



Revista de Derecho Privado

ISSN: 0123-4366

revderprivado@uexternado.edu.co

Universidad Externado de Colombia

Colombia

Monroy C., Daniel A.

Reglas supletivas "sancionatorias" en el derecho de contratos colombiano: el caso del
contrato de transporte

Revista de Derecho Privado, núm. 30, enero-junio, 2016, pp. 221-254

Universidad Externado de Colombia

Bogotá, Colombia

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=417546338008>

- ▶ Cómo citar el artículo
- ▶ Número completo
- ▶ Más información del artículo
- ▶ Página de la revista en redalyc.org



Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

Reglas supletivas “sancionatorias” en el derecho de contratos colombiano: el caso del contrato de transporte*

» DANIEL A. MONROY C.**

RESUMEN: A finales de la década de 1980, AYRES y GERTNER propusieron una controversial teoría sobre cómo integrar el contenido de lagunas en contratos incompletos, acuñando la noción de “*penalty default rule*” (*regla supletiva sancionatoria*) para referirse a aquella regla que “sanciona” el silencio de las partes integrando al contrato una regla supletiva que “no” coincide con lo que la mayoría de las partes hubiesen querido. Bajo esta premisa, el artículo pretende demostrar que dichas *reglas supletivas sancionatorias* existen en el derecho de contratos colombiano. Así, (i) propone una metodología para identificar situaciones contratuales hipotéticas donde conviene establecer *reglas supletivas sancionatorias*; (ii) somete a prueba la metodología a la luz del principal caso de estudio descrito por AYRES y GERTNER, y (iii) replica la metodología con un caso propio del derecho de contratos colombiano.

* Fecha de recepción: 31 de diciembre de 2015. Fecha de aceptación: 18 de abril de 2016.
Para citar el artículo: D. A. MONROY C., “Reglas supletivas ‘sancionatorias’ en el derecho de contratos colombiano: el caso del contrato de transporte”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 30, enero-junio de 2016, 221-254. DOI: <http://dx.doi.org/10.18601/01234366.n30.08>

** Abogado de la Universidad de los Andes, Bogotá, Colombia. Especialista en Derecho Contractual de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia. Magíster en Derecho Económico de la Universidad de Chile, Santiago de Chile, Chile. Estudiante de doctorado en Derecho de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia. Docente investigador en temas de Análisis Económico del Derecho y *Behavioral Law and Economics* del Departamento de Derecho Económico de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia. [Otros trabajos en: http://works.bepress.com/daniel_monroy/]. Contacto: daniel.monroy@uexternado.edu.co

PALABRAS CLAVE: Derecho de contratos, Análisis Económico del Derecho de Contratos, reglas supletivas.

The Penalty Default Rule in Colombian Contract Law: The Case of the Contract of Carriage of Goods

ABSTRACT: In the late 1980s, IAN AYRES and ROBERT GERTNER proposed a supplementary but controversial theory about how to fill gaps in incomplete contracts. Specifically, the authors coined the concept of the “penalty default rule”. This is a default rule that penalizes the silence of the contracting parties by filling a gap with a term that the majority of parties wouldn’t have wanted. Based on this theoretical background, the aim of this paper is to show that indeed, there are penalty defaults rules in Colombian contract law. To this end, the paper (i) proposes a methodology to identify hypothetical factual situations in which penalty defaults should be established; subsequently, (ii) this methodology is tested in light of the central example of “penalty default rules” described by Ayres and Gertner; finally, (iii) the methodology is once again tested, but using an example of Colombian contract law.

KEYWORDS: Law and Economics, contract law, default rules, Law Making.

SUMARIO: Introducción. I. Incompletitud contractual e incompletitud del enfoque del Análisis Económico del Derecho. A. Teoría *filling gaps*. II. Metodología *filling gaps*. III. Las *reglas supletivas sancionatorias* en acción. IV. “Reglas supletivas sancionatorias” en el contrato de transporte en Colombia. Comentarios finales. Bibliografía.

Introducción

Las reglas que regulan los contratos suelen dividirse en dos grandes grupos dependiendo de la libertad con que cuentan las partes para pactar en torno a las mismas. En un primer grupo se encuentran las denominadas “reglas imperativas” (o inmutables): estas son aquellas respecto de las cuales las partes contratantes se encuentran restringidas para pactar y/o modificar su contenido¹; por otro lado, existe un segundo grupo de reglas que resultan vinculantes a menos que las partes efectúen un acuerdo en torno a ellas; a estas reglas se les denomina

¹ Sobre la noción de las reglas imperativas o inmutables, cfr. BARNETT, R., “The Sound of Silence: Default Rules and Contractual Consent”, en *Virginia Law Review* n.º 78, 1992, 825: “[la regla inmutable es aquella] regla de fondo del contrato que puede llenar los vacíos [gaps] [...] incluso desplazando lo acordado por las partes”. También KOROBKIN, R., “The Status Quo Bias and Contract Default Rules”, en *Cornell Law Review*, n.º 83, 1998, 610: “las reglas inmutables [son] aquellas que las partes privadas no son libres de modificar”.

comúnmente “reglas supletivas” (de la voluntad), “reglas predeterminadas”² o “reglas por defecto” (*default rules*)³.

De otra parte, y desde una perspectiva funcional, las regla supletivas son aquellas dirigidas a suplir las ausencias de declaración de las partes no esenciales del contrato, es decir, su fin es dotar de contenido lo que la doctrina denomina como “lagunas contractuales”⁴.

A su turno, desde la perspectiva del Análisis Económico del Derecho clásico (en adelante, AED), tradicionalmente ha habido un amplio debate doctrinal de orden normativo acerca de cómo dotar de contenido las lagunas contractuales, esto es, en torno a cuál debe ser el contenido o el diseño de las reglas supletivas.

Dicho debate se ha inclinado a defender el criterio de que el contenido de las reglas supletivas debe ser aquel “que las partes hipotéticamente hubieran querido”⁵, de forma más concreta, el *mainstream* del AED propone que las reglas supletivas deben tratar de reproducir o imitar las decisiones que la “mayoría” de las partes tomaría en casos similares si los costos de transacción se lo permitiesen; en otras palabras, lo que se sugiere es que las reglas supletivas eficientes son aquellas que coinciden con lo que –hipotéticamente– al menos la mayoría de las partes mismas (que se suponen racionales y maximizadoras) acordarían

² En un escrito anterior, MONROY, D., “La preconfiguración del contrato: una propuesta de definición de las reglas predeterminadas en el derecho de contratos”, *Revista de Derecho Privado*, n.º 25, 2013, definimos las reglas predeterminadas como aquellas reglas que en el ámbito del derecho de contratos (i) se encuentran contenidas en el derecho objetivo, (ii) son hipotéticamente derogables mediante preceptos de autonomía en situaciones jurídicas concretas conforme una jerarquía de valores, y (iii) que aplican, resultan vinculantes en el caso concreto ante la ausencia de dicha derogatoria.

³ Sobre las reglas supletivas y sus diferencias con las reglas inmutables cfr. SCHWARTZ, A., “The Default Rule Paradigm and the Limits of Contract Law”, en *Southern California Interdisciplinary Law Journal*, n.º 3, 1994, 390: “Las reglas del derecho de contratos pueden ser inmutables o por defecto [*defaults*]. Las partes no pueden modificar las reglas inmutables. Por tanto, una regla por defecto [una regla supletiva] puede definirse como una regla que las partes son libres de cambiar”.

