19 fue realmente imprevista e imprevisible, y no podría haber sido evitada mediante un cuidado adecuado. Este tema es relevante porque si bien para el derecho chileno un terremoto o un incendio en cualquier lugar es un imprevisto, la verdad es que se trata de situaciones previsibles. Una epidemia de la envergadura de la pandemia, en cambio, no era previsible. Por ello, se recurrió finalmente a una solución de equidad.

#### Referencias

- Acciarri, Hugo, “El análisis económico del derecho de daños”, en Cooter, Robert y Acciarri, Hugo (eds.), *Introducción al Análisis Económico del Derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012, 160-169.
- Aedo Barrena, Cristián, “El concepto normativo de la culpa como criterio de distribución de riesgos: un análisis jurisprudencial”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 41, n.º 2, 2014, 705-728.
- Aghion, Philippe y Bolton, Patrick, “Contracts as a Barrier to Entry”, *American Economic Review*, vol. 77, n.º 3, 1987, 388-401.
- Alonso Vidal, Horacio-José, “Los principios implícitos: su relevancia en la aplicación del derecho”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 35, 2012, 157-172.
- Angner, Erik, “We’re All Behavioral Economists Now”, *Journal of Economic Methodology*, 26, 3, 2019, 195-207.
- Atienza, Manuel, y Ruiz Manero, Juan, *Las piezas del derecho*, Barcelona, Ariel, 1996.

- Ayres, Ian y Gertner, Robert, "Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules", *The Yale Law Journal*, vol. 99, n.º 1, 1989, 87-130.
- Bar-Gill, Oren, "El derecho, la economía y la psicología de los contratos de consumo", O. Vásquez (trad.), en Vásquez, Omar (ed.), *Análisis Económico del Derecho*, Santiago, Rubicón, 2017, 107-175 (trad. del primer capítulo de Bar-Gill, Oren, *Seduction by Contract*, Oxford, Oxford University Press, 109-110).
- Bar-Gill, Oren, "The Behavioral Economics of Consumer Contracts", *Minnesota Law Review*, vol. 92, n.º 3, 2007, 749-802.
- Barcia Lehmann, Rodrigo, "Algunas consideraciones de la relación de causalidad material y jurídica en la responsabilidad civil médica", *Cuadernos de Análisis Jurídicos. Colección de Derecho Privado*, t. VI, *Responsabilidad Médica*, Santiago, Universidad Diego Portales, 2010, 85-126.
- Barcia Lehmann, Rodrigo, "¿Es posible aplicar el Análisis Económico del Derecho al contrato y al derecho del consumo?", *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º 44, 2025, 117-156.
- Barnett, Randy E., "Rational Bargaining Theory and Contract: Default Rules, Hypothetical Consent, the Duty of Disclosure, and Fraud", *Harvard Journal of Law & Public Policy*, vol. 15, n.º 3, 1992, 783-803.
- Barrientos Camus, Francisca, *La garantía legal*, Santiago, Thomson Reuters, 2016.
- Barros Bourie, Enrique, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Santiago, Jurídica de Chile, 2006.
- Bayley, Jay Edward, *Doctrine of Good Faith in New Zealand Contractual Relationships*, tesis de maestría en Derecho, Universidad de Canterbury, 2009.
- Berg, Nathan y Gigerenzer, Gerd, "As-if Behavioral Economics: Neoclassical Economics in Disguise?", *History of Economic Ideas*, vol. 18, n.º 1, 2010, 13-166.
- Brudney, Daniel, "Hypothetical Consent and Moral Force", *Law and Philosophy*, vol. 10, n.º 3, 1991, 235-270.
- Carroll, Gabriel D.; Choi, James J.; Laibson, David; Madrian, Brigitte C. y Metrick, Andrew, "Optimal Defaults and Active Decisions", *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 124, n.º 4, 2009, 1639-1674.
- Chung, Tai-Yeong, "On the Social Optimality of Liquidated Damage Clauses: An Economic Analysis", *Journal of Law, Economics, & Organization*, vol. 8, n.º 2, 1992, 280-305.
- Coase, Ronald, "The Problem of Social Cost", *The Journal of Law & Economics*, vol. 3, 1960, 1-44.
- Coleman, Jules L., *Risks and Wrongs*, Cambridge, Cambridge University Press, 1992, 166-179.
- Cooter, Robert y Ulen, Thomas, *Law and Economics*, 2.ª ed., Londres, Longman (Addison-Wesley), 1997.
- Craswell, Richard, "Contract Law, Default Rules, and the Philosophy of Promising", *Michigan Law Review*, University of Southern California, vol. 88, n.º 3, 1989, 489-529.

