

Vigencia del Incumplimiento Contractual Eficiente

Análisis jurídico-práctico de la figura en el paso del siglo XX al XXI.

Natalia Valencia Rodríguez

Monografía para optar por el título de magister en Derecho con énfasis en Responsabilidad Civil

Asesor

Rafael Eduardo Tamayo

Abogado y Teólogo

Especialista en Derecho de los Negocios

Magister en Derecho Internacional Público.

Doctor en Historia

Universidad EAFIT

Facultad de Derecho

Medellín

2020

Tabla de Contenido

Introducción	3
1. Acercamiento tradicional al incumplimiento contractual eficiente y la indemnización de perjuicios: Una conceptualización en los términos del Análisis Económico del Derecho.	10
1.1. Una breve historia del AED y las diferentes escuelas que lo integran.	14
1.2. El derecho de los contratos en el <i>Common Law</i> y los remedios disponibles	23
1.3. El AED aplicado al derecho de los contratos: El incumplimiento contractual eficiente.	32
1.4. Los perjuicios reconocidos al acreedor en supuestos de incumplimiento contractual: El interés de expectativa.....	43
2. Una aproximación práctico-jurídica a la figura del incumplimiento contractual eficiente y los perjuicios indemnizables: El comportamiento racional y el concepto de eficiencia del incumplimiento contractual, en contraste con las teorías de la economía conductual y la aplicación de esta institución en la realidad.	55
2.1. Reseña histórica de la economía conductual y sus cimientos.	61
2.2. Derecho y Economía del Comportamiento en el derecho de los contratos	68
2.3. El incumplimiento contractual eficiente de cara los nuevos planteamientos del Derecho y la Economía Conductual y nuevas perspectivas bajo el modelo tradicional	79
2.4. Un análisis de los perjuicios de expectativa bajo un enfoque de la economía conductual y un contraste entre lo que la teoría establece y lo que se ha manifestado en la realidad.	92
Conclusiones	105
Bibliografía.....	115

Introducción¹

“Somos previsiblemente irracionales” (Ariely, 2008).

La aplicación de la economía en el Derecho ha inspirado la construcción de diversas figuras jurídicas. Teniendo en cuenta que la economía pretende predecir el comportamiento humano, con base en un modelo de conducta racional, el Derecho se ha valido de este parámetro para incentivar conductas eficientes en sociedad.

Particularmente, el incumplimiento contractual eficiente es una de las construcciones interdisciplinarias del sistema jurídico americano que se ha enmarcado en estos presupuestos, figura que será el objeto de estudio del presente trabajo. Esta ha sido diseñada siguiendo los criterios del Análisis Económico del Derecho clásico y la estructura y prelación de los remedios que el acreedor tiene a su disposición en el derecho contractual americano.

Por esta razón, en el desarrollo del presente estudio se examinarán preliminarmente ciertos conceptos necesarios para entender el objeto de estudio y moldear la pregunta de investigación. Estos conceptos son: Análisis Económico del Derecho, el criterio de eficiencia económica, el modelo de comportamiento asumido por esta disciplina y los remedios que tiene a disposición el acreedor ante el incumplimiento contractual, en el sistema jurídico americano.

¹ Nota del autor: todas las citas que se realicen de un texto cuyo título esté en inglés en la bibliografía, es una traducción de la autora.

Las citas completas de jurisprudencia se consignaron en la bibliografía, en el texto únicamente se referenciaron las partes.

El Análisis Económico del Derecho²(AED) es la aproximación al Derecho desde una lupa económica, que involucra las herramientas utilizadas en esta última disciplina para la construcción de figuras jurídicas. Una definición preliminar del AED clásico es “la aplicación de las categorías e instrumentos de la teoría microeconómica neoclásica y sus modelos econométricos en la explicación y evaluación de las instituciones y realidades jurídicas” (Montoya, Oscar, 2019).

Desde una aproximación tradicional, el AED ha sentado sus postulados en una premisa básica: la eficiencia económica bajo un modelo de comportamiento racional, elemento que ha desencadenado las discusiones más interesantes dentro de este movimiento.

En el texto de Guinea (2017), titulado “*La eficiencia como criterio de justicia: Una introducción al análisis económico del derecho*” es posible identificar tres aproximaciones al criterio de eficiencia económica: el test de Pareto³, el test de Kaldor-Hicks⁴ y la teoría de Rawls y Nash. En este escrito, la eficiencia económica se circunscribirá al óptimo de Pareto y al test de Kaldor-Hicks.

Igualmente, el criterio de eficiencia económica sobre el cual se asientan los desarrollos del AED, presupone que el ser humano es racional al momento de tomar decisiones y que valora el beneficio que obtendrá de sus elecciones en términos económicos. Así, la manifestación de la eficiencia

²Se hace una aclaración conceptual sobre el alcance que tendrá el término AED en este texto, el cual se utilizará para referenciar “el estudio del derecho aplicando el instrumental metodológico de la teoría económica” y para referenciar igualmente “el estudio de la relación entre los fenómenos económicos y el sistema jurídico.”

Aunque esta última acepción ha sido asociada usualmente al concepto “Derecho y Economía”, como un área específica, en el presente trabajo, el AED reflejará la disciplina en general. (Arjona & Rubios, 2002, pág. 120)

³ (U)na situación no es óptima si existe al menos un cambio que mejore la situación de un individuo y no empeore la de los demás. Por lo tanto, una situación no sería eficiente si se puede mejorar el bienestar, aunque sólo sea de uno de los individuos, sin empeorar la situación de ninguno de los demás (Guinea, 2017, pág. 6).

⁴ “(U)na situación A es preferible a una situación B cuando aquel que se beneficie de moverse de B a A lo hace en cantidad suficiente para compensar a aquellos que pierden, es decir, que una situación es eficiente cuando ya no se puede aumentar la riqueza de la sociedad de ninguna manera alternativa” (Guinea, 2017, pág. 6) extraído por el autor de: STRINGHAM, E., “Kaldor Hicks Efficiency and the problem of central planning”, *The Quarterly of Austrian Economics* 4, n°2, 2001, p.42.

económica en un ordenamiento jurídico, depende de que el comportamiento del ser humano se adapte al modelo racional planteado por el AED.

La figura del incumplimiento contractual eficiente acoge como presupuesto el modelo de comportamiento racional, con base en el cual los agentes económicos siempre elegirán la opción que resulte eficiente al momento de decidir si se cumple o se incumple un contrato.

Por ello, la implementación de la figura tiene una relación directa con los remedios que el acreedor tiene a su alcance ante el incumplimiento, pues si el acreedor pudiera elegir el cumplimiento en especie directamente, el deudor no tendría la facultad relatada.

Oliver Wendell Holmes, en 1897, refiriéndose a la compensación de daños, afirmó: “El deber de mantener el contrato en el *Common Law* significa una predicción de que las personas deben compensar los daños en caso de que no lo cumplan, y nada más” (1998, pág. 702).

Aunque este postulado ha admitido un sinnúmero de interpretaciones, en esencia refleja el sistema de remedios que opera en general en el *Common Law* y, específicamente, en el sistema americano, que prefiere la opción de compensación de daños sobre el cumplimiento *in natura*, estructura que ha permitido acoger la figura del incumplimiento contractual eficiente.

Tanto el AED como el modelo de comportamiento racional, el concepto de eficiencia y el sistema de remedios americano, han ambientado el panorama para la implementación de la teoría del incumplimiento contractual eficiente en Estados Unidos. Así, bajo la figura del incumplimiento eficiente se espera que el deudor elija la opción que resulte eficiente, ya sea ejecutando la prestación pactada o incumpliendo el contrato para obtener un beneficio o evitar una pérdida, que le permita compensar al acreedor.

Al respecto, Daniel Friedman ha catalogado la figura del incumplimiento contractual eficiente como “una variación y extensión sistemática de la mirada de Holmes respecto de los remedios contractuales” (Friedman, 1989, pág. 2).

Sin embargo, el incumplimiento contractual eficiente ha sido objeto de diversas críticas que atacan diferentes aspectos. Por un lado, un nuevo enfoque económico denominado economía conductual ha hallado, de la mano de la psicología, ciertas desviaciones en el comportamiento humano de cara al modelo de conducta racional que proponía el AED y constituía el pilar en el que se edificaba la figura, lo que consecuentemente, ha alterado las predicciones del comportamiento humano inspiradas en la eficiencia.

Por otro lado, la puesta en práctica del incumplimiento contractual eficiente ha revelado ciertas inconsistencias que atentan contra sus postulados básicos, al detectarse conductas ineficientes que obedecen a diferentes supuestos como incumplimientos oportunistas, la subestimación de los costos de transacción y la posición en la que el acreedor se encuentra una vez es compensado.

En este orden de ideas, la investigación constituirá un análisis teórico-jurídico del incumplimiento contractual eficiente en los términos del AED, para el cual se hará una aproximación tradicional a la figura, reconstruyendo sus antecedentes y sentando los presupuestos en los que se estructura, para posteriormente, contrastar estas visiones con los nuevos desarrollos de la economía conductual y los problemas que se han evidenciado en su implementación, ante las contradicciones que se presentan entre la teoría y la práctica.

Se precisa que este estudio no constituye un trabajo de derecho comparado, ni pretende analizar la situación colombiana de cara a los supuestos que abarca el incumplimiento contractual eficiente. Por el contrario, en él se pretende sentar los presupuestos tradicionales de la figura y exponer las

críticas que se han formulado en torno a esta, las cuales, además, deberían ser conocidas por los abogados que pertenecen al sistema romano-germánico.

Este ejercicio es de utilidad, toda vez que en diferentes tratados de derecho internacional en los que se regulan las relaciones comerciales, se define el abanico de remedios que tendrá el acreedor en caso de incumplimiento de su deudor. Precisamente este sistema fue regulado en la Convención de Viena⁵ y en los Principios UNIDROIT.⁶

Resulta interesante destacar que Inglaterra no ratificó la Convención de Viena, pese a que participó activamente en las negociaciones, en la redacción e incluso en las discusiones de esta, especialmente porque le incomodaba que el remedio que se hubiera preferido fuera el cumplimiento *in natura*.

Sin embargo, el sistema jurídico inglés “es uno de los sistemas más atractivos en asuntos de compraventa internacional” (Zamora & Infante, 2013, pág. 28), por ello, su participación era determinante en la Convención.

Así, para lograr un mejor diálogo entre las diferentes tradiciones jurídicas sobre los remedios que deben ser acogidos en supuestos de incumplimiento contractual bajo la legislación internacional comercial, los países del *Civil Law* deben interesarse por los diferentes modelos y figuras que han

⁵ “La Convención de Viena sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías es, en la actualidad, el instrumento de Derecho uniforme de contenido dispositivo más importante, no solo por regular uno de los contratos de mayor empleo en el comercio internacional sino también por su acogida entre los países de distintas familias jurídicas.” (Catellanos, 2009, pág. 77) de la cual Colombia y Estados Unidos son parte.

⁶ Incluso, en los principios UNIDROIT se establecen unas restricciones para solicitar el cumplimiento *in natura* que puede ser explicado a partir de la ideología anglosajona, al respecto, solicitar la prestación puede limitarse en los casos en que la parte legitimada para recibir la prestación pueda razonablemente obtenerla por otra vía o cuando no la reclame dentro de un plazo razonable (art 7.2.2.). Igualmente, el tipo de perjuicios que se reconocen son los previsibles y los que pondrían al acreedor en la situación en la que se encontraría en caso de que el incumplimiento no se hubiere presentado (art 7.4.4. y 3.2.16.).

sido construidas y aplicadas en el sistema anglosajón y que justifican la prevalencia del remedio de los prejuicios sobre el cumplimiento en especie.

En este sentido, el conocimiento de la figura y sus debilidades permitiría que la negociación entre las familias jurídicas mejore, iniciando con un diálogo informado que ponga a las partes en un mismo nivel de comprensión.

Igualmente, esta investigación busca tener un impacto en el campo teórico y académico del sistema romano-germánico, atendiendo a que las familias jurídicas han construido diferentes canales de comunicación y este tipo de investigaciones aportan aproximaciones diferentes al incumplimiento contractual. La regulación de los países del *Civil Law* ha pasado de ser un campo hermético, a transformarse con el tiempo, de acuerdo con las necesidades humanas y para ello ha acudido a los desarrollos y teorías de otras familias jurídicas que aportan ideas diferentes para complementar el sistema.

Pese a que la teoría del incumplimiento contractual eficiente no tiene un alcance práctico en Colombia, su estudio podría brindar nuevas perspectivas en el análisis del derecho contractual. Por ello, la investigación que se propone busca dar a conocer al lector la estructura y las críticas que se han formulado en torno a la figura con fines académicos e incluso prácticos a nivel internacional.

Teniendo claro entonces el objeto de estudio, su pertinencia y las precisiones terminológicas, la pregunta que se busca resolver con esta investigación sería: ¿Es necesaria la reformulación teórica de la figura del incumplimiento contractual eficiente, de cara a los hallazgos de la economía conductual y los descubrimientos que ha arrojado la implementación del incumplimiento contractual eficiente en la práctica?

Para responder esta pregunta el trabajo se dividirá en dos capítulos, con dos enfoques diferentes. En el primero se analizarán los orígenes del incumplimiento contractual eficiente, su estructura, aplicación y consolidación en el sistema americano, al igual que el tipo de perjuicios que se indemnizan en supuestos de incumplimiento contractual, bajo los postulados del AED tradicional. Este primer capítulo se abordará desde una aproximación teórica y se denominará: Acercamiento tradicional al incumplimiento contractual eficiente y la indemnización de perjuicios: Una conceptualización en los términos del Análisis Económico del Derecho.

En el segundo capítulo se evidenciarán las consecuencias que han acarreado los desarrollos de la economía conductual y la implementación de la figura en el sistema jurídico americano frente a la teoría del incumplimiento contractual eficiente y el remedio que propone. Este capítulo se abordará desde una aproximación practico-jurídica, todo esto bajo el título: Una aproximación práctico-jurídica a la figura del incumplimiento contractual eficiente y los perjuicios indemnizables: El comportamiento racional y el concepto de eficiencia del incumplimiento contractual, en contraste con las teorías de la economía conductual y la aplicación de esta institución en la realidad.

1. Acercamiento tradicional al incumplimiento contractual eficiente y la indemnización de perjuicios: Una conceptualización en los términos del Análisis Económico del Derecho.

En este capítulo se expondrán las generalidades del nacimiento y la evolución del incumplimiento contractual eficiente, indagando por las premisas esenciales que sustentan su pertinencia en el sistema americano.

El incumplimiento contractual eficiente fue mencionado por primera vez en el texto “*Breach of Contract, Damage Measures, and Economic Efficiency*” de Robert Birmingham en 1970. En ese texto se abordaron varias temáticas, entre ellas, el desarrollo del incumplimiento contractual eficiente y su aplicación en los contratos laborales (Klass, 2014).

Sin embargo, la teoría en ese momento no tuvo la difusión que posteriormente se dio con la publicación del texto “*Análisis Económico del Derecho*” en el año 1972, tal como Gregory Klass lo manifestó: “la influencia de esta teoría se dio con la promoción de la primera edición de *Economic Analysis of Law*, escrito por Richard Posner” (2014, pág. 366).

Curiosamente, Douglas Baird, calificó tal aporte como la contribución más importante de Posner en el derecho de los contratos, al parecer, ignorando la participación de Birmingham (2014).

El impacto que tuvo la figura del incumplimiento contractual eficiente llevó a que en la nota introductoria de la publicación de 1983 del capítulo de remedios del *Restatement Second of Contracts*⁷, se hiciera una mención sobre esta figura, en un tono de aprobación, pese a que en el

⁷ Los *Restatements* son fuentes de derecho secundarias que reafirman la regulación que existe sobre un tema particular en el *Common Law*. El *Restatement (Second) of Contracts* fue publicado por el Instituto de Derecho Americano en

texto se hizo una advertencia frente a su conceptualización en términos económicos, exaltando sus falencias, respecto de la certeza para calcular valores y la exclusión de los costos de transacción (Klass, 2014).⁸

En este orden de ideas, el incumplimiento contractual eficiente tuvo su origen en postulados desarrollados exclusivamente por la doctrina. Premisas, que fueron formuladas con base en estudios interdisciplinarios, fundados en una perspectiva económica. Si bien la jurisprudencia desempeñó un papel importante en su implementación y aplicación en el sistema americano, su nacimiento se dio en los estudios doctrinarios, de la mano de las teorías económicas.

Las anteriores consideraciones permitirán al lector manejar el lenguaje y contexto de la figura del incumplimiento contractual eficiente, pero tal como se analizará posteriormente, la justificación y el desarrollo de la misma, entrañan muchos otros detalles que serán abordados más adelante.

En este capítulo se pretende sentar las bases económicas y jurídicas sobre las que se ha edificado el incumplimiento contractual eficiente. Se tendrá como punto de partida el concepto de eficiencia que plantean los postulados del análisis económico del derecho clásico y el modelo de comportamiento acogido por esta escuela.

Adicionalmente, se expondrán los presupuestos básicos que la doctrina ha considerado necesarios para que el incumplimiento pueda ser considerado eficiente, de cara a los remedios contractuales que el acreedor tiene a su alcance en supuestos de incumplimiento contractual.

1981 y en él se regulan todos los temas relativos al contrato, tanto su formación, las obligaciones que de él emanan, como los remedios ante el incumplimiento. El mismo ha sido considerado por los jueces como un manual fundamental y aunque no es dictado por el órgano legislativo, estos le han atribuido cierta fuerza vinculante.

⁸ (...) El análisis del incumplimiento contractual en términos puramente económicos asume una capacidad para calcular el valor con una certeza que usualmente no es posible de alcanzar en los procesos judiciales. El análisis igualmente ignora los costos de transacción inherentes al proceso de negociación y en la resolución de las disputas, un problema que resulta esencial en supuestos en los que el valor de la controversia es bajo. Tomado de (Klass, 2014), extracto del *Restatement (Second) of Contracts*.

Específicamente, se abordará el tema de los perjuicios que han sido usualmente reconocidos al acreedor en supuestos de incumplimiento eficiente y la posición que el acreedor debería alcanzar después de ser compensado por el deudor.

Con esta exposición, se pretende suministrar al lector las herramientas necesarias para analizar el panorama clásico o tradicional del incumplimiento contractual eficiente, de la mano de los doctrinantes que abogaron por su consolidación e incorporación en el ordenamiento americano.

Ahora bien, el acercamiento que se realizará al AED será una aproximación puramente jurídica, para lo cual es necesario resaltar que existen tres formas diferentes de ocuparse jurídicamente del AED, tal como lo expone Pierluigi Chiassoni. El autor las relaciona de la siguiente manera:

La primera forma se centra en estudiar las soluciones prácticas que el AED pone a disposición de los juristas, en consideración con un problema jurídico específico, de una determinada área del derecho.

La segunda manera, consiste en estudiar los métodos para hallar y justificar las soluciones que se proponen bajo el AED.

La tercera forma es analizando las teorías e ideologías que los juristas-economistas sostienen en relación con el derecho, la ciencia jurídica y la función judicial (2013).

En consecuencia, resulta necesario aclarar que esta investigación se circunscribe a la primera modalidad, es decir, las soluciones que proporciona el AED para un asunto específico, concretamente, para los supuestos de incumplimientos contractuales, en atención a que el objeto de estudio es la teoría del incumplimiento contractual eficiente.

Estando definido el tipo de acercamiento que se pretende llevar a cabo, se expondrán unas nociones básicas sobre el AED y la forma como este ha sido conceptualizado, con el fin de que el lector tenga claro estos aspectos al momento de adentrarse a la primera sección.

El AED está lejos de poder ser definido en unas cuantas líneas, pues las perspectivas varían de escuela a escuela, de autor a autor, pero todos ellos tienen algo en común: comparten una misma metodología.

Así, en palabras de Lewis Kornhauser:

“El Análisis Económico del Derecho no es una práctica exclusiva y unitaria, sino un conjunto de proyectos que comparten la misma aproximación metodológica” (2017).

El típico análisis económico del derecho estudia una norma legal específica o una institución, toda vez que su objeto no es realizar denuncias generales sobre la naturaleza del derecho (Kornhauser, 2017).

Para manejar una misma terminología, acudiremos a la definición expuesta por Ana María Arjona y Mauricio Rubio: “En el ámbito de la teoría positiva, esta rama del conocimiento intenta explicar cuáles son los efectos de las leyes y, a partir de esas explicaciones, establecer qué leyes permiten alcanzar determinados resultados que se consideran deseables” (2002, pág. 120).

Tal como su definición lo insinúa, esta disciplina pretende estudiar, desde una perspectiva económica, algunas construcciones jurídicas.

Sin embargo, esto apenas constituye una definición general, sin mayor contenido, lo que ha hecho que los intentos por definir el AED, generalmente se circunscriban a una escuela o a un movimiento específico, en el que se asumen unos conceptos particulares para delimitar el criterio de eficiencia económica, el concepto de justicia y el modelo de comportamiento de los agentes.

Habiendo concluido las referencias terminológicas necesarias y estando planteado el enfoque de la investigación, este capítulo pretenderá, en primer lugar, esquematizar la noción clásica del AED, siguiendo grandes economistas y juristas, para entender así el criterio de eficiencia económica que plantea el incumplimiento contractual eficiente, de cara al modelo de comportamiento racional que se acoge.

Posteriormente, se realizará una breve mención respecto del derecho contractual americano y se analizará la incidencia que ha tenido el sistema de remedios disponibles a favor del acreedor, ante el incumplimiento del deudor en la figura estudiada.

Finalmente, se ahondará en la conceptualización tradicional de la figura, sus elementos y evolución en sus primeros años de formación al igual que los perjuicios que le son reconocidos al acreedor, en supuestos de incumplimientos contractuales eficientes.

Sentados los presupuestos necesarios, el capítulo se ordenará en cuatro secciones que tienen como objetivo profundizar en las generalidades mencionadas de una manera sistemática, que permite a su vez responder a la pregunta de investigación planteada en la introducción. Estas secciones serán: (1.1) Una breve historia del AED y las diferentes escuelas que lo integran, (1.2) El derecho de los contratos en el *Common Law* y los remedios disponibles, (1.3) El AED aplicado al derecho de los contratos: El incumplimiento contractual eficiente y (1.4.) Los perjuicios reconocidos al acreedor en supuestos de incumplimiento contractual.

1.1. Una breve historia del AED y las diferentes escuelas que lo integran.

La relación entre derecho y economía se estructuró desde hace varias décadas, sin embargo, el primer antecedente digno de resaltar es la discusión de la propiedad sostenida por Thomas Hobbes, en el Siglo XVII.

Otros autores como Kaplow y Sahvell, resaltan que “el campo del análisis económico del derecho inició con Bentham” (1999), en el Siglo XVIII y XIX, como padre del utilitarismo.⁹

Bentham, de forma sistemática, analizó cómo los sujetos se comportaban de cara a los incentivos establecidos a través de normas legales. Específicamente, elaboró diferentes planteamientos en el campo penal y en el derecho de propiedad (Kaplow & Shavell, 1999).

Para el siglo XX, los planteamientos del autor no fueron acogidos, por el contrario, la aplicación de la economía se restringió a las áreas que estaban relacionadas con el mercado. Así, esta relación seguía el mismo principio económico relativo a “tratar de explicar el comportamiento de mercados económicos específicos” (Posner R. A., 1975, pág. 758).

En este sentido, en el Siglo XX la economía tuvo un impacto en ciertas áreas del Derecho, como las políticas *antitrust* y la regulación de políticas públicas, mientras que el desarrollo en otros terrenos fue incipiente (Posner R. A., 1998).

Fue entonces, hasta el año 1960, que fueron retomados los planteamientos de Bentham y con la publicación de “*The problem of social cost*”(1960) escrito por Ronald Coase y “*Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts*” (1961) de Guido Calabressi, en palabras de Posner “se evidenciaron los primeros intentos de aplicar el análisis económico de forma sistemática a áreas del derecho que no tenían la finalidad de regular relaciones económicas” (1975, pág. 761).

⁹ “Ética idealista según la cual el interés particular es el fundamento de la conducta humana” (Rosental & Iudin, 1959)

Otros aportes que permitieron consolidar el surgimiento del AED fueron las publicaciones de Becker, como “*Crime and Punishment: An Economic Approach*” (1968), aplicando la teoría económica al derecho penal, retomando los planteamientos de Bentham y la contribución de Posner: “*Economic Analysis of Law*”, en 1972, acompañado de la fundación del Diario de Estudios Legales (Kaplow & Shavell, 1999).

La distinción entre el AED y Derecho y Economía cobra sentido en este recuento, pues tal como lo explican Harnay y Marciano, en los primeros textos de Posner se evidenciaban desarrollos bajo el Derecho y Economía, movimiento en el cual la disciplina económica era aplicada para predecir el comportamiento del mercado y era concebida bajo un enfoque en la actividad analizada (antitrust y monopolios) (2009).

Sin embargo, gracias a las publicaciones de Coase y Calabresi, en las que fue aplicada la economía para fines diferentes a la predicción del comportamiento del mercado y para áreas jurídicas ajenas por completo al funcionamiento de este, e igualmente gracias a los comentarios de Becker, relativos a que el espectro de la economía no debía limitarse a decisiones de mercado o actividades económicas, el texto publicado por Posner en 1972, habla ya concretamente del AED.

Tal acercamiento económico no se basaba en la naturaleza de los problemas de investigación, sino en los métodos y las herramientas utilizadas. Así, la economía fue entendida como una caja de herramientas que podían ser aplicadas a un sin número de áreas, incluyendo las decisiones judiciales, lo que permite concluir que la diferencia de ambas escuelas (AED y Derecho y Economía) estaba lejos de ser un asunto meramente formal o conceptual (Harnay & Marciano, 2009).