⁴ BIANCA, C. M., *Derecho civil*, 3, *El contrato*, HINESTROSA, F. y CORTÉS, É. (trad.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 434, define la laguna contractual como “un vacío en el contenido del acuerdo, esto es, una falta de previsión de las partes en relación con un aspecto de la relación que no es susceptible de ser colmado mediante la aplicación de criterios hermenéuticos. Las lagunas contractuales dan lugar a la aplicación de las normas dispositivas y de las otras fuentes a las que remite la ley”. Análogamente señalan COOTER, R. y ULEN, T., *Derecho y Economía*, Suárez, É. (trad.), México D. F., Fondo de Cultura Económica, 1998, 256, que en el ámbito de los contratos “[estos] tienen muchas lagunas. Cuando un contrato no dice nada acerca de un riesgo, tendrá una ‘laguna’. Las lagunas son sucesos que no se consideran explícitamente en el contrato y que afectan a las obligaciones creadas por él”.

⁵ Cfr. POSNER, R., *Economic Analysis of Law*, 6.^a ed., New York, Aspen Publishers, 2003, 413, cuando indica que “[las reglas supletivas] economizan costos de transacción mediante la provisión de los términos contractuales estándar que la mayoría de las partes habría adoptado por acuerdos explícitos”.

si hubiesen tenido la oportunidad de hacerlo explícitamente⁶. Según la propia doctrina del AED, las reglas supletivas que cumplen este criterio suelen denominarse “*majoritarian defaults*”⁷; para nuestros efectos nos referiremos a ellas como “*reglas supletivas mayoritarias*”.

Por supuesto, el que se puede denominar como “criterio de las *reglas supletivas mayoritarias*” no ha sido ajeno a las críticas incluso por los propios especialistas del AED. Sobre este particular, CRASWELL⁸ ha señalado que cuando se establece una *regla supletiva mayoritaria*, simultáneamente se está decidiendo qué tipo de partes contratantes (la mayoría) mejorarían su situación si dejaran actuar a la regla, y por lo mismo se está decidiendo qué tipo de partes (la minoría) mejorarían su situación si incurrieran en los costos de transacción necesarios para modificar la regla. Sin embargo, este enfoque suele omitir que las partes de diferentes situaciones contractuales son heterogéneas entre sí, y por tanto los costos de transacción difieren normalmente de caso a caso. De suerte que el establecimiento de la regla supletiva adecuada puede depender más de las magnitudes exactas de los costos de transacción en los que cada parte debe incurrir para acordar en torno a la regla, y no tanto de la cantidad de partes que mejorarían su situación ya sea dejando actuar a la regla o llegando a un acuerdo en torno a la misma⁹.

6 BARNETT, *The Sound of Silence: Default Rules and Contractual Consent*, cit., 893: “[el] análisis eficientista intenta establecer la regla por defecto que la mayoría de las partes habrían negociado”. También CRASWELL, R., “Contract Law: Legal Theories”, en *Encyclopedia of Law and Economics: General Contract law*, 1999, 3: “[Las reglas supletivas mayoritarias] se describen a veces como las normas que las propias partes habrían elegido, si hubieran tenido el tiempo para acordar explícitamente una norma que gobernara [govern] su relación”.

7 Cf. AYRES, I. y GERTNER, R., “Filling gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules”, en *The Yale Law Journal*, v. 99, n.º 1, 1989, 93, y “Majoritarian vs. Minoritarian Defaults”, en *Stanford Law Review*, v. 51, n.º 6, 1999; AYRES, “Making a Difference: The Contractual Contributions of Easterbrook and Fischel”, en *The University of Chicago Law Review*, v. 59, n.º 3, 1992, 1402; BARNETT, *The Sound of Silence: Default Rules and Contractual Consent*, cit., p. 894; SCHWARTZ, A. y SCOTT, R., “Contract Theory and the Limits of Contract Law”, en *The Yale Law Journal*, v. 113, n.º 3, 2003, 570; POSNER, E., “There Are No Penalty Default Rules in Contract Law”, en *Florida State University Law Review*, v. 33, 2005, 563; COOTER, R. y ULEN, T., *Law & Economics*, 5th ed., Boston, Pearson Addison Wesley, 2007, 221; KOROBKIN, *The Status Quo Bias and Contract Default Rules*, cit., 614; FEREJOHN J. y FRIEDMAN B., “Toward a Political Theory of Constitutional Default Rules”, en *Florida State University Law Review*, v. 33, n.º 3, 2006, 840; CRASWELL, “Contract Law: Legal Theories”, cit., 2 ss.

8 CRASWELL, “Contract Law: Legal Theories”, cit., 5.

9 Así por ejemplo, supóngase que en el 90% de los casos (que razonablemente se puede ver como “la mayoría”) las partes prefieren pactar un nivel alto de responsabilidad del vendedor, y que en el 10% restante preferirían pactar un nivel bajo de responsabilidad. De ser así, el criterio de la regla supletiva mayoritaria recomendaría establecer un nivel alto de responsabilidad en este tipo de contratos. Sin embargo, ¿por qué aparentemente no tiene relevancia la magnitud de los costos de transacción en que incurre el 10% de las partes para modificar la regla? ¿qué sucede si dicha magnitud es menor que la magnitud de los costos de transacción en que incurriría el 90% de las partes si la regla supletiva fuese la “no” mayoritaria? Estas preguntas son poco comunes entre quienes defienden el enfoque de las “reglas supletivas mayoritarias”.

No obstante, respecto del “criterio de las *reglas supletivas mayoritarias*” quizá la crítica que más debate ha generado es la sustentada por AYRES y GERTNER, quienes a finales de la década de 1980 propusieron una teoría suplementaria a la defendida comúnmente –al menos hasta ese momento– por los especialistas del AED. Esta teoría fue descrita originalmente en su texto “*Filling gaps in incomplete contracts: An economic theory of default rules*” (en adelante, *Filling gaps...*).

En breve, el objetivo principal de los autores referenciados es proponer una teoría normativa –suplementaria– acerca de cómo los tribunales y los legisladores debieran establecer el contenido de las reglas supletivas en el derecho de contratos. La hipótesis de *Filling gaps...* es que las reglas supletivas eficientes pueden tomar una variedad de formas que en ocasiones pueden –y de hecho, deben– ser opuestas a la regla que se deduciría del criterio de las *reglas supletivas mayoritarias*. Para estos efectos, AYRES y GERTNER acuñan la noción de “*penalty defaults rules*” (en adelante, *reglas supletivas sancionatorias*) para referirse a aquellas reglas supletivas preestablecidas por el derecho de contratos, y cuyo fin es incentivar a al menos una de las partes a acordar en torno a la propia regla, y por tanto, a que se establezcan explícitamente las cláusulas contractuales que las propias partes prefieran. Vale decir que, por definición, las *reglas supletivas sancionatorias* se establecen deliberadamente de forma tal que “no” coincidan con lo que la “mayoría” de las partes quisiera, y ello con el fin de presionar a las partes a que se revelen información relevante entre ellas o a un tercero (*v. gr.*, un tribunal)¹⁰.

Con estas ideas como trasfondo, el objetivo principal del presente artículo es demostrar que dichas *reglas supletivas sancionatorias* existen y resultan útiles incluso en el ámbito del derecho de contratos colombiano. Para efectos de cumplir su objetivo, el trabajo se divide en seis secciones incluyendo esta breve introducción. En la segunda sección se describe el enfoque descriptivo y normativo defendido comúnmente por el *mainstream* del AED acerca del contenido de las reglas supletivas en el derecho de contratos (teoría coasena del contrato); seguidamente se expone la crítica a dicho enfoque, esto a partir de la síntesis de la teoría (suplementaria) ideada por AYRES y GERTNER y dirigida a defender el establecimiento de *reglas supletivas sancionatorias* en el marco del derecho de contratos. En la tercera sección, y partiendo de la teoría de AYRES y GERTNER, se propone una metodología encaminada a identificar situaciones contractuales en las cuales conviene, resulta útil apartarse del criterio defendido por el *mains-*

