

¿ES POSIBLE APLICAR EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO AL CONTRATO Y AL DERECHO DEL CONSUMO?

IS IT POSSIBLE TO APPLY THE ECONOMIC ANALYSIS OF CONTRACT LAW AND CONSUMER LAW?

Barcia-Lehmann, Rodrigo*

RESUMEN

El presente artículo pretende justificar la aplicación del AED, tanto al derecho chileno de los contratos como al derecho del consumo, a través de los principios de buena fe y de protección del consumidor. Este trabajo pone de relevancia la aplicación del principio de eficiencia como un criterio relevante en materia de contrato y, sobre todo, con relación al derecho del consumo. A pesar de que la justificación de la aplicación del AED a los contratos y al derecho del consumo es la misma, su aplicación es diferente. De este modo, el AED se aplicaría al derecho contractual a través del principio de la buena fe o de la teoría de las cláusulas generales, reconociendo al principio de eficiencia como un principio contractual, y al derecho del consumo a través del principio proconsumidor.

117

* Doctor en Derecho Privado, Universidad Complutense de Madrid, 2002. Profesor titular y decano en la Universidad Autónoma de Chile. Dirección postal: avenida Pedro de Valdivia n.º 425, Providencia, Región Metropolitana, Chile. Correo electrónico: rodrigo.barcia@uautonoma.cl ORCID: 0000-0003-1021-446X.

Este trabajo forma parte de ANID/FONDECYT/Regular 1231006. “La protección del consumidor como una falla de mercado”. Rodrigo Barcia investigador responsable (2023-2025). Se agradece a los árbitros sus observaciones que han contribuido a mejorar el presente trabajo.

Recepción: 2023-12-29; aceptación: 2024-09-25.

PALABRAS CLAVE: principio de protección del consumidor; análisis económico del derecho; teoría del contrato

ABSTRACT

This article aims to justify the application of the L&E, both to Chilean contract law and consumer law, through the principles of good faith and consumer protection, respectively. This work highlights the application of the principle of efficiency as a relevant criterion in contract matters, and above all, in relation to consumer law. Although the justification for the application of the L&E to contracts and consumer law is the same, its application is different. In this way, the L&E would be applied to contract law through the principle of good faith, or the theory of general clauses, recognizing the principle of efficiency as a contractual principle, and to consumer law through the principle pro-consumer.

KEYWORDS: consumer protection principle; law and economics; contract theory

118

INTRODUCCIÓN

La investigación que se les presenta busca aplicar al derecho continental –como es el caso del derecho chileno–, el principio de eficiencia¹. Este trabajo es parte de uno más extenso, que reconoce que la ciencia del comportamiento –dentro de la cual está el AED²– se ha venido aplicando al derecho

¹ La economía siempre ha sido una herramienta que permite evaluar las normas, conforme a determinados parámetros de eficiencia o de igualdad, pero el AED ha ido un poco más lejos desde que pretende que los jueces puedan resolver casos concretos conforme a esta disciplina. Esta pretensión del AED no fue bien recibida en un principio por los juristas, sobre todo los continentales, pero ciertamente el acercamiento entre economía y derecho ha sido cada vez más fuerte. En este trabajo se pretende abordar el AED desde lo jurídico, para de esa forma “domesticarlo” o “dogmatizarlo”.

² A este respecto cabe aclarar, siguiendo a Nicholas Mercurio y Steven Medema, que no existe una única línea de AED, a la ya clásica o más difundida de la Universidad de Chicago, se puede agregar *public choice theory*, *institutional and neoinstitutional law and economics*, and *the new haven school*, y a estas escuelas de AED se agregan dos adicionales: *modern civic republicanism* y *critical legal studies*. A estas tendencias se agregaría una serie de escuelas que parten de la misma premisa que el AED, es decir, que tratan de predecir el comportamiento de los regulados para de esta forma lograr que la norma cumple su fin, o proteja el bien jurídico que la inspira. MERCURIO & MEDEMA (1997), p. 4. También el AED se ha asociado con la psicología dando lugar al *behavioral law and economics*. Dentro de esta línea de desarrollo destacan autores como Daniel Kahneman, Cass Sunstein, Richard Thaler, etcétera.

de una forma poco orgánica, por lo que se pretende sistematizar dicha aplicación. De este modo, esta investigación busca sentar las bases sobre las cuales cimentar una teoría sólida, que permita a la dogmática y a los jueces aplicar el derecho desde la ciencia del comportamiento, pero sin que pierda su consistencia interna. Ya no se trata de aplicar de forma directa el AED al derecho, como originalmente se planteó por autores como Richard Posner, sino, más bien, recurrir al fenómeno inverso, es decir, la dogmatización civil de la economía³. Por tanto, el esfuerzo se encaminará en la aplicación del AED

³ La no aplicación del AED, en el derecho continental, ha venido tímidamente superándose. El sistema de derecho continental se basa en una estricta separación de poderes en virtud de la cual a los tribunales solo les cabe la aplicación del derecho, pero en ningún caso su creación. Este fundamento del derecho continental es un legado de la Revolución francesa y tiene su máxima expresión en la Ilustración. Esta tendencia se plantearía de forma magistral por Montesquieu en su obra *El espíritu de las leyes*. Sin embargo, en el sistema consuetudinario, de los países del *Common Law*, los jueces pueden crear derecho, por lo que dicho sistema estaría en un mejor pie para poder aplicar el AED. Este planteamiento era recurrente en los autores que estudiaban el AED. Así, esta discusión estaba presente en autores clásicos del AED como Richard Posner o Robert Cooter, pero sobre todo fue abordado por autores, como Christian Kirchner o Bruce Ackermann, entre otros. De este modo, Christian Kirchner destaca que esto es solo una parte del problema, ya que la forma de razonar del *Civil Recht* es muy diferente a la del *Common Law*. De este modo, conforme al referido autor: “if it seems to be the self-interest of courts in Germany to use their factual lawmaking power only by sticking strictly to traditional methods of legal reasoning and not allowing external value judgements to enter that process, one must inquire further why individual judges should be interested in doing so. Judges of law courts on lower levels are under the constraint that their decisions may be revised by courts at higher levels, and, if they do not adhere to the traditional methods of legal reasoning, their careers may be in danger” (si parece que los tribunales alemanes en su propio interés utilizan su poder legislativo solo para aplicar estrictamente los métodos tradicionales de razonamiento jurídico y no permiten que se introduzcan en los procesos valores externos, hay que preguntarse por qué los jueces deberían estar interesados en hacer eso. Los jueces de los tribunales inferiores están sujetos a la restricción de que sus decisiones puedan ser revisadas por los tribunales superiores y, si no ellos se adhieren a los métodos tradicionales de razonamiento jurídico, su carrera puede estar en peligro). ACKERMAN (1986), pp. 929-947 y KIRCHNER (1991), p. 282. Las conclusiones de Christian Kirchner no eran demasiado alentadoras por cuanto una aproximación positiva, en el sistema de derecho continental, es decir, una vía de aplicación del derecho o creación de derecho, sería muy difícil. Ello se debería a la imposibilidad de aceptar criterios de interpretación e integración propios del AED conforme al derecho de la ilustración. Esta discusión se mantiene hasta hoy, aunque el AED se está comenzando a aplicar de forma creciente. De esta manera, uno de los principales detractores de la aplicación del AED en los países del *Common Law*, como lo es Sebastian Ciobotaru sostiene: “[...] and by way of providing a counterpoint, the European distaste for an economic approach in the analysis of the law has kept the continent strongly in the ‘internal –coherence –of –the –law’ camp advocated by the doctrinarism approach. Even though some inroads have been made by law –and –economics, it nevertheless remains a fringe methodology, sparsely used by European jurists”. CIOBOTARU (2019), p. 242. Por último, el derecho continental ha dejado atrás la forma de aplicación de la hermenéutica clásica –inspirada en la Ilustración–, y se ha inclinado desde fines de la Se-

conforme a instituciones y metodologías propias del derecho (como lo son la técnica de cláusulas generales, la buena fe y el principio proconsumidor). No es del caso analizar las distintas etapas en la evolución del derecho y las ciencias del comportamiento, sino que acentuar que en el estadio actual del derecho se requiere dar un paso metodológico que permita “dogmatizar” dicha relación. El derecho de los contratos es un área especialmente proclive para lograr este objetivo, desde que el contrato, con los bienes, es la forma en que opera el mercado. El punto de partida de este trabajo es la teoría clásica, desde que el derecho del consumo ha sido una respuesta al decaimiento de la teoría del contrato, que se ha visto sobrepasada por la contratación masiva. Además, el contrato es un área en que la unión conceptual entre derecho y economía es, en cierto modo, evidente e imprescindible. Esta unión conceptual está dada en que “un buen derecho de los contratos” debe acercar a los contratantes a lo que se puede denominar como “mercado perfecto”, por cuanto ello generará el máximo de bienestar social⁴. Esto es relevante en torno al derecho del consumo, desde que la mejor forma de proteger al consumidor es lograr que tanto las normas como las sentencias acerquen al consumidor a su máximo bienestar social, es decir, al mercado perfecto. Esta tesis no desconoce la importancia de los derechos fundamentales, como criterio corrector de orden superior. Sin embargo, exige que se consagren criterios que permitan determinar el ámbito de aplicación de cada rama del derecho⁵. Además, desde una perspectiva teórica, el AED puede entenderse como un fenómeno que vincula la realidad con el contrato. Y ello se acepta cada vez más dentro de la teoría del contrato, desde que la tesis subjetiva o clásica por sí sola no basta para la aplicación del derecho, requiriéndose recurrir a lo que se ha denominado tesis objetivas del derecho⁶. El presente trabajo se refiere a los autores chilenos que han

gunda Guerra Mundial por una aplicación según principios, que permitiría la aplicación del AED, pero conforme a una lógica estatutaria.

⁴ El derecho del consumo se sustenta de modo general en una falla de mercado específica: las asimetrías de información. En un excelente trabajo Fernando Gómez fundamenta el que el derecho de libre competencia se sustenta en evitar los monopolios, barreras de entrada, etc., y que estas fallas no deben ser cubiertas por el derecho del consumo. De esta forma, señala: “la utilización de la legislación sobre protección de los consumidores para regular las materias de poder de mercado en perjuicio de los consumidores no es que únicamente sea inútil en la mayoría de los casos, sino que además nos aleja mucho del diseño y de la implementación adecuados de la legislación de consumidores, y puede comportar imprevistas consecuencias negativas para el bienestar de los mismos”. GÓMEZ (2003), p. 7.

⁵ Este tema esencial, en la investigación de la cual el presente artículo es parte, se dejará para otra publicación.

⁶ En este sentido, se puede citar a Melvin Eisenberg, que señala: “under one of these models, which I shall refer to as the will model, contract law is subjective and individualized. Under the second, which I shall refer to as the classical model, contract law is standardized

tratado este tema, pero, sobre todo, a los autores que tanto en Europa como en Estados Unidos han tratado el AED. Por tanto, la bibliografía, más que centrarse en un país, aborda a los autores que han tratado estos temas con mayor profundidad.

Para el logro de esta labor se analizarán los siguientes aspectos:

- I) Metodología e hipótesis de trabajo.
- II) Justificación de la declinación de la teoría clásica del contrato. En esta parte se reconocen las fallas de la teoría clásica, que han llevado, desde distintos puntos de vista, a sostener la muerte del contrato.
- III) La asociación de la economía y el derecho en torno a la teoría del contrato. En este acápite se señalan los eventuales límites del AED y su forma de aplicación.
- IV) La protección del consumidor desde la mirada del AED y de los derechos fundamentales. En esta sección se explica por qué la protección del consumidor se debe sustentar en un derecho del consumo, que debe propender al mercado perfecto, y se plantea cómo se relaciona esta visión con la teoría de los derechos fundamentales. En el fondo, se sostiene que no se debe aplicar el principio proconsumidor en la forma en que se aplica el principio *in dubio pro-reo* o *pro-operario*, en el derecho penal o el derecho laboral.

Conclusiones en torno a la aplicación del principio de eficiencia al contrato y al derecho del consumo (como principio proconsumidor).

121

I. METODOLOGÍA E HIPÓTESIS DE TRABAJO

La metodología utilizada obedece a un método histórico y comparado, y la hipótesis fundamental de esta investigación consiste en que es posible aplicar, dentro de la teoría del contrato y del derecho del consumo, el principio de eficiencia. Por tanto, este estudio tiene un sustento normativo, pero también de aplicación directa del derecho. Y ella se funda en la teoría del contrato –desde la ciencia del comportamiento–, como también normativamente en el derecho chileno. El objetivo principal del presente artículo es justificar en el derecho chileno la aplicación del principio de eficiencia normativamente, en el ámbito de la teoría del contrato, para luego centrar las

and rigorously objective” (en uno de estos modelos, que yo denominaré modelo de la voluntad, el derecho contractual es subjetivo y particularizado. En el segundo, al que me referiré como modelo clásico, el derecho contractual está estandarizado y es rigurosamente objetivo). EISENBERG (1984), pp. 1107-1108. Tal vez, el reto más relevante del derecho, del que dependerá su subsistencia, es poder transformarse de una ciencia normativa o prescriptiva a una ciencia que se basa en fenómenos observables y cognoscibles.

bases de su aplicación al derecho del consumo. Naturalmente, que también dicha fundamentación debe hacerse conforme al derecho constitucional, pero este aspecto no se resolverá acá, sino en trabajo que será una continuación de este. Para la concreción de este artículo se ha recurrido a una investigación documental bibliográfica y, posterior, a un análisis y contraposición entre distintas posiciones en torno a una fundamentación conductual del contrato (metodología histórica, exegética e inductiva y analítica, analógica, comparativa, dialéctica, sistemática y deductiva)⁷. Para la acreditación de la hipótesis se declaran como objetivos específicos los presentados en los numerales II a IV, y la hipótesis planeada se contrapone con lo señalado en las conclusiones.

II. JUSTIFICACIÓN DE LA DECLINACIÓN DE LA TEORÍA CLÁSICA DEL CONTRATO

La teoría clásica del contrato se basa en la autonomía privada y restringe la posibilidad del juez de revisar el contrato. La teoría del contrato, como destaca Melvin Eisenberg, es ciega a las “consideraciones personales de las partes”⁸. El consentimiento una vez que da lugar al contrato, solo puede ser revisado por estrictas consideraciones de validez o nulidad. Por eso es que dentro de esta concepción la causa era inútil e inaplicable; la nulidad era de derecho estricto; la obligación principal del contrato era el cumplimiento específico y la resolución y la indemnización de perjuicios compensatoria eran solo un derecho supletorio; la lesión enorme no era un vicio de la voluntad; etc. El contrato en principio debía proveer un alto estándar de certeza en su cumplimiento para las partes, y no era revisable por el juez. Esta visión del contrato es la que sería superada por el derecho en la visión de autores, como Grant Gilmore, Lawrence Friedman, Charles Fried, Patrick Atiyah, etc. dentro del *Common Law*⁹, y en el derecho europeo continental, como se desprende del fracaso de la ilustración como derecho positivo. La promesa de un derecho “científico”, en que el juez opera como una suerte de ingeniero, que aplica la norma a supuestos fácticos al poco andar de la promulgación del *Code*, y

⁷ SÁNCHEZ (2011), pp. 236-239.