- Dagan, Hanoch y Heller, Michael, *The Choice Theory of Contracts*, Nueva York, Cambridge University Press, 2017.
- Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1997.
- Ferrante, Alfredo, “La devolución de la cantidad pagada en la jurisprudencia: desencaje con la garantía legal”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. 33, n.º 1, 2020, 141-158.
- Ferrante, Alfredo, “Una revisión de los remedios del consumidor chileno en la compraventa con disconformidad a partir de la diferencia entre obligación y garantía”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 35, 2018, 165-201.
- Gandulfo R., Eduardo, “Teoría de los riesgos del contrato bilateral. Un problema interpretativo en su fundamento normativo del artículo 1550 del código civil” (en proceso de publicación).
- Gómez Pomar, Fernando, *Previsión de daños, incumplimiento e indemnización*, Madrid, Civitas, 2002.
- Guastini, Riccardo, “Principios de derecho y discrecionalidad judicial”, P. Andrés Ibáñez (trad.), *Jueces para la democracia*, n.º 34, 1999, 39-46.
- Henríquez Herrera, Ian, “El riesgo del cuerpo cierto cuya entrega se deba, es siempre del acreedor. Una relectura del artículo 1550 del código civil a la luz de las fuentes”, *Estudios de derecho civil VII*, Elorriaga, Fabián (coord.), Santiago, Abeledo-Perrot-Thomson Reuters, 2012, 561-569.
- Hermalin, Benjamin E. y Katz, Michael L., “Judicial Modification of Contracts between Sophisticated Parties: A More Complete View of Incomplete Contracts and Their Breach”, *Journal of Law, Economics, & Organization*, vol. 9, n.º 2, 1993, 230-255.
- Herresthal, Carsten, “Consumer Law in the DCFR”, en Wagner, Gerhard (ed.), *The Common Frame of Reference: A View from Law and Economics*, Múnich, Sellier European Law Publishers 2009, 164-193.
- Isler Soto, Erika y Morales Ortiz, María Elisa, *Retos del derecho privado en un contexto de crisis*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021.
- Johnson, Eric y Goldstein, Daniel, “Decisions by Default”, en Shafir, Eldar, *The Behavioral Foundations of Public Policy*, New Jersey, Princeton University Press, 2013, 417-427.
- Kahneman, Daniel, *Pensar rápido, pensar despacio*, J. Chamorro Mielke (trad.), Barcelona, Debate, 2012.
- Kahneman, Daniel; Slovic, Paul y Tversky, Amos (eds.), *Judgement under Uncertainty: Heuristics and Bias*, Nueva York, Cambridge University Press, 1982.
- Klein, Benjamin, “Incomplete Contracts in Self-Enforcing Relationships”, Brousseau, Eric y Glachant, Jean-Michel (eds.), *The Economics of Contracts. Theory and Applications*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002, 67-80.
- López Mesa, Marcelo, “Teoría general de la responsabilidad civil médica en el derecho argentino, francés, colombiano y comparado”, en Bello, Domingo; Carrillo, Reyna; Cesano, José; López, Marcelo y Santos, Jorge, *Tratado de responsabilidad médica*, Buenos Aires, Ubijus Legis, 2007, 1-394.