10 Sobre la noción de las reglas supletivas sancionatorias cfr. AYRES y GERTNER, *Filling gaps...*, cit., 91. También SCOTT, R., “A Relational Theory of Default Rules for Commercial Contracts”, en *The Journal of Legal Studies*, v. 19 n.º 2, 1990, 609, quien utiliza el término “information-forcing default rule” para referirse a “aquellas reglas supletivas establecidas, no para que coincidan con las asignaciones finales que la mayoría de las partes [bargainers] preferiría, sino que se establecen con el fin de inducir a una parte a que comparta información relevante con la otra”. Cfr. también MASKIN, E., “On the Rationale for Penalty Default Rules”, en *Florida State University Law Review*, v. 33, n.º 3, 2006, 557, quien indica que “las reglas supletivas sancionatorias son reglas que deliberadamente describen resultados que las partes no desean”.

trean del AED y preferir el establecimiento de *reglas supletivas sancionatorias*. En la cuarta sección se somete a una primera prueba la metodología propuesta en la sección precedente, ello a través del principal caso de estudio descrito por los propios AYRES y GERTNER en *Filling gaps...* En la quinta sección se retoma la metodología propuesta previamente, pero en esta oportunidad para evidenciar un caso concreto de *reglas supletivas sancionatorias* actualmente objeto de debate en el derecho de contratos colombiano. En la última sección, y con el fin de reabrir la controversia, se delinean algunas ideas relevantes no explícitas pero derivadas de *Filling gaps...*, la metodología propuesta y la aplicación concreta de esta última. Finalmente se señalan someramente dos casos adicionales del derecho de contratos colombiano en los que –eventualmente– pueden o deberían existir *reglas supletivas sancionatorias*.

I. Incompletitud contractual e incompletitud del enfoque del Análisis Económico del Derecho

En la literatura del AED es común la afirmación de que –en la realidad– los contratos son invariablemente incompletos¹¹, y se ha insistido en el argumento de que tal incompletitud contractual, es decir, la existencia de lagunas contractuales¹², es la consecuencia de la ineludible existencia de costos de transacción¹³.

El reconocimiento de los costos de transacción como explicación de la incompletitud contractual ha permitido sintetizar lo que JASON SCOTT denomina como la “teoría coasena del contrato”¹⁴, la cual posee una faceta de orden descriptivo y otra de orden normativo.

¹¹ Cfr. BARNETT, The Sound of Silence: Default Rules and Contractual Consent, cit., 821; SHAVELL, S., Foundations of Economic Analysis of Law, Cambridge, The Belknap Press of Harvard University Press, 2004, 299; SCHWARTZ y SCOTT, *Contract Theory and the Limits of Contract Law*, cit., 595; HERMALIN, B.; KATZ, A. y CRASWELL, R., “Law & Economics of Contracts”, en POLINSKY, M. y SHAVELL, S., *The Handbook of Law & Economics*, Cambridge, North-Holland, 2006, 5.

¹² Sobre la noción de laguna contractual cfr. *supra* nota 4.

¹³ Sobre los costos de transacción como razón de la incompletitud contractual, cfr. AYRES y GERTNER, *Filling gaps in Incomplete Contracts...*, cit., 92: “Los especialistas han atribuido la incompletitud [contractual] principalmente a los costos de contratación. Los contratos pueden ser incompletos porque los costos de transacción de pactar de forma explícita cada contingencia determinada superan a los beneficios”. HIRSCH, A., “Default Rules in Inheritance Law: A Problem in Search of Its Context”, en Fordham Law Review, v. 73, n.º 3, 2004, 1037: “Sin embargo, en nuestro imperfecto mundo, las partes que negocian deben soportar los costos de transacción, que inevitablemente dan lugar a acuerdo incompletos”. TIROLE, J., “Incomplete Contracts: Where Do We Stand?”, en *Econometrica*, v. 67, n.º 4, 1999, 743: “En la literatura, los modelos de contratación incompleta son precedidos generalmente por una apelación a los costos de transacción, con una o varias de las siguientes denominaciones, a saber: [...] Contingencias imprevistas, [...] Costos de redacción del contrato, [...] Costos de cumplimiento del contrato”.

¹⁴ SCOTT, J., “Strategic Bargaining and the Economic Theory of Contract Default Rules”, en *The Yale Law Journal*, v. 100, n.º 3, 1990.

En su orden, como teoría descriptiva, del Teorema de Coase se desprende la tesis de que, si no existiesen costos de transacción, entonces el contenido –es decir, la (pre)configuración inicial de derechos establecida en la regla supletiva– y la regla en sí misma son irrelevantes en términos de eficiencia, ya que cualquier acuerdo en torno o al margen de esta regla no implicaría costo alguno para las partes¹⁵. Pero, si se asume la existencia de costos de transacción –incluso en los escenarios contractuales–, del mismo Teorema se derivan dos corolarios relativos a la relevancia de la configuración sustancial de la regla supletiva: por un lado, (i) que si la sumatoria de las ganancias para las partes derivadas de acordar en torno a dicha (pre)configuración son menores que los costos de transacción asociados a llegar a tal acuerdo, entonces las partes (por eficiencia) dejarán una laguna contractual, y por tanto, lo establecido en la regla supletiva se convertirá en la configuración final de los derechos de las partes. Pero, por otro, (ii) que si la sumatoria de las ganancias derivadas de acordar en torno a la regla supletiva es mayor que los costos de transacción, entonces las partes harán un acuerdo explícito en torno a la regla, y por tanto no dejarán la laguna contractual.

Ahora, como teoría normativa, la “teoría coasena del contrato” señala que la configuración inicial de derechos que establece una regla supletiva es eficiente si minimiza los costos de transacción, y tal resultado se obtiene si el *lawmaker* reduce la necesidad de que al menos la “mayoría” de los diferentes tipos de partes acuerden en torno a la regla. De suerte que, tal como se sugirió en la introducción de este texto, el *lawmaker* puede –y de hecho debe– reducir los costos de transacción mediante el establecimiento de *reglas supletivas mayoritarias*¹⁶, y *por lo mismo debieran identificarse y descartarse las reglas supletivas “no” mayoritarias*¹⁷.

Vale resaltar que, de acuerdo con la literatura del AED, existe una inescindible relación entre costos de transacción y las asimetrías de información, en el sentido de que el escenario sin costos de transacción supone –entre otras condiciones– ausencia de tales asimetrías¹⁸. Por tanto, en ausencia de costos de trans-

15 Sobre este punto, en un trabajo anterior, MONROY, D., “Acerca del diseño óptimo de las reglas predeterminadas en el derecho contratos”, Working Paper, 2013, 18, señalamos que, conforme se deduce del Teorema, “si no existiesen costos de transacción, las partes llenarían ellas mismas y de manera explícita todas las lagunas contractuales, en realidad, estas no existirían y por tanto, las normas predeterminadas perderían prácticamente cualquier razón de ser”.

16 AYRES y GERTNER, *Majoritarian vs. Minoritarian Defaults*, cit., 1593.

17 Sobre la faceta normativa de la “teoría coasena del contrato”, cfr. SCOTT, J., *Strategic Bargaining and the Economic Theory of Contract Default Rules*, cit., 624: “Cuando las personas tienen diferentes preferencias, se ha tomado el teorema de Coase para recomendar la selección de una configuración inicial, que es eficiente para la ‘mayoría’ de los negociadores, ya que es la configuración que reduce al mínimo los costos de transacción”.

18 En la literatura sobre los “costos de transacción” en ocasiones la (a)simetría de información se trata como un presupuesto de dichos costos, pero en otras ocasiones se trata como condiciones independientes que afectan la toma de decisiones de los individuos. Sobre la primera aproximación, cfr. WILLIAMSON, O., *Las instituciones económicas del capitalismo*. Suárez, E. (trad.), México D. F., Fondo de Cultura Económica, 1989, 30-32; sobre la segunda aproximación, cfr. WILLIAM-

sacción la adquisición de información relevante para cada parte puede lograrse sin costo, y por lo mismo, si la información está asimétricamente distribuida, ello genera mayores costos de transacción¹⁹. Esta aclaración resulta pertinente porque, como se mostrará en breve –y para efectos de comprender de mejor manera la aproximación de *Filling gaps...*–, conviene separar, por un lado, los costos de transacción generados por razones diferentes a las asimetrías de información, y por el otro, las asimetrías de información *stricto sensu*²⁰.