⁸ EISENBERG (2001), pp. 2-3.

⁹ La literatura angloamericana, en este sentido, ha sido muy fructífera, como señala Juan Manuel Elegido y comprende los trabajos de Patrick ATIYAH, *The rise and fall of freedom of contract* y *Promises, morals and law*; Charles FRIED, *Contract as promise*; Ian MACNEIL, *The new social contract*; Richard POSNER y Anthony KRONMAN, *The economics of contract law* y Melvin EISENBERG, “The responsive model of contract law”. A lo que se deben agregar los trabajos, desde la filosofía jurídica, de John Finnis; Joseph Raz y Joel Levin y Banks Mc Dowell. ELE-GICO (1993), pp. 27-28.

aun antes, ya sería criticada por la pandectista alemana¹⁰. La confianza de la ilustración en la ley se opondría al levantamiento teórico de un sistema dogmático jurisprudencial de naturaleza objetiva¹¹. Avanzando mucho en la evolución del derecho se puede sostener que la pandectista alemana sería el antecedente del actual derecho jurisprudencial basado en principios. Ello delimita “unos conceptos” que se irían perfilando como una aplicaciónseudocientífica del derecho. También esta evolución del derecho se puede apreciar del transcurso de la tesis subjetiva del contrato a una tesis que sería más bien subjetiva/objetiva. Estas tesis se desarrollarían fundamentalmente en los países del *Common Law* y en el derecho continental a través del constitucionalismo moderno, o posmoderno, si se quiere.

La tesis de la muerte del contrato ha dado lugar a dos tendencias contractuales. La primera tendencia es fundacional, y pretende ocupar el lugar que tuvo la teoría clásica del contrato, proveniente de la ilustración, o lo que se podría denominar las tesis subjetivas del contrato. En este sentido se presenta una dicotomía entra la tesis subjetiva o clásica versus tesis objetiva o moderna. Pero, en realidad, hay una segunda visión que consiste en articular una tesis del contrato más compleja en la cual se suman otros sustentos a la teoría clásica. Esta segunda tendencia se debe plantear desde la teoría subjetiva. En realidad, estas dos formas de comprender el contrato –que se presentan como antagonistas– tienen aspectos comunes. Ello es evidente desde que una tesis hegemónica del contrato deberá reconocer otras tesis, sobre todo en los casos que se podrían denominar como difíciles para la tesis dominante. En dichos casos, la tesis hegemónica se presenta como insuficiente. Pero la segunda tesis tiene la pesada labor de determinar cómo se complementan las distintas tesis que la fundamentan y fijar cómo se excluyen unas a otras. Este fenómeno, mirado desde la perspectiva de la tesis subjetiva del contrato, puede conducir a entender que debe primar el consentimiento o la voluntad de las partes. Sin embargo, como no es eficiente que las partes regulen todos los riesgos, o todos los eventuales escenarios de ejecución del contrato¹², se debe recurrir a las tesis objetivas, como puede ser la determinación del contenido contractual conforme a la buena fe. Lo anterior no

¹⁰ Esta visión se inicia con la jurisprudencia de los conceptos. GARRIDO (2019). La evolución del derecho europeo de los contratos hacia tesis objetivas se plantea tempranamente por la pandectista alemana, pero sería reconocida por autores como Karl Larenz, Emilio Betti, Federico de Castro, etcétera.

¹¹ Esto lo explica muy bien Elvia Flores en torno a los antecedentes en el derecho alemán en la *Pandectas* de Bernhard Windscheid. FLORES (2006), p. 220.

¹² Como destaca Victor Goldberg: “while some of the future risks stem from factors beyond the parties’ control (weather, war, etc.), others do not” (mientras algunos de los riesgos futuros surgen de factores que escapan al control de las partes [clima, guerra, etc.], otros no). GOLDBERG (2012), p. 9.

es suficiente, desde que el contenido específico de la buena fe puede sustentarse en distintas teorías¹³. Y una de las tesis objetivas, en las cuales es posible sustentar la buena fe, es precisamente la que se desprende del denominado “contrato perfecto”.

Sin perjuicio de lo anterior, el desplazamiento de la teoría clásica del contrato, por un derecho de máximas y principios, y basado en doctrinas que justifican el contrato desde prismas diferentes y, en algunos casos, contrapuestos, representa un derrotero muy peligroso, desde que la intervención del juez se hace necesaria en la mayoría de los casos. De alguna forma el contrato, como la autonomía privada, se terminan desdibujando, y no solo se transforma en una figura ineficiente, sino *ex ante* en una institución ineficaz o inaplicable¹⁴. Este peligro, en la teoría del contrato se puede soslayar de dos formas. Primero, planteando una tesis dominante. El presente trabajo plantea al AED como tesis dominante por ser compatible con la teoría clásica del

¹³ John Bayley señala a la buena fe como el principal candidato para la aplicación del AED, señalando: “thus, contractual good faith is a prime candidate for an application of economic principles. Law makers in New Zealand should have close regard to the policy recommendations of the law and economics movement when evaluating the good faith argument” (en consecuencia, la buena fe contractual es un candidato privilegiado para la aplicación de principios económicos. Los legisladores de Nueva Zelanda deberían tener muy en cuenta las recomendaciones políticas del movimiento jurídico y económico al evaluar el razonamiento de la buena fe). BAYLEY (2009), p. 229. Y, a este respecto, el autor precedente señala que el AED se aplica de forma creciente en Nueva Zelanda, e indica: “between 1982 and 2002, 44 judgments mentioned these economic principles. See Sir Ivor Richardson” (entre 1982 y 2002, 44 sentencias mencionaron estos principios económicos. Véase Sir Ivor Richardson). BAYLEY (2009), p. 226.

¹⁴ Este es el peligro de la primera tesis, en la cual simplemente se obvia la tesis subjetiva o el consentimiento como sustento relevante del contrato. En la preponderancia de las tesis objetivas, en el mejor de los casos, el contrato sobrevivirá como una forma de adscripción a estatutos regulatorios específicos. El derecho de los contratos se transformaría, en definitiva, en contratos dirigidos. En todo caso este peligro se puede conjurar en parte cuando los criterios –que se desprenden de los principios– sean normativizados a través de reformas legales. De este modo, para Hanoch Dagan y Michael Heller la autonomía privada aún subsiste desde que los contratantes pueden optar por los distintos tipos contractuales. La libertad de elección de tipos contractuales subsiste en el derecho actual. DAGAN & HELLER (2017), p. 2. Así, para estos autores la autonomía privada no se sustenta en la libertad de negociación de las cláusulas del contrato, sino en esta adscripción a estatutos regulatorios específicos. Esta teoría es interesante desde que, en realidad, la autonomía individual juega fuertemente en los contratos de adhesión, desde que el consumidor o parte no predisponente –que conoce los elementos esenciales del contrato– elegirá de entre los varios contratos de adhesión, el que más se acomoda a sus pretensiones. De este modo, por ejemplo, si a usted no le satisfacen los descuentos que le propone la tienda “X” para contratar la lista de novios de su matrimonio, podrá elegir contratar con la tienda “Y”. Nótese que en estos casos se genera una competencia entre contratos de adhesión, que hará difícil el abuso del productor o predisponente por lo menos en cuanto a los elementos esenciales del contrato.

contrato, como medio de intercambio. También, según lo ya planteado, se reconoce que son las partes las llamadas a establecer las condiciones conforme a las cuales se contrata (es decir, acoge a la tesis subjetiva). Pero, además, se admite que se pueden aplicar otras tesis contractuales, desde que la tesis dominante puede ser corregida en casos específicos, como ocurre con la aplicación al contrato de la teoría de los derechos fundamentales.

III. LA ASOCIACIÓN DE LA ECONOMÍA Y EL DERECHO EN TORNO A LA TEORÍA DEL CONTRATO

1. *¿Cuál es el planteamiento del AED en torno a la teoría del contrato?*

La asociación entre economía y derecho es antigua. En el *Common Law* esta relación es reconocida tempranamente. En Estados Unidos de [Norte]américa esta asociación era reconocida por la doctrina, ya en la consolidación del Estado americano entre la independencia y la guerra civil¹⁵. Otro tanto sucede en el derecho continental, pero desde otra perspectiva. El denominado derecho de remedios ha construido la teoría del contrato, entendiéndolo como un intercambio de expectativas. Por ello, el acreedor, ante su expectativa rota, podrá recurrir a una serie de remedios que la satisfagan de una forma alternativa al cumplimiento. Este es un avance de relevancia, desde que esto le otorga coherencia al derecho o, dicho de otra forma, permite soluciones homogéneas, conforme a una tesis comprendida y compartida. Y este es el mismo concepto del contrato, que propugna el AED, como un “intercambio de expectativas”. La esencia del contrato para el AED es una mezcla entre la teoría clásica, es decir, un acuerdo de voluntades, con miras a la obtención de un: “mutually beneficial contracts”. Pero, sobre todo, el contrato reporta un beneficio social que se genera por el propio beneficio de las partes que se acumula al beneficio social o general de la sociedad¹⁷. En igual sentido, para Hans-Bernd Schäfer y Claus Ott el intercambio se determina

125

¹⁵ El que la economía y el derecho estén interrelacionados es algo que se reconoce desde el derecho. POSNER (1983), p. 5.

¹⁶ Así, Nicholas Duxbury, citado por Nicholas Mercurio y Steven Medema señala, respecto de este periodo de tiempo en la historia americana que: “to frame general doctrines based on a selfconscious consideration of social and economics policies” (para enmarcar doctrinas generales basadas en una consideración autoconsciente de las políticas sociales y económicas). MERCURIO & MEDEMA. (1997), p. 6. A ello se suma, como destacan Russell Korobkin y Thomas Ulen, que la Association of American Law Schools Directory en la actualidad cuenta con ciento sesenta y cuatro profesores adscritos a la sección de *law and economics*. KOROBKIN & ULEN (2000), p. 1056.

¹⁷ SHAVELL (2004), pp. 291-294.

por el precio o la contraprestación por cuanto esta es la forma de asegurar una creación de bienes y servicio eficiente, que satisfaga las necesidades de los individuos¹⁸.

El AED ha ido ganando cada vez más terreno en la aplicación del derecho, como destacan Russell Korobkin y Thomas Ulen, pero no ha sido capaz de elaborar una teoría general del derecho. Si bien hay esfuerzos en ese sentido, aún son incipientes¹⁹. El AED es una herramienta metodológica indispensable para acreditar hipótesis. El aporte, en trabajos empíricos desde la ciencia del comportamiento, al derecho ha sido enorme. Y este aporte no se ha revestido solo de microeconomía, sino, también, de la ciencia del comportamiento. De esta forma, el AED sirve para acreditar hipótesis en trabajos de investigación, para revisar la jurisprudencia desde un prisma crítico y para decidir casos concretos. Pero, en cuanto a la teoría del derecho, la vinculación del AED con otras ciencias sociales se ha hecho evidente sobre todo respecto del *behavioral law and economics*. Sin perjuicio de lo anterior, el modelo predictor del AED –centrado en el comportamiento racional de los individuos–, ya desde algún tiempo se ha puesto en tela de juicio. Pero, ello lejos de ser un impedimento para el AED, este se ha enriquecido con la psicología, como una herramienta más de predicción del comportamiento. Teóricamente estos aportes han mejorado al AED como herramienta metodológica dentro de la ciencia del derecho²⁰.

¹⁸ SCHÄFER & OTT (2004), p. 273.

¹⁹ Russell Korobkin y Thomas Ulen, a este respecto, señalan: “after the law –and– economics movement had stretched its academic legs, it might well have concerned itself with developing a more complex and realistic theory (or theories) of behavior, one (or ones) that, perhaps, would be less amenable to formal modeling but more relevant to creating legal policy. But the movement has not yet fully begun to do this, although we sense that it is beginning to move in this direction” (después de que el AED hubiera estirado sus piernas académicas, bien podría haberse preocupado por desarrollar una teoría [o más de una] del comportamiento más compleja y realista, una [o varias] que, tal vez, sería menos susceptible de modelación formal pero más relevante para la creación de políticas legales. No obstante, el movimiento aún no ha comenzado a hacerlo del todo, aunque nosotros percibimos que está comenzando a avanzar en esta dirección). KOROBKIN & ULEN (2000), p. 1056.

²⁰ Russell Korobkin y Thomas Ulen han realizado un estudio muy esclarecedor a este respecto, señalando: “to progress beyond the current initial stage of scholarship, legal scholars will have to conduct more empirical and experimental work of their own to test whether these hypotheses are in fact true in the particularized settings they study. To use one example, findings by cognitive psychologists that student research subjects make exchanges in a certain way seems a fair place to begin an inquiry into the incentive effects of commercial law but an insufficient foundation on which to base a proposal for amending the Uniform Commercial Code. Before such legal reform proposals will be taken seriously outside the academy, legal scholars will have to develop tangible evidence that commercial actors in commercial settings are likely to respond to incentives in the same way as do student subjects” (para progresar más allá de la actual etapa inicial de erudición, los juristas tendrán que llevar a cabo un trabajo más

A pesar de que el AED es una teoría comprehensiva del derecho, es decir, que puede aplicarse de forma eficiente y coherente a cada caso que se presente, no es una teoría hegemónica. El AED, a lo menos para parte de sus autores, no debe aplicarse siempre²¹. El AED reconoce que el derecho puede tener otras directrices diferentes a la eficiencia²². La pregunta relevante es qué espacio tiene el AED dentro de la teoría del derecho, o cómo se ha planteado en qué área o áreas del derecho el AED se puede considerar como la tesis dominante.

empírico y experimental para probar si estas hipótesis son de hecho ciertas en los entornos particularizados que estudian. Para usar un ejemplo, los hallazgos de los psicólogos cognitivos de que los estudiantes sujetos de investigación realizan intercambios de cierta manera parecen un buen lugar para comenzar una investigación sobre los efectos incentivadores del derecho comercial, pero son una base insuficiente sobre la cual basar una propuesta para enmendar el Código Comercial Uniforme. Antes de que tales propuestas de reforma legal sean tomadas en serio fuera de la academia, los juristas tendrán que desarrollar evidencia tangible de que los actores comerciales en entornos comerciales probablemente respondan a los incentivos de la misma manera que lo hacen los estudiantes). KOROBKIN & ULEN (2000), p. 1058.