Al respecto, Francesco Parisi, en su texto “Escuelas Positivas, Normativas y Funcionalistas del Análisis Económico del Derecho” realiza un contraste entre las publicaciones de 1960 y las que les siguieron en 1970, que permite identificar la diferencia fundamental:

Se puede detectar un enfoque distinto entre las contribuciones del análisis económico del derecho a inicios de la década de 1960 y aquellas que le siguieron en la década de 1970. Mientras que las investigaciones anteriores valoraban los efectos de las reglas jurídicas en el funcionamiento normal del sistema económico (es decir, consideraban el impacto de las reglas jurídicas en el equilibrio de mercado), la siguiente generación utilizó el análisis económico en aras de lograr una mejor comprensión del sistema jurídico (2004, pág. 18).

Pese a las diferencias planteadas, es común que ambos conceptos (Derecho y Economía y Análisis Económico del Derecho) se utilicen de forma indistinta para referirse a lo mismo (Cooter & Ulen, 2012), por ello, cabe hacer la aclaración de que en este texto se manejará únicamente el término AED, teniendo clara la diferencia sustancial que marcó la división entre ambas instituciones.

Así, Harnay y Marciano concluyen que:

Posner no invalidó el programa de Derecho y Economía, en el que algunos autores aun trabajan, sin embargo, inició una nueva agenda de investigación basada en nuevos métodos, orientado a nuevas materias que tendría un gran éxito a lo largo de los años (2009).

De lo anterior es posible concluir que el Análisis Económico del Derecho es un movimiento que tuvo varios antecedentes para su construcción, pero que en la actualidad se encuentra consolidado y tiene un alcance muy amplio que ha logrado a través de diferentes revistas como: el *Journal of Legal Studies*, el *Research in Law and Economics*, el *International Review of Law and Economics* y el *Supreme Court Economic Review*, entre otros (Parisi, 2004).

Es bastante recurrente que el AED se asocie con un movimiento integrado, que puede ser estudiado como un objeto invariable e indivisible, sin embargo, a partir de este se han desarrollado tres escuelas: la positivista, la normativista y la funcionalista, corrientes que se fundan en postulados dispares y constituyen aproximaciones sustancialmente diferentes que no pueden ser unificadas bajo un mismo nombre.

Una cuestión esencial que varía de una escuela a otra es el papel que desempeña el criterio de eficiencia bajo el AED, el cual resulta fundamental para el desarrollo de esta primera sección, en la que se busca delimitar el concepto de eficiencia económica de cara a la figura del incumplimiento contractual, al igual que el concepto de justicia.

No basta entonces con limitarse a hacer un recuento del nacimiento y la construcción del AED para indagar por el criterio de eficiencia que inspira la figura del incumplimiento contractual eficiente, sino que resulta indispensable exponer las diferentes escuelas, la comprensión que han tenido del concepto de eficiencia y cuál de ellas inspiró y soportó la figura objeto de estudio.

Son cuatro las escuelas principales del AED: La Escuela de Chicago, la Escuela de George Mason¹⁰, la Escuela de Harvard¹¹ y la Escuela de Yale.

En este orden de ideas, se explicarán a continuación las diferencias fundamentales entre la escuela de Chicago y la escuela de Yale, al ser estas las corrientes clásicas fundamentales del AED que

¹⁰ Encabezada por Hanry Manne y Gordon Tullock, quienes ahondaron en asuntos societarios y el criterio de eficiencia de cara al Civil Law. (Guinea, 2017)

¹¹ Sus principales exponentes fueron Steven Shavell y Louis Kaplow y sus planteamientos son bastante similares a los de la escuela de Chicago. (Guinea, 2017)

reflejan una postura positivista vs normativista correspondientemente, de cara a la finalidad que le atribuyen al movimiento, al criterio de eficiencia y justicia.¹²

Por un lado, la escuela de Chicago, bajo un enfoque positivista o descriptivo, funda sus postulados esencialmente en el trabajo de Richard A. Posner, y tal como lo exalta Parisi, esta escuela tiene una premisa esencial, relativa a la hipótesis de eficiencia del *Common Law*, la cual se refiere a la idea de que “el *Common Law* es el resultado de un esfuerzo – sea consciente o no- para inducir a resultados eficientes (...)” (2004, pág. 22), bajo los criterios de eficiencia de Pareto o Kaldor-Hicks.

El óptimo de Pareto se alcanza cuando no haya una redistribución alternativa posible que ponga a una de las partes en mejor posición sin desmejorar la de la otra, mientras el criterio de Kaldor – Hicks se explica con una prueba de dos grupos, en el que algunos ganan y otros pierden y es eficiente siempre que los ganadores se enriquezcan más, en proporción a las pérdidas que el otro grupo sufre, pudiendo incluso compensarlos (Parisi, 2004).

Eficiencia en palabras de Posner es “la explotación de los recursos económicos de manera que se maximice la satisfacción humana, basada ésta en la disposición agregada del consumidor a pagar por bienes y servicios.” (Guinea, 2017, pág. 6), criterio que además se considera como un “adecuado concepto de justicia”.

Adicionalmente, la escuela positivista acogió un modelo normativo, en el que el parámetro de conducta del agente económico era racional. Este presupuesto permite suponer que los sujetos siempre tomarán las decisiones que maximicen su satisfacción, las cuales están inspiradas por el

¹² Pese a que se habla de una tercera escuela, denominada funcionalista, esta no será abordada en este aparte, toda vez que se encuentra en su fase inicial de desarrollo y claramente no inspiró el concepto de eficiencia del incumplimiento contractual eficiente, atendiendo a que este nació en los años 70.

criterio de eficiencia. Así, el AED tiene la capacidad de predecir el comportamiento humano, analizando las figuras jurídicas desde un enfoque económico.

Por otro lado, la escuela de Yale, encabezada por Guido Calabresi, propugna por una intervención legal activa, en búsqueda de la corrección de las fallas del mercado.

Claramente, esta aproximación se enmarca especialmente para supuestos de *Tort*, en los que se acoge un criterio de eficiencia similar al ya reseñado en la escuela de Chicago, pero se hace la salvedad de que este no constituye en sí mismo el concepto de justicia, por el contrario, la eficiencia no es el fin último del AED para esta escuela y debe compaginarse con el criterio de justicia distributiva (Guinea, 2017).

La diferencia entre ambos enfoques resulta ser determinante frente a la importancia que tiene el criterio de justicia pues, aunque en esencia, el criterio de eficiencia permanece intacto en ambas escuelas, el objeto del AED sufre cambios sustanciales, en atención a que en el enfoque normativo, la eficiencia no es nada si no procura la justicia u otros fines sociales.

Ahora bien, para aclarar y delimitar el criterio de eficiencia, en ambas escuelas, es necesario retomar la definición de Posner en la que se exalta que lo que procura la eficiencia es la maximización de la riqueza o abundancia, no de la utilidad o del bienestar.

Este criterio deja a un lado el concepto de utilidad de la teoría del utilitarismo, por varios motivos, uno de ellos, como lo diría Parisi, meramente pragmático, “a diferencia de la riqueza (o de cantidades de recursos físicos), la utilidad no puede ser medida objetivamente” (2004, pág. 28).

A este respecto, Posner ha formulado diversas críticas contra el utilitarismo, concebido como una teoría moral y correlativamente, contra una postura normativa, pues considera que esta aproximación puede llevar a promover conductas en contra de la moral como la segregación o la

discriminación, atendiendo a que el criterio de utilidad se reduce a la promoción de la felicidad en una sociedad y este último es considerablemente ambiguo (Martínez, 2009).

Por su parte, la escuela normativa busca corregir esta premisa, exigiendo alcanzar no solo la eficiencia, sino otras metas sociales.

Pese a que la teoría moral que promueve AED excede el objeto de estudio, resultaba importante indagar por ambas escuelas para conocer qué criterios compartían y las diferencias que las distanciaban.

Quedando la diferencia plasmada, persiste la inquietud sobre cuál escuela inspiró la construcción del incumplimiento contractual eficiente, a lo cual, podemos responder que tal figura fue concebida bajo las aspiraciones de la escuela positivista, dado que esta propugna por un concepto de eficiencia en términos de maximización de riqueza y pretende la maximización en la distribución de los recursos en sociedad, sin mayores consideraciones posteriores que involucren criterios de justicia o utilidad.

Adicionalmente, la incorporación de esta figura aboga por un estado abstencionista, en el que se restrinja la creación normativa para regular la conducta de los seres humanos, pues el criterio de eficiencia impulsaría el actuar de los agentes económicos, siendo este y solo este el resultado deseable en sociedad, postulados que coinciden con esta escuela.

Además, tal como se adelantó en la introducción, Posner fue uno de los autores a quien se le atribuyó el origen del incumplimiento contractual eficiente.

En este sentido, el criterio de eficiencia resultaba ser un elemento central para la edificación del objeto de estudio y a esto se suma la función que se le atribuye al AED.

El fundamento sobre el cual se construye el estudio económico es el presupuesto de que los seres humanos son agentes racionales, maximizadores de riqueza, lo que se traduce en que siempre se está en la búsqueda de resultados eficientes.

En los términos de Gary Becker, la racionalidad se estructura bajo tres premisas:

El comportamiento del ser humano puede ser observado en los eventos en que se involucren participantes que: (i) maximicen su utilidad (ii) de un abanico establecido de preferencias y (iii) acumulen una cantidad óptima de información y otro tipo de estímulos en una variedad de mercados (1976, pág. 14).

Así, tanto bajo un enfoque económico positivista, como normativista, la asunción de una amplia racionalidad ha sido la base del modelo económico para predecir el comportamiento de los sujetos. Pese a que diferentes autores neoclásicos reconozcan que ocasionalmente pueden existir ciertos eventos en los que se nubla tal racionalidad, privilegian el comportamiento “promedio” bajo un modelo racional (Van Aaken, 2014).

Es con base en estas conductas que el AED puede predecir el comportamiento o el impacto que tendrá determinada norma.

Posner, en su texto *“The Economic Approach of Law”* establece que:

“(L)a base de un acercamiento económico al derecho es la asunción de que las personas que se involucran con el sistema jurídico actúan como agentes racionales, maximizadores de su satisfacción” (1975, pág. 23).

Concepto que traslada de la economía para aplicarlo concretamente al Derecho y es con base en esta presunción que la figura del incumplimiento contractual eficiente fue construida.

Este presupuesto se aplica a diferentes áreas del Derecho en aras de predecir las conductas de los agentes en supuestos determinados. Con esto, finaliza la exposición de la primera sección.

Dado que a figura objeto de estudio se circunscribe al área contractual del sistema americano, se considera necesario precisar la construcción americana del derecho privado, la terminología y las características fundamentales del derecho de daños y el derecho de los contratos, para posteriormente estudiar la teoría incumplimiento contractual eficiente desde un enfoque tradicional del AED.

1.2.El derecho de los contratos en el *Common Law* y los remedios disponibles

Resulta fundamental precisar que lo que se busca con esta exposición es estructurar a grandes rasgos, el esquema del derecho de los contratos del *Common Law* para alcanzar una construcción que le otorgue una unidad conceptual a esta investigación.

Así, el propósito de esta sección es brindarle al lector las herramientas necesarias para enfrentarse a la figura objeto de estudio de esta investigación, la cual tiene sus cimientos en el derecho contractual americano: el incumplimiento contractual eficiente. Se precisa que este análisis no tiene por objeto llevar a cabo una descripción detallada del sistema americano que abarque todas sus diferencias en relación con el *Civil Law*.

Enfrentar una figura de un sistema jurídico diferente al propio acarrea varias dificultades, siendo necesario realizar una exposición de los principales postulados del derecho contractual americano que se diferencian de los consagrados en el sistema romano-germánico, a saber: la historia del sistema contractual norteamericano, el contraste que existe entre este y el derecho de daños, el

abánico de remedios que tiene disponible el acreedor y ciertas particularidades de la indemnización de perjuicios.

Se adelanta en todo caso que esta exposición tiene varios desafíos, los cuales han sido postulados por Kemmelmajer de Carlucci y deben ser conocidos por el lector antes de adentrarse a este esquema, los cuales se relacionan a continuación:

- La traducción de la terminología del sistema anglosajón a la lengua española: Existen palabras que sencillamente no son traducibles o que ostentan diversos significados conforme al contexto en el que se utilicen (1999, pág. 703 y 704).

La traducción jurídica es un reto que conlleva una exigencia mayor al momento de definir o referenciar los conceptos. Una traducción laxa puede alterar el contenido y la naturaleza de una institución dentro de un sistema específico.

“(D)iscutir sobre derecho en inglés difiere en lo fundamental respecto a conversaciones paralelas en francés o alemán, y otros idiomas continentales” (Fletcher & Sheppard, 2005, págs. 21,22).

- Las amplias diferencias que existen entre los países del *Common Law*.

Los ordenamientos del *Common Law* evidencian diferencias importantes en la estructuración de las ramas del derecho. Estados Unidos e Inglaterra, pese a que pertenecen a un mismo sistema jurídico, presentan diferencias, en atención al papel otorgado a la jurisprudencia, lo que igualmente ocurre dentro de los estados de Estados Unidos.

Sin embargo, H. Patrick Glen concluye que el derecho americano integra la familia jurídica del *Common Law* y acepta la existencia de un sistema jurídico, integrado por territorios que cuentan con características diversas, pero que en últimas refleja la verdadera naturaleza de una tradición (2004).

Así, para la construcción del esquema general del derecho contractual y el desarrollo de la figura del incumplimiento contractual eficiente se tomará el *Common Law* como una misma tradición jurídica y en los eventos que se requiera realizar una precisión sobre el territorio, se hará.

Cabe resaltar que los planteamientos y debates que se expondrán respecto de la figura no requieren una distinción en el tratamiento de esta, frente a los diferentes estados. Igualmente, el análisis que se pretende llevar a cabo no es jurisprudencial, por ello, únicamente se citarán algunos pronunciamientos judiciales que en general han establecido algunas pautas en el derecho contractual del sistema americano.

Para abordar el campo de interés, es necesario precisar que, el derecho privado en el *Common Law*, se clasifica en cuatro ramas: el derecho de propiedad¹³, el derecho de los contratos¹⁴, el derecho de daños¹⁵ y el enriquecimiento injusto.¹⁶

En el *Common Law*, el derecho de daños y el derecho de los contratos se estructuran como áreas autónomas, con una separación radical entre una y otra, lo que lleva a que se evidencien líneas de desarrollo jurisprudencial sustancialmente diferentes (Coleman & Mendlow, 2010).

Antes del Siglo XIX, en el *Common Law* no existía una teoría sobre los contratos, por el contrario, esta área era analizada en términos de acciones¹⁷. En consecuencia, para esa época no se podía hablar de una estructura del derecho contractual (Gordley, 2007). Para después del Siglo XIX, el derecho de los contratos fue repensado, bajo los planteamientos del *Civil Law*.

¹³ Law of Property.

¹⁴ Law of Contract.

¹⁵ Law of Torts.

¹⁶ Esta terminología no es más que una traducción, que no tiene plena correspondencia con el idioma español: Unjust enrichment.

¹⁷ Traducción de “writ system”. En él se conjugaban el derecho sustancial y el derecho procesal. Para más información véase: FLETCHER, George P. y SHEPPARD, Steve. *op. cit.* p. 20.

Así, diferentes herramientas como el *Restatement Second of Contracts* llevaron a que el derecho de los contratos fuera considerado hoy un derecho innovador y dinámico, que busca la reparación derivada del incumplimiento de una obligación contractual, siempre que los perjuicios que se aduzcan sean previsibles; mientras que el derecho de daños, se basa sobre el principio de no causar daño y ostenta diferentes funciones, adicionales a la reparación, como la prevención y la sanción.

Una diferencia sustancial entre ambas áreas son los perjuicios susceptibles de ser indemnizados, así, en el derecho de los contratos, se indemnizan los perjuicios previsibles al momento de la celebración del contrato. Sin embargo, este panorama puede cambiar si el incumplimiento contractual es considerado un *Tort*¹⁸, pues en estos supuestos, el contratante incumplido puede llegar a asumir todas las consecuencias que deriven de su incumplimiento (Gordley, 2007).¹⁹

Por el contrario, en el derecho de daños se indemnizan los perjuicios previsibles e imprevisibles que fueron causado con el acto dañoso.

En síntesis, el derecho contractual y el derecho de daños se encuentran separados por completo en el sistema americano. Adicionalmente, en contractual solo se reconocen perjuicios que tengan una función compensatoria, no preventiva ni sancionatoria como sucede en el derecho de daños.

Sin embargo, eventualmente una relación contractual puede regirse por los criterios establecidos para la indemnización de perjuicios en el derecho de daños, supuestos que se limitan a los casos en

¹⁸ La complejidad que acarrea este concepto es que no existe un equivalente en el *Civil Law*. Sin embargo, en el sistema americano existe una especie de lista de actos ilícitos como: la negligencia, la violación de la propiedad, agresión y lesiones, entre otras.

¹⁹ Por el contrario, en el *Civil Law*, aunque igualmente en contractual se reconocen los perjuicios previsibles al momento de la celebración del contrato, existe una excepción propuesta por Pothier. En este sentido, el deudor es responsable por los daños previsibles al momento de la celebración del contrato, excepto si actúa con dolo o culpa grave, pues en esos casos el responsable deberá indemnizar tanto los perjuicios previsibles como imprevisibles.

los que el incumplimiento constituye un *Tort*, lo que permite la concesión incluso de daños punitivos.

Esto es importante, pues el derecho de contratos en el sistema americano se regula bajo un régimen de responsabilidad objetiva, por lo que en principio la conducta del sujeto no es valorada (Farnsworth, 2003). Así, el deudor incumplido debe indemnizarle los perjuicios al acreedor, limitándose a compensarlo.

Pero, además, uno de los elementos que usualmente ha marcado una diferencia entre la regulación del *Common Law* y del *Civil Law*, ha sido los remedios que tiene al alcance el acreedor en supuestos de incumplimientos contractuales, elemento que resulta crucial para estudiar el incumplimiento contractual eficiente.

En Estados Unidos, el acreedor incumplido tiene como opciones ante el incumplimiento de su deudor: la indemnización de perjuicios, la restitución, la rescisión, la reformatión²⁰ y el cumplimiento *in natura* (O'Flaherty, 2019).

Tanto la restitución, como la rescisión, buscan satisfacer el interés negativo del acreedor²¹, mientras que la indemnización de perjuicios (como remedio único) se centra en satisfacer el interés positivo del acreedor.²²

²⁰ La aplicación de este remedio es poco frecuente, por lo que no se tendrá en cuenta para la presente investigación, sin embargo, se precisa que únicamente aplica en supuestos en los que el contrato se encuentra viciado por coerción o fraude y la Corte cambia la sustancia del contrato para asegurar la equidad. (O'Flaherty, 2019)

²¹ La distinción entre el interés positivo y negativo fue planteada por primera vez en el texto *The Reliance Interest in Contract Damages*, escrito por Lon Fuller y William Perdue, publicado en 1937 por el *Yale Law Journal*. (Contardo, 2011)

²² Se precisa que el cumplimiento específico no satisface el interés positivo, pues constituye en sí mismo, el cumplimiento del contrato. Al respecto, Contardo González aclara que “Hay una diferencia entre la opción de cumplimiento, que es la ejecución en naturaleza de la obligación, y el interés positivo, que solo envuelve los beneficios que le hubiera reportado el cumplimiento íntegro y oportuno de la obligación.” (2011, pág. 88)

En esta investigación nos centraremos en la indemnización de perjuicios²³ y en el remedio relativo al cumplimiento en especie del contrato²⁴, los cuales refuerzan la importancia del acuerdo y de las promesas que realizan las partes, pues en dichos supuestos el acreedor busca la subsistencia del contrato y del interés que tiene en este, ya sea solicitando el beneficio que el mismo le hubiera reportado o exigiendo el cumplimiento de lo pactado, de la forma establecida.

Aunque en el *Civil Law*, el acreedor, igualmente, tiene a su disposición, tanto la indemnización de perjuicios como el cumplimiento *in natura*, se observará que la regla general en cada sistema puede variar.

Pese a que no se ahondará en aspectos concretos, en términos generales es posible afirmar que en el *Civil Law*, por regla general, el acreedor tiene a su disposición el cumplimiento específico ante el incumplimiento contractual, mientras que, en el *Common Law*, este tipo de remedio parecería ser la excepción.

En el sistema norteamericano se considera que el cumplimiento en especie solo debe ser concedido en supuestos en los que la indemnización de perjuicios no sea el remedio adecuado para reestablecer la posición del acreedor. Incluso el *Uniform Commercial Code* (UCC), en el §2716, establece que el cumplimiento *in natura* solo puede ser concedido en supuestos de bienes únicos o en otras circunstancias en las que resulte apropiado.

Hoy en día, este postulado se ha visto atenuado al consultar diferentes supuestos de los sistemas jurídicos que permiten entrever que estas reglas tienen más matices de los que usualmente los autores reconocen. Al respecto, Severin ha advertido que:

²³ Requerir al contratante incumplido buscando que este pague los perjuicios causados, generalmente, reemplazando las ganancias netas que el cumplimiento del contrato hubiera generado. (Schwartz, 1979)

²⁴ Requerir a la parte incumplida para que ejecute la obligación de la forma pactada. (Schwartz, 1979)

En este sentido, se afirma que mientras que en el Derecho continental se reconoce al acreedor un derecho a obtener el cumplimiento específico, en el *Common Law* este remedio se considera un remedio secundario, que se concede solo excepcionalmente, siendo la indemnización de los daños –"damages"– el remedio preferente.

Los mismos estudios comparados sugieren, sin embargo, que dicha diferencia es más teórica que práctica. Lógicamente, es posible pensar que ello puede deberse tanto al hecho de que los ordenamientos de Derecho continental son, en la práctica, más restrictivos a la hora de conceder el cumplimiento específico de lo que generalmente se cree, como al hecho de que el remedio del *specific performance* ocupa un lugar más relevante en el *Common Law* de lo que suele afirmarse (2016, pág. 8).

Por ejemplo, la doctrina ha clasificado, con base en pronunciamientos judiciales, los supuestos en los que resulta viable la aplicación del cumplimiento en especie. Al respecto:

Cuando el bien objeto del contrato no tenga sustituto, es decir, que sea considerado "único"²⁵, en los casos de compra de bienes raíces²⁶, de antigüedades, de acciones de una sociedad o la adquisición de patentes o derechos de autor. También en casos en los que los bienes objeto del contrato son fungibles pero difíciles de reemplazar²⁷ e incluso en eventos de incumplimiento de obligaciones de no hacer²⁸ (Schwartz, 1979).

Sin embargo, aunque las reglas enunciadas no son absolutas, sí han caracterizado el sistema de remedios de cada tradición jurídica, lo que además ha constituido uno de los principales problemas

²⁵ *Leasco Corp. v. Taussig*

²⁶ *Henderson v. Fisher*

²⁷ *Laclede Gas Co. v. Amoco Oil Co.*

²⁸ *Walgreen Co. v. Sara Creek Property Co*

en relación con los remedios aplicables en los tratados internacionales, en los que países de ambos sistemas son parte.

Así, Alan Schwartz señala que, bajo el derecho americano actual, la indemnización de perjuicios siempre estaría disponible ante el incumplimiento contractual, mientras que el cumplimiento específico solo sería exigible bajo la discreción judicial (1979), lo que ha llevado a que siempre se deba aplicar el test de adecuación, en los supuestos en los que se pretende el cumplimiento en especie.

Esta diferencia tiene su origen en el derecho inglés, en la época en que el derecho de los contratos se estructuraba bajo la lógica de las acciones y los remedios se esquematizaban en consideración al supuesto y al tipo de acción disponible²⁹.

Tales antecedentes se remontan al Siglo XV, lo que implica que esta diferencia entre el *Civil Law* y el *Common Law* no se vio determinada por la aplicación del AED, pues su razón de ser, pese a que, en principio, es misteriosa, resultó tener lugar varios siglos antes de la fundación de la escuela.

Al respecto, Theodore Eisenberg & Geoffrey P. Miller (2013), en su texto “Daños vs cumplimiento específico: Lecciones de Contratos Comerciales”, consideran que el origen de esta preferencia por el remedio de daños tiene sus antecedentes en el *Common Law*, en Inglaterra, pero que se desconocen los fundamentos intelectuales que dieron lugar a esta preferencia, pese a que, al día de hoy, existan un sin número de teorías que respalden el remedio de los daños, bajo el criterio de la eficiencia, como el incumplimiento contractual eficiente.

²⁹ Para más información véase: Michael J. Sechler, Supply Versus Demand for Efficient Legal Rules: Evidence from Early English “Contract” Law and the Rise of Assumpsit, 73 U. Pitt. L. Rev. 161 (2011).

Así, los orígenes de la prevalencia de los remedios en el *Common Law* se remonta a siglos atrás, y en todo caso, esta posición fue reiterada por Oliver Wendell Holmes, en 1897, al equiparar la obligación de cumplir la prestación pactada con la indemnización de perjuicios, como una simple predicción, mucho antes de la fundación del AED (1998).

Con base en lo anterior, sería posible señalar una primera conclusión y es que los sistemas de remedios en ambas familias jurídicas varían, sin embargo, en los dos se busca satisfacer el interés positivo ya sea con la ejecución forzada de la prestación o la indemnización de perjuicios.