Ahora, como también se advirtió preliminarmente, el enfoque de las *reglas supletivas mayoritarias* no ha sido ajeno a la crítica incluso entre los propios especialistas del AED. Sobre el particular, AYRES y GERTNER²¹ afirman que la “teoría coaseana del contrato” y el consecuente enfoque de las *reglas supletivas mayoritarias* resulta ser un enfoque incompleto por varias razones, entre ellas, porque, como teoría normativa, brinda poca orientación sobre cómo determinar exactamente el contenido de la regla supletiva en un *caso concreto*²². Y como teoría positiva, el mismo enfoque coaseano pierde de vista que la magnitud de los propios costos de transacción asociados a pactar en torno a la regla supletiva al momento de la celebración del contrato (costos *ex ante*) puede incentivar a las partes a desplegar comportamientos oportunistas, en el sentido de que estas dejan lagunas contrac-

son, O., *Markets and Hierarchies Analysis and Antitrust Implications: A Study in the Economics of Internal Organization*, New York, The Free Press, 1975, 31.

19 Sobre este punto, AYALA, J., *Instituciones y economía: Una introducción al neoinstitucionalismo económico*, México, D. F., Fondo de Cultura Económica, 1999, 187, señala que los costos de transacción surgen por diversas razones, a saber: (i) por la transferencia misma de los derechos de propiedad; (ii) por cambios en los términos de intercambio especificados en las instituciones, y (iii) “por problemas de información en cualquiera de sus modalidades: información incompleta, información asimétrica, aversión al riesgo, daño moral y selección adversa”.

20 En ocasiones, en la propia doctrina del AED en general y en el derecho de contratos en especial, la ausencia de costos de transacción y la simetría en la información entre las partes se tratan como condiciones independientes a fin de identificar las “reglas supletivas mayoritarias”. Cfr. SCHWARTZ, *The Default Rule Paradigm and the Limits of Contract Law*, cit., 390, cuando afirma que “[una regla supletiva debe proveer] una solución satisfactoria a un problema de las partes del contrato cuando este mismo carece de tal solución. El tomador de decisiones [lawmaker] debe suministrar aquella regla supletiva que las partes redactarían si hubiesen estado informadas, fuesen racionales y no tuvieran costos de transacción”; cfr. también EASTERBROOK F. y FISCHEL, D., “The Corporate Contract”, en *Columbia Law Review*, v. 89, n.º 7, 1989, 1433: “[Una regla supletiva debe ser] el término que las partes habrían seleccionado con información completa y sin costos de contratación”.

21 AYRES y GERTNER, *Filling gaps in Incomplete Contracts...*, cit., 93.

22 Hablamos en este punto sobre la determinación de la regla aplicable a un “caso concreto”, porque en el contexto de la teoría de las reglas supletivas se suele diferenciar entre “reglas personalizadas” (*tailored defaults*) y “reglas despersonalizadas” (*untailored defaults*). Las primeras pretenden establecer con “precisión” lo que las partes habrían negociado en el caso concreto; puede decirse que las “reglas personalizadas” son “reglas supletivas mayoritarias” hechas “a la medida” de las necesidades concretas de las partes. A su turno, las “reglas despersonalizadas” pretenden establecer lo que –en general– habrían negociado las partes, independientemente de sus características y circunstancias concretas. cfr. AYRES y GERTNER, *Filling gaps in Incomplete Contracts...*, cit., 91.

tuales que, en caso de presentarse la contingencia no prevista, entonces deben ser llenadas por los tribunales pero a mayores costos (*ex post*) y que las partes no necesariamente internalizan²³.

Estas críticas, entre otras dirigidas al enfoque de las *reglas supletivas mayoritarias*, sugieren que la “teoría coaseana del contrato” es una teoría incompleta porque (i) la ineludible existencia de costos de transacción no es necesariamente la única razón de la incompletitud contractual, y también porque (ii) pueden existir casos en los cuales resulta adecuado (eficiente) para el *lawmaker* establecer reglas supletivas que presionen a las partes a incurrir en los costos de transacción (*ex ante*) asociados a pactar en torno a la regla supletiva, esto predeterminando precisamente lo que al menos una de las partes no quisiera, es decir, estableciendo *reglas supletivas “no” mayoritarias*; estas son las que definimos en la sección introductoria como *reglas supletivas sancionatorias*.

A. Teoría *Filling gaps*

Según *Filling gaps...*²⁴, una segunda razón de incompletitud de los contratos (no contemplada por la “teoría coaseana del contrato”) está relacionada con comportamientos racionales estratégicos que puede desplegar alguna de las partes por razones derivadas de asimetrías de información entre estas o respecto de un tercero en relación con el contrato (*v. gr.*, un juez). Los propios AYRES y GERTNER denominan esta razón de incompletitud contractual “incompletitud estratégica”:

... estratégicamente, una de las partes podría retener para sí información que aumentaría los beneficios totales de la contratación (el “tamaño del pastel”) con el fin de incrementar su participación en los beneficios de la contratación (el “tamaño de su porción del pastel”). Al tratar de contratar en torno a cierta regla supletiva, ello puede presionar a la parte a revelar información a su contraparte que afecta la forma como se divide entre ellas el pastel contractual. [...] Consideramos que las lagunas contractuales [además de los costos de transacción elevados] pueden ser también el resultado de un comportamiento estratégico desplegado por las partes contratantes relativamente mejor informadas. Al cambiar las reglas supletivas, los *lawmakers* pueden reducir significativamente las oportunidades

²³ Existen costos de transacción asociados a pactar en torno a la regla supletiva al momento de la negociación (costos *ex ante*) y costos asociados a llenar la laguna por parte del tribunal en caso de no haberse pactado el término explícito (costos *ex post*). En este contexto, las partes deben decidir –conforme un análisis costo-beneficio– si incurren en uno u otro tipo de costo; sin embargo, aunque los costos *ex ante* son cubiertos enteramente por las propias partes, en casos en los que los tribunales sean subsidiados por el Estado los costos *ex post* no necesariamente son cubiertos (internalizados) enteramente por las partes; en este último caso, el comportamiento de las partes se considera ineficiente en el sentido de que genera externalidades que podrían haberse evitado presionando a las partes a cubrir los costos *ex ante*.

²⁴ AYRES y GERTNER, *Filling gaps in Incomplete Contracts...*, cit., 94.

para que se despliegue este comportamiento estratégico de cacería de rentas (*rent-seeking*)²⁵.

En la cita transcrita se percibe, tal como ya se anticipó, que *Filling gaps...* se muestra como una teoría suplementaria a la “teoría coasena del contrato”, y que, como esta, también posee una faceta de orden descriptivo y otra de orden normativo.

Como teoría positiva, *Filling gaps...* no desvirtúa la tesis de que la incompletitud contractual sea consecuencia de la existencia de costos de transacción, sino que pretende mostrar que existen casos (situaciones fácticas) en los que tal incompletitud se explica mejor como consecuencia de comportamientos estratégicos desplegados por al menos una de las partes, que se dirigen a maximizar sus intereses individuales e incentivados por la existencia de asimetrías de información.

A su turno, como teoría normativa, *Filling gaps...* pretende que, en el supuesto de tal “incompletitud estratégica”, el *lawmaker* debiera prescindir premeditadamente del establecimiento de *reglas supletivas mayoritarias* y, en cambio, optar por establecer *reglas supletivas sancionatorias*. Lo anterior, dado que si –por definición– estas últimas difieren de lo que las partes mayoritariamente hubieran querido, por lo mismo, incentivan a que se pacte explícitamente en torno a aquellas, es decir, a que no se dejen lagunas contractuales; lo que, como resultado, incentiva la revelación y el flujo de información privada de la parte más informada hacia otra menos informada –incluso si esta última es un tercero–, y de esta manera también se desincentivan comportamientos estratégicos, lo que a la postre permite incrementar el tamaño de los beneficios totales (el tamaño del pastel contractual) derivables de la contratación²⁶.