²¹ La respuesta del derecho, a los casos difíciles (en los que no es posible recurrir a la voluntad de las partes como criterio de solución de conflictos), ha sido criticada por la primera etapa del AED. De este modo, se ha señalado desde el AED, que el derecho suele hacer una distribución de riesgo con justificaciones más bien ambiguas basadas en la justicia material, de equidad o simplemente en criterios distributivos. La vaguedad de la respuesta del derecho, a este respecto, la deja en evidencia Richard Posner y Andrew Rosenfield cuando señala: “two currents of thought can be discerned in the legal literatura on impossibility and related doctrines. One group of scholars argues that a broad and undefined judicial discretion, the result of such amorphous, adhoc concepts as fairness, equity, and justice, is all that is required to handle the discharge issue adequately. Those who hold this view see their role as quantifying, or at least clarifying, the losses that result from an unexpected even to so that the court can apportion them between the parties. This might be termed a distributive approach to discharge” (se pueden discernir dos corrientes de pensamiento en la literatura jurídica sobre la imposibilidad y doctrinas relacionadas. Un grupo de académicos sostiene que una discreción judicial amplia e indefinida, resultado de conceptos tan amorfos y *ad hoc* como equidad, equidad y justicia, es todo lo que se necesita para manejar adecuadamente la cuestión del cumplimiento. Quienes sostienen este punto de vista consideran que su papel es cuantificar, o al menos aclarar, las pérdidas que resultan de un hecho inesperado para que el tribunal pueda repartirlas entre las partes. Esto podría denominarse un enfoque distributivo del cumplimiento). POSNER & ROSENFELD (1977), p. 87. Nótese que esta crítica de la década de los años ochenta del siglo XX ha llevado tanto a la internacionalización del AED como a la creación de teorías alternativas. Un mérito del AED fue, sin lugar a duda, la superación de esta crítica al derecho. El AED se ha transformado claramente en derecho; o, lo que es lo mismo, es posible aplicarlo conforme a la metodología del derecho.

²² Esto ya fue reconocido por Guido Calabresi y Douglas Melamed, que distinguían entre decisiones de primer y de segundo orden. El análisis económico se aplica en estas (*second order decision*). Las decisiones de primer orden (*first order decision*) se alejan de la eficiencia, conforme a consideraciones estratégicas como la determinación de cuantos hijos debe tener una familia, el nivel mínimo aceptable de polución, la implementación del aborto, etcétera. CALABRESI & MELAMED (1972), pp. 1089-1128.

La historia del derecho privado, después de la ilustración, se puede sintetizar en una palabra: “dogmatización”. A través de un proceso de inferencia y generalización de las soluciones –ya sean de la jurisprudencia (*Common Law*) o de la aplicación de la ley por la judicatura (derecho continental)– se crea una lógica interna, que permite dotar al derecho de una coherencia y una cierta “cientificidad”²³. Por tanto, la forma de aplicar o, en realidad, de absorber el AED por parte del derecho, debe hacerse desde la “dogmatización” de aquel. Por ello, el reconocimiento del principio de eficiencia y de las fallas de mercado, como uno de los fundamentos del contrato, permite desechar la objeción que la solución que aporta el AED es ajena al derecho. En otras palabras, que el derecho de los contratos en la actualidad se funde en principios propios del comportamiento, absorbe al AED en la lógica interna del derecho.

El AED constituiría una metodología muy valiosa desde que logra el máximo de beneficio social²⁴, que coincide con el bien común. Una concepción “dogmática” del AED conduce –como toda teoría del derecho– a su

²³ Este fenómeno ha sido destacado desde antiguo. LANGDELL (1871). En igual sentido, Fernando Muñoz destaca: “as I will argue, paradigmatic examples of American legal scholarship such as the law and economics movement and legal feminism have been made possible both by the Langdellian law school model, which separates the practice of law from the study of law, and the Holmesian emphasis on undertaking explorations of the law from an external point of view” (como argumentaré, ejemplos paradigmáticos de la erudición jurídica estadounidense, como el movimiento del AED y el feminismo jurídico, han sido posibles tanto por el modelo de la facultad de derecho de Langdellian, que separa la práctica del derecho del estudio del derecho, como por el énfasis holmesiano en emprender exploraciones del derecho desde un punto de vista externo). MUÑOZ (2011), p. 220. En todo caso, la tensión entre la lógica interna y externa del derecho –por denominar de alguna forma la influencia del entorno en el derecho– se plantea en las fuertes críticas de Oliver Holmes a Christopher Langdell. A este respecto, Bruce Kimball señala: “guided by the assessment of Holmes, scholars have long considered Langdell ‘one of the principal sources of the sterile formalism’” (guiados por la evaluación de Holmes, los estudiosos han considerado durante mucho tiempo a Langdell ‘una de las principales fuentes del formalismo estéril’). KIMBALL (2007), p. 346. En la lectura de Fernando Muñoz, respecto de esta tensión, la visión de Oliver Holmes del “hombre malo”, estaría dada por la preocupación de las consecuencias negativas de la regulación (esta sería una mirada externa al derecho). En cambio, la mirada del “hombre bueno” estaría enfocada en la moralidad o la legitimidad de las decisiones. Naturalmente para Oliver Holmes el derecho debería sustentarse en esta última visión. En este sentido, Oliver Holmes, al preocuparse de la moralidad o legitimidad del derecho, podría señalarse que es un posmoderno.

²⁴ Esta fundamentación del contrato es recurrente en autores que se adscriben al AED. A este respecto Alan Schwartz y Robert Scott señalan: “the theory’s affirmative claim, in brief, is that contract facilitate the efforts of contracting parties to maximize ‘contractual surplus’ from transactions” (la teoría afirmativa, en resumen, es que el contrato facilita los esfuerzos de las partes contratantes para maximizar ‘excedente contractual’ de transacciones). SCHWARTZ & SCOTT (2003), p. 544.

aplicación de acuerdo con estándares estáticos, que se validan conforme a estándares dinámicos²⁵. De este modo, aunque la visión del contrato que tiene el AED se sustenta en el derecho de la ilustración, va más allá que dicha noción. La noción de contrato de la ilustración es kantiana, y tiene relación con la palabra empañada²⁶. Nótese que este fue un gran avance del derecho, que se centraba en nociones más bien de rituales. Los derechos arcaicos eran fundamentalmente solemnes. En este sentido para el derecho de la ilustración tiene mucha lógica que el derecho principal del acreedor fuese el cumplimiento específico, y que la resolución y la indemnización de perjuicios fuesen remedios supletorios. La cercanía entre la visión de la ilustración y el AED es evidente, desde que ambas nociones le conceden una importancia gravitante al consentimiento²⁷. Pero el AED recurre a una noción de consentimiento, que está relacionada con el denominado “contrato perfecto”, pero que no es contraria al “consentimiento de las partes”. Lo esencial en ambas nociones es la voluntad, como sustento del contrato, pero en los casos difíciles, en que no es posible recurrir a la voluntad evidenciable de las partes –en el que se aplicaría la teoría clásica–, la noción de contrato se reconoce como objetiva. Esta noción, por tanto, es complementaria a la tesis subjetiva, pero normativamente se centra en el “contrato perfecto”. El AED, en este sentido, es una tipología de tesis objetiva. En la reconstrucción de la voluntad de las partes se recurre a una concepción objetiva, que se articula conforme a lo que se podría denominar derecho posmoderno²⁸, pero que se configura solo en el momento en que no es posible recurrir a la verdadera voluntad de las partes. Esta posición enfrenta la principal objeción a la teoría clásica del contrato respecto del derecho del consumo y de la contratación masiva.

2. Una aplicación estatutaria y conforme a la teoría de cláusulas generales del AED

El AED se aleja de las formas en que el derecho civil clásico hacía exigible el contrato. Sin embargo, el AED no es incompatible con formas de cumplimiento específico del derecho continental, aunque este se hace más difi-

²⁵ EISENBERG (2001), pp. 2-3.

²⁶ Bertram Lomfeld señala que esta concepción tiene su origen en Thomas Hobbes. LOMFELD (2013), p. 5. Pero su sustento también está en Immanuel Kant, John Locke, Samuel Pufendorf y David Hume, entre otros racionalistas y empiristas.

²⁷ La conexión entre AED y derecho tradicional se sustenta en la autonomía de la voluntad, y consideraciones de justicia correctiva. El aporte del AED es la función social del intercambio contractual. RÖDL (2013), p. 59.

²⁸ Las tesis que se pueden denominar estatutarias han estado en boga en Chile, y se pueden citar importantes autores que trabajan desde ellas, como: Alberto Lyon Puelma, Jorge López Santa María y Fabián Elorriaga de Bonis y Enrique Alcalde Rodríguez, entre otros. LÓPEZ y ELO-RRAGA (2017), LYON (2017), p. 19, ALCALDE (2018), pp. 260-277 y CORRAL (2018), pp. 502-506.

cil. El AED más que mirar a una lógica sistémica e interna del derecho, atiende a las consecuencias que genera la decisión (tomada por la regulación legal o sentencia). Y esto es especialmente relevante en torno al mercado, en el cual opera el derecho del contrato y del consumo. El derecho privado debería centrarse más en las consecuencias –una vez que no es posible recurrir a la voluntad de las partes, según lo planteado– que en la legitimidad de las normas. Esto último es lo que diferenciaría al derecho privado del derecho público, pues en este el control de legitimidad es muy relevante. En cuanto al contrato, el tema, por tanto, no es si este –dadas determinadas circunstancias– es ejecutable o no, sino quién soporta o cómo se soporta la contingencia del incumplimiento. La solución dependerá de una comparación de escenarios, en los cuales no solo el derecho se puede asignar al acreedor o al deudor, sino, también, se debe determinar la clase de remedio aplicable, para optar por el escenario en que se obtenga el máximo de beneficio social o en el que se reproduzca el contrato perfecto. Para ejemplificar este punto, para Richard Posner y Andrew Rosenfield, en la inejecutabilidad del contrato –en el derecho americano se distinguen: *impossibility of performance*, *frustration of purpose* y *extreme impracticability*–, lo realmente relevante es quién debe asumir la contingencia²⁹. Así, el riesgo de incumplimiento se debe conculcar eligiendo el remedio que genere el mayor beneficio social. Pero estas soluciones –que originariamente se planteaban de una forma totalmente alejadas del derecho continental– han ido acercándose a este. Ello se genera desde que es posible dogmatizar las soluciones que provienen desde la economía o la ciencia del comportamiento al derecho. La dogmatización del AED se podría plantear directamente a través del principio de eficiencia o, bien, replantear a través del principio de la buena fe^{30,31}. Naturalmente la solución es compleja desde que funciones de justicia conmutativa, correctiva o (re)distributivas pueden llevar a compensar al acreedor respecto del incumplimiento de forma totalmente diferente. Nótese que el principio de eficiencia, directamente o subsumido dentro de la buena fe, tiende a darle coherencia, y sobre todo eficacia a la teoría del contrato. Estas soluciones se basan en criterios de aplicación

²⁹ POSNER (1977), p. 86.

³⁰ Los siguientes trabajos abordan la buena fe desde el AED: BAYLEY (2009) y MONROY (2011), pp. 33, 55-76. Desde otra perspectiva la recepción de este principio es general en el derecho comparado, pero de forma muy disímil. El derecho alemán, a través del § 242 del *BGB*, haría una aplicación extensiva de este principio (como *Treu und Glauben*), que se extendería a la mayoría del derecho europeo continental. Sin embargo, su aplicación al derecho francés sería bastante más modesta, y muy limitada en los países del *Common Law*. Pero, sin duda alguna, la buena fe ha pasado de ser una figura limitadora del contrato a una delimitadora de este (aplicación normativa o integradora del contrato).

³¹ En esta línea de análisis en Chile hay interesantes trabajos que recurren a la buena fe para una aplicación normativa o integradora del contrato: EYZAGUIRRE y RODRÍGUEZ (2013), pp. 137-216; SCHOPF (2018), pp. 109-153; PEREIRA (2020), pp. 111-142.

de fallas de mercado, como costos de transacción, externalidades positivas y negativas, problemas de agencia, asimetrías distributivas, etc. La aplicación de estos conceptos objetivos, y de eficiencia, es propia de la lógica interna del derecho y ellos pueden ser corregidos conforme a una lógica (re)-distributiva, o de equidad (aunque ello debería ser excepcional). A su vez, las fallas de mercado son dogmatizadas, en un segundo nivel, al entrar en contacto con conceptos jurídicos o del sistema jurídico en sentido concreto. Incluso, esta mirada es respetuosa con el derecho de los contratos tradicional, desde que el juez, en principio, debe aplicar lo convenido por las partes, pero en los casos no previstos será la teoría del contrato la que vendría a establecer las respectivas soluciones. La necesidad de una teoría clara del contrato, o sea, de una teoría general del contrato, no solo se justifica por la necesidad de definir los derechos de las partes³², sino, también, en lo imposible y excesivamente engorroso que es para las partes negociar todos los escenarios contractuales posibles. De esta forma, aunque parezca paradójico el denominado contrato perfecto no es eficiente. El contrato perfecto, convenido por las partes, es extremadamente caro y, en este sentido, no es eficiente, ni deseable. Esta figura supone que las partes son capaces de regular todas las circunstancias y riesgos contractuales. Por eso es que las partes muchas veces establecen criterios normativos, según los cuales el juez puede resolver, como la remisión a lo que habría acordado “un contratista experimentado” en los contratos de construcción³³. Este punto es de vital importancia desde que justifica una regla supletoria basada en el AED. En virtud de lo planteado, hay una gran coincidencia entre derecho y economía desde una perspectiva metodológica. La articulación del derecho posmoderno –como una respuesta a la caída del derecho de la ilustración–, basado en normas, representa una coincidencia que debe ser aprovechada por las ciencias jurídicas. El derecho posmoderno se articula a través de principios, pero un derecho de principios requiere una articulación que evite la arbitrariedad y el activismo judicial. La respuesta metodológica del de-

³² La ciencia jurídica plantea que el derecho debe proveer niveles relevantes de certeza y de seguridad jurídica. Y ello se traduce modernamente en la necesidad que el derecho sea coherente desde dos puntos de vista. El derecho, ante la misma situación, debe fallar de igual forma, pero, además, frente a casos similares el derecho debe guardar un alto rango de coherencia interna. Respecto del primer punto ante una situación “A” entre dos partes: Pedro y Juan, se debe fallar de igual forma que ante la situación “A”, pero esta vez entre Diego y Fernanda. En el segundo, conforme a la lógica interna del derecho, ante la ausencia de norma, en un caso parecido –y que tiene coherencia con un supuesto regulado–, se debe resolver de igual forma que el supuesto regulado (aplicación analógica). El denominado teorema de Ronald Coase coincide con esta solución. De acuerdo con este teorema para que el derecho pueda operar se requiere que los derechos estén bien definidos, aunque la solución sea ineficiente. COASE (1960), pp. 1-44.