Así, el sistema de remedios explica la implementación y aplicación del incumplimiento contractual eficiente, al ser posible pagarle al acreedor en dinero lo que requiera para llegar a la posición en la que se encontraría en caso de que el contrato se hubiera cumplido.

Sin embargo, no fue el incumplimiento contractual eficiente la figura que determinó el sistema de remedios del derecho americano, pues este orden existía muchos años antes y se basa en la estructura anterior del derecho de los contratos, bajo un sistema de acciones. Pese a ello, hoy en día, esta figura ha servido como un argumento para mantener la indemnización de perjuicios como la primera opción disponible.

Con fundamento en estas consideraciones, pese a que son muchas más las particularidades que se desprenden de las diferentes áreas del ordenamiento americano, nos limitaremos a las expuestas al considerar que son estas las que resultan ser imprescindibles, bajo el marco contractual, para sentar las bases que delimitan el área objeto de estudio.

En este orden de ideas, retomando el flujo de análisis, pasaremos a evaluar el impacto que ha tenido el AED, concretamente, en el derecho de los contratos, fusión que dio lugar a la teoría del incumplimiento contractual eficiente.

1.3.El AED aplicado al derecho de los contratos: El incumplimiento contractual eficiente.

En vista de que el área de los contratos resulta tener un papel protagónico para el intercambio de bienes y servicios, son varios los autores que han aplicado el AED a este campo, guiados por el criterio de eficiencia que ha inspirado la concepción y regulación de los contratos (Rubin, 2019).

Louis Kaplow and Steven Shavell en su texto “El Análisis Económico del Derecho” estudian tres áreas específicas del derecho privado, incluyendo el área de contratos en el *Common Law*.

En este campo, concretamente, se ha dicho que un contrato es eficiente en términos de Pareto cuando es imposible modificarlo en una forma en que se incremente el beneficio económico esperada de ambas partes (1999).

Así, el criterio de eficiencia ha sido aplicado al ámbito contractual, en búsqueda de que los resultados obtenidos con este tipo de acuerdos vinculantes, maximicen el provecho de las partes y del mercado en general.

Sin embargo, una de las primeras manifestaciones de la aplicación de la economía en el derecho de los contratos se dio en 1970, en el texto “*Breach of Contract, Damage Measures, and Economic Efficiency*”, en el que Robert Birmingham plantea los cimientos de lo que al día de hoy se conoce como el incumplimiento contractual eficiente.

Birmingham hace un análisis de la eficiencia del incumplimiento de contratos laborales bajo una perspectiva de libre mercado, sin que los costos de transacción jueguen un papel importante. Así, la conclusión del texto arroja una visión inicial de lo que sería catalogado como una de las figuras económicas más influyentes en el área de derecho contractual.

Pero, además, evidencia la motivación de su construcción, la cual va encaminada a justificar la prevalencia de la indemnización de perjuicios, como principal remedio que tiene a su disposición el acreedor en Estados Unidos, como regla general.

Al respecto:

El remedio general para el incumplimiento contractual, el cual busca poner a la parte incumplida en una situación igual a la que hubiera ocupado en caso de que el acuerdo se hubiere ejecutado, generalmente ha sido defendido a través de argumentos relativos a conceptos subjetivos de justicia natural. Una justificación menos introspectiva se encuentra disponible. Esa protección del interés de expectativa también es recomendada bajo consideraciones de eficiencia económica, toda vez que lo anterior motiva la reubicación de factores de producciones y bienes sin causar inestabilidad material de expectativa.

Una adherencia más rigurosa a este estándar promoverá el debido funcionamiento de los mecanismos de mercado. (Birmingham, 1970, pág. 67)

Así, con la traducción de esta breve conclusión, cobra sentido el desarrollo expuesto en esta sección, en el que cada uno de los temas tratados contribuyó de forma notable en el nacimiento y la consolidación del incumplimiento contractual eficiente. Esta figura fue originalmente estructurada bajo las primeras nociones del AED, desde una perspectiva clásica y tuvo como propósito justificar el remedio por excelencia que tenía a disposición el acreedor en el sistema contractual americano, con fundamento en la eficiencia.

Es usual que, al día de hoy, el argumento sea utilizado en un sentido inverso y sea el sistema de remedios el que justifique la vigencia del incumplimiento contractual eficiente, sin embargo, la historia evidencia otra realidad.

Sentados los presupuestos de los orígenes del incumplimiento contractual eficiente, es entonces momento de indagar, de forma minuciosa, por la estructuración y definición de la figura y correlativamente, por la reparación del acreedor, incluyendo los tipos de perjuicios que le son reconocidos y el estado en el que este se encontraría una vez es indemnizado, desde una aproximación meramente teórica.

Pese a que Birmingham fue el primer autor en estructurar este supuesto y lo hizo en casos de contratos laborales, Posner, en 1972, retomó estos planteamientos y desarrolló el concepto del incumplimiento contractual eficiente.

Para definir el concepto de incumplimiento contractual eficiente, se acudirá al texto de Ian R Mac Neil, en el que este realiza una descripción detallada del incumplimiento contractual eficiente, con base en los postulados señalados por Richard Posner, en la primera edición de su texto *“Análisis Económico del Derecho”*.³⁰

La definición propuesta por Mac Neil es la siguiente:

“La teoría de la eficiencia sugiere que el promitente que incumple el contrato, incrementa el bienestar social si su beneficio excede las pérdidas del otro promitente” (1982, pág. 948).

Esta idea igualmente es apoyada en los remedios contractuales que el acreedor tiene a su alcance en el sistema americano. Así, Posner, en su texto *“Análisis Económico del Derecho”*, retoma los planteamientos de Holmes, en relación con la indemnización de perjuicios y justifica el incumplimiento contractual eficiente bajo este postulado:

³⁰ Resulta importante precisar que dicho texto ha tenido diferentes ediciones en las que se han modificado los postulados propuestos en la primera (1972) o más bien, se han matizado las afirmaciones plasmadas.

“El planteamiento de Holmes... contiene una mirada económica importante, en muchos casos no es económico inducir a la ejecución del contrato” (1998, pág. 145) [en supuestos, claro está, de incumplimiento contractual eficiente].

Igualmente, Posner (1972, pág. 57) limita los supuestos de incumplimiento contractual eficiente a una categoría específica, en la que la ganancia percibida por el deudor exceda las pérdidas del acreedor:

En algunos casos, una parte se verá tentada a incumplir el contrato por el solo hecho de que su ganancia derivada del incumplimiento exceda su ganancia esperada bajo la ejecución del contrato inicial. Si su ganancia derivada del incumplimiento excede el provecho esperado y los perjuicios a reconocer se encuentran limitados a los perjuicios de expectativa, habrá un incentivo para incurrir en el incumplimiento.

Sin embargo, estas aproximaciones parecen omitir varios elementos lo que dificulta la comprensión de la figura, por ello, procederemos a exponer un ejemplo que permita evidenciar concretamente un supuesto de incumplimiento contractual eficiente:³¹

Athos es el dueño de una carpintería con la capacidad de asumir un proyecto a gran escala. Contrata con Porthos para abastecerlo con 100.000 sillas, cada una vendida por un precio de \$10, lo que le reportaría a Athos una utilidad neta de \$2 por silla o \$200.000 por el contrato.

³¹ En el texto de Richard Posner se evidencian varios ejemplos que van encaminados a exponer las diferentes variables que pueden presentarse en un contrato y que llevan a respuestas diversas en relación con la respuesta del promitente, es decir, si resulta eficiente o no incumplir. Para más información véase: POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*, (2nd Ed. 1977), pg 89-90.

Antes de que se ejecute algún trabajo, Aramis, quien es dueño de una tienda de mesas, le hace una propuesta a Athos y le pide la fabricación de 50.000 mesas, pagándole por cada una \$40, de los cuales, Athos tendría una utilidad neta de \$25 por mesa, es decir, \$750.000 por el contrato.

En el ejemplo, se agrega una variable, advirtiendo que solo Athos tendría la capacidad de producir el pedido solicitado por Aramis, pese a que en el mercado existían otras carpinterías, pues estas no tienen la misma capacidad de producción.

Sin embargo, el pedido de Porthos, podría ser suministrado por otra carpintería como D'Artagnan, pero el precio se incrementaría en un 20% de acuerdo con la cotización de este último en relación con la de Athos, e igualmente, se producirían unos costos administrativos y consecuenciales, derivados estos últimos, en la demora en la entrega de los productos a los clientes de Porthos. El total de los perjuicios sufridos por este se calculan en \$300.000.

En este caso, incluso si Athos cubre los perjuicios causados a Porthos, este obtendría \$450.000 de utilidad del contrato, el doble del contrato inicial (Macneil, 1982).³²

En palabras de Richard Posner: “si los daños están limitados a la pérdida de la expectativa de ganancia, habría un incentivo para incurrir en un incumplimiento” (Macneil, 1982).

De lo anterior, es posible concluir que estaríamos ante un supuesto de incumplimiento contractual eficiente en los casos en que la propuesta de un tercero resultara atractiva, a tal punto que el provecho que puede obtener el contratante incumplido sea superior al que obtendría de la ejecución del primer contrato, incluso indemnizando los perjuicios causados al contratante.

³² En el ejemplo se utilizan los famosos personajes del libro Los Tres Mosqueteros, del escritor Alejandro Dumas.

No obstante, los ejemplos del incumplimiento contractual eficiente no se limitan a supuestos en los que la parte incumplida busca una ganancia, sino también a eventos en los que esta intenta evitar una pérdida. De forma menos detallada, procederemos a exponer un ejemplo, sin embargo, cabe advertir que bajo la mirada del AED, ambos supuestos, más allá de sus particularidades fácticas, tienen un efecto idéntico.

Edmundo tiene una fábrica de zapatos en la que utiliza el cuero como materia prima para la producción de los bienes. De acuerdo con el precio del cuero en el mercado (\$3), Edmundo puede ofrecer sus zapatos a un precio de \$10 y obtener una ganancia de \$5. Pierre Morrel se encuentra interesado en adquirir 100 zapatos por el precio ofrecido y contrata con Edmundo la producción y venta de estos³³.

Sin embargo, por variaciones del mercado, la cantidad de cuero que costaba \$3, incrementa a \$10, lo que lleva a que, si Edmundo ejecuta el contrato, incurrirá en pérdidas. En este caso, ejecutar el contrato acarrea unos resultados ineficientes, y así, con base en la teoría del incumplimiento contractual eficiente, Edmundo, respaldado en la teoría, debería incumplir el contrato para evitar las pérdidas, pagando además los perjuicios de expectativa.

En este sentido, los eventos de incumplimiento contractual eficiente se esquematizan bajo dos supuestos, las malas y las buenas noticias:

(...) hay dos casos en los cuales el incumplimiento de un contrato puede ser eficiente. El primero de ellos ocurre cuando circunstancias imprevistas al momento de la celebración del acuerdo hacen que el cumplimiento genere una gran pérdida, siendo preferible para una de las partes incumplir y pagar daños.

³³ En el ejemplo se utilizan los famosos personajes del libro El Conde de Montecristo, del escritor Alejandro Dumas.

(...)

Existe un segundo tipo de incumplimiento eficiente, más común, de mejores noticias para quien pretende incumplir y en el cual la razón de hacerlo no es una circunstancia que afecte la capacidad de cumplimiento de quien va a deshonorar su promesa, sino la aparición de un tercero que ofrece mejores términos (Gaviria, 2015, pág. 39 y 40).

El análisis de ambos casos, permite establecer que la figura se basa en el modelo del hombre racional, que siempre intentará maximizar su beneficio económico, eligiendo la opción que le reporte una ganancia o que le permita evitar un perjuicio.

Por ello, cuando se cumplan los presupuestos de un incumplimiento eficiente, y solo en esos casos, el agente económico se verá motivado a incumplir el contrato, privilegiando su posición económica como fin último.

Adicionalmente, salta a la vista que esta teoría se funda en un criterio de eficiencia en términos del óptimo de Pareto y corresponde a una figura construida bajo una mirada positivista o descriptiva del Análisis Económico del Derecho, pues en ella se evidencian los postulados centrales de eficiencia, racionalidad del agente, abstencionismo en el ámbito regulatorio y aplicación al Derecho.

Además, fue el precursor de esta escuela quien desarrollo esta figura, bajo los elementos objetivos de eficiencia económica, pese a las críticas que le enrostraron en torno a la inmoralidad del incumplimiento y la ausencia de valores que resultan importantes en una sociedad, como honrar la palabra³⁴.

³⁴ Para más información véase: SHIFFRIN, Seana. Could Breach of Contract be Immoral?, Michigan Law Review, Vol. 107 N° 8, 2009.

En síntesis, la figura del incumplimiento contractual eficiente se basa, tal como su nombre lo indica, en términos de eficiencia netamente económica, análisis que se fundamenta en criterios económicos y matemáticos y que busca que los recursos se asignen de la forma más óptima. Igualmente, su aplicación se sustenta en el modelo de comportamiento racional de los agentes económicos que siempre elegirán en el mercado la opción que maximice su beneficio.

Algunos autores han plasmado cuatro presupuestos básicos para que el incumplimiento sea considerado eficiente.

Carlos Andrés Odiaga, en su texto, “La teoría del incumplimiento eficiente. Un breve análisis desde el ojo crítico de Alfredo Bullard González”, apoyado en la publicación del autor relacionada en el título y de Renzo Saavedra, afirma que para que el incumplimiento que se analiza pueda ser considerado eficiente, debe materializarse el principio de indiferencia, el cual se explica a partir de la posición en la que debe encontrarse el acreedor después del incumplimiento, siendo idéntica a la que se hubiera encontrado en caso de que la prestación contractual hubiese sido ejecutada.

Adicionalmente, se relacionan otros dos criterios que se desprenden del primero, concernientes a que el incumplimiento se materialice en supuestos en los que no existan costos de transacción y a que para dicho incumplimiento prime el remedio resarcitorio (Odiaga, 2012).

Así, son justamente tales elementos los que permiten establecer que la figura se funda sobre el óptimo de Pareto: “Alguien está mejor y nadie está peor que antes. Se ha alcanzado un resultado eficiente” (Bullard, 2010, pág. 22).

Sin duda, bajo el criterio de que el ser humano es un agente racional, que persigue la maximización de su riqueza, el deudor siempre debe incumplir el contrato original para contratar en mejores condiciones con el tercero y obtener un provecho que permita a las partes estar en una mejor o

igual posición a la que estaban con el contrato original, o en todo caso, no ejecutar su obligación en el evento en que ello reporte una pérdida.

Cabe agregar que esta figura ha sido incorporada en el sistema americano y diferentes pronunciamientos judiciales se han referido a su aplicación. Curiosamente, entre los años 1970 y 1980 se dio una expansión en la imposición de daños punitivos en supuestos de incumplimiento contractual, permitiendo que el acreedor reclamara este tipo de indemnizaciones por la acción contractual o acomodándolo a un supuesto de *Tort* (Dodge, 1999).

Los daños punitivos son un tipo de daños reconocidos en el sistema americano, principalmente en el derecho de daños, que obedece a la calificación de la conducta del agente. Este tipo de daños se reconocen en los casos en que el comportamiento del sujeto sea temerario, negligente en extremo o de mala fe, sin requerir necesariamente que sea doloso. Esta figura tiene una función preventiva y sancionatoria.

En este orden de ideas, es una suma adicional, concedida a la víctima, determinada por el jurado, que busca desincentivar la comisión de cierto tipo de actos.³⁵

Esta manifestación acarrea lógicamente que el cálculo que el deudor pudiera realizar de los perjuicios que tendría que pagar se vea distorsionado, lo que en principio puede entenderse como una afrenta a la teoría del incumplimiento contractual eficiente, al arrebatar la predictibilidad de los perjuicios.

En este tipo de casos, las Supremas Cortes de Indiana y de California permitieron la imposición de daños punitivos en casos en los que la aseguradora actuaba de mala fe para no pagarle a su

³⁵ Para más información véase: HERRERA, María Camila; GARCÍA, Laura Victoria. El concepto de los daños punitivos o punitive damages, *Estud. Socio-Juríd* vol.5 no.1 Bogotá Jan./June 2003.

asegurado, en: *Gruenberg v. Aetna Insurance Company* y *Vernon Fire & Casualty Insurance Co. v. Sharp*, respectivamente (Dodge, 1999).

Incluso, la Corte Suprema de Indiana permitió ampliar la imposición de daños punitivos a supuestos diferentes a los de aseguradoras. Así, estableció que los daños punitivos no debían estar circunscritos a supuestos en los que el incumplimiento materializara un *tort*, sino que debían ser impuestos en los casos en que la conducta del demandado fuera fraudulenta, maliciosa o muy negligente.

A esta nueva tendencia se unieron Idaho, Hawaii y Vermont, permitiendo la imposición de daños punitivos en supuestos de incumplimiento contractual.³⁶ En 1980, la Corte Suprema de California conoció el caso *Seaman's Direct Buying Service v. Standard Oil Co*, el cual fue hito en la expansión en la imposición de daños punitivos en casos contractuales, al reconocer este tipo de perjuicios en un supuesto de incumplimiento contractual en el que el demandado negó, de mala fe y sin fundamento, la existencia del contrato (Dodge, 1999).

Esta decisión dio cabida a que se propagara el reconocimiento de daños punitivos en otros estados como Montana, Nuevo México, Arizona, Nevada y Wyoming.

Sin embargo, un aspecto a anotar es que no cualquier incumplimiento contractual acarrearía este tipo de sanción, por el contrario, solo sería viable su imposición en los casos en los que se manifestara una mala fe del deudor o un desinterés extremo por la otra parte.

³⁶ Para más información véase: *Dold v. Outrigger Hotel, Boise Dodge, Inc. v. Clark y Clarendon Mobile Home Sales, Inc. v. Fitzgerald*

En principio, este tipo de sanción buscaba controlar la conducta de los deudores y evitar incumplimientos abusivos, pese a que su espectro abarcaba igualmente incumplimientos malintencionados pero eficientes.

Así, Dodge distingue los fallos de 1970 y 1980, en los siguientes términos:

Mientras que en 1970 se preguntaba por la distinción entre contratos y *torts*, en 1980, las decisiones judiciales explicaban que el reconocimiento de daños punitivos, en algunas instancias, podrían ayudar a promover los objetivos del derecho contractual al proteger la expectativa de las partes y desincentivar los incumplimientos que efectivamente privarían a una de ellas del beneficio del contrato (Dodge, 1999, pág. 642).

Algunos consideraron que la imposición de este tipo de perjuicios no iba en contra de la teoría del incumplimiento contractual eficiente, incluso la Suprema Corte de Montana, en el caso *Nicholson v. United Pacific Insurance Co.* estableció que solo se sancionaban las actuaciones “irracionales” de las partes.

Sin embargo, a partir de 1988, con el caso *Foley v. Interactive Data Corp*, la propagación de daños punitivos en supuestos de incumplimiento contractual inició un proceso de reversión bajo el fundamento del incumplimiento contractual eficiente.

La Suprema Corte de California, en el caso en mención, se negó a reconocer daños punitivos en un caso laboral con fundamento en el rol tradicional de los remedios compensatorios, la necesidad de predictibilidad en comercial y la idea de la teoría del incumplimiento eficiente (Dodge, 1999).

Así, la imposición de daños punitivos en supuestos contractuales se ha reducido, mientras que la teoría del incumplimiento contractual eficiente ha tomado más fuerza en la jurisprudencia, por lo

que es posible concluir que esta teoría no se limita al ámbito académico, sino que tiene plenos efectos en las decisiones judiciales tomadas en el derecho americano.

Lo anterior, constituye la delimitación de la figura del incumplimiento contractual eficiente y las variables que contribuyeron a su formación desde un aspecto económico e incluso regulatorio.

Con este análisis, se concluye entonces la conceptualización de la figura del incumplimiento contractual eficiente a grandes rasgos.

1.4.Los perjuicios reconocidos al acreedor en supuestos de incumplimiento contractual: El interés de expectativa

Pasaremos a estudiar, concretamente, la indemnización que podría ser concedida al acreedor, en supuestos de incumplimiento contractual eficiente, bajo la teoría previamente esquematizada.

Una buena introducción para abordar este asunto, es la teoría expuesta por Lon Fuller y William Perdue en 1936, relativa a los intereses que el acreedor tiene en supuestos de incumplimiento, los cuales corresponden a la medida del daño sufrido por este (1936).

En este orden de ideas, se identificaron tres intereses: el interés de restitución, el interés de confianza y el interés de expectativa.³⁷

³⁷ En el *Restatement Second of Contracts* se encuentra establecida esta distinción en el Capítulo 16, específicamente en el acápite de remedios. Al respecto:

- (a) El interés de expectativa, siendo este el interés de recibir el beneficio de su inversión. Así, el acreedor es puesto en la situación en la que se encontraría si el contrato se hubiese ejecutado.
- (b) El interés de confianza, que consiste en reembolsarle al acreedor los gastos en los que incurrió para la celebración del contrato, dejándolo en la misma situación en la que se encontraría si el contrato no se hubiere celebrado.
- (c) El interés de restitución, relativo al reembolso de cualquier beneficio percibido por el deudor, a raíz de la ejecución de las prestaciones del acreedor.

Klass (2014, pág. 363) , con base en los planteamientos de los autores mencionados, expone un ejemplo que ilustra el alcance de cada interés.

En un contrato entre A y B, que A incumple, se requeriría, para proteger el interés de restitución de B, la devolución de cualquier beneficio obtenido por A, suministrado directamente por B. Para proteger el interés de confianza de B, se requeriría que este fuera compensado por cualquier cambio en su posición, basado en la expectativa de que A ejecutara el cumplimiento del contrato, poniendo a B en la posición que hubiera ocupado, de no haber sido parte en el negocio. Para proteger el interés de expectativa, se requeriría pagar a B las ganancias esperadas de la transacción, poniendo a B en la posición en que se encontraría en el evento en que A hubiese cumplido el contrato.

Al respecto, el autor manifiesta que usualmente el interés de expectativa supera el interés de confianza, y a su vez, este último supera el interés de restitución.

Perdue y Fuller se preguntaron sobre las razones que podrían justificar la indemnización de uno u otro interés y concluyeron que tanto el de restitución como el de confianza, hallaban su justificación de forma intuitiva, sin que sucediera lo mismo con el de expectativa.

El interrogante entonces que estos plantean, radicaba en determinar por qué la ley “compensaría al demandante, dándole algo que nunca tuvo” (Fuller & Perdue, 1936, págs. 52,53).

Birmingham (1970), varios años después, en el texto que se concibe como la cuna del incumplimiento contractual eficiente, retoma los planteamientos relativos al tipo de interés que podría determinar la medida del daño sufrido por el acreedor y plasmando varios extractos del texto de Fuller y Perdue, concluye que el interés que debe protegerse es el interés de expectativa, bajo el criterio de eficiencia.

El autor en su texto advierte que, si la indemnización en supuestos de incumplimiento contractual versara únicamente sobre los intereses de confianza y restitución, una persona podría lucrarse de repudiar acuerdos y hacer parte de otros, pese a que estos últimos solo le reporten una ganancia superior, no significativa, respecto del contrato inicial.

Así, en la conclusión, el autor exalta que la preeminencia del interés de expectativa es dictada por la misma eficiencia económica, pues con ello se busca que los bienes se distribuyan en sociedad de forma óptima, sin causar inestabilidad en las expectativas legítimas que pueda tener en este caso el acreedor (Birmingham, 1970).

Lo anterior, permite dilucidar que el incumplimiento contractual eficiente no solo jugó un papel determinante en relación con los comportamientos de los agentes y la concepción de uno de los principios fundamentales del derecho contractual: “*pacta sunt servanda*”, sino que, igualmente, tuvo una participación determinante en relación con los perjuicios que debían indemnizarse en supuestos de incumplimiento contractual, lo cual, además, garantizaba su eficiencia.

Posteriormente, Posner (1998) en su texto, *Análisis Económico del Derecho*, construyó una premisa esencial en torno a los remedios, ligada a los perjuicios que deben ser reconocidos. Así, resaltó que los remedios deben promover el cumplimiento de los acuerdos contractuales, siempre que el resultado derive en un uso eficiente de los recursos. En el supuesto en que el resultado que se vaya a obtener no sea eficiente, no es deseable que el contratante cumpla la promesa invocada.

En este mismo sentido, la eficiencia de las transacciones siempre será garantizada por los mismos agentes económicos, quienes tomaran las decisiones intentando maximizar su provecho.

Esta nueva conceptualización del interés de expectativa abrió una vía alterna al cumplimiento específico de la obligación que, en términos de diferentes autores ya reseñados, provee una salida

diferente al cumplimiento, la cual puede ser catalogada como eficiente, al poner al acreedor en el lugar en el que se encontraría si la prestación hubiese sido ejecutada.

Un enfoque tradicional del AED, con fundamento en los desarrollos expuestos, asegura que, en supuestos de incumplimiento contractual eficiente, para los agentes económicos sería indiferente elegir entre el cumplimiento en especie y los perjuicios de expectativa en atención a que la parte con ambas alternativas quedará puesta en la misma posición (Eisenberg M. , 2004).

Se pasará ahora a evaluar, a través de casos, los perjuicios de expectativa en incumplimientos contractuales y los incentivos que generan.

Klass, bajo el título de “La simple teoría del incumplimiento contractual eficiente”, analiza los escenarios que han sido propuestos por la doctrina, en supuestos de incumplimiento contractual eficiente. Expone, a través de ejemplos, dos escenarios: el de las buenas noticias y el de las malas noticias, en los cuales se asienta la teoría del incumplimiento contractual eficiente.³⁸

Para una mayor comprensión no solo de la teoría, sino también de los perjuicios de expectativa, se expondrá el ejemplo de las buenas noticias, con el cual se ilustrarán las ventajas de los perjuicios de expectativa, sobre el cumplimiento específico.