Como se puede cotejar, una peculiaridad de la propuesta de AYRES y GERTNER es que esta defiende una posición diametralmente opuesta a la defendida

²⁵ Ibid., 94. Sobre este mismo punto, SCOTT, J., *Strategic Bargaining and the Economic Theory of Contract Default Rules*, cit., 619, indica que “a veces las personas omiten negociar en torno a la regla supletiva, no porque la regla sea eficiente para ellas sino porque existen impedimentos estratégicos para negociar en torno a esta; el supuesto de que si muchas personas negocian en torno a una regla supletiva no implica que la regla que negocian es entonces la regla óptima, es posible que, por razones estratégicas, la regla negociable no sea negociada”.

²⁶ Sobre la justificación –eficientista– del establecimiento de reglas supletivas sancionatorias en el derecho de contratos en general, así como sobre la teoría normativa derivable de *Filling gaps...*, cfr., además de AYRES y GERTNER, *Filling gaps in Incomplete Contracts...*, cit., CRASWELL, R., “Default Rules, Efficiency, and Prudence”, en *Southern California Interdisciplinary Law Journal*, v. 3, 1993, 295, quien afirma: “Una regla supletiva sancionatoria señala a las partes que la laguna será llenada de una manera claramente desgradable para ellas, proporcionándoles entonces un fuerte incentivo para que ellas mismas llenen la laguna”. También BRIDGEMAN, C., “Default Rules, Penalty Default Rules, and New Formalism”, en *Florida State University Law Review*, v. 33, n.º 3, 2006, 685: “AYRES y GERTNER sostienen que las reglas supletivas sancionatorias son preferibles a las reglas supletivas mayoritarias en aquellos casos en los que una parte posee información relevante que la otra parte no posee”.

por el *mainstream* del AED, por cuanto: (i) supone para el *lawmaker* selecciona deliberadamente aquellas reglas supletivas que la mayoría de partes “*no*” hubieran querido, y por lo mismo, (ii) presiona a las partes a pactar en torno a la regla supletiva, lo que supone que estas incurrirán en mayores costos de transacción. Empero, pese a esta doble contradicción con el *mainstream* del AED, *Filling gaps...* resulta coherente con las premisas fundamentales del AED²⁷.

II. Metodología *Filling gaps...*

De lo indicado hasta este momento conviene sintetizar las principales nociones relevantes y presentes en *Filling gaps...*, ello con el fin de proponer una metodología que nos permita identificar situaciones contractuales en las cuales conviene apartarse del criterio de las *reglas supletivas mayoritarias* y preferir el establecimiento de *reglas supletivas sancionatorias*. Tal metodología se expresa en los siguientes términos.

a. Criterio de las *reglas supletivas mayoritarias*

Desde la perspectiva normativa del AED tradicional (*v. gr.*, teoría coasena del contrato) se defiende comúnmente la tesis de que, en el marco del derecho de contratos, y con el fin de reducir los costos de transacción, es eficiente que el contenido de las reglas supletivas coincida con aquello que la “mayoría” de las partes acordaría en casos similares si los costos de transacción se lo permitiese. Este enfoque se puede denominar como criterio de las *reglas supletivas mayoritarias*.

Desde el punto de vista metodológico, de la tesis indicada se deriva la idea de que el primer paso es aislar una situación contractual, y sobre ella abordar la pregunta de cuál es la *regla supletiva mayoritaria* aplicable a esta situación contractual.

b. Incompletitud contractual estratégica

Empero, la “teoría coaseana del contrato” pierde de vista que los costos de transacción no son la única razón por la cual los contratos suelen ser incompletos.

27 Según la propia literatura del AED, sus premisas fundamentales son (las dos primeras de orden descriptivo y la tercera de orden normativo): (i) el supuesto de que los individuos se comportan conforme la teoría –económica– de la acción racional; (ii) el hecho de que las normas jurídicas incentivan el comportamiento individual en el sentido de que crean precios “implícitos”, y (iii) que la eficiencia debe ocupar –cuando menos– uno de los lugares más altos en la escala de valores a los que se debe dirigir el derecho. Para una explicación extensa de las premisas fundamentales del AED, cfr. ROEMER, A., *Introducción al Análisis Económico del Derecho*, México D. F., Fondo de Cultura Económica, 1994; RUBIO, M., *Economía Jurídica*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007; MONROY, D., “El razonamiento heurístico y algunas implicaciones en el análisis económico del derecho: El caso de las normas sobre donación de órganos”, en *Relaciones contemporáneas entre derecho y economía*, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2012, 365-424.

Específicamente, existen situaciones contractuales en las cuales al menos una de las partes tiene incentivos para comportarse estratégicamente mediante la retención de información privada que resultaría valiosa para su contraparte o para un tercero (*v. gr.*, el juez), pero que solo podría revelarse si se acuerda en torno a la regla supletiva. A esta razón de incompletitud contractual se le denomina “incompletitud contractual estratégica”.

Por tanto, metodológicamente, el segundo paso se dirige a identificar si en la misma situación contractual (aquella aislada en el primer paso) existen incentivos para que al menos una de las partes retenga información privada que puede resultar relevante para la contraparte o para un tercero.

c. Criterio de las *reglas supletivas “no” mayoritarias* o *reglas supletivas sancionatorias*

Por razones de eficiencia, en caso de “incompletitud estratégica”, y en oposición a lo indicado por la “teoría coasena del contrato”, conviene que el *lawmaker* establezca una regla que difiera sustancialmente de aquello que la mayoría de las partes hubieran querido, ello con el fin de incentivar a las partes a acordar en torno a la regla supletiva, promoviendo por esta vía el flujo de información de la parte más informada hacia la menos informada, o de las partes del contrato hacia un tercero.

En este orden, metodológicamente, la cuestión final se dirige a argumentar por qué, en la misma situación contractual, el establecimiento de una *regla supletiva sancionatoria* puede resultar más eficiente que optar por una *regla supletiva mayoritaria*.

Ahora, la metodología que hemos inducido a partir de *Filling gaps...* debe poder someterse a una prueba que demuestre su utilidad. Para estos efectos, consideramos que el caso más significativo en el cual se apoyan AYRES y GERTNER para demostrar su hipótesis de investigación hace posible evidenciar la utilidad de nuestra propuesta metodológica.

III. Las *reglas supletivas sancionatorias* en acción

En el marco del derecho anglosajón, el ejemplo más citado en la literatura acerca de las una *regla supletiva sancionatoria* es el precedente judicial sobre el no reconocimiento del pago de los daños consecuentes²⁸ derivado del caso *Hadley v.*

²⁸ En el marco del derecho de contratos anglosajón, y según ANDERSON, R., “Incidental and Consequential Damages”, en *Journal of Law and Commerce*, v. 7, n.º 2, 1987, 334, los daños consecuentes “[son aquellos] que no surgen del ámbito inmediato de la transacción comprador/vendedor, sino que se derivan de las pérdidas sufridas por la parte no-incumplida en sus relaciones, a menudo con terceros, que son consecuencia inmediata del incumplimiento, y que eran razonablemente previsibles por la parte incumplida al momento del contrato”; así por ejemplo,

*Baxendale*²⁹⁻³⁰. Según la propia doctrina jurídica anglosajona, la regla supletiva que se desprende del caso es que la responsabilidad por incumplimiento contractual del transportista se limita al nivel previsible de daños, sin incluir daños consecuentes, ello a menos que el remitente informe otra cosa³¹. En este orden, y conforme se desprende del caso *Hadley v. Baxendale*, en el evento de existir una laguna contractual respecto del alcance de la responsabilidad del transportador en caso de incumplimiento, esta se limita al pago de daños previsibles directos, a menos que las partes pacten en torno a la regla supletiva incluyendo además el pago de daños consecuentes.