³³ BULLARD (2012), p. 93.

recho continental ha venido desde lo que se denomina técnica o teoría de las cláusulas generales. Una aplicación puramente formal de la ley no solo puede llevar a un resultado insatisfactorio, sino que la aplicación de la teoría de cláusulas generales posee una especial aptitud para resolver nuevos supuestos de hecho, no explícitamente previstos por normas legales. La introducción de la teoría de las cláusulas generales, por lo mismo, supone un reconocimiento a la incapacidad del legislador de prever todos los hechos y circunstancias futuras, que pueden resultar jurídicamente relevantes para la configuración de la relación contractual. Esta aplicación de la ley, como principio, tiene sustento especialmente en la remisión que hace el art. 1546 del CC, a la ley. Esta remisión no es a la ley en sentido estricto. Ello sería una redundancia y carente de sentido. Esta aplicación de la buena fe debe bastarse a sí misma y, por tanto, no se podría referir ni a actos que adolecen de objeto o causa ilícita. La referencia del art. 1546 del CC no es a la ley en sentido estricto, sino a la ley como principio³⁴.

Es de destacar que, tanto “el contrato perfecto”, como “el mercado perfecto”, son conceptos normativos que no existen en la realidad. Ellos se pueden aplicar de acuerdo con la teoría de cláusula general, es decir, se trata de criterios normativos al que el juez puede recurrir al solucionar un caso. La lógica es la siguiente: los contratos perfectos son caros, y las partes no tienen toda la información para celebrarlos; pero el que la solución normativa (ya sea en la ley o la sentencia) propenda al contrato perfecto en definitiva logra solucionar el conflicto, obteniendo el máximo de beneficio social posible.

El principio de eficiencia, directamente aplicado al caso particular conforme a la teoría de las cláusulas general, conduciría a una reformulación de la teoría del contrato. La buena fe, en principio, conduciría eventualmente al mismo efecto (si se entiende que la buena fe integra el contrato al ordenamiento jurídico en los términos planteados). A continuación, se señala cómo operaría la buena fe como un instrumento para aplicar el AED.

3. La buena fe como articulador de la aplicación del principio de eficiencia

La aplicación dogmática del AED se puede lograr a través de la buena fe. La literatura comparada ha comenzado a recurrir a ella en distintos aspec-

³⁴ Como ejemplo de esta posición la Corte de Apelaciones de Aguirre Cerda por un fallo de 22 de julio de 1988, resuelve: “los contratos deben ejecutarse de buena fe, sin apego a la letra rigurosa de ellos ni a un derecho estricto. No deben las partes asilarse en la literalidad inflexible para dar menos ni para exigir más, arbitrariamente [...]. Tampoco debe dejarse de atender a factores extra literales que pudieran fundarse en la naturaleza del pacto, en la costumbre o en la ley” (RDJ, tomo 85, sección 4ª, p. 110). Igual opinión señalan Jorge López Santa María y Daniel Peñailillo. LÓPEZ (1986), p. 301 y PEÑAILILLO (2003), p. 50.

tos, como una forma de evitar las conductas oportunistas y los costos de transacción³⁵. También, la fuerza integradora de este principio se puede apreciar en su aplicación, conforme a varias tesis objetivas. La buena fe, fuera del AED, se puede aplicar como una forma de evitar la discriminación o promover la igualdad de género³⁶. Por tanto, se trata de un principio estatutario que está íntimamente ligado a la forma de comprender y formalizar el sistema jurídico. El concepto de contrato perfecto puede aplicarse a través de la buena fe. En otras palabras, una solución que no respete el contrato perfecto sería contraria a la buena fe. Así, por ejemplo, el principio de la buena fe permite resolver casos reales y complejos, según ciertos criterios objetivos y generalmente aceptados por la cultura jurídica. Esta técnica se aviene con la forma en que se aplica el AED. De alguna manera se ha producido un acercamiento metodológico entre el derecho y el AED, desde el prisma del derecho continental. Una parte de la doctrina civil sustenta el contrato en un altruismo moderado y en el individualismo desinteresado, y dicha fundamentación sería relevante en la aplicación de la buena fe³⁷. Es posible coincidir con Esteban Pereira en que estas tesis tienen incidencia en la buena fe, que ha sido el principal principio en la creación del actual derecho de los contratos que, además, afecta a la interpretación e integración de este en un sentido amplio³⁸. En este sentido, para parte de la dogmática civil, la buena fe se relaciona con un “actuar de buena fe”, más que en “un estar de buena fe”³⁹. Pero, en realidad, esto atiende a un fenómeno más amplio que consiste

³⁵ Véase BURTON (1980); SHELL (1991); McLAUCHLAN (2005); SCOTT (2006); DUKE (2007) y MACKAAY & LEBLANC (2008).

³⁶ HOUH (2005), pp. 1-56.

³⁷ PEREIRA (2020), pp. 111-134; PEREIRA (2022), pp. 26-28 y CAMPOS, MUNTA y PEREIRA (2022).

³⁸ Este tema es discutible desde que, mediante trabajos recientes, de la dogmática chilena, se puede apreciar cómo, a través del principio de la buena fe, se ha procedido a rearticular la teoría del contrato. Por citar un ejemplo, Sebastián Campos, Renzo Munita y Esteban Pereira señalan varios deberes legales –que se desprenderían del contrato, a través del principio de la buena fe–. Ellos se dividen en deberes asociados a la etapa precontractual, como los deberes de negociar correcta y lealmente, de información, de confidencialidad, de transparencia; de utilizar cláusulas no negociadas con un contenido equilibrado y deberes asociados a la etapa de ejecución del contrato, como: de no abusar de prerrogativas y remedios contractuales; de renegociación por excesiva onerosidad sobrevenida y de comunicación de impedimento temporal. CAMPOS, MUNTA y PEREIRA (2022), pp. 193-209.

³⁹ La buena fe, en palabras de Esteban Pereira, se descompone en un deber de carácter negativo de no dañar al otro contratante y, uno positivo: “que demanda en ciertas ocasiones actuar derechamente por su interés contractual”. PEREIRA (2022), p. 26. Esta concepción de la buena fe, conforme al altruismo moderado, conduce a exigir a los contratantes un comportamiento que va más allá de la exigencia de no dañar a otro, y que no es necesariamente incompatible con el propio interés. En palabras de Sebastián Campos, Renzo Munita y Esteban Pereira la justificación normativa de la buena fe estaría dada por los legítimos inte-

en que el derecho posmoderno, más que centrarse en el fuero interno, se centra en la actividad del sujeto. Esta visión de la buena fe, que se centra en “el comportamiento” del sujeto, es totalmente compatible con la visión que tiene el AED, que entiende que el derecho regula conductas, y esta regulación debe atender a “un comportamiento deseado”, como sucede en materia de responsabilidad extracontractual cuando se busca “evitar dañar a otro”. Lo que en los contratos se traduce en que la regulación legal o jurisprudencial concreta se acerque lo más posible al denominado “contrato perfecto”.

En Chile, la doctrina recurre a la buena fe, como un criterio para determinar la conducta de las partes en los casos que son relevantes para el derecho. En algunos supuestos se recurre a la buena fe para calificar el comportamiento de una de las partes para ponerle unilateralmente término al contrato⁴⁰. Estos conceptos evitarían conductas oportunistas de las partes, que se alejan de la regulación normativa y jurisprudencial del contrato perfecto. De esta forma, por ejemplo, se podría justificar un desistimiento como causa de ineficacia general en los contratos. Así, una parte podría desistirse de un contrato en la medida que utilice la cosa en un fin alternativo de mayor valor, y realice como pago por dicha ruptura una compensación por la expectativa rota del acreedor⁴¹. En otros casos, la buena fe se establece como criterio para dar lugar a un deber de renegociación en contratos de larga duración⁴². En todos estos supuestos la voluntad hipotética de las partes, o la conducta normativa, puede ser determinada por el concepto del contrato perfecto.

La primera conclusión, a este respecto, es que en estos casos la buena fe puede ser un mecanismo para determinar la existencia de estas obligaciones normativas. Este principio conduce a una aplicación específica en el caso de obligaciones normativas –que se justificarían en la medida que estas obligaciones acerquen a la contratación al contrato perfecto–, como son los casos de deberes de lealtad, confianza, reserva, etc.; pero solo en la medida que se genere un “beneficio social” en los términos planteados⁴³. Este deber implícito se constituiría en la medida que conduzcan al contrato perfecto. Por ejemplo, estos deberes estatutarios implícitos se deben establecer solo en la medida que ellos generen “valor” en el mercado, o sea, que acerquen la regulación contractual al mercado perfecto. Ello podría acontecer con la determinación

reses de la parte y las expectativas del otro. CAMPOS, MUNTA y PEREIRA (2022), p. 191. En definitiva, se trata de una forma débil de intervención judicial del contrato.

⁴⁰ AEDO (2019), p. 75; ALARCÓN (2021).

⁴¹ BARCIA (2024).

⁴² Véanse estos deberes en SALAZAR (2022).

⁴³ La buena fe, en Chile para Gabriel Hernández, sirve para justificar la imposición de la obligación precontractual de informar, sobre todo en materia financiera. HERNÁNDEZ (2014), pp. 358-359.

de los contornos del deber de confidencialidad, que se desprende de la buena fe. El imputar a unas conversaciones preliminares, en un contrato minero, un deber de confidencialidad se fundaría en la medida que dicha información deba ser protegida, como si en virtud de ella otros competidores podrían subir los precios, perjudicando a los consumidores. En cambio, en la medida que el conocimiento de una información de los contratantes pudiese llevar a que futuros compradores o consumidores tomen decisiones que rebajen los precios y aumenten la calidad del servicio o producto, dicha información podría ser revelada y no caería dentro de un deber implícito de confidencialidad basado en la buena fe. Nótese que a través de este ejercicio se delimitan los contornos del deber de confidencialidad, no catalogando como deber de confidencialidad a toda la información previa de una de las partes envueltas en una negociación contractual.

Hay una segunda aplicación de la buena fe, como una forma de no ir contra lo que se puede entender como “el estatuto contractual”, y dicho estatuto estaría determinado por el acercamiento del contrato concreto que se celebra al contrato perfecto, o a la eliminación de fallas de mercado contractuales. Y para lograr este acercamiento estatutario se puede recurrir a la doctrina chilena. Adrian Schopf, destaca, para los efectos que interesa, la plasticidad de la buena fe en su ámbito de aplicación (también se refiere a su flexibilidad). Y ella se vería determinada por el sentido económico y la finalidad práctica del contrato⁴⁴. Por tanto, el contenido de la buena fe estaría determinado por “el sentido económico del contrato”. Este sentido económico estaría dado por el intercambio de prestaciones y, por ende, con el desarrollo de las expectativas contractuales de ambas partes⁴⁵. Pero para el AED se sumaría, dentro de esta concepción, el bienestar económico para la sociedad, es decir, la noción de contrato perfecto, sobre todo en los casos en que no sea posible recurrir a la voluntad de las partes (ya sea por inexistencia de esta, contradicción u oscuridad). Alberto Lyon agrega que la buena fe depende de la naturaleza de la prestación obligacional, de acuerdo con a dos acepciones. Una de ellas es la naturaleza de la obligación (ella depende de si las obligaciones son de dar, hacer o no hacer de la obligación) y, la otra, a la relación que se genera entre las dos obligaciones correlativas en un contrato bilateral⁴⁶. El símil entre

⁴⁴ SCHOPF (2018), pp. 127-128.

⁴⁵ El sustento del contrato en el intercambio se desprende en Chile de la gran diferencia que se establece entre contratos gratuitos y onerosos, por una parte, y en la importancia regulatoria de los contratos conmutativos onerosos, por la otra. Los contratos gratuitos suelen ser solemnes, revocables por ingratitud, y recibir una protección de menor entidad que los contratos onerosos conmutativos. En resumidas cuentas, las obligaciones contractuales, como la regulación específica de los contratos onerosos conmutativos evidencian la protección que el derecho otorga a las relaciones contractuales de intercambio.

⁴⁶ LYON (2017), p. 49.

“el sentido económico”, y la relación entre las obligaciones correlativas es evidente. El contrato da lugar a una relación de intercambio, y más moderadamente, a la satisfacción de las expectativas de las partes. El sentido económico del contrato, como intercambio de expectativas, está ligado al AED. Ahora, se determinará este “sentido económico” conforme al AED. En la lógica de Steven Burton la buena fe lleva a analizar el contrato conforme a la expectativa promedio de los contratantes, que se determina por el costo alternativo de celebrarlo en concreto⁴⁷. Esta expectativa promedio sirve, siguiendo esta vez a Richard Shell, para catalogar, aplicando la buena fe, comportamientos oportunistas en situación de cumplimiento contractual diferido⁴⁸. De esta forma, si una parte no cumple a tiempo su prestación con relación a su contraparte, esta está en una situación de ventaja para “renegociar”. Y, en este supuesto, los costos del incumplimiento para la parte, que cumplió primero, pueden ser tan altos que se vea obligado a “renegociar”. Esta teoría permitiría alegar daños poscumplimiento, como *dangers of opportunism*. La expectativa promedio podría servir para calificar las prestaciones de la nueva convención renegociada como oportunista. Por tanto, se trataría de un oportunismo poscontractual, en la medida que se refiere al contrato originario modificado o la nueva convención, en virtud de la cual la parte víctima del oportunismo le pone término al contrato originario, mediante un nuevo pacto, que favorece al contratante mejor posicionado. Richard Shell destaca que esta teoría promueve la confianza en la regulación contractual al evitar conductas oportunistas. Y ello no solo impacta en el bienestar social de un mercado en concreto y, por tanto, a la ciudadanía en general (es decir, al sistema económico), sino, también, promueve la expansión de los acuerdos

⁴⁷ En este sentido, Steven Burton señala: “this requires a better understanding of the contractual expectation interest. Traditionally, the expectation interest is viewed as comprising the property, services, or money to be received by the promisee. This Article suggests that it also encompasses the expected cost of performance to the promisor (hay nota al pie). This expected cost consists of alternative opportunities forgone upon entering a particular contract” (lo destacado entre paréntesis es mío) (esto requiere una mejor comprensión del logro de la expectativa del acreedor. Tradicionalmente, se considera que el interés de expectativa comprende la propiedad, los servicios o el dinero que recibirá el acreedor. Este artículo sugiere que también abarca el costo esperado del cumplimiento para el acreedor (hay nota al pie). Este costo esperado consiste en oportunidades alternativas que se pierden al celebrar un contrato en particular). BURTON (1980), p. 372.