*Buenas noticias:*³⁹

En el supuesto, el comprador contrata con el vendedor la producción de 100 unidades de un producto y se adelanta que, (i) los costos de distribución en los que debe incurrir el comprador para

³⁸ El ejemplo de las malas noticias se basa en eventos que en muchas ocasiones no fueron previsibles al momento de la celebración del contrato, que elevan considerablemente los costos de producción y hacen más atractivo para el deudor incumplir su obligación y pagar los perjuicios de expectativa, antes que ejecutar el contrato y sufrir pérdidas. Para más información véase: Gregory Klass, Efficient Breach, in The Philosophical Foundations of Contract Law 362-387 (Gregory Klass, George Letsas & Prince Saprai eds., Oxford: Oxford University Press 2014)

³⁹ En la sección anterior se expuso un ejemplo similar, sin embargo, este caso abarca ciertas particularidades que evidencian la indemnización de los perjuicios de expectativa.

la comercialización del producto final, equivalen a \$6 por unidad y (ii) la ganancia que este obtendría de la transacción por producto equivale a \$2.

Sin embargo, un tercero aparece en el panorama, estando dispuesto a adquirir el producto por un mayor valor, atendiendo a que tiene un método nuevo y menos costoso de distribución que el comprador, el cual reduce sus costos a \$3, lo que le permite ofrecerle al vendedor un precio superior.

Las ganancias que el vendedor reportaría en cada venta serían, respectivamente:

Con el comprador, tendría una ganancia neta de \$2 por producto.

Con el tercero, tendría una ganancia neta de \$5 por producto.

En este caso, los perjuicios de expectativa cumplirían el propósito que los autores le han asignado al redistribuir la riqueza de la forma más óptima, en la que el vendedor debe incumplir el contrato inicial, contratar con el tercero y de su ganancia neta, pagarle por concepto de perjuicios de expectativa \$2 al comprador, mientras obtiene como ganancia \$3 por producto, en proporción, un dólar más que en el contrato inicial.

Adicionalmente, el valor que produciría cada venta sobre cada producto varía sustancialmente:

Con el comprador, el valor que cada venta produciría sería de \$4 por unidad, en el entendido de que el costo del producto en el mercado será de \$18, y los costos de producción del vendedor serían \$8 y los del comprador llegarían a los \$6.

Mientras que, con el tercero, el valor de cada venta sería de \$7 por unidad, bajo el presupuesto de que el costo del producto en el mercado será igualmente de \$18 (Klass, 2014).

El supuesto resulta bastante lógico y con base en las premisas que lo estructuran, puede ser calificado como una medida eficiente, al dejar a cada uno de los actores, en una situación igual o mejor a la que tendrían, bajo los términos del óptimo de Pareto.

En síntesis, los perjuicios de expectativa conllevan a resultados eficientes, en los que se reasignan los recursos a quien los valore más. Su conceptualización plantea un límite intrínseco derivado de la ganancia que pueda llegar a obtener el deudor con el incumplimiento.

Así, el incumplimiento contractual eficiente no se satisface por el solo hecho de que un tercero ofrezca una cuantía superior, sino que tal valor debe reportarle un beneficio suficiente al vendedor para obtener una ganancia adicional al contrato inicial y cubrir los perjuicios de expectativa que sufra el acreedor.

En este sentido, el asunto del interés reconocido al acreedor y el tipo de perjuicios que se indemnizan, es un asunto eminentemente económico, que se resguarda en las mismas teorías clásicas, sustentadas en el modelo racional de comportamiento y los criterios de eficiencia ya relacionados.

Otro punto que resulta importante destacar es que el deudor debe establecer *ex ante*, si el incumplimiento es o no eficiente y debe conocer el valor de los perjuicios de expectativa para lograr hacer un cálculo adecuado de la ganancia que le reportará el nuevo contrato. Para que el ejemplo enunciado funcione, los valores deben estar previamente delimitados, de lo contrario, no sería posible establecer la eficiencia del incumplimiento.

Adicionalmente, otro aspecto que concurre en la mayoría de los ejemplos expuestos por la doctrina es que se omiten los costos de transacción. En estos ejemplos se trabaja bajo la premisa de que no se han generado costos de transacción para simplificar el ejemplo.

Sin embargo, en la conceptualización del incumplimiento contractual eficiente, los autores argumentan que indemnizar los perjuicios de expectativa disminuye los costos de transacción (específicamente los de negociación), por contraposición a lo que ocurriría si el deudor ejecutara la prestación debida.

En esta misma línea, Shavell en su texto “*Specific Performance vs Damages for Breach of Contract*” expone que el beneficio de los perjuicios de expectativa se concentra, principalmente, en la reducción de los costos de negociación (2005).

Al respecto, el autor expone que el cumplimiento forzado de la prestación, cuando se presentan supuestos en los que podría operar el incumplimiento contractual eficiente, supone que las partes negocien nuevamente los términos contractuales para reestablecer los valores, específicamente en supuestos en que existan malas noticias y los costos de producción se eleven.

Las negociaciones tienen un costo y adicionalmente, no aseguran que las partes lleguen a un acuerdo para la ejecución de la prestación, por ello, bajo este razonamiento, resultaría acertado optar por los perjuicios de expectativa.

Delimitado ya de forma preliminar el concepto de perjuicios de expectativa, desde un esquema meramente teórico, cabe preguntarse si los mismos resultan hoy aplicables en el sistema americano.

Tal como ha sido expuesto a lo largo del trabajo, el ordenamiento jurídico americano pertenece a la familia del *Common Law*, lo que lleva a que las fuentes que se invoquen para indagar por el tipo de perjuicios reconocidos, en supuestos de incumplimiento eficiente, varíen de forma radical, en comparación con las fuentes que regularían este tema en un país del *Civil Law*, como Colombia.

En primer lugar, cabe resaltar lo consignado en el *Restatement Second of Contracts* frente al interés indemnizable en supuestos de incumplimiento contractual. Frente a la disponibilidad de los daños

como una medida indemnizatoria, el § 346 establece que la parte afectada tiene derecho a pretender la indemnización de perjuicios, respecto de la persona frente a la cual el contrato es ejecutable, a menos que este remedio hubiera sido descartado o suspendido.

Bajo esta disposición es posible reiterar la jerarquía de los remedios en el sistema estadounidense, toda vez que la primera opción que tiene el acreedor ante un incumplimiento contractual es la indemnización de perjuicios, a menos que esta no sea posible, de acuerdo a los parámetros y los requisitos impuestos por la jurisprudencia, enunciados en este capítulo.

Posteriormente, el § 347 indica que la medida de la indemnización de perjuicios en general, se regirá bajo el interés de expectativa del acreedor, en atención a tres criterios:

- (a) los valores que el acreedor no reportó por el incumplimiento del contratante.
- (b) Más cualquier otra pérdida incluyendo los perjuicios incidentales o consecuenciales, causados por el incumplimiento.
- (c) Menos cualquier costo o pérdida que el acreedor haya evitado al no tener que ejecutar el contrato.

Cabe advertir, en consonancia con el artículo § 351, que los perjuicios que resultan indemnizables deben ser previsibles, existiendo además unas consideraciones adicionales en relación con la pérdida de la ganancia "*loss of profit*" y el condicionamiento para su reconocimiento, relativo a la regla de certeza establecida por la jurisprudencia, la cual se abordará en el capítulo posterior.

Además, el *Uniform Commercial Code* (UCC⁴⁰) de Estados Unidos adoptó una regulación en torno al cálculo de los perjuicios de expectativa, teniendo en cuenta que esto únicamente resulta aplicable para las transacciones y las ventas comerciales.

Para tener un esquema de las normas que regulan la materia, en el acápite de remedios del comprador, se establecen varios criterios. Al respecto:

- UCC §1-106: trae un principio general de expectativa,
- UCC §2-712: establece una fórmula relativa al precio del bien sustituto en el mercado, menos el costo del contrato, más perjuicios incidentales, menos los costos en los que se habría incurrido en la ejecución del contrato inicial
- UCC §2-713: establece que la medida del perjuicio a favor del comprador equivale al valor de mercado al momento en que el comprador se enteró del incumplimiento, menos el precio del contrato, más los perjuicios incidentales, menos los gastos en los que hubiera incurrido el comprador al momento del contrato
- UCC §2-715: Define los perjuicios incidentales y consecuenciales.

Los primeros incluyen los gastos en los que razonablemente el comprador incurra, relativos a la inspección, el transporte, el cuidado de los bienes rechazados, los gastos relativos a conseguir un bien sustituto y cualquier otro gasto razonable que se derive del incumplimiento.

⁴⁰ En 1942, un grupo de académicos se encargó de la elaboración del UCC, que buscaba establecer la regulación comercial, atendiendo a la incertidumbre y la diversidad que existía en los diferentes estados. El Instituto de Derecho Americano y La Conferencia Nacional de Comisionados en Derecho Uniforme Estatal se encargaron de su creación y buscaban armonizar las ventas y las transacciones comerciales en los diferentes estados. Al día de hoy, 49 estados acogieron el código y lo elevaron a ley, mientras que Washington y Louisiana, solo adoptaron algunas partes del código. (Legal Linc, 2018)

Los segundos consisten en las pérdidas generadas por requerimientos o necesidades que el vendedor conocía o debía conocer al momento del contrato, pero que no podían ser prevenidos por un sustituto y en la afectación de personas o bienes que se deriven de un incumplimiento de garantías.

- UCC §2-717: establece que el comprador debe deducir del precio que deba bajo el contrato, los daños que sufra derivados del incumplimiento,

En síntesis, estos son los parámetros básicos para establecer la cuantía de los perjuicios resarcibles, protegiendo el interés de expectativa.

La jurisprudencia ha utilizado estos criterios para tasar los perjuicios a los que tiene derecho el acreedor, de acuerdo con las particularidades del supuesto, entre ellas se encuentra (I) *Hawkins v. McGee* y (ii) *Tongish v. Thomas*

En el primer caso, los daños se calcularon a partir de la diferencia entre el valor de lo prometido y el valor de lo que fue obtenido por el acreedor.

En el segundo caso, el incumplimiento se derivó del aumento de los precios del mercado y la Corte de Apelaciones estableció que la medida del perjuicio no era la pérdida de la ganancia, sino la diferencia entre el precio de mercado y el precio del contrato.

Adicionalmente existen dos reglas para establecer los tipos de perjuicios reconocidos de acuerdo con *Hadley v. Baxendale*. Pese a que el caso es inglés, todos los tratados de derecho de los contratos en Estados Unidos lo recopilan y se basan en él para establecer los parámetros necesarios para el reconocimiento de los perjuicios generales y consecuenciales.

La primera regla establece que los daños que se reconozcan son aquellos que aparecen de forma natural, bajo el curso normal de las cosas.

La segunda regla se refiere a que, igualmente, se reconocerán aquellos que hubiesen sido contemplados por las partes de manera razonable, al momento del perfeccionamiento del contrato, como un resultado probable del incumplimiento.

La primera regla se ha aplicado para los perjuicios generales o directos, mientras que los perjuicios consecuenciales e incidentales han quedado sometidos a la segunda regla, restringiéndolos a un criterio de previsibilidad (Eisenberg M. , 2004).

Los perjuicios consecuenciales o incidentales podrían consistir en la pérdida del beneficio, calculada bajo la diferencia del resultado del incumplimiento y el beneficio que se esperaba obtener del contrato, los cuales solo podrán ser recobrados bajo los estándares que acarrea la segunda regla.

A grandes rasgos, estos son los parámetros para establecer la medida de la indemnización, sin que este sea concretamente el objeto de estudio del presente trabajo.

Así, con esta última parte, se concluye el desarrollo del primer capítulo, en la que se abordaron diferentes temas relativos a la conceptualización de la figura, sus orígenes, las bases en las que se asentó, el tipo de perjuicios reconocidos y un panorama general del sistema americano, en consideración a la recepción que han tenido estos planteamientos, inicialmente doctrinales, específicamente en el asunto de los perjuicios reconocido al acreedor.

En síntesis, el concepto de eficiencia tomado por la figura del incumplimiento contractual eficiente, se identifica con el promulgado por la escuela clásica del AED, de corte positivista.

Bajo estos postulados, el ser humano es un ser racional que busca la maximización de sus intereses, lo que lleva a que este tenga los incentivos adecuados para incumplir en los supuestos en que el contrato no le reporte una situación económica óptima.

Igualmente, desde la aplicación del óptimo de Pareto y la eficiencia de Kaldor-Hicks, socialmente es deseable que este sujeto incumpla, para corregir la distribución de los bienes, quedando en manos de quien los valore más, conducta en la que incurrirá al ser un agente racional que se adaptará al modelo normativo y sus decisiones siempre se verán motivadas por el beneficio que obtenga.

Esta construcción se compagina con el interés de expectativa, a través del cual el acreedor es plenamente compensado. E igualmente, la protección de tal interés constituye un incentivo para que el deudor incumpla en supuestos en que perciba una ganancia, pese a que deba indemnizar al acreedor, poniéndolo en la posición en la que se encontraría en caso de que el contrato se hubiese ejecutado.

Correlativamente, constituye un factor de disuasión para que el deudor se abstenga de incumplir, pese a que, en principio, el incumplimiento le reporte alguna ganancia, si con ella no logra compensar al acreedor.

Es entonces la conceptualización de los perjuicios indemnizables el factor que asegura el criterio de eficiencia de la figura estudiada, en los términos de un modelo de comportamiento racional.

Con base en el desarrollo principalmente teórico expuesto hasta aquí, resulta pertinente abordar la figura del incumplimiento contractual eficiente desde una perspectiva pragmática que permita la evaluación de aspectos relacionados con la realidad, pertinencia y aplicabilidad del incumplimiento contractual eficiente.

2. Una aproximación práctico-jurídica a la figura del incumplimiento contractual eficiente y los perjuicios indemnizables: El comportamiento racional y el concepto de eficiencia del incumplimiento contractual, en contraste con las teorías de la economía conductual y la aplicación de esta institución en la realidad.

En este capítulo se pretende abordar la figura del incumplimiento contractual eficiente desde un enfoque diferente, pero complementario, al planteado en el capítulo anterior. Esta perspectiva va encaminada a identificar las críticas que le han sido formuladas a la figura desde la teoría de la economía conductual y los estudios jurídicos más recientes.

Resulta importante precisar que el análisis práctico-jurídico que se plantea, no involucra un estudio sociológico, ni estadístico de la figura del incumplimiento contractual eficiente, de cara a sus efectos en el sistema americano. Tampoco se pretende en este capítulo hacer un análisis matemático de las fórmulas que han sido planteadas por los economistas y juristas para calcular los perjuicios indemnizables al acreedor.

El estudio que aquí se expone, se circunscribirá, exclusivamente, a evaluar las posiciones críticas que se han levantado en relación con la conceptualización e implementación del incumplimiento contractual eficiente, al igual que la función y estimación de los perjuicios de expectativa.

Así, con este capítulo se pretende evidenciar que la figura del incumplimiento contractual eficiente no ha tenido la estabilidad, ni la aceptación que se predica desde el AED, visión que subsiste en los países del *Civil Law*. El debate y las críticas que ha recibido la figura, en ocasiones son pasadas por alto o son, incluso, subestimadas.

Por ello, el propósito del capítulo radica en la exposición de algunas críticas puntuales que la doctrina ha elaborado respecto de la conceptualización del incumplimiento contractual eficiente. En efecto, aunque las herramientas que se utilizarán para el desarrollo de las secciones se limitan a los productos doctrinarios que fueron hallados, en algunos de ellos se encuentran estudios que complementan la investigación y confirman los resultados a partir experimentos que verifican ciertas inconsistencias entre el modelo normativo y la realidad.

Sentado el alcance terminológico de un análisis práctico jurídico y el tipo de fuentes que se utilizarán en este capítulo, se pasará a exponer, de forma concreta, las cuestiones que lo integran.

En primer lugar, cabe reiterar que los orígenes del incumplimiento contractual eficiente se remontan a 1970 y su evolución ha sido progresiva. Esta figura ha tenido un impacto importante en el desarrollo jurisprudencial, el tipo de perjuicios indemnizables y los remedios que tiene a disposición el acreedor ante el incumplimiento.

Sin embargo, desde 1980, comienzan a emerger otras posturas que cuestionan la viabilidad y conveniencia del incumplimiento contractual eficiente. Tal como lo establece Jeffrey L. Harrison (2013), las construcciones de Birmingham y Posner no complacieron a todos, lo que llevó a que varios autores, como Linzer, Farber y Macneil arremetieran contra los planteamientos que estructuraron el incumplimiento contractual eficiente.

Los ataques hacia esta figura se dirigieron a diferentes flancos, cuestionando cada elemento que la integra, como la inmoralidad del incumplimiento, el concepto de eficiencia, el comportamiento de los individuos y su racionalidad, los remedios que tiene al alcance el acreedor, el interés que debe primar, el tipo de perjuicios indemnizables y el estado que alcanzaba el acreedor una vez era indemnizado.

El objeto de este trabajo se abordará bajo la misma línea que se vino desarrollando desde el capítulo anterior. Es decir, enfocándose en las críticas que se han propuesto en torno al modelo de comportamiento racional de los agentes económicos, el concepto de eficiencia, la posición que alcanza el acreedor una vez es compensado bajo los perjuicios de expectativa y las dificultades que entraña determinar *ex ante* las pérdidas que este sufrirá.

Se tendrá como punto de partida las teorías económicas que soportaron y justificaron la construcción del incumplimiento contractual eficiente y se indagará por las nuevas teorías económicas que cuestionan el parámetro de conducta acogido por el AED tradicional. Específicamente, el estudio se centrará en los desarrollos de la “economía conductual”.

Para efectos terminológicos, se puede afirmar que dicha forma de economía consiste en “un estudio de cómo los factores psicológicos, sociales y cognitivos afectan las decisiones económicas de los individuos” (Roldán, 2019).

Así, con base en diferentes autores, se plantearán los fundamentos de esta teoría económica, los contrastes que presenta de cara al análisis económico del derecho desde una perspectiva tradicional y los efectos que tendrían estos nuevos enfoques, aplicados a los casos de incumplimiento contractual eficiente.

Posteriormente, se expondrán algunas críticas formuladas a la indemnización de perjuicios bajo los presupuestos que justifican la compensación del interés de expectativa. Concretamente, analizando el principio de indiferencia, la posición que alcanza el acreedor una vez es indemnizado y las implicaciones de algunos costos de transacción.

Es importante destacar que el análisis de los perjuicios reconocidos a los acreedores se encuentra ligado de manera intrínseca al modelo de comportamiento acogido por las teorías económicas clásicas, siendo este el factor que permite predicar la eficiencia de la figura.

Así, el reconocimiento del interés de expectativa provee los incentivos correctos para que el deudor incumpla, solo en supuestos en que pueda satisfacerse el interés del acreedor de encontrarse en la posición en que estaría si el contrato se hubiese ejecutado.

Igualmente, disuade al deudor de incumplir el contrato original, pese a que alcance a reportar un beneficio superior con el incumplimiento, si dicho beneficio no supera el interés de expectativa del acreedor.

En síntesis, se analizará la conceptualización de la figura desde una teoría económica diferente que pone en jaque algunos presupuestos que son la base del funcionamiento y la aplicación del incumplimiento contractual eficiente.

Adicionalmente, se incorporarán al estudio las críticas que han elevado algunos autores relacionadas con la aplicación práctica de la figura, con las cuales se aprecia la disparidad existente entre la teoría planteada por la doctrina y la realidad del incumplimiento contractual eficiente y el reconocimiento de los perjuicios.

En el capítulo 1 se establecieron unas premisas centrales sobre el desarrollo del AED, concretamente respecto del criterio de eficiencia económica, el parámetro de conducta normativo, los remedios contractuales y el derecho contractual americano, información esencial para esquematizar la postura clásica del incumplimiento contractual eficiente y la indemnización de perjuicios.

Desde una perspectiva tradicional, se indagó por los orígenes y la justificación de la figura, al igual que por su alcance y su concepción, para comprender sus cimientos y su función en el derecho americano.

El AED surgió a través de una mirada neoclásica de la economía, tal como ya fue expuesto, acogiendo como postulados básicos el criterio del ser racional, que siempre busca maximizar su beneficio y consecuentemente, siempre persigue la eficiencia económica.

En este sentido, la concepción clásica del AED propugna por la abstención del Estado en regular las conductas de los seres humanos, pues estos, con su capacidad racional, intentarán maximizar su provecho, optando siempre por resultados eficientes que optimicen las transacciones.

Bajo esta línea de pensamiento, se estableció la teoría de la elección racional, construida con base en los planteamientos de Gary S. Becker y la escuela de Chicago. Dicha teoría establece que las decisiones tomadas por los agentes serán el resultado de un cuidadoso análisis de costos y beneficios, por lo que serán calificadas como óptimas o eficientes (Samson, 2014).

Alain Samson aduce que fue Gary S. Becker quien estructuró los fundamentos de la teoría de la elección racional y la aplicó a diferentes escenarios desde el crimen hasta el matrimonio. Sin embargo, el parámetro de comportamiento del ser racional fue construido por la economía neoclásica desde el Siglo XIX y fue difundido por la escuela de Chicago (2014).

No obstante, entre 1970 y 1980 comenzaron a gestarse ideas que reaccionaron contra los estándares ideales que proponía la economía neoclásica, apoyadas en observaciones y estudios psicológicos del ser humano. Ideas que posteriormente constituyeron lo que hoy se conoce como la economía conductual.

Así, el incumplimiento contractual eficiente ha sido el centro de varias críticas estructuradas desde los más recientes desarrollos de la economía y la psicología, teorías que han desafiado algunos modelos tradicionales, lo cual ha obligado a la comunidad académica a reevaluar las premisas que estructuraban el método de predicción de la economía en el derecho.

Con base en estas consideraciones preliminares, el desarrollo de este capítulo iniciará con un breve recuento de los inicios de la economía conductual, sus mayores exponentes y los postulados que enmarcan esta corriente, la cual surgió como una reacción a las ideas neoclásicas de la economía, que permeaban al AED, específicamente a la Escuela de Chicago.

Posteriormente, se pasará a analizar el impacto que tuvo esta nueva teoría en el Análisis Económico del Derecho, si existió alguna variación en el estudio del Derecho bajo una lupa económica y se enunciarán algunas manifestaciones de esta visión, en el campo contractual como los contratos incompletos y los tratados internacionales.

Se continuará con un estudio del incumplimiento contractual eficiente, figura objeto de estudio, de cara a los nuevos planteamientos de la economía conductual, indagando por las inconsistencias que la figura presenta a la luz de los nuevos desarrollos de dicha corriente económica y estructurando las críticas que se han asentado en contra de aquella.

Por último, se contrastarán las premisas sobre las que se asientan los perjuicios de expectativa y el estado al que deben llevar al acreedor, con los planteamientos de la economía conductual y los resultados que ha reportado la figura en la práctica, para indagar si se presentan inconsistencias que lleven a reevaluar la postura tradicional.

Este capítulo comprenderá cuatro secciones, que profundizarán lo dicho hasta aquí en el presente capítulo. A saber: (2.1.) Reseña histórica de la economía conductual y sus cimientos, (2.2) El

Derecho y la Economía del comportamiento en el derecho de los contratos, (2.3.) El incumplimiento contractual eficiente de cara los nuevos planteamientos del Derecho y la Economía Conductual y nuevas perspectivas bajo el modelo tradicional y (2.4.) Un análisis de los perjuicios de expectativa bajo un enfoque de la economía conductual y un contraste entre lo que la teoría establece y lo que se ha manifestado en la realidad.

2.1. Reseña histórica de la economía conductual y sus cimientos.

“En los últimos años ha crecido el interés en la combinación de psicología y economía que se ha llegado a conocer como ‘economía del comportamiento’” (Thaler R. H., 2018, pág. 11).

Con esta frase inicia Richard H. Thaler su texto “*Economía del comportamiento: Pasado, presente y futuro*”, reflejando de forma simple y precisa una particularidad de esta corriente, como es la invitación que la economía le hizo a la psicología para el estudio del comportamiento humano.

Sin embargo, la economía comportamental está lejos de ser un asunto reciente, por el contrario, tal como lo afirman Ashraf, Camerer y Loewenstein, Adam Smith, quien ha sido conocido como el padre de la economía, era “un economista del comportamiento *bona fide*” (2005).

Así, Daniel Alejandro Monroy ha establecido que:

“(…) puede decirse que existe una conexión incluso más profunda entre la obra del mismo Smith y la psicología, y más concretamente con el *behavioral economics*” (2014, pág. 2).

Al respecto, Thaler señaló cómo en las obras de Smith se podían captar ciertos conceptos esenciales de la economía conductual, como lo son el exceso de confianza, la aversión a la pérdida y el autocontrol:

Sobre el exceso de confianza, Smith (1776, p. 1) aludió a ‘la petulante presunción que la mayoría de los hombres tienen de sus propias capacidades’, que los lleva a sobrestimar sus posibilidades de éxito. Sobre el concepto de aversión a la pérdida, Smith (1759, pp. 176-177) señaló que ‘el dolor es, en la mayoría de los casos, una sensación más punzante que el placer opuesto y correspondiente’. En cuanto al autocontrol, que ahora llamamos ‘sesgo del presente’, Smith (1759, p. 273) dijo lo siguiente: ‘El placer que disfrutaremos dentro de diez años nos interesa muy poco en comparación con el que podemos disfrutar hoy’ (Thaler R. H., 2018, pág. 13).