- Luna Yerga, Álvaro, *La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria*, Madrid, Thomson Civitas, 2004, 351-494.
- Marín López, Manuel, “Requisitos esenciales del contrato: elementos accidentales del contrato”, *Tratado de contrato*, Bercovitz, Rodrigo (coord.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, 597-746.
- Momberg Uribe, Rodrigo, “Análisis de los modelos de vinculación del código civil y la legislación de protección al consumidor”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 43, n.º 2, 2015, 743-747.
- Monroy Cely, Daniel, “Análisis económico de la buena fe en el derecho de contratos”, *Con-texto. Revista de Derecho y Economía*, n.º 33, 2011, 55-76.
- Monroy Cely, Daniel, “Las reglas predeterminadas de decisión en el derecho. Bases para una reflexión teórica”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 40, 2021, 87-118.
- Morgan, J., “Chapter 26: Contract Remedies as Default Rules”, *Research Handbook on Remedies in Private Law*, Cheltenham, Edward Elgar, 2019, 476-493.
- Orrego Acuña, Juan Andrés, *El contrato de arrendamiento*, 2.<sup>a</sup> ed., Santiago, Metropolitana, 2011.
- Pereira Fredes, Esteban, “Altruismo y solidaridad en el derecho de contratos”, *Revista Chilena de Derecho*, n.º 49, 2022, 1-30.
- Piperea, Gheorghe, “Introducere in teoria solidarismului contractual”, *Revista Romana de Drept al Afacerilor*, n.º 3, 2011, 13-35.
- Pizarro Wilson, Carlos, “Ensayo acerca de la garantía legal prevista en los artículos 19 y 20 de la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores”, en Ferrante, Alfredo (ed.), *Venta y protección del consumidor*, Santiago, Thomson Reuters, 2019, 223-244.
- Porat, Ariel, “A Comparative Fault Defense in Contract Law”, *Michigan Law Review*, vol. 107, n.º 8, 2009, 1397-1412.
- Posner, Robert, “El análisis económico de la interpretación contractual”, Vásquez, Omar (ed.), *Análisis Económico del Derecho*, Santiago, Rubicón, 2017, 190-193.
- Pothier, Robert, “Traité du contrat de louage”, en Pothier, Robert, *Oeuvres complètes*, 9.<sup>a</sup> ed., París, Thomine et Fortic, 1821.
- Riley, Christopher A., “Designing Default Rules in Contract Law: Consent, Conventionality, and Efficiency”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 20, n.º 3, 2000, 367-390.
- Rubin, Paul H., “Unenforceable Contracts: Penalty Clauses and Specific Performance”, *Journal of Legal Studies*, vol. 10, n.º 2, 1981, 237-247.
- Schäfer, Hans-Bernd y Ott, Claus, *The Economics Analysis of Civil Law*, Northampton, Edward Elgar, 2004.
- Schauer, Frederick y Spellman, Barbara A., “Probabilistic Causation in the Law” [en línea], *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, vol. 176, 2020, 4-17, disponible en: <https://ssrn.com/abstract=3599418>

- Schwartz, Alan y Scott, Robert E., “Contract Interpretation Redux” [en línea], *The Yale Law Journal*, n.º 119, 2010, 926-964, disponible en: [https://scholarship.law.columbia.edu/faculty\\_scholarship/337](https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/337)
- Schwartz, Alan y Scott, Robert E., “Contract Theory and the Limits of Contract Law”, *The Yale Law Journal*, vol. 113, n.º 3, 2003, 541-619.
- Slawson, David, “The Futile Search for Principles for Default Rules”, *Southern California Interdisciplinary Law Journal*, vol. 3, n.º 1, 1993, 29-42.
- Stordeur, Eduardo, “Derechos iniciales de propiedad y eficiencia: un problema para el Análisis Económico del Derecho normativo”, *Opinión Jurídica*, vol. 4, n.º 7, 2005, 141-144.
- Sunstein, Cass R., *Behavioral Science and Public Policy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2020
- Sunstein, Cass R., “Deciding by Default”, *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 162, n.º 1, 2013, 1-57.
- Tversky, Amos y Kahneman, Daniel, “Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases”, *Science*, nueva serie, vol. 185, n.º 4157, 1974, 1124-1131.
- Vásquez Duque, Omar, “Introducción al Análisis Económico del Derecho”, en Vásquez, Omar (ed.), *Análisis Económico del Derecho*, Santiago, Rubicón, 2017, 37-78.
- Veljanovoski, Cento, *Economic Principles of Law*, Nueva York, Cambridge University Press, 2007.
- Willis, Lauren E., “When Nudges Fail: Slippery Defaults” [en línea], *University of Chicago Law Review*, vol. 80, n.º 3, 2013, 1155-1229, disponible en: <https://chicagounbound.uchicago.edu/uclrev/vol80/iss3/4>

## Jurisprudencia

- Corte de Apelaciones de Concepción. Sentencia de 19 de abril de 2011. En causa caratulada “Puentes con Lavaseco”, Rol Ingreso de la Corte n.º 80-2011.
- Décimo Sexto Juzgado Civil de Santiago. Sentencia de 25 de febrero de 2021. En causa caratulada “Leigh con Roma Chile SpA (S)”, Rol n.º 16.626-2020.
- Corte de Apelaciones de Santiago. Sentencia de 13 de mayo de 2021. En autos caratulados “Leigh con Roma Chile SpA (s)”, Rol Ingreso de la Corte n.º 2.728-2021.
- Corte Suprema. Sentencia de 28 de julio de 2022. En autos caratulados “Leigh con Roma Chile SpA (S)”, Rol n.º 85.755-2021.
- Décimo Noveno Juzgado Civil de Santiago. Sentencia de 23 de enero de 2023. En autos caratulados “Solution Drawer SpA con FISA SA”, Rol C-16.616-2020.
- Séptima Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago. Sentencia de 8 de agosto de 2024. En autos caratulados “Solution Drawer SpA con FISA SA”, Rol Ingreso de la Corte Civil n.º 11.471-2023.