Según *Filling de Gaps...*, la regla *Hadley* es un influyente caso de la jurisprudencia anglosajona³² que demuestra que bajo ciertas circunstancias se logran resultados incluso más eficientes mediante la selección de una regla supletiva

la pérdida de un negocio por parte del acreedor, el costo de oportunidad o el costo derivado del no uso de la cosa durante el tiempo de incumplimiento, son ejemplos típicos de daños consecuentes.

- 29 *Hadley v. Baxendale*, (1854) 156 Eng. Rep. 145 (Exch. Div.), citado en el contexto de las reglas supletivas sancionatorias (además de *Filling gaps...*) en POSNER, *There Are No Penalty Default Rules in Contract Law*, cit.; MASKIN E., "On the Rationale for Penalty Default Rules", en *Florida State University Law Review*, v. 33, n.º 3, 2006; WHINCOP, M., "Contracting Around The Conflict Rule: An Empirical Analysis of a Penalty Default", en *Journal of Corporate Law Studies*, v. 2, 2002; AYRES y GERTNER, Majoritarian vs. Minoritarian Defaults, cit.; AYRES, I., "Ya-Huh: There Are and Should Be Penalty Defaults", en *Florida State University Law Review*, v. 33, n.º 3, 2006; KOROBKIN, *The Status Quo Bias and Contract Default Rules*, cit.; BAKER S. y KRAWIEC, K., "The Penalty Default Canon", en *George Washington Law Review*, v. 72, 2004; y SCOTT, *Strategic Bargaining and the Economic Theory of Contract Default Rules*, cit.; entre otros.
- 30 En el caso concreto, Hadley era el propietario de un molino ubicado en la ciudad de Gloucester (Inglaterra) al cual se le averió uno de los cigüeñales necesarios para el funcionamiento del motor. Hadley pactó con Joyce la fabricación de un nuevo cigüeñal, pero este último le requirió previamente el envío del cigüeñal dañado con el fin de asegurar que el nuevo encajaría adecuadamente con las demás piezas del motor. Hadley contrató a un transportista (Baxendale) el envío y la entrega del cigüeñal al fabricante en un día cierto, pero Baxendale incumplió con la fecha pactada, lo que produjo que Hadley perdiera varios negocios. Hadley demandó entonces a Baxendale por los daños causados y representados en los beneficios perdidos mientras el molino no pudo operar a causa del retraso de aquel. El Tribunal indicó en este caso que solo los daños inmediatos, y no los consecuentes, serían compensados, y por tanto ordenó al demandado el pago de una fracción mínima de lo solicitado por Hadley. En el caso, el argumento principal del Tribunal fue que Hadley no mencionó a Baxendale sus circunstancias especiales y que el hecho de que se hubiese encargado el transporte de un repuesto dañado no le indicaba al transportista que aquel perdería beneficios en caso de retraso.
- 31 Según POSNER, *There Are No Penalty Default Rules in Contract Law*, cit., 567, la regla *Hadley* se expresa en que "el transportista no tiene que pagar daños ni perjuicios por las pérdidas consecuentes [causadas al remitente] a menos que estas sean comunicadas con antelación". Esta expresión de la regla supletiva coincide con la de BEBCUK, L. y SHAVELL, S., "Information and the Scope of Liability for Breach of Contract: The Rule of *Hadley v. Baxendale*", en *Journal of Law, Economics, and Organization*, v. 7, n.º 2, 1991, 284; también ARON, M., "The Principle of *Hadley v. Baxendale*", en *California Law Review*, v. 80, n.º 3, 1992, 566; entre otros.
- 32 Sobre la influencia del caso *Hadley v. Baxendale*, cfr. GILMORE, G., *The Death of Contract*, 2nd ed., Columbus, Ohio State University Press, 1995, 92: "Hadley v. Baxendale sigue siendo, y probablemente siempre será, una estrella fija en el firmamento de la jurisprudencia [anglosajona]."

que la mayoría de las partes “no” hubiera querido. Para demostrar esta tesis procedemos a (de)construir la argumentación de AYRES y GERTNER, pero conforme la metodología propuesta en la sección precedente de este texto.

a. Criterio de las *reglas supletivas mayoritarias*

¿Cuál es la *regla supletiva mayoritaria* aplicable al caso *Hadley v. Baxendale*? Desde la perspectiva del *mainstream* del AED (“teoría coaseana del contrato”) existen argumentos que permiten sostener que dicha regla indicaría que, “*en caso de incumplimiento contractual por parte del transportista, incluso los daños consecuentes causados al remitente deberán ser pagados por aquél*”.

En efecto, si la *regla supletiva mayoritaria* es aquella que las partes acordarían hipotéticamente en ausencia de costos de transacción, vale cuestionarse: ¿qué hubieran entonces pactado Hadley y Baxendale en tal supuesto? Para responder esta pregunta recordemos que uno de los presupuestos de la ausencia de dichos costos es que cada parte conozca la información relevante de la otra. Así, si la información está simétricamente distribuida entre las partes, ello supone que la ocurrencia de daños consecuentes para Hadley en caso de incumplimiento de Baxendale era información que debería haber sido conocida por este, y por tanto este último debería haber ajustado su comportamiento al valor de los daños consecuentes que su incumplimiento efectivamente causó; es decir, en el supuesto de ausencia de costos de transacción, Baxendale tendría conocimiento de que su incumplimiento causaría daños consecuentes a Hadley, razón por la cual debería haber incrementado su inversión en precaución, hasta el punto en el cual este valor se igualara a la magnitud de los daños (incluidos los daños consecuentes) multiplicado por la probabilidad de ocurrencia del incumplimiento.

Por supuesto, al planteamiento sugerido podría objetársele que no hay razones para generalizar que en la mayoría de los casos en que un transportista incumple un contrato este genera daños consecuentes al remitente. Así las cosas, puede defenderse la tesis de que la *regla supletiva mayoritaria* es la misma regla *Hadley*, o al menos que el establecimiento de la regla supletiva eficiente es una función dependiente de la cantidad de remitentes a los que el incumplimiento les causa daños consecuentes (*high-damage shippers*) en comparación con la cantidad de remitentes a quienes el mismo incumplimiento no les genera daños consecuentes (*low-damage shippers*).

Pese a esta plausible objeción, lo que sí parece particularmente generalizable es que el transportista sí suele estar en mejor posición que el remitente para soportar el riesgo de incumplimiento (*superior risk bearer*)³³. De hecho, si contem-

33 TRIANTIS, G., “Unforeseen Contingencies. Risk Allocation in Contracts”, en AA.VV. *Encyclopedia of Law and Economics: General Contract Law*, 1999, 100, define el “*superior risk bearer*” como “la parte [del contrato] que está en la mejor posición para llevar a cabo las siguientes medidas:

plamos el caso *Hadley v. Baxendale*, y en general cualquier relación contractual de transporte de cosas, parece que en la mayoría de estos casos las medidas que pueden tomarse para prevenir o mitigar el daño consecuente son más baratas si las soporta el transportista y no el remitente³⁴.

En definitiva, ante la pregunta de cuál es la *regla supletiva mayoritaria* en el caso *Hadley v. Baxendale* parece que la respuesta más plausible se dirige a considerar que, en ausencia de costos de transacción, la mayoría de las partes en una situación similar acordaría que el transportista se haría responsable incluso de los daños consecuentes en caso de incumplimiento.

b. Incompletitud contractual estratégica

Sin embargo, en el caso *Hadley v. Baxendale* no parece evidente que existiesen costos de transacción que impidiesen a las partes llegar a un acuerdo explícito acerca de la responsabilidad por los daños consecuentes en caso de incumplimiento del transportista. De hecho, si tales daños eran tan importantes para Hadley, entonces –puede afirmarse que– pese a la presencia de costos de transacción existían fuertes incentivos para que este comunicara y pactara con Baxendale, al momento del contrato, el valor de la indemnización a pagar en caso de incumplimiento. De suerte que parece poco factible suponer que los costos de transacción sean en este caso la razón de la omisión (la laguna contractual) en que incurrieron las partes.