Igualmente, desde 1981 se ha hablado del “problema de Adam Smith”, el cual versa sobre una contradicción entre las dos obras escritas por el autor: *La teoría de los sentimientos morales* (1759) y *La riqueza de las naciones* (1776), respecto a la motivación de la acción individual.

En la primera obra, Smith se refiere a que el comportamiento del ser humano se ve impulsado por la simpatía, mientras que, en la segunda obra, los agentes se comportan de forma egoísta, maximizando su beneficio (Monroy, 2014).

Igualmente, otros autores como Pigou (1920) y Keynes (1936) permiten entrever una intuición sobre el comportamiento del ser humano, bajo una mirada económica. El primero se refirió nuevamente al “sesgo del presente”, mientras que, el segundo anticipó lo que hoy se conocen como las finanzas comportamentales (Thaler R. H., 2018).

Sin embargo, estos antecedentes no pueden ser llamados economía conductual, pese a constituir los cimientos de esta nueva mirada de la economía en la que la psicología pasa a ser la nueva protagonista. Solo podría hablarse propiamente de economía conductual a partir de 1960, con la

publicación de las obras de Herbert Simon, quien en 1978 recibió el premio Nobel de Economía postulando el concepto de una “racionalidad limitada” (Monroy, 2014).

Tal como se describió al inicio de esta sección, con base en los estudios realizado en el capítulo 1, la economía, a partir de 1950, estructuró un modelo de comportamiento basado en expectativas racionales e hipótesis de mercado eficientes, que llevó a que todos los estudios económicos y las figuras que se desarrollaran a través de la predicción del comportamiento, se edificaran con base en la racionalidad económica del ser humano, su deseo de maximizar su riqueza y los resultados eficientes que estas conductas generarían.

Dichas apreciaciones llevaron a que el criterio de racionalidad se convirtiera en el parámetro de comportamiento del agente económico, dejando atrás al ser humano, en su inmensa complejidad, con todas las variables que lo caracterizan.

Este modelo, en los términos de Thaler, pese a ser de manera evidente contrario a la realidad, fue implementado en la economía al constituir un modelo más fácil de aplicar (2018).

Así, aunque desde años atrás se intuían ciertos comportamientos humanos contrarios a una racionalidad estricta, la economía acogió un modelo de conducta que ignoró estas particularidades, descartándolas como si pudieran ser catalogados como cambios irrelevantes.

Bajo esta línea argumentativa, la economía conductual surge como una reacción a los planteamientos de la economía neoclásica, teniendo como detonante la obra de Simon, en la que se establecieron una serie de criterios que pueden afectar el comportamiento humano, entre ellos las variables comportamentales y las restricciones en el contexto de la decisión. Estas últimas no pueden ser controladas por el individuo y afectan los cálculos de racionalidad (Simon, 1955).

Así, Monroy expresó:

Con todo, uno de los aportes fundamentales de Simon a la teoría económica se relaciona precisamente con la manera como debieran entenderse, empírica y teóricamente, dichas “restricciones” y su correlativa interacción con aquellas “variables comportamentales”. Este es, en nuestra opinión, el detonante para el surgimiento del BE en su versión contemporánea (2014, pág. 187).

Posteriormente, Daniel Kahneman y Amos Tversky, publicaron su aclamada obra en 1974, “*Un Juicio bajo Incertidumbre: Heurística y Sesgos*”

Estos, a través de una serie de experimentos, conjugando la economía y la psicología, evidenciaron que los juicios humanos no son racionales, por el contrario, son sistemáticamente sesgados y a través de una teoría de la cognición humana, tales sesgos resultan predecibles.

Adicionalmente, advirtieron que los sesgos evidenciados se producían porque las personas toman decisiones a través de una regla general o heurística, lo que puede alterar el razonamiento (Thaler R. H., 2018).

En 1979, ambos autores publicaron un artículo en el que plantearon la teoría de la prospección, la cual sugiere que las personas violan los parámetros de una decisión racional, por ejemplo, por el solo hecho de cómo les es planteada la pregunta o la elección (Thaler R. H., 2018).

Además, en esta misma línea, Richard Thaler, en las obras que publicó entre 1987 y 1991, acuñó el término de anomalías para describir comportamientos que se desviaban del modelo racional que había construido la economía tradicional (Monroy, 2014).

Thaler expresó que: “Un resultado empírico se considera anómalo si este es difícil de ‘racionalizar’, o si son necesarios supuestos inverosímiles para poder explicarlo dentro del paradigma” (Thaler R., 1987, pág. 170).

Los autores enunciados son apenas algunos de los representantes de la economía conductual, pues igualmente se encuentran Reinhart Selten, Matthew Rabin, David Laibson, George Loewenstein y Ernst Fehr. Así, esta rama de la economía ha sido hoy en día reconocida incluso por los economistas neoclásicos.

No resulta sencillo agrupar las diferentes corrientes de la economía conductual, sin embargo, en un esfuerzo por construir un criterio, Felix Kersting y Daniel Obst utilizan los diferentes temas que se han desarrollado:

“(i) Análisis de heurísticas; por ejemplo, heurística de representatividad, heurística de disponibilidad, (ii) Descuentos y preferencias temporales, (iii) Altruismo, equidad, reciprocidad (iv) Emociones, (v) Investigación de la felicidad” (Kersting & Obst, 2016).

Dado que esto excede el objeto de estudio del presente trabajo, los temas se dejarán enunciados y en los apartes en que se requiera ahondar en alguna teoría, se hará la explicación pertinente.

Así, bajo la breve descripción que se acaba de desarrollar sobre los orígenes y las características de la economía conductual, es posible evidenciar sus particularidades, sin embargo, un aspecto importante, que no ha sido enunciado y que la diferencia de la economía neoclásica, es la metodología aplicada.

El enfoque metodológico recae específicamente en los experimentos, que pueden ser de laboratorio o de campo. En los inicios de la economía conductual predominaban los primeros, sin embargo, con el paso del tiempo, los experimentos de campo han cobrado importancia y con ello se busca analizar los efectos causales.

Al respecto, Kersting y Obst explican que:

El diseño experimental frecuentemente empleado, con un grupo de control y un tratamiento aleatorizado, pretende simular una situación contrafáctica de la manera más veraz posible, para aislar el efecto de una medición única o de un cambio de situación. La orientación metodológica se centra en el ideal de las ciencias naturales (2016).

Bajo la economía conductual las hipótesis pueden construirse de forma inductiva o deductiva. En la primera modalidad, se observan algunos casos y se construye la hipótesis, mientras que en la segunda, se hace a partir de las premisas del hombre *econo* (Kersting & Obst, 2016).

En este sentido, los cimientos de la economía conductual se construyeron a partir de la observación verificable, las hipótesis y los experimentos, por ello, su teoría del comportamiento es descriptiva y se basa en las observaciones hechas en el mundo real.

Pese a sus diferencias con la economía neoclásica, es posible identificar dos corrientes de pensamiento respecto al papel que desempeña la economía conductual, expuestas por Monroy, así:

“Con todo, consideramos que la corriente del *Behavioral Economics* (BE) puede definirse al menos desde dos enfoques, (i) un enfoque integrador de la perspectiva de la “elección racional”, y (ii) un enfoque independiente de dicha perspectiva” (2014, pág. 188).

A través del enfoque integrador, la economía conductual se estructura bajo un modelo de complementación, tal como Thaler lo expresa:

En el dominio teórico, el problema básico es que nos basamos en una teoría para lograr dos objetivos muy diferentes: caracterizar el comportamiento óptimo y predecir el comportamiento real. No debemos abandonar el primer tipo de teorías pues son elementos esenciales para cualquier tipo de análisis económico, pero debemos añadirles teorías descriptivas adicionales que se deriven de datos y no de axiomas (2018, pág. 11).

Por el contrario, en el enfoque independiente, representado por Tomer, la economía conductual cumple una tarea no de complementación, sino de suplementación de la teoría de elección racional.

Así, aunque ambas perspectivas comparten unos presupuestos básicos relativos a analizar los comportamientos desviados de las personas, de cara a lo que se espera desde una perspectiva racional, el papel que se le atribuye a la economía conductual es disímil.

En este texto, no se pretende asumir la defensa de ninguna de las dos perspectivas, simplemente se exponen con el objetivo de que el lector conozca que existen diferentes posturas frente a la dimensión y el alcance de la economía conductual y el papel que debe desempeñar.

Finalmente, pese a las bondades y la gran innovación que entraña esta nueva rama de la economía, ella también ha sido objeto de críticas, por autores que se suscriben a la economía neoclásica. Entre ellas se destacan los errores metodológicos, por el tipo de experimentos y la forma como se plantean, e igualmente, porque el ser humano, cuando se enfrenta por primera vez con una hipótesis, puede equivocarse, en atención a que este solo aprenderá con varios intentos. También se ha establecido que la racionalidad ha sido malinterpretada y llevada al extremo por los economistas conductuales, toda vez que desde la economía neoclásica se habían expuesto ciertos límites racionales del ser humano ⁴¹.

Pese a que el tema no ha sido pacífico, lo cierto es que hoy en día la economía conductual es considerada una rama importante de la economía, que ha obligado a reevaluar las predicciones realizadas bajo el esquema normativo tradicional, en atención a los hallazgos reportados en los experimentos.

⁴¹ Para más información véase THALER, Richard, Economía del Comportamiento: Pasado, Presente y Futuro, Revista de Economía Institucional, vol. 20, n.º 38, primer semestre/2018, pp. 9-43 y POSNER, Richard A., Rational Choice, Behavioral Economics and the Law, 50 Stanford Law Review, 1997.

Más allá de las críticas que se hayan formulado, la economía conductual, hoy en día, es reconocida por los grandes economistas, e incluso por los más ácidos detractores. Incluso Posner, refiriéndose a la economía conductual, afirmó que:

“No dudo que hay algo con la economía conductual y que el derecho puede beneficiarse de este acercamiento” (1997, pág. 1551).

Bajo esta línea argumentativa, con esta aproximación que se hace sobre los orígenes de la economía conductual, sentando las bases fundamentales para estructurar la noción en la que se basa, se pasará a analizar el impacto que tuvo esta nueva teoría en el Análisis Económico del Derecho, específicamente en el campo contractual.

2.2. Derecho y Economía del Comportamiento en el derecho de los contratos

La economía conductual tuvo una amplia incidencia en el estudio del derecho, sin que el AED fuera la excepción. Así, de la economía conductual se desliga el Derecho y la Economía del Comportamiento, bajo la terminología utilizada por Steven M. Sheffrin.⁴²

Al respecto, Sheffrin aduce que “el Derecho y la Economía del Comportamiento descansa en los principios de la economía conductual, una materia que ha hecho grandes avances en políticas públicas y estudios legales, con una investigación académica seria, liderada por los departamentos de psicología, finanzas, contabilidad, mercadeo y economía” (2017).

⁴² Bajo esta denominación se entenderá la aplicación de la economía conductual al AED, pues, aunque en el capítulo 1 se plasmaron algunas diferencias entre AED y DyE, para efectos del desarrollo de este capítulo se tomarán como sinónimos. Otros autores, como Russell B. Korobkin y Thomas S. Ulen, han acudido a términos diferentes como Derecho y Ciencia del Comportamiento para referirse a la aplicación de la economía conductual al estudio del Derecho.

El autor que por primera vez habló de manera expresa de la aplicación de la economía conductual al derecho fue Cass Sunstein, en su libro *“Derecho y Economía del Comportamiento”*, publicado en el año 2000.

Después de él, el desarrollo de esta aproximación al Derecho se ha ampliado, llegando a ser aplicada incluso en el gobierno Obama, a través de políticas públicas, influenciadas con la publicación de *“Nudge”*(2008), escrito por Sunstein y Thaler (Sheffrin, 2017).

En este orden de ideas, el AED ha estado en la mira de la economía conductual y las críticas formuladas en contra de una visión racional de la economía, han estado dirigidas desde el Derecho y Economía del Comportamiento (2018).

Esta disciplina tiene la misma metodología que la economía conductual, su especialidad radica en la aplicación de estos conceptos en el campo del Derecho, lo que ayuda a la construcción de modelos de comportamiento que se correspondan con la realidad, identificando ciertas anomalías que pueden alterar el criterio de racionalidad del ser humano.

Dado que un factor a analizar es la racionalidad del agente económico, se hace forzoso preguntarse si el concepto de eficiencia permanecería intacto. Tal como había sido explicado, el AED clásico, bajo el modelo de maximización de riqueza, asumió un criterio de eficiencia en los términos de Pareto y Kaldor-Hicks, que se encontraba sustentado en que el agente siempre escogería la opción que cumpliera con los parámetros de eficiencia esquematizados, en busca de maximizar su riqueza.

Pero, si la racionalidad del agente es limitada y tiene otros criterios que determinan su comportamiento, esto podría llevar a reevaluar las figuras que se han estructurado de cara a la eficiencia económica, específicamente el incumplimiento contractual eficiente.

La economía conductual y específicamente el Derecho y Economía del Comportamiento, han verificado que los presupuestos normativos traídos por el AED clásico sufren diferentes alteraciones en la realidad, que llevan a que los agentes tomen decisiones ineficientes, en diferentes campos del Derecho.

Lo anterior, acarrea un primer interrogante y es si el criterio de eficiencia puede ser el parámetro utilizado por la economía en el derecho para predecir o, en ciertos casos, incentivar la conducta de un agente.

Para ello, es imperativo diferenciar dos tendencias que le han dado un alcance diferente a los resultados que se han obtenido con los experimentos llevados a cabo por el Derecho y la Economía del Comportamiento (Altman, 2005).

De acuerdo con Kahneman y Tversky, los resultados de la economía conductual llevan a pensar que las personas actúan de manera irracional o en todo caso, que son proclives a cometer errores.

Sin embargo, Altman, acogiendo la teoría de Simon y March, considera que los individuos tienen una racionalidad limitada, que se ve determinada por la información que tienen, la limitación cognitiva y el tiempo que ostentan para la toma de decisiones. Por ello, sus decisiones no podrían ser catalogadas simplemente como irracionales (2005).

Al respecto, Altman expresó que:

“El comportamiento racional no se ve definido bajo el ‘comportamiento neoclásico’, y el comportamiento que se desvía de las normas neoclásicas no debe ser calificado como irracional” (2005, pág. 684).

El texto de Altman se basa en un análisis de producción, en el que concluye que un agente económico puede actuar de forma racional, aunque elija producir de forma ineficiente, lo que eventualmente puede servir para maximizar su utilidad.

Un ejemplo de su teoría consiste en igualar el poder de negociación de los trabajadores para acceder a unas mejores condiciones. Esta decisión, aunque puede reportar unos resultados favorables, en principio, no podría ser catalogada como eficiente, al acarrear unos costos superiores para el empleador (2005).

Así, el Derecho y la Economía Comportamental, bajo la asunción de una racionalidad limitada, ha indagado igualmente por el criterio que debería impulsar la creación legislativa, de cara a los resultados y los avances de esta nueva rama de la disciplina.

Con base en estas consideraciones, es posible evidenciar una tensión dentro de la economía conductual frente a la calificación de las decisiones de los agentes y las motivaciones que pueden llevar a que estos opten por una decisión o por otra.

Sin embargo, pese a las diferentes aproximaciones y las pretensiones que cada tendencia ofrece, la eficiencia resulta ser un concepto central de cara a los nuevos resultados en la economía del comportamiento, pues si el criterio de la racionalidad ilimitado del agente económico se derrumba, con él cae igualmente una pretensión de eficiencia desmedida, en atención a que las conductas del ser humano y del mercado como tal, no llevarán de manera indefectible a resultados eficientes por sí mismas.

En atención a estas circunstancias, el Derecho y la Economía del Comportamiento se ha ocupado de analizar, bajo la lupa de la economía conductual, tanto los desarrollos legislativos como las figuras jurídicas que se han construido, de cara a un criterio de eficiencia amplio.

Jolls, Sunstein y Thaler, en su texto “*A Behavioral Approach to Law and Economics*”, denuncian las falencias que ha tenido el AED al asentarse sobre postulados neoclásicos y por ello proporcionan una alternativa diferente, en el que el AED puede ser refinado, estudiando el comportamiento humano (Jolls & Sunstein, 1998).

Uno de los temas que acoge la investigación es el contenido de la ley, en el que, desde una perspectiva tradicional, el Derecho debe buscar resultados eficientes a los problemas sobre la organización de la sociedad.

Sin embargo, bajo un enfoque del Derecho y la Economía Conductual, es posible establecer que las motivaciones de la ley deben basarse en otros conceptos, como la idea del interés propio limitado en términos de justicia y la racionalidad limitada, criterios que pueden explicar el contenido de las normas “anómalas”⁴³, al considerar que el resultado que acarrear es justo (Jolls & Sunstein, 1998).

La pretensión de este desarrollo no es reemplazar los criterios convencionales, pero sí integrar ideas que tienen un potencial importante en el campo de la evidencia y la predicción.

Específicamente, en el área de las negociaciones, se identifican diferentes normas que prohíben ciertos comportamientos, los cuales, en principio, serían catalogados como ineficientes. Entre ellos se encuentran: los préstamos con intereses de usura, abusos en los precios en los estados de emergencia o la reventa de entradas (Jolls & Sunstein, 1998).

Con fundamento en estos ejemplos, es posible evidenciar que no todas las normas que se promulgan en el ordenamiento americano se rigen bajo un criterio de eficiencia, por el contrario, bajo el

⁴³ Que no acarrear resultados eficientes.

Derecho y la Economía Conductual sería posible encontrar la justificación de ciertas disposiciones que serían catalogadas como anómalas.

Aunque no se descarta la importancia de la eficiencia al momento de predecir los comportamientos de los sujetos, es posible que el concepto de justicia pueda arrojar resultados predecibles de forma sistemática (Jolls & Sunstein, 1998).

Así, la economía conductual ha incorporado otra serie de nociones que aturden el proceso de razonamiento del individuo al momento de tomar una decisión, en los que Kahneman y Tversky han hecho grandes descubrimientos.⁴⁴Tales factores, sin duda alguna, han complicado los modelos económicos, acarreando mayores desafíos para economistas, abogados y psicólogos.

Al respecto, Jolls, Sustain y Thaler manifestaron que:

“Nosotros no dudamos en que reemplazar el modelo económico de maximización simple con un tratamiento psicológico más complicado acarrea un costo. Resolver problemas de optimización es usualmente más sencillo que describir el comportamiento actual” (1998, pág. 1545).

Estos nuevos desarrollos en el campo del AED, pese a los desafíos que entrañan, acarrearán diferentes innovaciones que se reflejan en varias especialidades. Esta nueva perspectiva ha sido aplicada a todas las áreas del derecho americano, como el derecho de propiedad, el derecho de daños y el derecho de los contratos.

Algunos de los aportes dignos de resaltar, en diferentes campos, han sido: (i) el descubrimiento de un sesgo retrospectivo en los casos del derecho de daños, (ii) la aplicación de estrategias regulatorias innovadoras que pudieran ser incorporadas en el mercado con base en los conceptos

⁴⁴ Para más información véase: Kahneman, D.; Tversky, A. Teoría de la perspectiva: Un análisis de las decisiones bajo riesgo. *Econometría*, 1979, p. 263-291.

del comportamiento humano y (iii) la comprensión del efecto que tienen los errores en los que incurren los seres humanos, en el proceso de negociación (Sheffrin, 2017).

Cabe entonces analizar, en el campo contractual, cuáles efectos se han manifestado bajo los desarrollos de la economía conductual.

De acuerdo con los planteamientos de Kőszegi, la teoría clásica del derecho de los contratos ha sido permeada por ideas de la economía conductual, que ha llevado a estudiar: el riesgo moral, las estrategias para combatir las elecciones cuando el agente tiene información asimétrica, la teoría de la subasta y los contratos incompletos (2014).

Para efectos de esta sección, se indagará puntualmente por los contratos incompletos y qué resultados ha obtenido la economía conductual en este campo específico. Dicho tema resulta interesante para el presente trabajo, en atención a se que analiza, bajo el concepto de eficiencia.

En los términos de Kőszegi, un contrato es incompleto cuando se dejan ciertos detalles que son importantes para las partes sin especificar, al considerarse que tales especificaciones se pueden realizar posteriormente (2014).

Inicialmente, bajo un acercamiento del AED clásico, autores como Craswell consideraban que cuando un contrato era incompleto, las partes podrían renegociar el contrato posteriormente quedando en una posición óptima, mientras que otros autores neoclásicos pensaban que las partes podrían someterse a las disposiciones de la naturaleza del contrato, evitando así costos de transacción (Wilkinson-Ryan, 2010).

Sin embargo, los avances de la economía conductual han evidenciado que existe una tercera opción en la que las partes consideran que sus obligaciones se rigen por un principio de confianza, influenciado por la reciprocidad.

En un experimento, expuesto por Tess Wilkinson-Ryan, se tomaron varias personas que no se conocían, y se les atribuyó una posición, unos eran empleadores y otros trabajadores. En el contrato se pactaron unos rangos salariales establecidos por el empleador y unos rangos de esfuerzo sugeridos por el trabajador, los cuales, de acuerdo con la predicción clásica, se ejecutarían por los mínimos establecidos. (2010)

Sin embargo, el estudio demostró que cada parte evidenció un comportamiento recíproco, en el que los empleadores ofrecieron salarios muy por encima del rango mínimo y los trabajadores lo retribuyeron desplegando un esfuerzo superior al estándar mínimo.

Igualmente, a través de otro experimento se detectó que, en las relaciones prolongadas, cuando una parte ejecuta su prestación y esta es de mala calidad o se ejecuta bajo el menor estándar de esfuerzo, el acreedor termina el contrato, pero no acude a la jurisdicción a reclamar perjuicios ni a renegociar los términos del contrato. Esta conducta evidencia como las partes utilizan las normas sociales en los contratos, donde se termina la relación y se afecta la reputación.

Los hallazgos de esta investigación han reportado que las normas sociales afectan el comportamiento de los individuos, orientándolos a tomar medidas diferentes a las impuestas por el derecho. Sin embargo, Tess Wilkinson-Ryan encontró que cuando las sanciones se hacen explícitas en el contrato las partes son menos propensas a conformarse con las normas morales y sociales. (2010)

Específicamente, propone las cláusulas de perjuicios liquidados⁴⁵, que se adaptan a los valores que razonablemente podría costar el incumplimiento, como sanciones ajustadas y moderadas que se

⁴⁵ Este tipo de cláusulas hacen explícito el valor del incumplimiento, el cual se estima al momento de formación del contrato, haciendo un esfuerzo porque el valor pactado se asemeje al del incumplimiento, sin que la cláusula cumpla una función punitiva.

hacen explícitas en el contrato y bajo estos parámetros no desincentiva el incumplimiento cuando este sea eficiente.

Uri Gneezy and Aldo Rustich llevaron a cabo un experimento⁴⁶ en el que se impusieron unas bajas sanciones monetarias a los padres que recogían tarde a sus hijos en una guardería en Israel. Se descubrió que, sin la penalidad, alrededor de 10 padres recogían a sus hijos después de la hora acordada. Sin embargo, una vez se impuso la multa, el número de padres se duplicó.

Este análisis puede explicarse con dos justificaciones. Por un lado, imponer la multa le brinda a la parte información para hacer el análisis costo-beneficio, e igualmente, la imposición de una multa desincentiva al agente a regir su conducta bajo normas morales y sociales.

Así, la autora concluye que cuando no se especifican los daños en un contrato, este podría considerarse incompleto y las partes someterán su conducta a normas sociales o morales. (Wilkinson-Ryan, 2010)

Los resultados de este estudio resultan muy interesantes pues plantean cómo diferentes figuras jurídicas pueden alterar el comportamiento de los agentes, corrigiendo ciertas desviaciones respecto del comportamiento racional y motivándolos a acoger decisiones eficientes.

En este caso, aunque el monto que se hace explícito no constituye una sanción en sentido estricto, el valor que el deudor debe pagar como compensación hace que el incumplimiento se vea como una alternativa aceptada por las partes, dejando a un lado la carga moral y social que acarrea el incumplimiento por sí mismo, y a su vez, trae una suma determinada sobre la cuantificación de los

⁴⁶ Los sujetos fueron divididos en dos grupos, uno de ellos nunca fue expuesto a la penalidad y mantuvo la cifra de diez padres constante, mientras que el otro, manejaba las mismas cifras hasta que la multa fue impuesta.

perjuicios de expectativa, que permite hacer cálculos con otras propuestas que resulten en el mercado.

Con base en lo señalado, la economía conductual, aplicada a las teorías contractuales, ha arrojado resultados innovadores que han invitado a grandes doctrinantes a reevaluar ciertos criterios asumidos por la teoría tradicional.

Este gran avance ha incluso permeado asuntos legales de nivel internacional, en el que la economía conductual ha tenido un impacto importante al explicar ciertas conductas que resultan ser ampliamente criticadas en los tratados internacionales.

Un ejemplo de ello es la constante replica en contra de la ausencia de medidas de cambio respecto de diferentes circunstancias, en eventos en que dichos cambios acarrearían un beneficio para los Estados contratantes, cumpliéndose un criterio de eficiencia en los términos del óptimo de Pareto o la eficiencia de Kaldor- Hicks (Broude, 2015).

Broude plantea que la ausencia de cambio puede explicarse a partir del sesgo del status quo, en el que las personas tienden a preferir un estado de cosas, a un cambio que incluso pueda traducirse en un beneficio, lo cual se explica a partir del efecto dotación, en el que las personas valoran más su situación actual que una eventual condición que mejore su estado (2015).