⁴⁸ SHELL (1991), pp. 222-223. La conducta oportunista se podría definir como la utilización de una información asimétrica, o un poder negociador que se justifica en una debilidad de la contraparte, y de la cual no genera bienestar en términos agregados, es decir, disminuye el bienestar social. También una conducta oportunista puede generarse aprovechándose una parte de los costos de transacción, especialmente de los costos regulatorios, que puede sufrir la otra. Por ejemplo, esta situación podría darse si los permisos administrativos encarecen el proyecto de tal forma que la carga financiera, que ha asumido una parte, es aprovechada por la otra para renegociar un contrato.

convencionales. En esto se genera, una vez más, un acercamiento entre AED y el derecho de los contratos tradicional. La conducta oportunista, por tanto, es contraria a la buena fe. También es posible entender una conducta oportunista como “dolosa” o “como constitutiva de estado de necesidad”, pero el aplicar la buena fe permite darle una extensión más amplia a la teoría del contrato. A su vez, este principio permitiría la calificación de una conducta oportunista, recurriendo tanto a las asimetrías de información como a los costos de transacción. Como asimetría no toda vez que una parte tenga una información, que la otra desconoce, –es decir, que se genere una asimetría–, el contratante estará de mala fe. Otro tanto sucede con los costos de transacción. La reducción de costos de transacción permite excluir conductas oportunistas, como un atentado contra la buena fe⁴⁹. Pero, no todo importe regulatorio es un costo de transacción, entendido como falla de mercado o atentado contra la buena fe. Por ejemplo, un acuerdo de concentración vertical, o determinadas cláusulas de un contrato de franquicia, podrían significar una reducción de los costos de transacción en cuyo caso no se le puede considerar como un atentado contra la buena fe⁵⁰. También se puede señalar como ejemplo el establecimiento de cláusulas que pudieran disuadir un comportamiento oportunista, como podría ser una cláusula penal sobre el doble del precio (que conforme a la teoría tradicional se podría calificar como enorme)⁵¹. El objetivo de estas cláusulas es evitar un oportunismo *ex post* respecto de una parte, que quede muy expuesta, una vez que cumpla su prestación respecto del cumplimiento de su contraparte.

En resumidas cuentas, es posible aplicar el AED a través del principio de buena fe, recurriendo al art. 1546 del CC, como un criterio integrativo en materia contractual. Además, la concepción de la buena fe acá esbozada está validada como un mecanismo de integración al ahorrar costos de la contratación (al tener un estatuto supletorio eficiente, que beneficie a ambas partes) y evita, además, los eventuales errores judiciales, o de haberlos los compensa⁵². Finalmente, la ventaja de comprender la buena fe, según lo planteado, conjura la eventual arbitrariedad a la que podría llevar el aplicarla

⁴⁹ Este mecanismo, a través de la cual se rebajan o disminuyen los costos de transacción, se denomina: “transaction cost economics”. En palabras de Richard Shell: “transaction cost economics is essentially the study of the legal and nonlegal mechanisms used by parties to reduce the costs of negotiating, monitoring, and performing mutually beneficial agreements” (la economía de los costos de transacción es esencialmente el estudio de los mecanismos legales y no legales utilizados por las partes para reducir los costos de negociación, monitoreo y ejecución de convenios mutuamente beneficiosos). SHELL (1991), p. 229.

⁵⁰ *Op. cit.*, p. 230.

⁵¹ En Chile la cláusula penal no puede superar el doble de la obligación principal (art. 1544 del CC).

⁵² TAPIA (2014), p. 545.

de acuerdo con un estatuto muy abierto⁵³. Por otra parte, la visión que se propone del principio de la buena fe, conforme al contrato perfecto, o las fallas de mercado, es bastante respetuosa de la autonomía privada. Esta tesis es compatible y complementaria a la tesis subjetiva, lo que supone darle estabilidad al sistema jurídico⁵⁴.

IV. LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR DESDE LA MIRADA DEL AED Y DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

1. Sustento normativo y dogmático de la aplicación del AED conforme al principio proconsumidor

Los contratos, como la mayoría de las figuras jurídicas, son deudoras de su tiempo, y el derecho desde mediados del siglo XX ha sido fuertemente influenciado por la teoría de los derechos fundamentales. El derecho de los contratos no ha estado descontextualizado de esta tendencia⁵⁵. Ahora bien, la tendencia homogeneizadora de los derechos fundamentales no es incom-

138

⁵³ Este peligro es consustancial a la aplicación de la buena fe. La doctrina chilena, en principio, fue reacia a una aplicación integrativa y a ampliar la buena fe sobre la base de la pérdida de seguridad que ello podría acarrear al sistema jurídico. ALESSANDRI, SOMARRIVA y VODANOVIC (1990), p. 330. Esta no era una opinión aislada hace muy poco. Así, BRIDGE (1984), citado Korde Reshma, en el mismo sentido, señala: “good faith and fair dealing [...] is an imperfect translation of an ethical standard into legal ideology [...] an invitation to judges to abandon the duty of legally reasoned decisions” (la buena fe y el trato justo [...] es una traducción imperfecta de un estándar ético dentro de una ideología legal [...] una invitación a los jueces a abandonar el deber de tomar decisiones jurídicamente razonadas). RESHMA (2000), p. 149.

⁵⁴ Así no se deja de lado la buena fe, como una forma de aplicar el espíritu del acuerdo. BROWNWOOD (1996), p. 111.

⁵⁵ A este respecto Juan Manuel Elegido señala: “[...] which could in no way be justified by appealing to an often purely theoretical ‘respect for their dignity as autonomous moral agent’” y “without going further, one can ask, for instance, why should an agreement between A and B which is unfair to B and greatly to his disadvantage (and thus damaging of the goods of fellowship and reasonableness) be enforced by public powers? Insofar as autonomy is only one aspect of human good, it is no longer obvious that the common good will be enhanced by protecting autonomy while disregarding other human goods” (“[...] lo cual de ninguna manera podría justificarse apelando a un respeto a su dignidad como agente moral autónomo muchas veces puramente teórico” y “sin ir más lejos, uno puede preguntarse, por ejemplo, ¿por qué los poderes públicos deberían hacer cumplir un acuerdo entre A y B que es injusto para B y muy perjudicial para él [y, por tanto, perjudicial para un comportamiento fiel o ético y razonabilidad?] En la medida en que la autonomía es sólo un aspecto del ser humano, ya no es obvio que la parte racional de los individuos se mejorará protegiendo la autonomía sin tener en cuenta otras partes de la racionalidad humana”). ELEGIDO (1993), pp. 34, 37. El modelo, que propone Juan M. Elegido, es uno que promueve la cooperación, que genera una indemnización que comprenda los daños de la personalidad, y no solo los daños patrimoniales.

patible con el reconocimiento de una lógica propia de los contratos fundada en la eficiencia, que se extiende al derecho del consumo. De este modo, el principio de protección del consumidor no es deudor de la teoría de los derechos fundamentales, independientemente que esta tenga cabida en el derecho del consumo⁵⁶.

La protección del consumidor, como contratante débil, no es deudora de las reglas de interpretación del *CC*, ni obedece a la lógica del derecho civil. La regla del *CC* chileno establece en el art. 1566.1.º que:

“no pudiendo aplicarse ninguna de las reglas precedentes de interpretación, se interpretaran las cláusulas ambiguas a favor del deudor”.

Esta regla se aplica solo en caso de que las reglas de interpretación de los arts. 1560, 1561 a 1564 del *CC* fallen, recién ahí se puede interpretar el pacto a favor del deudor. Esta es una regla que se explica dentro de la concepción del contrato como un acuerdo “libremente acordado”, y no dentro de la lógica del derecho del consumo.

El principio de protección del consumidor, basado en la teoría de los contratos de adhesión y dirigidos, es una regla de protección más fuerte. A esta conclusión se llega de la sola lectura de los nuevos arts. 2 ter. y 16, letra C de la Ley de Protección al Consumidor –introducidos por el art. 1 de la Ley n.º 21398/2021–. Las referidas disposiciones son del siguiente tenor:

“las normas contenidas en esta ley se interpretarán siempre en favor de los consumidores, de acuerdo con el principio pro-consumidor, y, de manera complementaria, según las reglas contenidas en el párrafo 4º del Título Preliminar del Código Civil”;

y

“las cláusulas ambiguas de los contratos de adhesión se interpretarán en favor del consumidor.

Cuando existan cláusulas contradictorias entre sí, prevalecerá aquella cláusula o parte de ella que sea más favorable al consumidor”,

respectivamente.

La interpretación, que se sigue del art. 2 ter de la Ley de Protección al Consumidor, se hace cargo de la consecuencia fundamental de “busca[r] ‘siem-

⁵⁶ Nótese que, desde el derecho del consumo, existen trabajos muy interesantes que aplican los conceptos de débil jurídico, ancianidad y protección del NNA, pero estos criterios y principios se pueden aplicar sin necesidad de recurrir al principio proconsumidor. PINOCHET (2019), ARENAS, BUDINICH & RIVEROS (2021), RIVEROS (2021), LÓPEZ (2023a), pp. 124-144 y LÓPEZ (2023b), pp. 340-415.

pre' la protección de los consumidores", como señala Juan Contardo^{57, 58}. Cabe destacar que no está claro si el art. 2 ter de la Ley de Protección al Consumidor permite una aplicación contra norma^{59, 60}. Pero, a lo menos, este criterio se debe aceptar en caso de que existan dos normas contradictorias. En dicho caso, la doctrina ha señalado que debe elegirse la norma más conveniente para el consumidor, conforme al principio proconsumidor⁶¹. Entonces, aplicando el principio proconsumidor, o sea, contra norma se debe preferir la norma que lleve a obtener el máximo de bienestar social, o que permita acercarse de mejor forma al contrato perfecto. En resumidas cuentas, si se desecha la interpretación extendida en la aplicación del principio proconsumidor, se debe, por lo menos, concluir que frente a vacíos normativos, normas contradictorias o posibles interpretaciones de una norma entre varias posibles se debe preferir la que acerque la aplicación de la norma al contrato perfecto, o la situación que genera mayor beneficio social en los términos planteados.

Es del caso señalar que la mejor forma de proteger al consumidor, conforme a dicho principio, es a través de la aplicación de lo que se puede de-

⁵⁷ Este tema es abordado por Juan Contardo: CONTARDO (2023), pp. 456-457 y CONTARDO (2024), pp. 201-202.

⁵⁸ El autor precedente destaca: "la primera doctrina que ya se ha pronunciado sobre este precepto (*ser refiere al art. 2 ter de la Ley de Protección al Consumidor*) está de acuerdo en tres materias: (1) se trata de una regla de interpretación, (2) es aplicable a las normas que regulan relaciones con consumidores, (3) la interpretación que ordena la norma es finalista: busca 'siempre' la protección de los consumidores" (lo destacado entre paréntesis y cursiva es mío).

⁵⁹ La doctrina no termina de decantarse por una posición definitiva a este respecto. ISLER (2021), pp. 352-353, apenas promulgada la ley se inclinó por una aplicación del art. 2 ter de la Ley de Protección al Consumidor contra norma (en la medida que se beneficie al consumidor); pero luego en otro trabajo, ISLER (2024), –que se hace cargo copiosamente de la doctrina a este respecto–, plantea algunas dudas a este respecto. CONTARDO (2024), pp. 204-205, parece sostener una aplicación relativa del principio proconsumidor, es decir, solo sería aplicable en la medida que la interpretación sea factible, y no contra norma. Para este autor: "cuestión distinta se presentaría si la regla de interpretación se hubiese formulado de manera favorable –relativa, es decir, acudir al principio pro consumidor en caso de duda, pues en tal caso la corrección vía principio pro consumidor se haría solo al final de la labor interpretativa cuando las reglas de interpretación de los arts. 19 a 23 CC hayan sido insuficientes para ordenar la labor de interpretación". CONTARDO (2024), p. 202.

⁶⁰ Además, Erika Isler se queja de la referencia del art. 2 ter de la Ley de Protección al Consumidor a las reglas de interpretación del CC como "complementarias". En concreto plantea una dicotomía entre la regla del consumo con el art. 22 del CC, que precisamente impide una interpretación "proparte" –ISLER (2024), p. 918–. Sin perjuicio de lo cual, la interpretación de Juan Contardo –a la que se refiere Erika Isler–, a este respecto, parece ser la correcta cuando señala al ser la aplicación del principio proconsumidor ambigua, se debe recurrir a las reglas de interpretación del *Código Civil* –CONTARDO (2024) e ISLER (2024)–; pero al estimar ambos autores que la norma de referencia se debe aplicar siempre a favor del consumidor, están proponiendo una aplicación contra norma. CONTARDO (2024) e ISLER (2024), p. 919.

⁶¹ DE LA MAZA y LÓPEZ (2021).

nominar la reconstrucción del contrato perfecto⁶², o lo que es lo mismo es la reducción de las denominadas fallas de mercado⁶³. La relación entre falla de mercado y contrato perfecto y mercado perfecto consiste en que la forma de lograr un mercado eficiente, y un contrato perfecto, es trabajando sobre una falla de mercado. Al reducirse las fallas de mercado, en clase y entidad, se logra que los mercados reales se acerquen al mercado perfecto. A su vez, debe destacarse que el concepto de falla de mercado, como criterio normativo, no opera como una regla absoluta, como sucede con los principios del *in dubio pro reo* del derecho penal o del *pro operario* en el derecho laboral. En consonancia con esto, el ordenamiento jurídico debe contener tanto reglas de subsanación –en supuestos de falta de acuerdo– como las reglas de negociación hipotéticas⁶⁴. Este tema es fundamental desde que la regulación supletoria será determinada más allá de la asimetría de información (que es la falla de mercado más relevante para el derecho del consumo), por otras fallas de mercado. El mayor desarrollo de los derechos del consumidor se alcanza de esta forma, y es compatible con fundamentar la intervención judicial según la teoría de los contratos de adhesión, las asimetrías de información o la falta de poder de negociación del consumidor. De este modo se aprecia de la propia discusión de la ley. Como se señala en el proyecto de la Ley n.º 21398/2021:

“adicionalmente, se refiere a la finalidad de protección de los consumidores. La norma aporta en esa línea, refiriéndose a leyes sectoriales o especiales que disciplinen materias de protección a los derechos de los consumidores. Si tales normativas contienen reglas que sean ambiguas o eventualmente contradictorias con la ley del consumidor, el principio pro consumidor debería primar, si es que se aprueba el artículo 2 ter, nuevo. En su parecer, ilustra de mejor forma estos conflictos normativos”⁶⁵

141

y

“luego señaló que, si lo anterior no queda suficientemente claro, está llano a clarificar que el principio pro consumidor es el principio basal,

⁶² Que el derecho del consumo se sustente en las asimetrías de información respecto de las partes, tiene matices en torno al AED. Para el AED el consumidor podrá, en ciertos casos, tener más información que el productor. Siguiendo a Fernando Gómez se debe excluir tratar normativamente el contrato perfecto como un criterio de intervención respecto de un eventual poder monopólico. Ello por cuanto esta materia debe dejarse al derecho de libre competencia, y no a la regulación del consumo. Y, además, el poder de negociación de una parte sobre otra no es suficiente para intervenir el contrato. GÓMEZ (2003), pp. 21-22.