Ahora, como se ha señalado previamente, el *mainstream* del AED no suele considerar que (además de los costos de transacción) es posible que la incompletitud contractual sea también el resultado de un comportamiento estratégico desplegado por alguna de las partes por razones derivadas de asimetrías de información. En *Hadley v. Baxendale* se evidencia que el remitente efectivamente omitió revelar a su contraparte información privada que de haberse conocido por el transportista hubiese incentivado a este a incrementar sus niveles de precaución, lo cual habría sido socialmente eficiente; razón esta que permite conjeturar que

[i] reducir al mínimo la probabilidad de que la contingencia adversa ocurra; [ii] minimizar la magnitud de la pérdida que se derive del incumplimiento para el destinatario de la promesa [*promisee*], ya sea antes (precaución) o después (mitigación) de que el incumplimiento ocurra; [iii] o asegurar (por sí mismo o mediante un tercero) contra el riesgo residual de la pérdida que no pueda factiblemente evitarse”.

34 Si el daño causado es equivalente a los daños consecuentes y la causa del daño es el incumplimiento del contrato, entonces la cuestión se dirige a determinar cuál de las partes está en mejor posición para controlar el daño a menor costo, ya sea previniendo su ocurrencia o reduciendo la magnitud del daño como tal. Así, el transportista podría prevenir la ocurrencia del daño –por ejemplo– contando con un medio de transporte de respaldo para cumplir con la entrega dentro del plazo acordado; a su turno, el remitente podría reducir la magnitud del daño si cuenta con un cigüñal de respaldo. De estas dos posibilidades parece más plausible suponer que en general, por el giro mismo del negocio y la especificidad de los activos que se requieren, resulta más barato para el transportista que para el remitente controlar el daño.

la laguna contractual –en este caso concreto– es consecuencia de un comportamiento estratégico de parte de Hadley.

c. Criterio de las reglas *supletivas “no” mayoritarias* o *reglas supletivas sancionatorias*

Indicamos previamente que el enfoque de AYRES y GERTNER, aunque coherente con los fundamentos eficientistas del AED³⁵, es opuesto al defendido por el *mainstream* porque (i) sugiere establecer *reglas supletivas “no” mayoritarias* y (ii) supone un aumento en los costos de transacción para las partes. La regla *Hadley* y la metodología que se infiere de *Filling gaps...* permiten ilustrar esta peculiar idea.

Supóngase nuevamente que la regla supletiva fuese la *regla supletiva mayoritaria* expuesta en el literal a) anterior, y que por tanto en la mayoría de los casos las partes dejaren una laguna contractual respecto del nivel de responsabilidad por incumplimiento del transportista. Si ello es así, la regla supletiva incentiva a los transportadores –en la mayoría de los casos– a incurrir en una mayor inversión en precaución dirigida evitar el incumplimiento contractual, en comparación con la menor inversión que harían en caso de que la regla supletiva fuese la regla *Hadley*. Sin embargo, como se sugirió previamente, es plausible considerar que el mercado está conformado por remitentes de daños altos (*high-damage shippers*) y remitentes de daños bajos (*low-damage shippers*), y por tanto, *ceteris paribus*, el transportista tenderá a asumir probabilística y racionalmente que el mercado está conformado por remitentes de daños promedio (*average-damage shippers*), luego tenderá a ajustar su nivel de precaución a este nivel promedio, lo cual reflejará en los precios de los fletes que aplica a los remitentes en general³⁶. Sin embargo, esta situación genera externalidades en cabeza de los “remitentes de daños bajos” e incentiva comportamientos oportunistas por parte de los “remitentes de daños altos”, lo cual es ineficiente.

En efecto, si el transportista asume que el mercado está conformado por “remitentes de daños promedio”, en este caso los “remitentes de daños bajos” estarían pagando precios superiores a los de un mercado perfectamente competitivo, ya que dentro de estos precios se les incluye una prima de seguro dirigida a cubrir una contingencia que en su caso no ocurrirá, lo que por tanto genera incentivos para que estos remitentes presionen un acuerdo en torno a la regla supletiva, ello con el fin de obtener un precio que refleje su verdadero nivel de daños, y por tanto la menor magnitud de la indemnización a cargo del transportista en caso de incumplimiento. Pero, en lo que corresponde a los “remitentes de daños altos” ocurre algo bien distinto. Si el transportista asume que el mercado está conformado por “remitentes de daños promedio”, en tal caso los “re-

35 Para los fundamentos del AED, cfr. *supra* nota 27.

36 Cfr. AYRES y GERTNER, *Filling gaps in Incomplete Contracts...*, cit., 102.

mitentes de daños altos” estarán especialmente satisfechos ya que –a menos que pacten en torno a la regla supletiva– pagarán un precio inferior al que pagarían en un mercado perfectamente competitivo, y no obstante, permanecerán asegurados ante la eventual ocurrencia de los daños consecuentes, lo que por tanto genera incentivos para que estos desplieguen comportamientos oportunistas, en el sentido de no revelar la información relevante y relativa a su condición de “remitentes de daños altos”.

Como se puede apreciar, la *regla supletiva mayoritaria* produce varios efectos negativos expresables en clave de eficiencia: (i) genera incentivos para que los “remitentes de daños altos” no revelen información que resulta valiosa para que los transportistas ajusten su desempeño a un nivel óptimo; por otro lado, (ii) impone costos adicionales a los “remitentes de daños bajos”, esto tanto en forma de precios más altos que los que se darían en un mercado competitivo como por efecto de los costos de transacción derivados del acuerdo en torno a la regla supletiva; finalmente, (iii) los sobreprecios que pagan los “remitentes de daños bajos” distorsionan el mercado en la medida en que van dirigidos a subsidiar los menores precios que pagan los “remitentes de daños altos”³⁷.

Así las cosas, la pregunta que surge es elemental: ¿cómo disuadir los comportamientos oportunistas de los “remitentes de daños altos” sin –al menos– desmejorar la situación de los “remitentes de daños bajos”? La respuesta a esta cuestión no es otra que establecer la regla *Hadley*, esto es, la regla que la mayoría de las partes “no” hubiera querido.

Así, aunque la regla *Hadley* es una regla que genera mayores costos de transacción que la *regla supletiva mayoritaria*, dichos costos son compensados por la reducción en los costos derivados del mejor desempeño de los transportistas. En efecto, si la regla supletiva es la regla *Hadley*, en tal caso el transportista actuará asumiendo que –a menos que se diga otra cosa– su contraparte es un “remitente de daños bajos”, lo cual reflejará cobrando precios relativamente más bajos en el mercado, esto es, precios que no incluyen el valor de la prima del seguro por “daños consecuentes”.

Bajo esta estructura de incentivos, si el remitente es efectivamente un “remitente de daños bajos”, este mejorará su situación guardando silencio y dejando actuar la regla *Hadley*, dado que (i) esta regla refleja en su caso el valor de los daños que efectivamente se le causarían en caso de incumplimiento del transportista, (ii) no tendrá que incurrir en los costos de transacción asociados a pactar

³⁷ Sobre este último punto, en un artículo posterior a *Filling gaps...* los mismos autores indican: “En nuestro modelo original [...] se puso de manifiesto que los remitentes de daños altos podrían omitir la negociación en torno a una regla supletiva ineficiente (independientemente de que esta negociación no tuviese costo), pues la omisión de tal negociación les permitiría recibir un precio subsidiado efectivamente por los remitentes de daños bajos”: AYRES, I. y GERTNER, R., “Strategic Contractual Inefficiency and the Optimal Choice of Legal Rules”, en *Yale Law Journal*, v. 101, 1992, 736.

en torno a la regla, y adicionalmente (iii) pagará los precios que se formarían en un mercado competitivo.