Esta teoría, que en principio se postuló como un efecto entre particulares, tiene igual incidencia en relaciones internacionales, cuando los Estados pretenden modificar una situación actual a través de un tratado, en el que los Estados parte sufrirán alguna variación que incluso puede ser positiva.

La aplicación de las teorías económicas a esquemas internacionales, permite establecer que la teoría del incumplimiento contractual eficiente puede incluso llegar a tener aplicación entre los Estados

parte respecto de un tratado internacional y que las falencias que se describan igualmente podrán tener un impacto internacional.

Lo anterior, permite concluir que el Derecho y la Economía Conductual ha impactado diferentes áreas como el derecho internacional y el derecho americano, específicamente el campo contractual, en el que varias figuras han entrado a ser estudiadas nuevamente, no porque no se estipulen en términos de eficiencia u optimización, sino porque la evidencia experimental ha logrado comprobar que este tipo de comportamientos no siempre se producen en sociedad.

Las figuras entonces deben repensarse, en otros términos, con base en los avances que la economía conductual ha tenido, considerando variables que en principio habían sido descartadas bajo un análisis tradicional y que pueden cuestionar la verdadera aplicación de la economía y del concepto de eficiencia en el campo contractual.

En esta sección es posible concluir que la eficiencia no es, en todos los casos, un criterio meramente intuitivo del ser humano que guie su comportamiento, por el contrario, el actuar de los agentes se ve regido por un sin número de variables que hasta hace unos pocos años eran ignoradas por los modelos de comportamiento tradicionales.

De forma preliminar, atendiendo a que la figura del incumplimiento contractual eficiente se basa en criterios de eficiencia y un modelo racional del comportamiento, parece claro que los desarrollos de la economía conductual y específicamente el Derecho y la Economía Conductual han tenido un impacto en las premisas que estructuran la figura.

En consideración a estos nuevos postulados, vale la pena analizar la incidencia concreta que estas teorías han podido tener en la figura del incumplimiento contractual eficiente.

2.3.El incumplimiento contractual eficiente de cara los nuevos planteamientos del Derecho y la Economía Conductual y nuevas perspectivas bajo el modelo tradicional

Lo expuesto en las secciones anteriores y en el capítulo primero constituye un precedente necesario para analizar el impacto que han tenido diferentes líneas de pensamiento tradicionales en el análisis incumplimiento contractual eficiente.

En esta sección se analizará el impacto que han tenido los aportes de la economía conductual en la teoría del incumplimiento contractual eficiente, al igual que ciertas contingencias que se presentan en la práctica, que contrarían los postulados teóricos en los que se asienta esta.

Cabe advertir que la figura continúa siendo un tema de investigación de grandes doctinante como Wenqing Liao, autor de “*The Application of the Theory of Efficient Breach in Contract Law*”, obra en la que se lleva a cabo un análisis bastante detallado sobre la figura del incumplimiento contractual eficiente desde el Análisis Económico del Derecho y lo remedios que tiene disponible el acreedor, pero más importante aún, analiza la figura de cara al derecho de los contratos de la unión europea, en el derecho Inglés y en la ley comercial de China.

Igualmente, el profesor Juan Antonio Gaviria, en su artículo “*Sobre la aplicación de la teoría del incumplimiento eficiente de contratos en el derecho colombiano*”, evidencia el interés que existe en los países del *Civil Law* por la figura del incumplimiento contractual eficiente y representa el esfuerzo que en diferentes países se ha hecho por analizar la viabilidad de la figura en un ordenamiento jurídico que acoja unos lineamientos diferentes al *Common Law*.

No obstante, aunque en los países del *Civil Law* se conoce la figura del incumplimiento contractual eficiente, las críticas no han hecho el mismo ruido, lo que consecuentemente ha llevado a que la figura se perfile sobre una falsa solidez.

Resulta entonces importante abordar las críticas que se han planteado a la figura y los problemas que esto acarrea, no solo desde una perspectiva teórica sino a partir de un análisis practico-jurídico, que permita evaluar la consistencia y la prolongación de esta en el sistema americano.

Para ello, se utilizarán los resultados de algunos experimentos llevados a cabo por diferentes autores que, en algunas ocasiones, no tienen como propósito analizar la figura del incumplimiento contractual eficiente, pero cuyos resultados pueden servir de sustento a importantes críticas sobre la aplicación de la figura.

Melvin A. Eisenberg expone las diferentes olas que surgieron bajo la economía conductual, para estudiar el derecho de los contratos.

La primera y la segunda, se ocuparon de delimitar el contenido de ciertas normas contractuales y su justificación, mientras que la tercera ola se atribuyó una agenda más ambiciosa, teniendo como objeto de estudio del comportamiento de los seres humanos en las relaciones contractuales (Eisenberg M. A., 2014).

Así, en los términos de Eisenberg, esta tercera ola analizó más a fondo los incentivos o desincentivos que diferentes disposiciones en el campo contractual podían generar en el comportamiento humano, incluso, una parte de este grupo se concentró en rebatir ciertos “dogmas” instaurados por el AED de la escuela de Chicago (2014).

Bajo esta línea de estudio, se procederá a exponer los resultados de diferentes experimentos llevados a cabo desde el Derecho y la Economía Conductual, que evidencian ciertas anomalías en el comportamiento del ser humano, de cara al modelo racional.

Estos afectan los postulados básicos sobre los que se construyó la figura del incumplimiento contractual eficiente y cuestionan las predicciones que el AED establecía de cara al criterio de eficiencia económica.

Eisenberg plantea que la teoría del incumplimiento contractual eficiente atenta contra unos postulados básicos de intuición y experiencia. En el caso de que una de las partes le advirtiera de manera preliminar las potestades que este tiene de cara a la teoría del incumplimiento contractual eficiente, la otra parte se inclinaría, ya sea por terminar la negociación o por imponer cláusulas que aseguren el cumplimiento del otro. (2014)

Maria Bigoni, Stefania Bortolotti, Francesco Parisi y Ariel Porat llevaron a cabo un experimento para conocer si el ser humano percibe de forma idéntica el incumplimiento en supuestos en que la parte busca una ganancia, en comparación con los casos en los que el incumplimiento se deriva de evitar una pérdida ⁴⁷ (2016).

Bajo la teoría del AED, ambas opciones se asemejan a supuestos idénticos, en los que la decisión de incumplir y los perjuicios a reconocer se determinan con un cálculo matemático. No obstante, el experimento reportó que los sujetos percibían el incumplimiento de forma diferente, basados en el factor que lo motivaba (la búsqueda de una ganancia o el intento por evitar una pérdida).

De acuerdo con las conclusiones de los investigadores, estos manifestaron que:

⁴⁷ Se utilizó un juego llamado el incumplimiento contractual, en el que los sujetos se enfrentaban a diferentes casos de incumplimiento, motivados por la búsqueda de una ganancia y el intento por evitar una pérdida. Las decisiones que se tomaban tenían efectos pecuniarios reales. En el capítulo 1, sección (1.3), se enunciaron ambos supuestos.

(...) mostramos que los individuos son más tolerantes a los incumplimientos que buscan evitar una pérdida – debemos permitir con mayor facilidad este tipo de incumplimiento- y los perjuicios compensatorios son vistos como un remedio apropiado en estos casos. Por el contrario, los individuos son menos tolerantes al incumplimiento motivado por una ganancia – debemos desincentivar este tipo de incumplimientos- y el cumplimiento en especie o el reconocimiento de otros perjuicios sería ideal en estos casos (Bigoni, Bortoloti, Francesco, & Ariel, 2016, pág. 25).

De acuerdo con el estudio, estas anomalías en el comportamiento de los sujetos se derivaron de la aversión a la inequidad, un fenómeno estudiado por el Derecho y la Economía del Comportamiento, que constituye una variación del modelo racional acogido por el AED.

El modelo Fehr-Schmidt sobre la aversión a la inequidad, explica la preferencia que las personas desarrollan frente a resultados que se califican como justos, sin que este último concepto se reduzca factores económicos (Yang, Onderstal, & Schram, 2016).

Pese a que, en ambos casos de incumplimiento, la posición de la parte a la que le incumplieron es la misma, las personas perciben la motivación del incumplimiento como un elemento importante que modifica su valoración de la situación a través de un criterio de justicia.

Así, para Ernst Fehr, las personas tienden a ser más comprensivas ante eventos “negativos”, mientras que suelen ser más drásticas en supuestos “positivo” (Samson, 2014).

Con base en este planteamiento, es posible establecer que contrario a lo que plantea la teoría del incumplimiento contractual eficiente, el acreedor no es indiferente al tipo de incumplimiento que se materializa, ni a la calificación de la conducta del deudor, pese a que el régimen de incumplimiento contractual sea objetivo.

Estas variables pueden afectar la forma como el acreedor percibe la conducta del deudor y la lesión de su interés, ante un evento injusto que le genera unas inconformidades adicionales. La teoría del incumplimiento contractual eficiente pone en un mismo saco los diferentes tipos de incumplimiento, siempre que estos reporten resultados eficientes, pese a que la percepción de los sujetos ante la conducta de su deudor varíe.

Esta desviación en el comportamiento frente al parámetro racional, podría ayudar a identificar ciertas aristas de la figura en relación con los casos en las que debe ser aplicada, pues es claro que con el mismo dinero el acreedor no se sentirá compensado en un supuesto de buenas noticias, como si lo haría con uno de malas noticias.

Sin embargo, esta es solo una de las manifestaciones del concepto de justicia de cara a los postulados del incumplimiento contractual eficiente, por otro lado, Oren Bar-Gill y Omri Ben-Shahar exponen algunos casos de modificaciones contractuales que ponen en evidencia la alteración de un análisis puramente racional, bajo una motivación de justicia.

En el texto, los autores exponen la incidencia que tiene la percepción del criterio de justicia al momento de la ejecución de un contrato:

Estudios experimentales recientes han reportado que, en escenarios económicos importantes, el comportamiento de los individuos no podría ser descrito únicamente bajo las bases de la maximización monetaria. En particular, las cuestiones de justicia han jugado un papel importante describiendo las evaluaciones que estos realizan de su bienestar. Patrones de comportamiento, extraños a la asunción de maximización monetaria, han sido observados (Bar-Gill & Ben-Shahar, Threatening an "Irrational" Breach of Contract, 2014, pág. 154).

En el estudio se identificaron tres supuestos que pueden afectar el concepto de justicia de las partes en un contrato: (i) la división equitativa de la ganancia obtenida con el negocio entre las dos partes, una vez ejecutado, (ii) el compartir el incremento en los costos de producción que se dieron de forma inesperada y (iii) garantizar, al momento de celebrar el acuerdo, que las ganancias se dividirán de forma equitativa.

Oren Bar-Gill y Omri Ben-Shahar lograron identificar un comportamiento que atenta contra el modelo racional: cuando se presenta una alteración en el equilibrio de la ganancia que reportará el contrato, por algún evento inesperado, pese a que la parte pueda seguir reportando una ganancia del contrato, preferirá incumplirlo, al considerar que la situación es injusta.

Incluso, en los estudios de Richard Thaler, se evidencian estos imperativos de justicia, en los que los participantes prefieren sacrificar un resultado positivo, antes que aceptar una distribución inequitativa.

Estas hipótesis planteadas en el texto de Oren Bar-Gill y Omri Ben-Shahar, se verifican en diferentes casos de la justicia americana, como *Lingen Felder v. Wainwright Brewery*, en el que un arquitecto decide incumplir sus obligaciones, ante el sentimiento de injusticia que experimenta cuando es notificado de que no se le adjudicará la segunda etapa de la obra que estaba llevando a cabo.

Este experimento tiene serias implicaciones en la conceptualización de la figura del incumplimiento contractual eficiente, pues permite verificar que a partir del criterio de eficiencia y del modelo normativo de conducta no es posible predecir el comportamiento de los seres humanos, por el contrario, otros factores afectarán sus decisiones, contrariando las bases del incumplimiento contractual eficiente.

Incluso los sujetos, por otro tipo de motivaciones como el criterio de justicia y equidad, se verán impulsados a incumplir el contrato, generando resultados ineficientes en sociedad y la consecuencia será exactamente igual a la del incumplimiento de contratos en supuestos de eficiencia, la indemnización de perjuicios.

Esto lleva a que la figura flaquee en atención a que su presupuesto esencial es que los sujetos únicamente incurrirán en este tipo de comportamientos cuando el resultado sea eficiente, lo que justifica que la indemnización de perjuicios se reduzca a los perjuicios de expectativa. Pero si los seres humanos acuden a otros criterios para determinar su actuar, que contrarían incluso los presupuestos de eficiencia, ¿cuál es la justificación para que la indemnización se reduzca a los perjuicios de expectativa?

Por efectos de la extensión del trabajo, el último caso que se analizará será el incumplimiento oportunista, el cual ha sido ampliamente tratado en diferentes textos académicos e incluso analizado por un enfoque tradicional del AED.

Friedman, en su texto “La falacia del incumplimiento eficiente”, relata la convicción bajo la cual surgió la teoría del incumplimiento contractual eficiente: “Originalmente, esta teoría era predicada de manera religiosa y difícilmente podía sufrir de alguna calificación.” (1989, pág. 3)

Sin embargo, Posner, en su edición publicada en 1986 del “Análisis Económico del Derecho”, atenuó esta concepción, al reconocer la existencia de incumplimientos oportunistas, que se diferenciaban de otro tipo de incumplimientos y que resultaban ser ineficientes (Friedman, 1989).

Los incumplimientos oportunistas implican que una parte incumpla el contrato, intentado retener los beneficios que le reportaba el negocio original, sin soportar los costos que su incumplimiento acarrearía.

Dodge define este tipo de incumplimiento como una práctica que no aumenta la torta a repartir entre las partes, por el contrario, quien pretende incumplir, intenta quedarse con una tajada más grande (1999).

Igualmente, clasifica estas prácticas en tres supuestos: (i) terminación del contrato bajo un pretexto, en el que la parte intenta construir una excusa que no tiene las bases sólidas para constituir una salida, (ii) obstrucción, que usualmente puede ser descrito en prácticas incluso mal intencionadas de las partes para incumplir el contrato como negando la existencia del mismo y (iii) reusarse a pagar, de mala fe, pese a que la parte ya ejecutó su prestación (Dodge, 1999).

Una premisa esencial para entender los incumplimientos oportunistas es que todo incumplimiento oportunista es doloso o intencional⁴⁸, pero no todo incumplimiento doloso es oportunista.

Así, una persona que incumpla dolosamente pero que pretenda alcanzar un resultado eficiente en los términos de Pareto, cumple con el modelo del incumplimiento contractual eficiente, mientras que una persona que pretende defraudar a su contraparte con un incumplimiento doloso, incurre en un incumplimiento oportunista, el cual resulta ser ineficiente y desafía los parámetros de la teoría del incumplimiento contractual eficiente.

Para precisar el alcance de un incumplimiento oportunista, se traerá a colación un ejemplo expuesto por Klass:

⁴⁸ El concepto de incumplimiento doloso ha sido ampliamente discutido en la doctrina, aunado a que el régimen contractual americano analiza el incumplimiento como una responsabilidad objetiva en la que el aspecto subjetivo resultaría irrelevante, en atención a que la calificación de la conducta no tiene ninguna incidencia en la extensión de los perjuicios a reconocer. Para más información véase: Oren Bar-Gilt Omri Ben-Shahar. An Information Theory of Willful Breach, Michigan Law Review, Vol. 107, No. 8, Symposium: Fault in American Contract Law (Jun., 2009), pp. 1479-1499

Si A le entrega a B el bien que fue pactado en el contrato, y B lo utiliza para fabricar sus productos y venderlos, pero se rehúsa a ejecutar la prestación que le correspondía frente A en relación con el pago, nos encontramos ante un caso de incumplimiento oportunista. (2014)

Este supuesto resulta grotesco, pero existen conductas oportunistas que no son tan visibles al intentar resguardarse en cláusulas oscuras o comportamientos abusivos que llevan a que el incumplimiento no sea detectado por la parte con certeza. También, este tipo de prácticas usualmente se llevan a cabo contra personas que, por su situación económica o social, no son propensas a demandar (Stone, 2016).

Ante estos casos, Posner, en la edición de 1986, afirmó que:

“Si una parte rompe su promesa únicamente para tomar ventaja de la vulnerabilidad de la otra parte... debemos castigar duramente al primero” (Klass, 2014, pág. 371).

Pese a estas afirmaciones, el AED clásico no ha realizado una contribución concreta en contra de estas conductas, por el contrario, el esquema de una responsabilidad objetiva en el derecho contractual, acompañado de la limitación de la indemnización de perjuicios en supuestos de incumplimiento contractual al interés de expectativa, pueden convertirse en incentivos para perpetrar incumplimientos oportunistas.

Así, la estructura del incumplimiento contractual eficiente puede incentivar conductas ineficientes ante la limitación de los perjuicios que se propone, dejando a los acreedores desprotegidos, pues los incumplimientos mal intencionados o de mala fe no constituyen por si solos un tort que abra la puerta al reconocimiento de otros perjuicios.

Pese a los problemas que se narran, uno de los postulados que permea en general el derecho de los contratos es la indiferencia ante la motivación que lleva al deudor a incumplir.

Bajo una perspectiva que ha sido calificada como Holmesiana, la motivación del incumplimiento no tiene ninguna relevancia legal en atención a que cada hombre es libre de elegir si incumple su obligación, lo que se traduce en el derecho de pagar perjuicios en vez de ejecutar la prestación (Bar-Gill & Ben-Shahar, 2009).⁴⁹

En consonancia con esta línea argumentativa, de acuerdo con lo expuesto por Bar-Gill & Ben-Shahar, el AED tradicional, acogiendo los planteamientos de Holmes, ha considerado que el régimen óptimo en los supuestos contractuales es la responsabilidad objetiva.

Tal planteamiento se estructura a partir de los incentivos que cada remedio debe generar y por ello, el remedio debe corresponderse con el daño causado y solo eso. No existe entonces una diferencia relevante entre un incumplimiento doloso o culposo, ambos son objeto de la misma sanción y la satisfacción del interés de expectativa debe ser suficiente para el contratante (Bar-Gill & Ben-Shahar, 2009).

Sin embargo, a partir del estudio conducido por Lewinsohn-Zamir, es posible evidenciar que esta premisa, establecida desde el AED clásico y acogida incluso por el *Restatement Second of Contracts*, no concuerda con la percepción de los sujetos en sociedad. En dicho estudio, 94 participantes fueron sometidos a unas preguntas en las que se enunciaban diferentes casos, en algunos se presentaba un incumplimiento de forma imprevista, en otros por una negligencia del contratante y en otros por un acto intencional de la parte, pero todos los eventos se indemnizaban bajo la misma cuantía.

⁴⁹ El *Restatement Second of Contracts* asumió la misma postura de indiferencia que se plantea en la cita al considerar que los remedios no van encaminados a obligar al deudor a cumplir su prestación, sino a compensar la pérdida de que este generó. Bajo esta consideración, los incumplimientos dolosos o de mala fe no se distinguen de los otros tipos de incumplimiento y son objeto de los mismos remedios disponibles en los otros casos. Para más información véase: *Restatement (Second) of Contracts*, capítulo 16, introductory n. (1981)

Los sujetos percibían cada caso de manera diferente y consideraban que el resultado obtenido en los primeros ejemplos era sustancialmente mejor que en los últimos. Solo el 25% de los participantes calificaron las tres situaciones como idénticas en el resultado obtenido.

De acuerdo con este estudio es posible establecer que el resultado que los sujetos perciben puede verse alterado por el comportamiento del agente, incluso en supuestos en los que los daños se traducen en cuestiones meramente económicas (Lewinsohn-Zamir, Schwartz, & Schweizer, 2012).

Con base en estos hallazgos, el ser humano no percibe de igual manera el incumplimiento, pues la calificación de la conducta puede alterar la forma en que valora el resultado obtenido.

Si eso entonces ocurre en los supuestos en los que existe un incumplimiento intencional pero que acarrea resultados eficientes, el efecto puede verse intensificado en los supuestos de incumplimientos oportunistas, en los que incluso se intenta defraudar a la parte cumplida.

Por ello, con los hallazgos del experimento, es lógico pensar que, en un supuesto de incumplimiento oportunista, el acreedor no se sentirá indemnizado únicamente con los perjuicios de expectativa, lo que puede traducirse en que la solución provista por la teoría del incumplimiento contractual eficiente resulte insuficiente.

Los incumplimientos oportunistas sin duda constituyen una anomalía en el modelo racional sobre el cual se construye el incumplimiento contractual eficiente, que no se ve desincentivado con los remedios que la figura ofrece.

Dodge realiza un análisis acertado sobre cuál sería el cálculo que realizaría un deudor oportunista:

Un deudor oportunista en ocasiones escapará de responsabilidad, ya sea porque la parte falla en detectarlo o porque no cuenta con los recursos necesarios para demandar. Si un deudor oportunista solo pagará perjuicios compensatorios si es hallado culpable y podrá

conservar su ganancia en los supuestos en que no lo sea, el oportunismo se estructurará como una estrategia provechosa. (1999, pág. 655)

Stone explica como el modelo clásico del AED se construye bajo un parámetro uniforme en el que los sujetos perciben y se ven incentivados de la misma forma por las normas que regulan su conducta. Sin embargo, la autora diferencia dos tipos de sujetos, los *externalizadores* y los *internalizadores* (2016). Los primeros se describen como agentes económicos racionales, que no evidencian ninguna preferencia y utilizan el Derecho para satisfacer sus intereses, mientras que los segundos, acogen el Derecho como un parámetro de conducta a seguir, aunque sus intereses sean opuestos a lo prescrito por la ley.

Así, bajo los planteamientos del AED, todos los agentes serían externalizadores, intentado maximizar sus beneficios, lo que lleva a que las normas se construyan con base en un modelo de comportamiento que no es homogéneo en sociedad (Stone, 2016).

Stone explica que la respuesta de ambos grupos es diferente respecto de las normas que regulan su conducta, lo que bajo la teoría del incumplimiento contractual eficiente se traduce en que los externalizadores pueden tener incentivos para incurrir en incumplimientos ineficientes. Estos buscan satisfacer su interés, valiéndose de las limitaciones del remedio al que podrá acudir el acreedor, que se circunscribe a los perjuicios de expectativa y en estos casos se queda corto para compensar al acreedor, en atención a que este percibe el incumplimiento en una forma diferente, tal como se anotó en los resultados de los estudios anteriores.

Por su parte, los internalizadores captarán un mensaje errado, al considerar que el Derecho no solo permite, sino que incentiva o premia este tipo de conductas, avalando incumplimientos ineficientes que solo benefician un interés particular.

Con fundamento en este estudio, es posible concluir que la figura del incumplimiento contractual eficiente y el sistema de remedios que propone, incentivan prácticas que resultan incluso ineficientes de cara a los desarrollos del AED y que desafían las predicciones del comportamiento humano en supuestos de incumplimiento bajo parámetros de racionalidad.

Pero, además, el estudio destaca los efectos que puede tener la figura respecto de los agentes que perciben la regulación como internalizadores, lo que podría traducirse en un sentimiento de injusticia ante un sistema que premia comportamientos calificados como de mala fe e ineficientes y en últimas, terminaría incentivando estos mismos comportamientos respecto de los internalizadores, pese a que la finalidad de la figura no concuerda con este tipo de prácticas ineficientes.

Es posible concluir entonces que los incumplimientos oportunistas se resguardan bajo la teoría del incumplimiento contractual eficiente y, en consideración a su estructuración, los agentes oportunistas se benefician de las limitaciones que impone el derecho contractual en relación con la indemnización de perjuicios de cara a la teoría del incumplimiento contractual eficiente.

Bajo esta figura, los incumplimientos oportunistas no tendrían por qué ocurrir, en atención a que estos reportarían resultados ineficientes que no son buscados por los agentes económicos, pero incluso asumiendo un modelo de comportamiento racional, existen sujetos que buscando un provecho pueden apartarse de este y valerse de técnicas reprochables para maximizar su utilidad.

Esta situación permite entrever que el modelo teórico no reporta los mismos resultados en la realidad y estas desviaciones acarrearán situaciones injustas que pueden llevar a que el acreedor se sienta o efectivamente se vea infra compensado, situaciones que se legitiman a través de la teoría del incumplimiento contractual eficiente, aunque no sea su propósito.

Los resultados que se exponen en esta sección acarrearán consecuencias importantes respecto de la conceptualización de la figura del incumplimiento contractual eficiente, que verifican la hipótesis planteada al inicio de este estudio, relativa a los problemas que presenta la figura concebida bajo una perspectiva tradicional del AED y bajo el sistema de remedios que impone.

A continuación, se pasará a analizar el impacto que ha tenido el remedio establecido bajo la teoría del incumplimiento contractual eficiente, de cara a los planteamientos del Derecho y la Economía Conductual, al igual que de las diferentes variables que la realidad ha evidenciado.

2.4. Un análisis de los perjuicios de expectativa bajo un enfoque de la economía conductual y un contraste entre lo que la teoría establece y lo que se ha manifestado en la realidad.

Tal como se expuso en la sección anterior, el Derecho y la Economía Conductual ha hallado ciertos comportamientos anómalos que contrarían el modelo normativo diseñado por el AED tradicional. Sin embargo, estas irregularidades también se manifiestan en el área de los remedios que tiene el acreedor ante un incumplimiento contractual eficiente.

En esta sección se pasará a analizar los perjuicios de expectativa desde dos perspectivas: (i) se estudiará la figura de cara a los desarrollos de la economía conductual y cómo el comportamiento humano puede alterar algunas de las premisas que permiten asemejar este tipo de indemnización con el cumplimiento *in natura* y (ii) se analizarán algunas de las críticas que se han formulado en contra de este remedio, ante las falencias que se han detectado entre el modelo teórico y lo que sucede en la realidad.