⁶³ En concreto el derecho de consumo debe centrarse en las imperfecciones de información. GÓMEZ (2003), pp. 7-8 y 12-21.

⁶⁴ COOTER & ULEN (2016), pp. 309, 312-317.

⁶⁵ Historia de la Ley n.º 21.398, p. 258.

luego del cual se aplicarían las reglas de interpretación del Código Civil, lo que, en definitiva, no constituye modificación alguna, sino que es la regla general. Connotó que lo importante es la consagración del principio pro consumidor, en cuanto debe ilustrar al juez respecto de la forma en que debe interpretar y aplicar el estatuto tutelar de los derechos de los consumidores”⁶⁶.

Lo que se busca lograr, como sistema, es la mayor cantidad de derechos para el consumidor, lo que solo se logra a través de la maximización del bienestar social, es decir, estableciendo una regulación que se acerque al mercado perfecto. Este sistema permite que el juez interprete las cláusulas del contractuales, a favor del consumidor, recurriendo a una solución estructural que tiene unos contornos claros. En otras palabras, el preferir a un consumidor sobre un productor –en caso de que esta decisión que se aleje del denominado contrato perfecto–, iría contra la protección del consumidor en cuanto teoría del contrato. Esto es evidente dado que en este caso el productor transferirá el costo regulatorio al consumidor y, en definitiva, *ex ante* los consumidores se verán perjudicados. En este punto, la teoría del contrato sustentada en el AED y en el derecho del consumo, no difieren, salvo un matiz relevante. En el derecho del consumo las reglas de interpretación de la norma permitirían aplicar el AED de forma directa, sin necesidad de recurrir a la buena fe como principio integrador. No es que la buena fe no sea un principio integrador en el derecho de consumo, como ocurre, también, en el derecho de los contratos. Lo que sucede es que en la aplicación de la norma al derecho del consumo se puede recurrir de forma directa al AED a través del principio proconsumidor. Esta aplicación se puede lograr a través de la falla de mercado más característica del derecho del consumo, como lo son las asimetrías de información. El concepto genérico que permite al juez intervenir el contrato, es el de “contrato perfecto” (como forma de proteger al consumidor), que se concretizaría en la intervención sobre una asimetría de información. Pero no toda asimetría de información es una falla de mercado. El tratamiento de la asimetría busca que el contrato, que presenta un vacío regulatorio, o viola el principio proconsumidor, se acerque normativamente al contrato perfecto. Y para lograrlo se debe distinguir entre información productiva y (re)distributiva⁶⁷. De este modo, las partes

⁶⁶ Historia de la Ley, n.º 21.398, p. 260.

⁶⁷ A este respecto Robert Cooter y Thomas Ulen señalan: “to sharpen this analysis, distinguish between productive information and redistributive information. Productive information can be used to produce more wealth. It is information that allows existing resources to be moved to more productive uses (such as information that farmland contains valuable mineral resources) or discovers new methods of organizing resources for more productive uses (such as double –entry bookkeeping methods). [...] Efficiency demands giving people strong incentives to discover productive facts. [...]”

no están obligadas a develar la información productiva, pero sí la meramente (re)distributiva. El no declarar una información (re)distributiva –en una negociación contractual previa al contrato– generará eventualmente la nulidad relativa del contrato por dolo omisivo; y se generará un desplazamiento de riqueza del demandado al demandante, dada la afectación de las reglas de la negociación. En la información productiva ocurre lo inverso, el que posee la información no está obligado a declararla. Lo mismo sucede, por ejemplo, con la información que obtenga un productor respecto de un consumidor o eventual consumidor a través de un algoritmo.

Por otra parte, la idea de contrato perfecto se puede subsumir en las tesis colaborativas. El máximo beneficio social coincide con el máximo beneficio para las partes en un ambiente colaborativo⁶⁸. Las tesis colaboracionistas llegan a la misma conclusión, pero con menos densidad dogmática. En aquellos casos en que el juez deba intervenir, el criterio normativo en las tesis colaborativas y el AED coinciden; pero se diferencian en que, conforme al AED, aún en presencia de un contrato –que no sea perfecto–, no siempre es necesario intervenir. Lo adicional a la intervención es la exigencia de una falla de mercado. Para el AED el contrato perfecto no es lo mismo que un pacto eficiente, a lo menos *ex ante*. El contrato perfecto es aquel en que las partes incorporan toda la información relevante al contrato, y han asumido y asignado todos los escenarios de riesgos probables e impro-

In contrast, redistributive information creates a bargaining advantage that can be used to redistribute wealth in favor of the informed party. To illustrate, knowing before anyone else where the state will locate a new highway conveys a powerful advantage in real –estate markets. Investment in discovering redistributive information wastes resources. In addition, investment in redistributive information induces defensive expenditures by people trying not to lose their wealth to better –informed people. Defensive expenditures prevent redistribution, rather than produce something. Thus, investment in redistributive information wastes resources directly and indirectly” (para afinar este análisis, se debe distinguir entre información productiva e información redistributiva. La información productiva se puede utilizar para producir más riqueza. Es información que permite trasladar los recursos existentes a usos más productivos (como información de que las tierras agrícolas contienen valiosos recursos minerales) o descubrir nuevos métodos de organización de recursos para usos más productivos (como los métodos de contabilidad por partida doble). [...] La eficiencia exige dar a las personas fuertes incentivos para descubrir hechos productivos. [...]).

Por el contrario, la información redistributiva crea una ventaja de negociación que puede utilizarse para redistribuir la riqueza a favor de la parte informada. Por ejemplo, saber antes que nadie dónde ubicará el Estado una nueva carretera transmite una poderosa ventaja en los mercados inmobiliarios. La inversión en el descubrimiento de información redistributiva desperdicia recursos. Además, la inversión en información redistributiva induce gastos defensivos por parte de las personas que intentan no perder su riqueza en favor de personas mejor informadas. Los gastos defensivos impiden la redistribución, en lugar de producir algo. Por lo tanto, la inversión en información redistributiva desperdicia recursos directa e indirectamente). COOTER & ULEN (2016), p. 357.

⁶⁸ POSNER y ROSENFELD (1977), p. 89.

bables –desde la caída de un puente a una invasión zombi–, lo cual es caro e ineficiente. En ausencia de costos de transacción el contrato perfecto es factible⁶⁹; pero como en el mundo real ello no es posible, el contrato perfecto es un criterio normativo para integrar e interpretar el contrato, o la relación de consumo. Por tanto, se hace necesario que se trabaje sobre la falla de mercado, lo contrario supondría reducir el beneficio social.

Esta conclusión se profundiza conforme al *behavioral law and economics*, o la economía conductual⁷⁰. El *behavioral law and economics* señala que la falla de mercado, propia del consumo, se produce por la concurrencia de dos circunstancias⁷¹:

- a) el consumidor toma sus decisiones de consumo según sesgos y “errores de percepción”;
- b) el productor que no actúe o profundice estos sesgos y errores de percepción será desplazado por el que lo haga⁷².

El productor que aumenta sus ventas creando y aprovechándose de los sesgos y errores del consumidor –o simplemente tomándolos en cuenta–, dejará fuera del mercado al productor que no se comporte a este respecto igual a él. El productor, que se comporte de forma correcta y de buena fe, quedará fuera de mercado porque los productores, que se comporten de forma oportunista, lo excluirán⁷³. Esto es grave porque al corto plazo solo sobrevi-

⁶⁹ COOTER & ULEN (2016), pp. 317-318.

⁷⁰ A pesar de los avances de los planeamientos del *behavioral law and economics* no está claro que el consumidor no se comporte efectivamente de forma “racional” frente al consumo. De hecho, la evidencia indica que el consumidor es muy sensible al precio. ROMERO (2014), pp. 138-139. El problema del sesgo se puede explicar también como un costo de oportunidad. Daryl Koehn realiza críticas a la metodología del *behavioral law and economics*. KOEHN (2020).

⁷¹ El *behavioral law and economics* llega a estas conclusiones a través de poner en duda uno de los presupuestos básicos de la economía, que es la racionalidad en el comportamiento de los agentes –SUNSTEIN (2003), THALER & SUNSTEIN (2008); KAHNEMAN (2012)–. De esta forma, los sesgos y “errores de percepción” determinan un comportamiento no racional del consumidor, o imperfectamente racional. Los sesgos de comportamiento, conforme a Edward Glaeser, dan lugar a una serie de implicancias para el consumidor. Entre ellas estaría el que: “consumers will be more likely to accept false beliefs when those beliefs make them happy” (será más probable que los consumidores acepten creencias falsas cuando esas creencias los hagan felices). GLAESER (2004), p. 410. En igual sentido se puede consultar: BEN-SHAHAR & SCHNEIDER (2011).

⁷² Para una descripción de los distintos sesgos conforme a los distintos autores de *behavioral law and economics*. GALLEGOS y TADDEI (2022), pp. 211-221.

⁷³ En palabras de Oren Bar-Gill: “cuando los consumidores son imperfectamente racionales, los vendedores competirán diseñando estructuras de precios que creen una apariencia de un precio más bajo. El problema subyacente reside en el lado de la demanda de mercado; los consumidores imperfectamente racionales generan una demanda sesgada. La competencia impulsa a los vendedores a abastecer esta demanda sesgada. El resultado: una falla de mercado conductual”. BAR-GILL (2017), p. 122. En Chile, Iñigo de la Maza pone de relieve el comportamiento irracional del consumidor, y el aprovechamiento de este por parte del proveedor. DE LA MAZA (2014), pp. 379-390.

virán los productores que recurran a estos comportamientos abusivos, por eso precisamente se está frente a una “falla de marcado”. La estrategia del productor en todo caso es más compleja frente a los sesgos sistemáticos y a las fallas de percepción del consumidor, desde que disminuirá los precios salientes (o destacados en el pacto) e incrementará los precios no salientes (o no destacados en el contrato)⁷⁴. Otro tanto sucede con las características destacadas de los productos –con relación a otros–. A este respecto, los consumidores le otorgan un peso desproporcionado a las cualidades diferenciadoras, que llevarán a engaños de sesgo⁷⁵. Los problemas de sesgo y errores de percepción conducen a que el consumidor no maximice sus preferencias ni se alcance el bienestar social⁷⁶. En estos casos, el juez podría condenar al productor (a través de la responsabilidad civil e infraccional), pudiendo, por ejemplo, calificar una cláusula contractual como abusiva, conforme al art. 16, letra g) de la Ley de Protección al Consumidor. También se señala como alternativa el que el regulador genere los incentivos para que el consumidor se informe. No se trata de que el consumidor tenga toda la información, por cuanto aún de tenerla no la leerá. En muchos casos no es racional leer un contrato por completo, no solo porque se requerirá cierta *expertise*, sino porque el consumidor requerirá mucho tiempo para ello⁷⁷. Lo analizado respecto del *behavioral law and economics* lleva a dos conclusiones relevantes en torno al deber de información en la legislación chilena de consumo. La primera consiste en que es dudoso que un exceso de información beneficie al consumidor. Ello por cuanto hay evidencia que los consumidores no se comportarán “de forma racional” sobre la información que provee el productor, aunque ella sea exigida por la legislación, como ocurre en Chile. Ello tiene un riesgo adicional por cuanto el levantamiento y control de dicha información será un costo de transacción, que, en definitiva, recaerá sobre el consumidor (el primero) o sobre la sociedad el segundo (al ser un costo de la administración)⁷⁸. La segunda es que los “sesgos y errores de percepción”, producidos mediante el *marketing*, conforme a lo establecido en el art. 28 A de la Ley de Protección al Consumidor, pueden considerarse como “publicidad engañosa”⁷⁹.

⁷⁴ BAR-GILL (2017), p. 122.

⁷⁵ BORDALO, GENNAIOLI & SHLEIFER (2013), pp. 803-843.

⁷⁶ SUNSTEIN (2020).

⁷⁷ ROJAS (2014), pp. 423-431.

⁷⁸ El *Reglamento de Comercio Electrónico*, Núm. 6, de 21 de enero de 2021, en sus arts. 10 a 17, establece una serie de deberes del productor en torno a la información que podrían simplemente aumentar los costos primarios y secundarios de la contratación.

⁷⁹ La referida norma es del siguiente tenor: “Artículo 28 A. Asimismo, comete infracción a la presente ley el que, a través de cualquier tipo de mensaje publicitario, produce confusión en los consumidores respecto de la identidad de empresas, actividades, productos, nombres, marcas u otros signos distintivos de los competidores”.

A este respecto el *behavioral law and economics* provee de una herramienta, que permite evitar una conducta oportunista del productor, como el crear o aprovecharse de los sesgos y errores de percepción del consumidor. Así, esta herramienta permite llenar de contenido un supuesto de “publicidad engañosa”⁸⁰. Cabe destacar que esta aplicación, sostenida respecto de la forma de entender los arts. 2 ter. y 16, letra C de la Ley de Protección al Consumidor, es perfectamente posible desde que la aplicación del principio proconsumidor, a lo menos debe considerarse como un criterio hermenéutico.

Un último aspecto para resaltar es que este análisis es más fino que simplemente establecer que la falta de información respecto del consumidor es “abusiva”, o “engañosa”, o genera un incumplimiento, que da lugar a la responsabilidad civil o infraccional, desde que se tienen criterios para discriminar respecto de la intervención del juez, como se abordará en la sección siguiente.

2. *Cómo se aplicaría el principio proconsumidor conforme al AED*

Suponga que una productora de eventos paga a una plataforma musical “X” por la información sobre si hay suficientes interesados en asistir a un recital del grupo musical Grunge, que se quiere traer a Chile. La plataforma indica que hay ciento ochenta mil personas que eventualmente irían a dicho espectáculo en agosto. Frente a ello, la empresa de eventos hace sus cálculos y estima que de dichos potenciales asistentes irían ocho mil, siendo su punto de equilibrio mil doscientos espectadores, por lo que decide realizar el espectáculo. Pero una asociación de consumidores, enterada de la forma de obtener la información por parte de la productora, la demanda, invocando los arts. 3.º de la Ley n.º 19628⁸¹ y 3, letra h) e inciso final de la Ley de Protección al Consumidor. Suponiendo que recurre alguno de los consumidores, que adquirió posteriormente la entrada, ¿cómo se aplicaría, en este caso, la

⁸⁰ A este respecto Iñigo de la Maza y Patricia López señalan: “[...] la información que se consigne en la publicidad deberá ser susceptible de comprobación y no contendrá expresiones que induzcan a error o a engaño al consumidor, prescindiendo así de la exigencia contenida en el artículo 28 según la cual la inducción a error o engaño debe imputarse al dolo (‘a sabiendas’) o culpa (‘debiendo saberlo’) del anunciante”. DE LA MAZA y LÓPEZ (2021), p. 29.