Para iniciar esta sección, resulta importante sentar los postulados bajo los cuales se estructuran los perjuicios de expectativa.

La indemnización del interés de expectativa en el campo contractual se basa en un criterio de indiferencia. Tal como se ha explicado, los perjuicios de expectativa buscan llevar al acreedor incumplido al lugar en el que se encontraría en el supuesto en el que el contrato se hubiera ejecutado.

Con fundamento en estas consideraciones, los perjuicios de expectativa corresponden a la medida en la que el acreedor es indiferente frente a la ejecución o el pago de los daños, toda vez que este queda en la misma posición bajo cualquiera de los dos remedios (Eisenberg M. , 2004).

Sin embargo, a través de evidencia empírica, el Derecho y la Economía Conductual ha encontrado que el criterio de indiferencia no se cumple bajo las preferencias que el ser humano tiene.

Daphna Lewinsohn-Zamir, Alan D. Schwartz y Urs Schweizer llevaron a cabo un experimento en el que tenían como hipótesis que los seres humanos no son indiferentes a la compensación monetaria y a la ejecución de la prestación (2012).

La investigación se llevó a cabo con 405 sujetos, los cuales fueron sometidos a un supuesto de incumplimiento contractual. El participante se le ofrecen dos posibles contratos con un fabricante de acero y este debe elegir cuál prefiere suscribir.

En la primera opción, el fabricante estaba obligado a entregar el acero dos meses después de llegar al acuerdo, por el contrario, en la segunda opción, el fabricante se reservaba la posibilidad de incumplir en caso de que un tercero le ofreciera una suma más atractiva, pero se comprometía al pago de los perjuicios de expectativa.

Adicionalmente, si el participante escogía la primera opción, se le preguntaba si cambiaría su decisión en caso de que el fabricante le ofreciera un descuento en el precio del acero en la segunda modalidad o le ofreciera amentar el valor de la indemnización de perjuicios.

Los resultados arrojaron que solo el 5% de los participantes consideró que no tenía una preferencia específica por alguno de los dos contratos. Por el contrario, el 69% de los participantes eligieron el primer supuesto y el 46% consideró que ni con un descuento ni con un incremento en el valor de la indemnización cambiaría de opción. Solo el 26% de los participantes eligió el segundo supuesto (Lewinsohn-Zamir, Schwartz, & Schweizer, 2012).

Estos resultados evidencian que el criterio de indiferencia no es más que una premisa normativa que no se compadece con la realidad, pues para el ser humano no es irrelevante el tipo de remedio que se elija.

Este primer hallazgo permite cuestionar la razonabilidad de los perjuicios de expectativa, pues, aunque matemáticamente pretendan llevar al acreedor a la posición en la que se encontraría en caso de que el contrato se hubiese ejecutado, las personas no perciben que su situación sea la misma.

Lewinson et al. pone de presente que, en su investigación, las personas preferían el cumplimiento de la prestación sobre cualquier tipo de remedio, lo cual significa que esta elección no se vio afectada por el tipo de incumplimiento (doloso, culposo o imprevisible). Para la mayoría de los sujetos, bajo cualquier hipótesis de incumplimiento, era preferible el cumplimiento en especie que la indemnización de perjuicios de expectativa, por ello los resultados no se ven ligados a una concepción de moralidad o justicia (2012).

De estos resultados se puede concluir que los perjuicios de expectativa no son un sustituto perfecto del cumplimiento *in natura*, lo que afecta uno de los presupuestos básicos de la figura del incumplimiento contractual eficiente e incluso del sistema de remedios americano.

Cabe destacar además que, el Derecho y la Economía Conductual ha hecho otros avances en diferentes figuras que pueden llevar a entender ciertos fenómenos del comportamiento humano.

Por ejemplo, en relación con el efecto dotación, cabría preguntarse qué pasa con la valoración que puede hacer un sujeto sobre la prestación contratada.

En principio, los perjuicios de expectativa se calculan a partir de la diferencia entre el precio del bien en el mercado y el precio del bien en el contrato, pero este cálculo omite las consecuencias del efecto dotación, bajo la aversión a la pérdida.

Al respecto, en el texto de Kahneman, es posible encontrar los orígenes de esta teoría, en los que se parte de la premisa de por qué una persona puede valorar de forma diferente una botella de vino, si la compra a si la vende:

La teoría de las perspectivas sugería que la disposición a comprar o vender la botella depende del punto de referencia, si el profesor posee o no la botella en ese momento. Si la posee, el profesor considera la pena de desprenderse de la botella. Si no la posee, considera el placer de conseguirla. Los valores no serían iguales debido a la aversión a la pérdida: el dolor de desprenderse de una botella de tan buen vino es mayor que el placer de conseguir una botella de un vino igual de bueno. Esta era la explicación del efecto de dotación que Thaler había estado buscando. Y la primera aplicación de la teoría de las perspectivas a un problema económico parece ahora que fue un hito en el desarrollo de la economía conductual (2012, pág. 665).

Este fenómeno, en principio, parece producirse igualmente cuando se celebra el contrato, pues aunque el mismo no se haya ejecutado, el acreedor experimenta ese bien como suyo, lo que lleva a que lo valore en una mayor medida, en comparación con el precio que se pactó en el contrato.

Bajo esta teoría, es posible que los perjuicios de expectativa le generen la sensación al acreedor de que no está siendo del todo compensado integralmente, pues su valoración del bien era superior a la que reflejaba el contrato o incluso a la que se ofrece en el mercado, lo que explicaría por qué la mayoría de las personas preferirían el cumplimiento *in natura* a la indemnización de perjuicios, incluso si estos son superiores al interés de expectativa.

Sin embargo, esta última observación no cuenta con un respaldo empírico, por lo que no es más que una intuición, pero resultaría interesante verificar la hipótesis planteada, en una investigación posterior.

Las críticas de los perjuicios de expectativa no se han limitado a las investigaciones del comportamiento humano, varios autores han estudiado las premisas básicas en las que se asienta el incumplimiento contractual eficiente y han desafiado algunos postulados relativos al tipo de indemnización que aconseja la figura con base en descripciones de la realidad.

En el primer capítulo se expusieron las bases en las que se asienta el incumplimiento contractual eficiente, las cuales Eisenberg llama “el paradigma de la reventa”, en el cual se describen los ideales de la figura (2004).

(i) La existencia de un contrato inicial sobre un objeto o servicio, (ii) que un tercero le ofrezca al deudor por la prestación, un valor superior al pactado en el contrato inicial, (iii) la ganancia que se obtendría con la oferta del tercero, le reportará una utilidad al deudor que le permita incluso compensar los perjuicios del acreedor, (iv) el deudor incumple el contrato inicial y contrata con el

tercero, (v) el deudor le paga al acreedor los perjuicios de expectativa para dejarlo en la misma posición en la que se encontraría si el contrato se hubiese ejecutado y (vi) la obtención de un resultado eficiente (Eisenberg M. , 2004).

Eisenberg advierte diferentes circunstancias que no son tenidas en cuenta, en el modelo ideal expuesto en el paradigma de la reventa. Se pasarán a analizar las que se conderan más importantes.

El primer elemento que se cuestiona es que, conforme al paradigma, el deudor debe establecer el valor de los perjuicios de expectativa que sufrirá el acreedor. Sin embargo, el deudor normalmente desconoce cuál es el valor que el acreedor le atribuye al bien al momento del incumplimiento, pues incluso este pudo haberle encontrado un uso máspreciado que lo lleve a valorar el bien de manera diferente (Eisenberg M. , 2004).

Lo único que conoce el deudor al momento de tomar la decisión es que el tercero está dispuesto a pagar más que el acreedor original. (Eisenberg M. , 2004) En este sentido el deudor no cuenta con información perfecta que le permita determinar de forma cierta el valor de los perjuicios de expectativa.

Se destaca, en todo caso que, en el ordenamiento americano solo se reconocen los perjuicios previsibles y, tal como se explicó en la Sección (1.4) del primer capítulo, se han impuesto algunos parámetros para establecer el valor de los perjuicios de expectativa, entre ellos el valor comercial del objeto, por lo que el valor subjetivo de la parte, en principio, no tendría ninguna incidencia en la estimación de los perjuicios.

No obstante, esta situación producirá que el acreedor sienta que la compensación recibida fue parcial y nuevamente, se quiebre el criterio de indiferencia predicado por el sistema de remedios americano.

Eisenberg continúa con el análisis y evidencia que más allá de la valoración subjetiva, las pautas que el derecho americano provee, tampoco le otorgan certeza al deudor para calcular la cuantía a compensar, ni satisfacen la expectativa del acreedor (2004).

El asunto abarca diferentes factores, usualmente el incumplimiento contractual ocurrirá sobre bienes que, pese a ser fungibles, no son homogéneos, pues en esos casos el precio del bien en el mercado está bien definido y es poco probable que un tercero ofrezca una cuantía muy superior a la del contrato inicial (Eisenberg M. , 2004). Por el contrario, en bienes que tienen ciertas peculiaridades, parecería factible que pudieran presentarse casos como los narrados por el incumplimiento contractual eficiente.

No obstante, dadas las peculiaridades del bien puede ser difícil encontrar su precio de mercado, en relación con las cantidades de la venta, los lugares en las que se han llevado a cabo y la abundancia o escases de la cosa.

Estas irregularidades pueden llevar a que establecer el precio del mercado sea difícil y a que la parte no se vea íntegramente reparada, en atención a que el valor obtenido puede ser inferior al valor subjetivo que este le atribuía al bien. (Eisenberg M. , 2004)

Incluso, esos conceptos pueden llevar a que la parte se vea sobre-compensada por el precio del mercado que la Corte establezca y que dé al traste con los cálculos estimados por el deudor *ex ante*.

Así, los mismos criterios a partir de los que se establece la cuantificación de los perjuicios de expectativa pueden resultar confusos y traer resultados desfavorables para ambas partes.

Otro aspecto importante, que puede generar compensaciones muy bajas que no cubran el interés de expectativa del acreedor, es la regla de certeza que los tribunales han impuesto para reconocer la pérdida de un beneficio.

En muchos casos se ha convertido en una prueba diabólica, pues aunque la parte lleve al proceso técnicos y especialistas en la materia, estas pérdidas han sido concebidas como meras probabilidades que no cumplen con el estándar de certeza requerido.

Eisenberg, en su texto, expone el caso *Kenford Co. v. County of Erie*, en el que County se comprometió a construir un estadio con Kenford y afiliados, entre ellos, Dome. Como parte del acuerdo, una vez el estadio fuera construido, Dome lo manejaría por un tiempo entregándole un porcentaje alto de las ganancias a County (2004).

El estadio nunca fue construido y Dome demandó a County por las ganancias que este dejó de percibir a partir de la administración del bien que nunca se construyó. Al proceso se llevaron diferentes expertos, pero la Corte de Apelación de Nueva York revirtió el fallo, al considerar que las pruebas no eran más que proyecciones, que no cumplían con el estándar de certeza requerido.

Este caso evidencia que la exigencia del estándar de certeza dificulta la posición en la que se encuentra el acreedor al momento de probar los perjuicios que sufrió derivados del incumplimiento contractual, lo que a su vez, implican que las indemnizaciones que sean otorgados en muchos casos no tengan en cuenta diferentes conceptos que se presentaron como la pérdida de ganancias, por su incertidumbre.

Por otro lado, como fue mencionado en la sección (1.4) del capítulo anterior, el tipo de perjuicios a reconocer está condicionado a las dos reglas establecidas en el caso *Hadley v. Baxendale*, que limita los perjuicios consecuenciales a aquellos que podrían haber sido previsibles para las partes al momento de la celebración del contrato y en todo caso, a los que se puedan presentar en el curso normal de las cosas, concepto que igualmente involucra un aspecto de previsibilidad y probabilidad.

Eisenberg plantea un obstáculo importante entre la segunda regla establecida por el caso referenciado y el incumplimiento contractual eficiente, que puede llevar a que el acreedor se encuentre en una posición diferente a si se hubiese ejecutado el contrato.

La teoría del incumplimiento contractual eficiente propone que los perjuicios del acreedor sean indemnizados, haciendo que para este sea indiferente si se ejecuta la prestación o se indemnizan los perjuicios. Sin embargo, la limitación que plantea la segunda regla de *Hadley v. Baxendale* implica que solo se indemnicen aquellos que sean previsibles al momento de celebrar el contrato.

Así, la figura no dispone de esta limitante, por el contrario, su conceptualización es opuesta a esta restricción, pues si el deudor conoce, una vez se celebró el contrato, que el provecho a obtener por el acreedor es superior, este podrá resguardarse en que al momento de la celebración no lo conocía, quedando el acreedor en una posición desfavorable.

Incluso, esta técnica podría ser utilizada para incentivar los incumplimientos contractuales, ya que aunque el deudor conozca que después de celebrado el negocio el acreedor alcanzará un provecho superior con la prestación que debe ejecutar, este sabe que su límite se establece en los perjuicios previsibles al momento del contrato y no después.

Al respecto Eisenberg explica la contradicción ente la figura y la regla establecida por la jurisprudencia:

Bajo la teoría del incumplimiento eficiente, la decisión del deudor referente a ejecutar o incumplir el contrato depende de la comparación realizada entre los beneficios que obtendría el deudor con el incumplimiento y las pérdidas del acreedor derivadas del incumplimiento, las cuales aparecerían al momento de cumplir o incumplir el contrato. En contraste, bajo el principio establecido en *Hadley v. Baxendale*, cuando el deudor tome la

decisión de incumplir o ejecutar un contrato, actuando bajo su interés, podrá descontar las pérdidas que sean razonablemente previstas o incluso que hayan sido manifestadas por el acreedor, si el riesgo de esas pérdidas apareció después de que el contrato se celebrara (2004, pág. 30).

Esta situación implica que la indemnización de perjuicios no cumple con el propósito que pretende, al dejar al deudor en una posición inferior a la que se encontraría si el contrato se hubiere ejecutado, hallándose incluso infra compensado.

Al parecer, aunque la regla de que la previsibilidad en los contratos debe analizarse al momento de celebración del mismo ha sido ampliamente difundida, incluso en los países del *Civil Law*⁵⁰, tales planteamientos atentan contra la eficiencia de la figura e incluso pueden llevar a motivar incumplimientos oportunistas, cuya intención sea desconocer los provechos que el acreedor pudo haber reportado con el cumplimiento de la prestación.

Parecería entonces que, aunque la regla de *Hadley v. Baxendale* se estableció para las indemnizaciones de perjuicios derivadas de incumplimientos contractuales, sus presupuestos atentan contra los postulados del incumplimiento contractual eficiente y llevan a que no se cumpla el propósito del interés de expectativa.

Finalmente, un factor determinante que puede afectar sustancialmente el cálculo de los perjuicios de expectativa son los costos de transacción en el ámbito contractual. Estos costos pueden ser definidos como las diferentes erogaciones en las que tienen que incurrir las partes para la ejecución del contrato.

⁵⁰ Esta regla tiene un límite, pues en los supuestos en los que el incumplimiento es doloso, se indemnizan todos los perjuicios directos, tanto previsibles como imprevisibles.

Los costos de transacción han sido subestimados por los análisis económicos neoclásicos, pese a que constituyen un factor determinante para estudiar el efecto económico de diferentes figuras.

Al respecto, Elvira Salgado, citando a Jones, afirma que:

Las transacciones implican costos, dado que, a diferencia de un mercado sin fricciones (como el supuesto en los modelos clásicos de la economía), esta transferencia de bienes y servicios tiene lugar en un contexto de intercambio, donde la información es imperfecta, donde las partes han hecho inversiones en activos específicos o donde cada parte busca promover la consecución de su propio interés a costa del de otros, empleando un comportamiento oportunista o estratégico (Salgado, 2003, pág. 64).

Tal como lo señala Ian Macneil: Es fácil introducir ciertos costos de transacción para mostrar que el modelo prueba lo que pretendía, sin embargo, también es fácil ignorar otros costos de transacción que pueden alterar por completo el análisis (1982).

Entre ellos se encuentran los costos de transacción en los que incurrirá el deudor con el tercero. En principio, esta negociación puede traer unos costos que no eran previsibles o ciertos para el deudor y que no fueron incluidos en el cálculo, lo que eventualmente pueda llevar a que el incumplimiento no sea eficiente (Eisenberg M. , 2004).

En esta misma línea, Klass pone de manifiesto otros criterios que son dejados a un lado y resultan ser variables que los individuos deberían tomar en cuenta antes de elegir incumplir el contrato. Por ejemplo, los negocios en cadena o la reputación, estos factores nunca son analizados en los supuestos de incumplimiento contractual y pueden alterar el cálculo que un agente realice con fundamento en las ganancias futuras que puedan esperarse o las pérdidas que podría acarrear por su desprestigio (2014).

El cálculo para determinar si un incumplimiento es eficiente debe abarcar otros conceptos que no se limiten al negocio inmediato, toda vez que ciertas acciones pueden tener efectos a largo plazo que distorsionen la estimación realizada, derrumbando la supuesta eficiencia perseguida.

Otro costo de transacción son los costos del litigio que pueden ser exorbitantes (Lewinsohn-Zamir, Schwartz, & Schweizer, 2012). Bajo la “American Rule” cada parte debe asumir sus propios costos, lo que desbalancea por completo la posición del acreedor al tener que soportarlos y motiva los incumplimientos oportunistas cuando el deudor conoce que el acreedor no tiene la capacidad económica de asumir los gastos judiciales.

También distorsiona los cálculos que el deudor haga de su incumplimiento, pues este también tendrá que asumir los costos del litigio que pueden incluso consumir el provecho que obtendría en el segundo negocio.

Al respecto, Friedman se pronuncia sobre las ganancias que el deudor reporta del segundo contrato:

“Pero las ganancias aquí son usualmente ilusorias, la decisión unilateral tomada por el deudor provoca una disputa sobre los daños que se termina en costos de litigio” (1989, pág. 24).

Con esta exposición es posible evidenciar que la figura del incumplimiento contractual eficiente se construyó sobre unos postulados que se encontraban muy arraigados en un modelo de comportamiento racional, que en últimas, más que un parámetro descriptivo, correspondía a uno normativo, el cual, en definitiva no coincide con el comportamiento humano.

El Derecho y la Economía Conductual han hecho grandes aportes desde un campo empírico, para descifrar las preferencias humanas, que, tal como se evidenció, no coinciden con los criterios de racionalidad que el AED predicaba.

Esto, sin duda, tiene serias implicaciones en el concepto de eficiencia, pues si los sujetos eligen opciones que se desvían de lo que racionalmente deberían elegir en términos económicos, los resultados no se reducirán a la maximización de su provecho.

Por ello, con fundamento en los estudios citados, la figura del incumplimiento contractual eficiente, en los términos de AED clásico, se queda corta en la predicción del comportamiento humano y por el contrario, le da cabida a diferentes circunstancias que pueden llevar a incumplimientos oportunistas, a malas estimaciones de los perjuicios de expectativa o a que, en todo caso, el acreedor no sea integralmente reparado y el remedio no lo lleve a la misma posición en la que se hubiere encontrado en caso de que el contrato se hubiere ejecutado.

A partir de esta sección, es posible detectar un problema en el análisis del incumplimiento eficiente que pone a flaquear la teoría hasta el punto de cuestionarse si esta se encuentra en crisis.

Tal como lo expone Friedman: “La teoría del incumplimiento eficiente involucra temas de derecho y eficiencia pero no acierta en ninguno, ni como una materia descriptiva, ni como una normativa” (1989, pág. 23).

Sin embargo, parecería extremo y apresurado establecer la crisis de una figura como esta que aún conserva diferentes defensores en el derecho americano y que resulta aplicable en el análisis contractual. Sin duda, la figura presenta unas desviaciones que tienen repercusiones en la posición de las partes, pero más que su exclusión del sistema americano, las conclusiones obtenidas deben motivar el diálogo de esta teoría con otras figuras que permitan su corrección o transformación.

Conclusiones

En el primer capítulo de la investigación se abordó el incumplimiento contractual eficiente desde una aproximación teórica. Se indagó por su formulación y conceptualización desde las nociones del AED clásico y se halló que la figura, pretende predecir el comportamiento de los agentes con base en un parámetro de conducta racional, presumiendo que el ser humano siempre elegirá la opción que reporte un resultado eficiente en los términos de Pareto.

En el segundo capítulo se acogió una perspectiva práctico-jurídica, con la que se estudió la figura del incumplimiento contractual eficiente desde otras aproximaciones, como la economía conductual y las observaciones de diferentes académicos en relación con la puesta en práctica de la figura.

En definitiva, el incumplimiento contractual eficiente ha jugado un papel importante en el sistema jurídico americano, sirviendo incluso de argumento para motivar las decisiones tomadas por las Altas Cortes Estadounidenses. La figura entonces se encuentra vigente y al día de hoy se ha convertido en uno de los argumentos que apoya la jerarquía del sistema de remedios presente en Estados Unidos, donde prima la indemnización de perjuicios sobre el cumplimiento *in natura*.

En este sentido, el incumplimiento contractual eficiente se posicionó como una herramienta que pretende promover resultados eficientes en las transacciones realizadas, procurando la maximización en la asignación de recursos. A través de la indemnización de perjuicios, la figura busca que el incumplimiento deje a las personas involucradas en una posición más favorable o igual a la que se encontrarían en caso de que el contrato se hubiere ejecutado.

Aunque los supuestos planteados por la figura resultaban coherentes con el modelo de comportamiento racional y el criterio de eficiencia predicados por el AED clásico, nuevas

perspectivas desde la economía y el derecho comenzaron a observar el comportamiento del ser humano en los escenarios en los que la teoría del incumplimiento contractual eficiente debía aplicarse.

La realidad entonces desafió los postulados normativos acogidos por el AED clásico y por la figura del incumplimiento contractual eficiente. Se detectó que el ser humano presentaba de manera previsible y sistemática, unos comportamientos desviados del parámetro de conducta racional y que estas alteraciones tenían consecuencias importantes en las predicciones realizadas con fundamento en el modelo de comportamiento normativo.

Aunque desde el AED clásico se conocía la existencia de ciertas conductas contrarias al criterio de racionalidad, su proporción, impacto, magnitud y previsibilidad solo se esclarecieron con los hallazgos reportados por la economía conductual.

A través de los experimentos llevados a cabo por la economía conductual y que fueron citados en la presente investigación es posible concluir que: (i) el ser humano no es indiferente ante la elección de los remedios disponibles en supuestos de incumplimiento contractual, (ii) la calificación de la conducta del deudor tiene relevancia en la cuantificación de perjuicios desde la perspectiva del acreedor y (iii) las personas no optarán siempre por la opción eficiente en un contrato, por el contrario, cuando experimenten una situación que ellos valoren como injusta, pese a que pueda reportarles un beneficio, preferirán un resultado ineficiente pero que combata la injusticia.

Estos resultados evidencian comportamientos reiterados y previsibles en los seres humanos, pero que se desvían del modelo de comportamiento normativo, privilegiando otros aspectos diferentes a la eficiencia económica, como la justicia. Incluso, las personas valoran la posición en la que se

encuentran de cara al comportamiento del deudor, quien hallará mayor tolerancia en el acreedor cuando el incumplimiento se derive de una pérdida a cuando con él pretenda lucrarse.

Los resultados también cuestionan el estado que el acreedor alcanza a través de los diferentes remedios. Tanto en el campo contractual como en la responsabilidad civil en general, en supuestos en que la afectación es netamente económica, se ha hablado de una correspondencia entre el objeto y el dinero, lo que a su vez, ha inspirado el principio de indiferencia frente a los remedios contractuales.

Sin embargo, las personas no perciben ni valoran esta situación como lo predica el modelo, por el contrario, parecería que una vez estas celebran el contrato, valoran más la prestación de lo que lo hacían en la etapa precontractual, lo que lleva a que ni siquiera con el ofrecimiento de cifras superiores a las que corresponderían bajo la estimación de los perjuicios de expectativa, accederían a renunciar a la ejecución de la prestación pactada.

Otras irregularidades se reportaron con las observaciones llevadas a cabo por diferentes juristas en la implementación y aplicación del incumplimiento contractual eficiente. Bajo una mirada del AED clásico la figura igualmente evidenciaba unas falencias que llevaban a resultados ineficientes, como (i) los incumplimientos oportunistas en los que el deudor se aprovechaba de la posición en la que se encontraba su acreedor, (ii) los parámetros utilizados para establecer el valor de los perjuicios de expectativa que pueden dejar al acreedor infra o sobre-compensado, (iii) la rigidez en los conceptos que integran los perjuicios de expectativa que dificultan la carga de la prueba que tiene a su cargo el acreedor y (vi) la subestimación de los costos de transacción.

En los incumplimientos oportunistas se observa que incluso bajo el modelo de comportamiento propuesto por el AED, las personas se pueden aprovechar de condiciones específicas del acreedor

e incumplir el contrato pese a que esta conducta no acarree resultados eficientes en el mercado, pretendiendo resguardarse en los principios del incumplimiento contractual eficiente, limitando el tope de la indemnización a los perjuicios de expectativa.

Pese a que desde el enfoque clásico del AED se ha reconocido esta falencia, ninguna medida concreta se ha tomado frente a estos comportamientos⁵¹, que sin duda no reportan resultados eficientes, ni necesariamente configuran un *tort* que permita ampliar el espectro de la indemnización.

Así, el ordenamiento jurídico tolera ese tipo de comportamientos y resguarda a quien los ejecuta imponiendo un límite en los remedios que tiene disponible el acreedor, los cuales pueden incentivar al deudor a arriesgarse a obtener un beneficio en perjuicio de aquel.

Por otro lado, la estimación de los perjuicios de expectativa no es tan sencilla. En ciertos casos, hallar el precio de mercado de un bien implica varias consultas y operaciones complejas, que terminan por arrojar valores que no corresponden con la expectativa del acreedor.

También podría ocurrir que el deudor calculara *ex ante* que el precio ofrecido por el tercero es superior al precio de mercado, pero el juez podría determinar que son idénticos o incluso que el valor de mercado es superior al ofrecido por el tercero, lo que llevaría a que en el supuesto no se hubiera materializado un incumplimiento contractual eficiente, en atención a que el deudor no obtendría ninguna ganancia extra del segundo negocio que realizó, o que incluso evidenciara alguna pérdida al compensar al acreedor.

⁵¹ Posner, tal como se anotó en el capítulo dos, ha propuesto que en estos eventos el deudor debe ser castigado pagándole los beneficios que recibió al acreedor. Sugerencia que solo fue incluida en la última edición de su libro *Análisis Económico del Derecho*. Sin embargo, esta medida no ha sido acogida por el ordenamiento jurídico.

Los parámetros establecidos para que los perjuicios puedan ser compensados son excesivamente rígidos, dejando en la mayoría de los casos, la pérdida del beneficio por fuera de la indemnización. El grado de certeza que se requiere sobre este concepto excede el estándar que incluso podría ofrecer una prueba pericial o técnica que, en últimas, se califica como una proyección probable de lo que hubiera sucedido si el contrato se hubiera ejecutado.

Igualmente, la regla de previsibilidad que se exige para que los perjuicios consecuenciales sean tenidos en cuenta es contraria a los presupuestos de la teoría del incumplimiento contractual eficiente, pues de acuerdo con esta regla la previsibilidad se debe analizar al momento de la celebración del contrato, pese a que el deudor, al momento del incumplimiento, pueda conocer otro tipo de perjuicios previsibles que el acreedor sufrirá.

Por ello, limitar la indemnización del acreedor a los perjuicios que resultaban previsibles al momento de la celebración del contrato puede motivar conductas malintencionadas en las que el deudor conoce de antemano que el acreedor sufrirá unos perjuicios muy superiores y que quedará infra-compensado.

Cabe precisar que la regla de previsibilidad igualmente se presenta en el *Civil Law*, con la salvedad de que en Colombia, particularmente, la culpa grave o el dolo en materia contractual, abren el espectro de la indemnización a los perjuicios tanto previsibles e imprevisibles⁵².

Finalmente, aunque el AED clásico conocía la existencia de los costos de transacción, estos eran subestimados por dicha corriente y no resultaban incluidos en los ejemplos académicos que se presentaban en los textos. En la realidad, estos conceptos afectan el cálculo de eficiencia en atención a que el deudor no cuenta con información perfecta. Los costos del litigio o reputacionales,

⁵² Artículo 1616 del Código Civil.

pueden alterar por completo la estimación que el deudor realiza, convirtiendo un incumplimiento en principio eficiente, en uno ineficiente.

Con los hallazgos reportados en la investigación, de cara a los experimentos llevados a cabo por los economistas conductuales (psicólogos, economistas y abogados), al igual que con los resultados obtenidos por los juristas en la observación de la implementación del incumplimiento contractual eficiente, se advierten diferentes desviaciones en el comportamiento humano y ciertas irregularidades que alteran los incentivos que la figura del incumplimiento contractual eficiente propone a través del sistema de remedios.

Retomando entonces la pregunta de investigación, relativa a si resulta necesaria la reformulación teórica de la figura del incumplimiento contractual eficiente, de cara a los hallazgos de la economía conductual y los descubrimientos que ha arrojado la implementación del incumplimiento contractual eficiente en la práctica, cabría resaltar que más que una reformulación, la figura podría ser sometida a ciertas modelaciones que permitan corregir las falencias que se presenta en supuestos específicos.

En este sentido, las diferentes aproximaciones han dejado al descubierto algunas fallas en los incentivos que genera la figura, de acuerdo con la forma como las personas se comportan, por ello, parecería razonable abogar por la corrección de ciertas desviaciones que podrían mejorar la aplicación de la figura en la práctica, sin que sea desnaturalizada. El sistema americano tiene una visión conservadora de la figura, pero que conoce las debilidades que esta presenta y por ello, hoy en día, el incumplimiento contractual eficiente está siendo discutido nuevamente por varios autores, intentado encontrar una solución a las críticas que se le enrostran.

Afirmar que la figura del incumplimiento contractual eficiente se encuentra en crisis sería una exageración desesperada de sus detractores. Las discusiones en torno a la figura han dejado ver ciertas alteraciones en las predicciones del comportamiento humano y la presentación de resultados ineficientes, resultados que, por sí solos, no anulan ni deslegitiman la existencia de la figura.

Parecería que, las desviaciones que se advierten de cara a la formulación de la teoría del incumplimiento contractual eficiente deberían tener como propósito su adecuación y no su anulación, tal como lo plantea la aproximación a la economía conductual defendida por Thaler, en la que los resultados obtenidos con esta disciplina buscan no suplementar sino complementar el modelo de comportamiento del hombre racional.

El incumplimiento eficiente es una figura interesante del sistema estadounidense, que representa sus particularidades históricas en el desarrollo del AED y el criterio de eficiencia anunciado y que ha promovido diferentes conductas favorables para el mercado, lo que hace deseable que continúe su aplicación.

Sin embargo, la investigación permite concluir que bajo la concepción clásica de la figura se presentan supuestos que atentan contra el criterio de eficiencia y el estado ideal que el acreedor debiera alcanzar una vez es compensado. Por ello, más que hablar de una crisis de la figura, se podría sugerir la implementación de otras figuras jurídicas que permitan adecuar las alteraciones que se identificaron.

Por ejemplo, se observó que la teoría del incumplimiento contractual eficiente convivió en los años 70 y 80 con los daños punitivos, en supuestos de incumplimiento fraudulento, malicioso o muy negligente, incluso, a pesar de que este no constituía un *tort*.

La implementación de los daños punitivos podría ayudar en los casos de incumplimientos oportunistas, para desincentivar las prácticas ineficientes en las que un agente económico puede incurrir para reportar una ganancia, a costa de la pérdida del acreedor.

Esto podría motivar al primero para superar sus condiciones económicas o sociales y acudir a la jurisdicción, pese a los costos que se puedan presentar. Mientras que el segundo no vería alterados los incentivos que el incumplimiento contractual eficiente le reporta, porque este tipo de perjuicio solo se impondrían en los casos en que el deudor se aproveche de una situación particular del acreedor para reportar una ganancia de su pérdida y que arroje resultados ineficientes.

La implementación de este tipo de perjuicios motivaría que los deudores fueran más cuidadosos al momento de incumplir, asegurándose de que el resultado que obtendrán sea eficiente.

Otra figura que ha sido analizada son las cláusulas de perjuicios liquidados que, como se explicó, buscan hacer expreso el monto a pagar en caso de que un incumplimiento se presente, teniendo una función compensatoria.

Esta medida, igualmente, podría ser integrada en la negociación de los contratos y ayudaría a corregir las dificultades que la teoría del incumplimiento contractual eficiente presenta en relación con los valores de los perjuicios de expectativa, la prueba de ellos e incluso los costos de transacción. Lo anterior, puesto que calcular la cuantía a pagar en casos de incumplimiento podría disminuir la litigiosidad, toda vez que la estimación de los perjuicios generalmente es el grueso del conflicto.

Asimismo, el acreedor podría percibir los diferentes supuestos de incumplimiento de forma idéntica, tanto si son buenas o malas noticias e incluso si el incumplimiento se genera por mala fe del deudor, siempre que este reporte resultados eficientes. El acreedor desde el inicio sería

consciente de la opción del incumplimiento y del costo que para él esto representaría. Así, la compensación satisfaría de manera consciente su interés de expectativa y alteraría su concepción de reciprocidad en el contrato.

Además, existiría un punto de referencia advertido en el contrato, que ambas partes percibirían como un valor acordado y justo, y que se manifestaría expresamente como una alternativa al cumplimiento. En este escenario, para el acreedor la implementación de este tipo de cláusulas podría generar un efecto psicológico, consistente en no hacer tan reprochable el incumplimiento en el que incurra el deudor al estar previsto en el contrato, mientras que, para el deudor, este tipo de cláusulas se traducirían en la confianza de que conoce la información completa para hacer los cálculos *ex ante* que la teoría exige.

Sin embargo, el planteamiento de estas soluciones requiere un estudio mucho más profundo que excede el objeto de investigación. Así, aunque los hallazgos reportaron falencias en la conceptualización de la figura, la reformulación no es el camino. Por el contrario, parecería que la teoría requiere ciertos ajustes que permitan corregir supuestos concretos que acarreen resultados no deseables.

Lo anterior puede traducirse en una invitación a que se analicen los canales de comunicación entre el incumplimiento contractual eficiente con otras figuras como los daños punitivos y las cláusulas de perjuicios liquidados, propuestas por Dodge y Wilkinson-Ryan, respectivamente, que podrían atenuar las consecuencias del comportamiento de los seres humanos que se desvíe del parámetro racional, al igual que los asuntos que dificulten la aplicación de la figura respecto a la estimación de los perjuicios y la prueba de ellos. Con estas correcciones la figura podría proveer los incentivos correctos para los individuos en sociedad, procurando que los resultados obtenidos siempre se traduzcan en términos eficientes.

En síntesis, los hallazgos de la economía conductual y la observación de la puesta en práctica del incumplimiento contractual eficiente advierten la existencia de ciertas irregularidades, que no ponen en peligro la vigencia de esta, ni implican su reformulación, pero que invitan a que se busquen otros mecanismos que complementen los supuestos en los que se evidencian falencias en la aplicación de la figura.

Bibliografía

Restatement (Second) of Contracts. (1981).

Altman, M. (2005). Behavioral Economics, Power, Rational Inefficiencies, Fuzzy Sets, and Public Policy . *Journal of Economic Issues*, 683-706.

Angner, E. (2015). "To navigate safely in the vast sea of empirical facts": Ontology and methodology in behavioral economics. *Synthesis*, 3557-3575.

Ariely, D. (2008, abril). Somos previsiblemente irracionales. (E. Punset, Interviewer)

Arjona, A. M., & Rubios, M. (2002). El Análisis Económico del Derecho. *Precedente*, 117-150.

Ashraf, N., & Camerer, C. F. (2005). Adam Smith, Behavioral Economist. *Journal of Economic Perspectives*, 131-145.

Bar-Gill, O., & Ben-Shahar, O. (2009). An Information Theory of Willful Breach . *Michigan Law Review*, 1479-1499 .

Bar-Gill, O., & Ben-Shahar, O. (2014). Threatening an "Irrational" Breach of Contract. *Supreme Court Economic Review*, 143-170.

Barton, J. H. (1972). The Economic Basis of Damages for Breach of Contract. *The Journal of Legal Studies*, 277-304.

Becker, G. (1976). *The Economic Approach to Human Behavior*.

Bejarano, J. A. (1999). El Análisis Económico del Derecho: Comentarios sobre textos básicos . *Revista de Economía Institucional* , 155-167.

Bigoni, M., Bortolotti, S., Francesco, P., & Ariel, P. (2016). *Unbundling Efficient Breach: An Experiment*. Chicago: Coase-Sandor Working Paper Series in Law and Economic.

Birmingham, R. (1970). Breach of Contract, Damage Measures, and Economic Efficiency. *Rutgers Law Review*, 273-292.

Broude, T. (2015). Behavioral International Law. *University of Pennsylvania Law Review*, 1099-1157.

Bruni, L. y. (2007). The Road Not Taken: How Psychology Was Removed from Economics, and How It Might Be Brought Back . *The Economic Journal*, 146-173.

Bullard, A. (2010). *Derecho y economía. El análisis económico de las instituciones legales*. Lima: Palestra.

- Calabresi, G., & Melamed, A. D. (1996). Reglas de propiedad, reglas de responsabilidad y de inalienabilidad: Una vista de la catedral . *Estudios públicos*, 347-391.
- Catellanos, E. (2009). La Convención de Viena de 1980 sobre Compraventa Interacional de Mercaderías: Ámbito de aplicación, carácter dispositivo y disposiciones generales. *Cuadernos de la Maestría en Derecho*, 77-161.
- Chiassoni, P. (2013). *Análisis Económico del Derecho Orígenes y Métodos del Law & Economics en los EE.UU.* Perú: Palestra Editores.
- Chiassoni, P. (2013). *El Análisis Económico del Derecho: Orígenes y Métodos del Law & Economics en Estados Unidos.* Lima : Palestra Editores .
- Coleman, J., & Mendlow, G. (2010). Las Teorías del Derecho de Daños. *Responsabilidad Civil y del Estado* , IARCE .
- Contardo, J. I. (2011). Los Criterios de Interés Contractual Positivo y Negativo en la Indemnización de Perjuicios Derivada de Resolución Contractual. *Universidad Católica deL Norte*, 85-118.
- Convención de Viena de contratos de compraventa internacional de mercadería. (1980, Abril 11).
- Cooter, R., & Ulen, T. (2012). *Law & Economics* . Boston : Addison-Wesley .
- Desconocido. (2018, mayo 9). *Legal Linc*. Retrieved from <https://legalinc.com/blog/the-history-of-the-ucc/>
- Dodge, W. S. (1999). The Case of Punitive Damages in Contracts. *Volúmen 48*, 629 - 699.
- Eisenberg, M. (2004). The Theory of Efficient Breach and the Theory of Efficient Termination . *UC Berkeley Law and Economics Workshop* , 1-69.
- Eisenberg, M. A. (2014). The Third Wave: The Behavior of Contracting Party . In Oxford, *The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law* (pp. 457-464). New Yorj: Oxford Unversity Press .
- Eisenberg, T., & Miller, G. P. (2013). Damages versus Specific Performance: Lessons from Commercial Contracts. *New York University Law and Economics Working Papers*.
- Estrada, F. (2012). *Ronald Coase y los costos de transacción*. Bogotá: Munich Personal RePec Archive .
- Farnsworth, E. A. (2003). *Farnsworth on Contracts*. Aspen Publishers.
- Fleming, J. G. (1998). *The Law of Torts*. Sydney : The Law Book Co.
- Fletcher, G., & Sheppard, S. (2005). *American Law in a global context*. New York : Oxford University Press.
- Friedman, D. (1989). The efficient breach fallacy. *The journal of Legal Studies*, 1-23.

- Fudenberg, D. (2006). Advancing Beyond Advances in Behavioral Economics. *Journal of Economic Literatur*, 694-711.
- Fuller, L., & Perdue, W. (1936). *The Reliance Interest in Contract Damages: I*. Yale.
- Gaviria, J. A. (2015). sobre la aplicación de la teoría del incumplimiento eficiente de contratos en el derecho colombiano. *Revista Con-texto*, 37-57. .
- Glenn, H. P. (2004). *Legal Traditions of the World* . Londres: Oxford University Press .
- Gordley, J. (2007). *Foundations of Private Law Property, Tort, Contract, Unjust Enrichment*. New York : Oxford University Press Inc .
- Gregory Klass, G. L. (2014). Efficient Breach. *Oxford University Press* , 362-387.
- Guinea, O. (2017, junio-julio). La eficiencia como criterio de justicia: Una introducción al análisis económico del derecho. *Academia*.
- Harnay, S., & Marciano, A. (2009). Posner, Economics and The Law: From "Law & Economics" to an Economic Analysis of Law . *Journal of History of Economic Thought*.
- Harrison, J. L. (2013). A Nihilist View of the Efficient Breach. *Michigan State Law Review*, 168-218.
- Holmes, O. W. (1998). The Path of the Law. *Boston University Law Review*, 699-715.
- Iyer, R., & Scohar, A. (2015). Ex Post (In) Efficient Negotiation and Breakdown of Trade. *The American Economic Review*, 291-294.
- Jain, P. (2018, marzo 1). *5 Behavioral Economics Principles Marketers Can't Afford to Ignore*. Retrieved from Forbes: <https://www.forbes.com/sites/piyankajain/2018/03/01/5-behavioral-economics-principles-for-marketeers/#54c676d828eb>
- Jolls, C., & Sunstein, C. R. (1998). A Behavioral Approach to Law and Economics. *Stanfor Law Review*, 1471-1550.
- Kahneman, D. (2012). *Pensar rápido, pensar despacio*. Debate.
- Kaplow, L., & Shavell, S. (1999, Febrero). *Economic Analysis of Law*. Cambridge: Harvard Law School and National Bureau of Economic Research.
- Kemmelmajer de Carlucci, A. (1999). Responsabilidad Extracontractual Análisis comparativo del problema en el Common Law y en el Civil Law. *Responsabilidad Civil y del Estado* , 698-720.
- Kersting, F. &. (2016, abril 10). *Economía conductual*. Retrieved from Exploring Economics: <https://www.exploring-economics.org/es/orientacion/behavioral-economics/>
- Klass, G. L. (2014). Efficient Breach. *Oxford University Press*, 362-387.

- Kornhauser, L. (2017, march 21). *The Economic Analysis of Law*. Retrieved from The Stanford Encyclopedia of Philosophy: <https://plato.stanford.edu/cgi-bin/encyclopedia/archinfo.cgi?entry=legal-econanalysis>
- Korobkint, R. B. (2000). Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics. *California Law Review*, 1051-1143.
- Kőszegi, B. (2014). Behavioral Contract Theory . *Journal of Economic Literature*, 1075-1118.
- L. Birmingham, R. (1970). Breach of Contract, Damage Measures, and Economic Efficiency. *24 Rutgers L. Rev*, 273 - 289.
- Laibson, D. y. (2015). Principles of (Behavioral) Economic. *The American Economic Review*, 385-390.
- Levine, D. K. (2012). Does Economic Theory Fail? In D. K. Levine, *Is Behavioral Economics Doomed?* (pp. 47-61). Open Book Publishers.
- Lewinsohn-Zamir, D., Schwartz, A. D., & Schweizer, U. (2012). The Questionable Efficiency of the Efficient-Breach Doctrine. *Journal of Institutional and Theoretical Economics (JITE)*, 5-37.
- Liao, W. (2015). *The Application of the Theory of Efficient Breach in Contract Law A Comparative Law and Economics Perspective*. Cambridge: Intersentia Publishing Ltd. .
- Lunn, P. (2009). The Descent of Rational Man. *RSA Journal*, 14-21.
- Macneil, I. R. (1982). Efficient Breach of Contract : Circles in the Sky . *Virginia Law Review* , 947-970.
- Martínez, C. (2009). Maximización de Riqueza y Asignación de Derechos en Richard Posner . *Persona y Derecho* , 323-351.
- Monroy, D. A. (2014). Behavioral economics : orígenes, metodología y herramientas de trabajo. *Derecho Económico*, 184-206.
- Montoya, Oscar. (2019, noviembre 11). *Diccionario Jurídico*. Retrieved from <http://diccionariojuridico.mx/definicion/analisis-economico-del-derecho/>
- O'Flaherty, K. (2019, august 5). *What are Some Remedies for Breach of Contract?* Retrieved from <https://www.oflaherty-law.com/learn-about-law/what-are-some-remedies-for-breach-of-contract>
- Odiaga, C. A. (2012, septiembre 16). *La teoría del incumplimiento eficiente. Un breve análisis desde el ojo crítico de Alfredo Bullard González*. Retrieved from Enfoque derecho: <https://www.enfoquederecho.com/2012/09/16/la-teoria-del-incumplimiento-eficiente-un-breve-analisis-desde-el-ojo-critico-de-alfredo-bullard-gonzalez/>
- Oliver Wendell Holmes, J. (1881). *The Common Law*.

- Parisi, F. (2004). Escuelas Positivistas, Normativistas y Funcionales del Análisis Económico del Derecho . *IUS ET VERITAS*, 16-28.
- Posner, R. (1972). *Economic Analysis of Law*. Michigan.
- Posner, R. (1998). *Análisis Económico del Derecho*. Michigan : 131.
- Posner, R. (2013). *Análisis Económico del Derecho*. Mexico: S.L. Fondo de cultura económica de España .
- Posner, R. A. (1975). The Economic Approach to Law . *Chicago Unbound*, 757-782.
- Posner, R. A. (1997). Rational Choice, Behavioral Economics, and the Law. *Stanford Law Review*, 1551-1577.
- Posner, R. A. (1998). The natural of economic reasoning . In *Law and Economics Anthology* (pp. 1-14). Estados Unidos: Anderson Publishing.
- Posner, R. A. (1998, enero 6). *Values and Consequences: An introduction to Economic Analysis of Law*. Retrieved from University of Chicago : https://www.law.uchicago.edu/files/files/53.Posner.Values_0.pdf
- Principios UNIDROIT. (1995).
- Principios Unidroit sobre los contratos comerciales . (2010).
- Roldán, N. (2019, noviembre 13). *Economía conductual*. Retrieved from Economipedia : <https://economipedia.com/definiciones/economia-conductual-o-del-comportamiento.html>
- Rosental, M., & Iudin, P. (1959). Utilitarismo. In *Diccionario Filosófico Abreviado* (pp. 516-517). Montevideo: Ediciones Pueblos Unidos .
- Rubin, P. H. (2019, septiembre 5). *Law and Economics* . Retrieved from The library of Economics and Liberty : <https://www.econlib.org/library/Enc/LawandEconomics.html>
- Salgado, E. (2003). Teoría de los costos de transacción: Una breve reseña . *Cuaderno de Administración* , 61-78 .
- Samson, A. (2014). *An Introduction to Behavioral Economics*. Retrieved from Behavioral Economics: <https://www.behavioraleconomics.com/resources/introduction-behavioral-economics/>
- Schwartz, A. (1979). The Case of Specific Performance . *Faculty Scholrship Series Yale*, 271, 306.
- Sechler, M. J. (2011). Supply vs Demand for Efficient Legal Rules: Evidence from Early English Contracts Law and the Rising of Assumpsit. *University of Pittsburg Law Review*, 162-191.
- Severin, G. (2016). Sobre el Carácter Secundario y Discrecional del Remedio del Cumplimiento Específico el el Common Law. Perspectiva Histórica y Aproximación Actual. *Revista chilena de derecho*.

- Shavell, S. (2005). Specific Performance versus Damages for Breach of Contract . *Harvard John M. Olin Center For Law, Economics, and Business*.
- Sheffrin, S. M. (2017). Behavioral Law and Economics Is Not Just a Refinement of Law and Economics. *OECONOMIA*, p. 331-352.
- Simon, H. (1955). A Behavioral Model of Rational Choice. *The Quarterly Journal of Economics*, 99-118.
- Stone, R. (2016). Economic Analysis of Contract Law from the Internal Point of View. *Columbia Law Review*, 2005-2057 .
- Thaler, R. (1987). Anomalies: Seasonal Movements in Security Prices II: Weekend, Holiday, Turn of the Month, and Intraday Effects. . *The Journal of Economic Perspectives* , 166-177.
- Thaler, R. H. (2018). Economía del Coportamiento: Pasado, Presente y Futuro. *Revista de Economía Institucional*, 9-43.
- Uniform Commercial Code . (n.d.). *Act 174 of 1962*.
- Van Aaken, A. (2014). Behavioral International Law and Economics. *Harvard International Law Journal*, 421-482.
- Wilkinson-Ryan, T. (2010). Do Liquidated Damages Encourage Breach? A Psychological Experiment. *Michigan Law Review* , 633-671.
- Yang, Y., Onderstal, S., & Schram, A. (2016). Inequity aversion revisited. *Journal of Economic Psychology*, 1-16.
- Zamil, Eyal; Teichman, Doron. (2014). *The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law*. United kingdom: Oxford University Press.
- Zamora, M., & Infante, C. (2013). Convención de Viena sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías y los Principales Obstáculos para su Aplicación Plena en el Sistema Jurídico Anglosajón.- Análisis desde el Punto de Vista del Derecho Comparado. Bogotá: Universidad Pontificia Javeriana .

JURISPRUDENCIA ANGLOSAJONA

- Hadley v Baxendale [1854] EWHC J70.
- Lingen Felder v. Wainwright Brewery 63 15 SW 844 (Mo 1899).
- Hawkins v. McGee (The —Hairy Handll Case) (61) (NH 1929).
- Henderson v. Fisher, 236 Cal. App. 2d 468, 473, 46 Cal. Rptr. 173, 177 (1965).
- Boise Dodge, Inc. v. Clark 453 P.2d 551 (Idaho 1969)

Leasco Corp. v. Taussig, 473 F.2d 777, 786 (2d Cir. 1972).

Dold v. Outrigger Hotel 501 P.2d 368 (Haw. 1972).

Gruenberg v. Aetna Insurance Company 510 P.2d 1032 (Cal. 1973).

Laclede Gas Co. v. Amoco Oil Co. 522 F.2d 33, 40 (8th Cir. 1975).

Vernon Fire & Casualty Insurance Co. v. Sharp 349 N.E.2d 173 (Ind. 1976).

Clarendon Mobile Home Sales, Inc. v. Fitzgerald 381 A.2d 1063 (Vt. 1977).

Seaman's Direct Buying Service v. Standard Oil Co. 686 P.2d 1158 (Cal. 1984)

Nicholson v. United Pacific Insurance Co. 710 P.2d 1342,1347-48 (Mont. 1985)

Kenford Co. v. County of Erie 493 N.E.2d 234 (N.Y. 1986).

Foley v. Interactive Data Corp. 765 P.2d 373 (Cal. 1988)

Tongish v. Thomas (79) (KS 1992).

Walgreen Co. v. Sara Creek Property Co 966 F.2d 273, 1992 U.S. App.