⁸¹ Esta norma establece: “en toda recolección de datos personales que se realice a través de encuestas, estudios de mercado o sondeos de opinión pública u otros instrumentos semejantes, sin perjuicio de los demás derechos y obligaciones que esta ley regula, se deberá informar a las personas del carácter obligatorio o facultativo de las respuestas y el propósito para el cual se está solicitando la información. La comunicación de sus resultados debe omitir las señas que puedan permitir la identificación de las personas consultadas.

El titular puede oponerse a la utilización de sus datos personales con fines de publicidad, investigación de mercado o encuestas de opinión”.

regla proconsumidor? El análisis sería el siguiente: como se busca proteger al consumidor, en principio, se podría acoger la demanda y dar lugar a una indemnización por violación a los derechos fundamentales, o por falta de obtención del consentimiento o conocimiento. Si el monto de la indemnización, a la que se condena a las demandadas, hace perder las ganancias del espectáculo; entonces *ex ante*, la productora sabiendo la aplicación que la jurisprudencia haría de las normas de protección de datos y protección del consumidor –ella impide obtener esta información que le permite a la productora asegurarse que el espectáculo se generará–, simplemente se arriesgará a prevender o vender las entradas. Así, la productora pondrá las entradas en preventa, y si no logra obtener el número de equilibrio de eventuales compradores, necesarios para traer al grupo Grunge a Chile, generará una pérdida neta de bienestar social, no solo para la empresa, sino para los consumidores. Ello se generará desde que la empresa quebrará o deberá devolver el pago por entradas, generando una molestia a los consumidores. La sola devolución de las entradas no compensará a los compradores de la decepción de no ir a escuchar en vivo a su grupo de música favorito. De esta forma, en principio, la aplicación el principio proconsumidor debería conducir a desecher la demanda. En este caso la información obtenida del consumidor no es sensible, y no viola ninguno derecho fundamental, como no ocurriría, por ejemplo, si es una clínica o una Isapre la que vende las fichas clínicas o la información de salud de sus pacientes o afiliados a un eventual empleador. En términos agregados la venta de esta información también beneficia agregadamente al mercado del trabajo, desde que el empleador evitará las pérdidas de contratar a un trabajador enfermo, y ello mejoraría las rentas generales o la posibilidad de contratar a otro trabajador, pero una solución de este tipo violaría la dignidad y el derecho al trabajo del postulante enfermo. De este modo, las hipótesis precedentes no son iguales. Otro aspecto para destacar es que esta forma de aplicación del principio proconsumidor no es la general del derecho.

CONCLUSIONES EN TORNO A LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE EFICIENCIA
AL CONTRATO Y AL DERECHO DEL CONSUMO
(COMO PRINCIPIO PROCONSUMIDOR)

El AED se puede aplicar en Chile en materia de derecho de los contratos, a través de la teoría de cláusulas generales, o sea, como principio de eficiencia, o a través del principio de la buena fe. El principio de eficiencia, aplicado a los contratos, se concreta en los conceptos de contrato perfecto y falla de mercado. Y la buena fe recurre de forma directa a un derecho, que se aplica conforme a principios. Estas formas de aplicación “dogmatizan” el AED des-

de que se recurre a una metodología propia del derecho privado. Otro tanto se plantea respecto de la forma de entender el principio proconsumidor. La única forma de establecer más derechos para el consumidor es a través del acercamiento normativo al concepto de contrato perfecto. En el caso del derecho de consumo, esta aplicación metodológica se simplifica, ya que se reconoce a través del principio proconsumidor. Y este principio debe conducir a la máxima extensión al beneficio social.

El contrato perfecto y las fallas de mercado se ubican dentro de las tesis objetivas, que sustentan el contrato y se relaciona adecuadamente con la autonomía privada, es decir, la teoría clásica u objetiva del contrato. La concepción teórica del contrato, como una mezcla entre tesis subjetiva y objetiva, se logra adecuadamente, destacando las importantes coincidencias entre el derecho tradicional de los contratos y el AED. La intervención del juez, por tanto, se limita a los casos en que no es posible recurrir a la autonomía privada. Ello es bastante común desde que muchas veces los costos de negociación son altos, por lo que aflora la relevancia del estatuto supletorio que provee el AED. En derecho del consumo, la aplicación del principio de eficiencia, o el acercamiento normativo al contrato perfecto, y la disminución de las fallas de mercado, se hace más evidente. La mejor forma de resolver una causa, conforme al principio proconsumidor, es aplicando el AED en los términos planteados. Por otra parte, se pone de relieve que la separación entre el AED y el derecho propiamente tal –dada estas nuevas tendencias estatutarias, y dogmáticas–, se desdibuja. Así, en esta investigación se señalan varios ejemplos y aplicaciones del AED, tanto en sentido normativo como positivo. El tema, además, se complejiza desde que se discute sobre la aplicación del principio proconsumidor contra norma. Este trabajo no aborda este supuesto, aunque se reconoce que ello sería factible en los casos de afectación de derechos fundamentales. En dicho caso, el principio proconsumidor recibe una aplicación contra norma, y naturalmente se desplazaría al AED como solución al caso concreto. La idea de igualdad sustantiva o las exigencias de justicia distributiva, aplicadas a supuestos normales de derecho de consumo, terminarían perjudicando al consumidor en los casos en que el productor pueda traspasar los costos regulatorios. En cambio, el aplicar el concepto de falla de mercado permitiría reducir precios y aumentar la calidad de los productos y servicios, que es la forma más adecuada de protección para el consumidor.

Para finalizar, este artículo otorga –desde el derecho continental y del derecho chileno–, una fundamentación sólida de la eficiencia como un principio granítico del derecho de los contratos y del consumo. Y, además, establece un mecanismo sólido de aplicación del AED al derecho de los contratos y del consumo, que debería ser de utilidad especialmente para jueces y abogados.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ACCATINO, Daniela (2015). “La teoría clásica del contrato y la discusión sobre su adaptación judicial”. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 42, n.º 1. Santiago.
- ACKERMAN, Bruce (1984). *Reconstructing american law*. New Raven: Yale University Press.
- ACKERMAN, Bruce (1986). “Law, economics and the problem of legal culture”. *Duke Law Journal*, vol. 6. Disponible en <https://scholarship.law.duke.edu/dlj/vol35/iss6/1> [fecha de consulta: 25 de abril de 2023].
- AEDO BARRENA, Cristián Eduardo (2019). “Facultad unilateral de terminar. El contrato y buena fe contractual”. *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º 33. Santiago.
- ALARCÓN SÁNCHEZ, Diego (2021). “Cláusula de desistimiento unilateral sin expresión de causa. Configuración y rol integrador de la buena fe”. *Revista de Estudios Ius Novum*, vol. XIV, n.º 1. Disponible en www.revistaiusnovum.cl/index.php/REIN/article/view/90 [fecha de consulta: 25 de mayo de 2023].
- ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique (2018). *La responsabilidad contractual. Causa y efectos de los contratos y sus obligaciones*. Santiago: Ediciones UC.
- ALESSANDRI, Arturo; Manuel SOMARRIVA y Antonio VODANOVIC (1990). *Derecho civil*. Santiago: Editorial Jurídica Conosur, tomo primero.
- ARENAS, Ángela; Marilú BUDINICH & Carolina RIVEROS (2021). “Sanctioning Chile’s public health care system for not providing basic services to the elderly. The inter-american court’s pobleto vilches ruling”. *Health and Human Rights Journal*, vol. 23, No. 1. Disponible en <https://pmc.ncbi.nlm.nih.gov/articles/PMC8233028/> [fecha de consulta: 25 de junio de 2023].
- BARCIA LEHMANN, Rodrigo (2024). “La revocación dentro de la teoría general del contrato”, en Carmen DOMÍNGUEZ (dir. y ed.). *Estudios de derecho civil XVII*. Santiago: Thomson Reuters.
- BAR-GILL, Oren (2012). *Seduction by contract: law, economics, and psychology in consumer markets*. Oxford: Oxford University Press.
- BAR-GILL, Oren (2017). “El derecho, la economía y la psicología de los contratos de consumo”, en Omar VÁSQUEZ DUQUE (dir.). *Análisis económico del derecho. Una revisión a su desarrollo reciente*. Santiago: Rubicón.
- BAYLEY, John Edward (2009). *Doctrine of good faith in New Zealand contractual relationships*. A thesis submitted in fulfilment of the requirements for the degree of Master of Laws in the University of Canterbury. Christchurch: University of Canterbury.
- BEN-SHAHAR, Omri & Carl SCHNEIDER (2011). “The failure of mandated disclosure”. *University of Pennsylvania Law Review*, vol 159, No. 3. Disponible en www.jstor.org/stable/41149884 [fecha de consulta: 26 de agosto de 2023].
- BERNAL-FANDIÑO, Mariana (2007). “El solidarismo contractual –especial referencia al derecho francés–”. *Vniversitas*, n.º 114. Bogotá.
- BORDALO, Pedro; Nicola GENNAIOLI & Andrei SHLEIFER (2013). “Salience and Consumer Choice”. *Journal of Political Economy*, vol. 121, No. 5.

- BRIDGE, Michael Greenhalgh (1984). “Does Anglo-Canadian Law Need a Doctrine of Good Faith?”. *Canadian Journal of Business Law*, vol. 9, Issue 4. Disponible en <https://law.nus.edu.sg/publications/does-anglo-canadian-law-need-a-doctrine-of-good-faith/> [fecha de consulta: 21 de abril de 2023].
- BROWNSWOOD, Roger (1996). “Good Faith in Contracts Revisited”. *Current Legal Problems*, vol. 49, Issue 1. London.
- BULLARD, Alfredo (2012). “La economía de los contratos”, en Robert COOTER y Hugo ACCIARRI (dirs.). *Introducción al análisis económico del derecho*. Santiago: Civitas/Thomson Reuters.
- BURTON, STEVEN (1980). “Breach of contract and the common law duty to perform in good faith”. *Harvard Law Review*, vol. 94, No. 2. Disponible en <https://doi.org/10.2307/1340584> [fecha de consulta: 26 de abril de 2023].
- CALABRESI, Guido & Douglas MELAMED (1972). “Property rules, liability rules, and inalienability: one view of the cathedral”. *Harvard Law Review*, vol. 85. Disponible en www.jstor.org/stable/1340059 [fecha de consulta: 28 de julio de 2023].
- CAMPOS MICIN, Sebastián; Renzo MUNITA MARAMBIO y Esteban PEREIRA FREDES (2022). “Fundamentación normativa de los deberes derivados de la buena fe contractual. Entre el individualismo desinteresado y el altruismo moderado”. *Revista de Derecho Privado*, n.º 43. Bogotá.
- CIOBOTARU, Sebastian (2019). “The Influence of Law-and-Economics on the Ideological Center of Civil Society: The New American Formalism with a European Counterpoint”. *Washington University Global Studies Law Review*, vol. 18, Issue 1. Missouri.
- COASE, Ronald (1960). “The problem of social cost”. *The Journal of Law & Economics*, vol. III. Disponible en www.journals.uchicago.edu/doi/10.1086/466560 [fecha de consulta: 22 de agosto de 2023].
- CONTARDO GONZÁLEZ, Juan Ignacio (2013). “Artículo 3º E) LPDC”, en Francisca BARRIENTOS (coord.). *La protección de los derechos de los consumidores*. Santiago: Thomson Reuters.
- CONTARDO GONZÁLEZ, Juan Ignacio (2023). “Extensión de la regla de interpretación de la ley a favor del consumidor”, en Francisca BARRIENTOS y Camilo SANTELICES (dirs.). *Estudios de derecho del consumo V. XI Jornadas nacionales derecho de consumo. Universidad Alberto Hurtado*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- CONTARDO GONZÁLEZ, Juan Ignacio (2024). “Mauricio Tapia, Principio pro consumidor y extensión de su protección. Santiago, Rubicón, 2023, 811 pp., ISBN: 978-956-9947-50-6”. *Derecho Público Iberoamericano*, n.º 24, Santiago.
- CONTARDO GONZÁLEZ, Juan Ignacio (2025). “Ensayo de una metodología de aplicación de la regla de interpretación pro-consumidor del artículo 2 ter de la Ley N.º 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores”. *Actualidad Jurídica*, n.º 51. Santiago.
- COOTER, Robert & Thomas ULEN (2016). *Law and economics*. 6th ed. Reading, Massachusetts: Addison-Wesley.

- CORRAL TALCIANI, Hernán (2018). *Curso de derecho civil. Parte general*. Santiago: Thomson Reuters.
- DAGAN, Hanoch & Michael HELLER (2017). *The choice theory of contracts*. New York: Cambridge University.
- DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo (2014). “La información como técnica de protección de los consumidores: créditos hipotecarios ¿una paradoja regulatoria?”, en Álvaro VIDAL, Gonzalo SEVERÍN y Claudia MEJÍAS (eds.). *Estudios de derecho civil x*. Santiago: Thomson Reuters.
- DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo y Patricia Verónica LÓPEZ DÍAZ (2021). “La publicidad engañosa en la Ley 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores: un intento de sistematización desde el moderno derecho de contratos”. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 48, n.º 2. Santiago.
- DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón (1999). *Error y responsabilidad en el contrato*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- DUKE, ARLEN (2007). “A universal duty of good faith: an economic perspective”. *Monash University Law Review*, vol. 33, No. 1. Disponible en https://bridges.monash.edu/articles/journal_contribution/A_Universal_Duty_of_Good_Faith_An_Economic_Perspective/10063919?file=18137063 [fecha de consulta: 22 de junio de 2023].
- EISENBERG, Melvin Aron (1984). “The responsive model of contract law”. *Stanford Law Review*, vol. 36, No. 5. Disponible en www.jstor.org/stable/1228643 [fecha de consulta: 22 de junio de 2023].
- EISENBERG, Melvin Aron (2001). “The emergence of dynamic. Contract law”. *Theoretical Inquiries in Law*, vol. 2, Issue 1. Disponible en www7.tau.ac.il/ojs/index.php/til/article/view/196 [fecha de consulta: 22 de junio de 2023].
- ELEGIDO, Juan Manuel (1993). “A basic rationale for contract law”. *Persona y Derecho*, vol. 28. Pamplona.
- EYZAGUIRRE BAEZA, Cristóbal y Javier RODRÍGUEZ DIEZ (2013). “Expansión y límites de la buena fe objetiva— a propósito del ‘proyecto de principios latinoamericanos de derecho de los contratos’”. *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º 21. Santiago.
- FLORES ÁVALOS, Elvia Lucía (2006). “Jurisprudencia de conceptos”, en Nuria GONZÁLEZ MARTÍN (coord.). *Estudios jurídicos en homenaje a Marta Morineau*, tomo 1: Derecho romano. Historia del derecho. Disponible en <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/1855-estudios-juridicos-en-homenaje-a-marta-morineau-t-i-derecho-romano-historia-del-derecho> [fecha de consulta: 22 de marzo de 2023].
- GALLEGOS-DANIEL, Cecilia y Cristina Isabel TADDEI BRINGAS (2022). “Controversia sobre la racionalidad en el comportamiento del consumidor”. *Inter disciplina*, vol. 10, n.º 27. Disponible en www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2448-57052022000200203&lng=es&nrm=iso [fecha de consulta: 27 de marzo de 2023].
- GARRIDO MARTÍN, Joaquín (2017). “Ciencia del derecho en la escuela histórica y la jurisprudencia de conceptos”. *Derechos y Libertades: Revista de Filosofía del Derecho y*

- Derechos Humanos*, n.º 37. Disponible en <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcgclefindmkaj/https://core.ac.uk/download/pdf/288499694.pdf> [fecha de consulta: 27 de junio de 2023].
- GARRIDO MARTÍN, Joaquín (2019). *Fuentes, método y sistema en la escuela histórica del derecho, Georg Friedrich Puchta (1798-1846)*. Granada: Editorial Comares.
- GILMORE, Grant (1995). *The death of contract*. Columbus: Ohio State University Press.
- GLAESER, Edward (2004). "Psychology and the market". *The American Economic Review*, vol. 94, No. 2. Disponible en www.jstor.org/stable/3592919 [fecha de consulta: 27 de agosto de 2023].
- GOLDBERG, Victor (2012). *Framing contract law*. Cambridge, Massachusetts/London: Harvard University Press.
- GÓMEZ, Fernando (2003). "La relación entre normativa sobre protección de consumidores y normativa sobre defensa de la competencia. Una visión desde el análisis económico del derecho". *Indret Privado, Revista para el Análisis del Derecho. Working Paper*, n.º 113. Disponible en <https://indret.com/la-relacion-entre-normativa-sobre-proteccion-de-consumidores-y-normativa-sobre-defensa-de-la-competencia/> [fecha de consulta: 27 de junio de 2023].
- HERNÁNDEZ, Gabriel (2014). "La obligación precontractual de la entidad financiera de informar al cliente, especialmente a la luz de la ley de protección de los derechos de los consumidores", en Álvaro VIDAL, Gonzalo SEVERÍN y Claudia MEJÍAS (eds.). *Estudios de derecho civil x*. Santiago: Thomson Reuters.
- HORWITZ, Morton J. (1975). "The death of contract by Grant Gilmore". *The University of Chicago Law Review*, vol. 42, No. 4. Chicago.
- HOUH, Emily (2005). "The Doctrine of Good Faith in Contract Law: A (Nearly) Empty Vessel?". *Faculty Articles and Other Publications. Paper 103*. Disponible en http://scholarship.law.uc.edu/fac_pubs/103 [fecha de consulta: 27 de mayo de 2023].
- ISLER SOTO, Erika (2021). "Comentarios al artículo 2º ter", en Iñigo DE LA MAZA y Carlos PIZARRO (dirs.), Francisca BARRIENTOS CAMUS (coord.). *La protección de los derechos de los consumidores. Comentarios a la ley sobre protección de los derechos de los consumidores*. Santiago: Thomson Reuters.
- ISLER SOTO, Erika (2024). "Principios implícitos y explícitos en el derecho del consumo chileno". Disponible en <https://ediciones.uaautonoma.cl/index.php/UA/catalog/view/167/221/931> [fecha de consulta: 3 de abril de 2023].
- KAHNEMAN, Daniel (2012). *Pensar rápido, pensar despacio*. (trad.) Joaquín CHAMORRO MIELKE. Barcelona: Debate.
- KIMBALL, Bruce A. (2007). "Langdell on Contracts and Legal Reasoning: Correcting the Holmesian Caricature". *Law and History Review*, vol. 25, No. 2. Disponible en www.jstor.org/stable/27641458 [fecha de consulta: 28 de mayo de 2023].
- KIRCHNER, Christian (1991). "The difficult reception of law and economics in Germany". *International Review of Law and Economics*, vol. 11. Disponible en www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/014481889190005X [fecha de consulta: 28 de marzo de 2023].

- KOEHN, Daryl (2020). "A virtue ethics critique of ethical dimensions of behavioral economics". *Business and Society Review*, vol. No. 125, No. 2. Disponible en <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/basr.12208> [fecha de consulta: 29 de marzo de 2023].
- KOROBKIN B., Russell & Thomas S. ULEN (2000). "Law and behavioral science: removing the rationality assumption from law and economics". *California Law Review*, vol. 88. Disponible en <https://doi.org/10.2307/3481255> [fecha de consulta: 27 de abril de 2023].
- LANGDELL, Christopher C. (1871). *A selection of cases on the law of contracts*. Boston: Little, Brown.
- LOMFELD, Bertram (2013). "Contract as deliberation. Law and contemporary problems". *The Public Dimension of Contract: Contractual Pluralism Beyond Privity*, vol. 76, No. 2. Disponible en <https://scholarship.law.duke.edu/lcp/vol76/iss2/2> [fecha de consulta: 27 de abril de 2023].
- LÓPEZ DÍAZ, Patricia Verónica (2023a). "El débil jurídico en el derecho privado chileno". *Ius et Praxis*, vol. 29, n.º 1. Talca.
- LÓPEZ DÍAZ, Patricia Verónica (2023b). "El consumidor hipervulnerable como débil jurídico en el derecho chileno: una taxonomía y alcance de la tutela aplicable". *Latin American Legal Studies*, vol. 10, n.º 2. Disponible en <https://lals.ua.cl/index.php/rld/issue/view/11> [fecha de consulta: 22 de junio de 2023].
- LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge (1986). *Los contratos, parte general*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge y Fabián ELORRIAGA DE BONIS (2017). *Los contratos. Parte general*. 6ª ed. Santiago: Thomson Reuters.
- LYON PUELMA, Alberto (2017). *Integración, interpretación y cumplimiento de contratos*. Santiago: Ediciones UC.
- MACKAAY, Ejan & Violette LEBLANC (2003). "The law and economics of good faith in the civil law of contract". Disponible en <https://papyrus.bib.umontreal.ca/xmlui/handle/1866/125> [fecha de consulta: 22 de junio de 2023].
- MCLAUCHLAN, David (2005). "The agreement to negotiate in good faith: a non-judicial contract?". *New Zealand Business Law Quarterly*, vol. 11. Wellington.
- MERCURO, Nicholas & Steven MEDEMA (1997). *Economics and the law*. New Jersey: Princeton University Press.
- MONROY CELY, Daniel (2011). "Análisis económico de la buena fe en el derecho de contratos". *Revista Con-texto. Revista de Derecho y Economía*, n.º 33. Bogotá.
- MUÑOZ LEÓN, Fernando (2011). "Langdell's and Holmes's influence on the institutional and discursive conditions". *Revista Chilena de Derecho*, vol. 38, n.º 2. Santiago.
- PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel (2003). *Obligaciones. Teoría general y clasificaciones. La resolución por incumplimiento*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- PEREIRA FREDES, Esteban (2019). "Muerte del contrato", en Esteban PEREIRA (ed.). *Fundamentos filosóficos del derecho civil chileno*. Santiago: Rubicón.

- PEREIRA FREDES, Esteban (2020). “La buena fe y sus fundamentos normativos”. *Latin American Legal Studies*, vol. 7. Disponible en <https://lals.uai.cl/index.php/rld/issue/view/7> [fecha de consulta: 22 de junio de 2023].
- PEREIRA FREDES, Esteban (2022). “Altruismo y solidaridad en el derecho”. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 49, n.º 3. Santiago.
- PINOCHET OLAVE, Ruperto (2019). “El consumidor y la tercera edad: ¿una tutela diferente?”, en Alfredo FERRANTE (dir.). *Venta y protección del consumidor. Una visión a través del caleidoscopio latinoamericano*. Santiago: Thomson Reuters.
- POSNER, Richard (1983). *The economics of justice*. Cambridge: Harvard University Press.
- POSNER, Richard A. & Andrew M. ROSENFELD (1977). “Impossibility and related doctrines in contract law: an economic analysis”. *The Journal of Legal Studies*, vol. 6, No. 1. Disponible en www.jstor.org/stable/724191 [fecha de consulta: 6 de mayo de 2023].
- PRADO LÓPEZ, Pamela (2015). *La colaboración del acreedor en los contratos civiles*. Santiago: Legal Publishing/Thomson Reuters.
- RESHMA, Korde (2000). “Good Faith and Freedom of Contract”. *Jurisprudence Review*, vol. 142. Disponible en <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/ucljrev7&div=14&id=&page=> [fecha de consulta: 8 de mayo de 2023].
- RIVEROS, Carolina (ed.) (2021). *Protección jurídica de las personas mayores en Chile*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- RÖDL, Florian (2013). “Contractual freedom, contractual justice, and contract law”. *Law and Contemporary Problems*, vol. 76, No. 2. Disponible en www.jstor.org/stable/24244720 [fecha de consulta: 8 de mayo de 2023].
- ROJAS COVARRUBIAS, Nicolás (2014). “¿Es el consumidor un mal padre de familia? Alcance del deber de cuidado exigible a los consumidores”, en Álvaro VIDAL, Gonzalo SEVERÍN y Claudia MEJÍAS (eds.). *Estudios de derecho civil x*. Santiago: Thomson Reuters.
- ROMERO, Iván (2014). “Consumer behavior view from three different theories”. Disponible en [www.revistanegotium.org.ve/núm. 29](http://www.revistanegotium.org.ve/núm.29) [fecha de consulta: 10 de mayo de 2023].
- SALAZAR SILVA, Ignacio (2022). “La proyección de la buena fe en la etapa de ejecución de los contratos de larga duración: deberes de cooperación y de renegociación”. *Revista de Estudios Ius Novum*, vol. XIV, n.º 1. Disponible en www.revista-iusnovum.cl/index.php/REIN/article/view/150/110 [fecha de consulta: 10 de mayo de 2023].
- SÁNCHEZ ZORRILLA, Manuel (2011). “La metodología en la investigación jurídica: características peculiares y pautas generales para investigar en el Derecho”. *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, n.º 14. Disponible en www.rtdf.es/ [fecha de consulta: 12 de mayo de 2023].
- SCHÄFER, Hans-Bernd & Claus OTT (2004). *The economic analysis of civil law*. (trad.) Matthew BRAHAM. Cheltenham/Northampton, Massachusetts: Edward Elgan Publishing Limited.

- SCHAVELL, Steven (2004). *Foundations of economic analysis of law*. Massachusetts/Cambridge: Harvard University Press.
- SCHOPF OLEA, Adrian (2018). “La buena fe contractual como norma jurídica”. *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º 31. Santiago.
- SCHWARTZ, Alan & Robert E. SCOTT, (2003). “Contract theory and the limits of contract law”. *The Yale Law Journal*, vol. 113, No. 3. Disponible en www.jstor.org/stable/3657531 [fecha de consulta: 12 de mayo de 2023].
- SCOTT, Robert E (2006). “The law and economics of incomplete contracts”. *Annual Review of Law and Social Science*, vol. 2. Disponible en www.annualreviews.org/content/journals/lawsocsci/2/1 [fecha de consulta: 12 de junio de 2023].
- SCOTT, Robert E. (2004). “The death of contract law”. *The University of Toronto Law Journal*, vol. 54, No. 4. Disponible en www.jstor.org/stable/4144929 [fecha de consulta: 12 de mayo de 2023].
- SHELL, G. Richard (1991). “Opportunism and Trust in the Negotiation of Commercial Contracts: Toward a New Cause of Action”. *Vanderbilt Law Review*, vol. 44, Issue 2. Disponible en chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://scholarship.law.vanderbilt.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2467&context=vlr [fecha de consulta: 12 de mayo de 2023].
- SHELL, G. Richard (1991). “Opportunism and trust in the negotiation of commercial contracts: toward a new cause of action”. *Vanderbilt Law Review*, vol. 44, Issue 2. Nashville.
- SUNSTEIN, Cass R. (2003). “Beyond the Precautionary Principle on JSTOR”. *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 151, No. 3. Disponible en www.jstor.org/stable/3312884 [fecha de consulta: 12 de junio de 2023].
- SUNSTEIN, Cass R. (2020). *Behavioral science and public policy. Elements in public economics*. Cambridge: Cambridge University Press.
- TAPIA MALIS, Liat (2014). “La buena fe como mecanismo de integración eficiente”, en Álvaro VIDAL, Gonzalo SEVERÍN y Claudia MEJÍAS (eds.). *Estudios de derecho civil x*. Santiago: Thomson Reuters.
- THALER, Richard H. & Cass R. SUNSTEIN (2008). *Nudge: Improving decisions about health, wealth, and happiness*. New Haven & London: Yale University Press.

Otros

Historia de la Ley n.º 21.398. Disponible en www.bcn.cl/historiadelailey/nc/historia-de-la-ley/7946/ [fecha de consulta: 12 de junio de 2023].

SIGLAS Y ABREVIATURAS

AED	Análisis Económico del Derecho
ANID	Agencia Nacional de Investigación y Desarrollo
art.	artículo

arts.	artículos
BGB	<i>Bürgerliches Gesetzbuch</i> (Código Civil alemán)
CC	<i>Código Civil</i>
coord.	coordinadora
dir.	director <i>a veces</i> directora
dirs.	directores
ed.	editor <i>a veces</i> edición, edition, editora
eds.	editores
etc.	etcétera
FONDECYT	Fondo Nacional de Desarrollo Científico y Tecnológico
https	Hypertext Transfer Protocol Secure
Isapre	Institución de Salud Previsional
L&E	Law & Economics
n.º <i>a veces</i> Núm.	número
No.	number
NNA	Niño, niña o adolescente
<i>Op. cit.</i>	<i>Opere citato</i>
ORCID	Open Researcher and Contributor ID
p.	página
pp.	páginas
trad.	traducción
UC	Universidad Católica
vol.	volumen
www	World Wide Web