Pero además, la regla *Hadley* desincentiva los comportamientos oportunistas de los “remitentes de daños altos”. En efecto, si el remitente es efectivamente un “remitente de daños altos” sería irracional para este no pactar en torno a la regla supletiva ya que esta indica que el transportista no responderá por “daños consecuentes” en caso de incumplimiento, lo que entonces genera incentivos para que este remitente revele a su contraparte su verdadera condición, o lo que es lo mismo, para que transmita información que resulta valiosa para que el transportista ajuste el precio y su propio desempeño a la verdadera condición del remitente.

Finalmente, hay una consecuencia positiva adicional derivada del establecimiento de la regla *Hadley* que parece no ser advertida inicialmente por AYRES y GERTNER. En efecto, como se puede apreciar, ante el establecimiento de la regla *Hadley* como regla supletiva, tanto “remitentes de daños bajos” como aquellos de “daños altos” revelan su verdadera condición, a lo cual se asocian diferentes precios, diferentes niveles de desempeño por parte de los transportistas y, de hecho, diferentes opciones de contratos de transporte. Ahora bien, la mayor cantidad de información que produce la regla *Hadley* no solo es de utilidad para quienes conforman el mercado, sino que también resulta de utilidad para el juez que deba resolver una eventual disputa en un contrato en específico. Así por ejemplo, la manera como se juzga la diligencia (o negligencia) de un transportista diferirá sustancialmente si el remitente advirtió o no que el incumplimiento de aquél le generaría a este daños consecuentes.

Como se puede apreciar, el caso *Hadley v. Baxendale* y la *regla supletiva sancionatoria* que se deriva de él, por un lado, (i) constituyen un destacable ejemplo en el cual se demuestra que existen eventos en los cuales la propuesta normativa impulsada por el *mainstream* del AED conlleva resultados ineficientes. Por otro lado, y por razones que resultan coherentes con los fundamentos del AED, (ii) la argumentación expuesta en esta sección del trabajo demuestra que resulta conveniente preferir una *regla supletiva sancionatoria* por sobre una *regla supletiva mayoritaria* en aquellos casos en los cuales una de las partes posee incentivos privados para retener información que resulta útil para que la contraparte ajuste su desempeño a un nivel óptimo.

Con todo, el reto para los especialistas es –sin descuidar la crítica al planteamiento de AYRES y GERTNER³⁸– encontrar aquellos ámbitos, aquellos casos

³⁸ Dentro de las críticas a la posición establecida en *Filling gaps...* se destaca la defendida por POSNER, *There are No Penalty Default Rules in Contract Law*, cit., en la cual el autor refuta la base positiva de AYRES y GERTNER en el sentido de que no es cierto que exista en el derecho de contratos una categoría especial de reglas supletivas a la que pueda denominarse como “reglas supletivas sancionatorias”, y que los ejemplos ilustrados en *Filling gaps...* (incluyendo la regla *Hadley*) pueden entenderse consistentemente desde la perspectiva del mainstream del AED. Por otro lado se encuentra la objeción desarrollada por MASKIN, *On the Rationale for Penalty Default Rules*.

propios del derecho de contratos en los cuales se puedan verificar las condiciones fácticas para preferir una *regla supletiva sancionatoria* a una *regla supletiva mayoritaria*. Sobre este punto, y en consonancia con el objetivo del escrito, consideramos, existe al menos un caso relevante en el marco del derecho nacional en el ámbito de los contratos de transporte. A esta cuestión se refiere precisamente la siguiente sección del artículo.

IV. Reglas supletivas sancionatorias en el contrato de transporte en Colombia

En el marco del contrato de transporte de carga, el artículo 1031 c.co., relativo a la indemnización por pérdida de la cosa transportada, establece como regla general que “[e]n caso de pérdida total de la cosa transportada, el monto de la indemnización a cargo del transportador será igual al valor declarado por el remitente para la carga afectada”. Empero, agrega el inciso tercero del mismo artículo que, “[e]n el evento de que el remitente no suministre el valor de las mercancías a más tardar al momento de la entrega, o declare un mayor valor al indicado en el inciso tercero del artículo 1010^[39], el transportador sólo estará obligado a pagar el ochenta por ciento (80%) del valor probado que tuviere la cosa perdida en el lugar y fecha previstos para la entrega al destinatario. En el evento contemplado en este inciso no habrá lugar a reconocimiento de lucro cesante”.

En nuestra opinión, la norma establecida en el inciso tercero del artículo 1031 c.co. funciona efectivamente como una *regla supletiva sancionatoria*^[40]. Para efectos de demostrar esta tesis procedemos a replicar la metodología propuesta en la sección segunda de este trabajo, previas algunas puntualizaciones que consideramos pertinentes.

Rules, cit., en la cual se refuta la propuesta normativa de AYRES y GERTNER, específicamente, se cuestiona que las reglas supletivas sancionatorias puedan considerarse como eficientes.

- 39 Véase c.co., art. 1010 inc. 3: “El valor que deberá declarar el remitente estará compuesto por el costo de la mercancía en el lugar de su entrega al transportador, más los embalajes, impuestos, fletes y seguros a que hubiere lugar”.
- 40 En este punto parece procedente anticipadamente la crítica expresable en que afirmar que el inciso tercero del artículo 1031 c.co. funciona como una “regla supletiva sancionatoria” es una idea trivial y predecible pues, de hecho, la doctrina local (cfr. ARRUBLA, J., *Contratos Mercantiles: Contratos típicos*, 13.^a ed., Bogotá, Legis, 2012, 113) ya ha reconocido su carácter sancionador respecto del comportamiento del remitente cuando este no revela la información al transportista acerca del valor de la mercancía. Sobre esta objeción cabe contrarargumentar que, si bien es evidente el carácter sancionador de la norma en comento respecto del comportamiento del remitente, (i) lo mismo podría decirse de la regla *Hadley*, y no por eso no se ha dado el debate acerca de si dicha regla es efectivamente una “regla supletiva sancionatoria”; además, (ii) lo que es extraño en la doctrina local es el análisis de orden eficientista que permite la metodología derivada de *Filling gaps...* y la manera como este análisis permite justificar la existencia de la norma en comento.

Según lo referencia GUZMÁN⁴¹, en el marco del derecho del transporte colombiano, y específicamente en lo referente al transporte de carga, se han establecido límites indemnizatorios a cargo del transportador en caso de imputársele responsabilidad por incumplimiento contractual. Según el autor, tales límites van dirigidos proveer certidumbre (certeza) a las partes del contrato para que con ello cada una ajuste “eficientemente” su desempeño a los riesgos que supone la actividad⁴². Específicamente, dice GUZMÁN que los límites indemnizatorios le permiten al transportador tener certeza acerca del valor de la indemnización a pagar en caso de incumplimiento, así como calcular con exactitud la extensión de su exposición patrimonial al riesgo⁴³. Para proveer tal certidumbre a las partes, el Código establece dos métodos aplicables a igual número de supuestos fácticos, a saber: (i) cuando el remitente declara el valor de las mercancías transportadas⁴⁴, y (ii) cuando el remitente omite tal declaración. Este último supuesto es pues un típico caso de laguna contractual, la cual es dotada de contenido (en caso de silencio de las partes) mediante la regla supletiva establecida en el inciso tercero del artículo 1031 c.co.

a. Criterio de las *reglas supletivas mayoritarias*

Asúmase hipotéticamente que la norma establecida en el inciso tercero del artículo 1031 c.co. no existiese, y supóngase que se guarda silencio acerca del valor de las mercancías transportadas: ¿cuál debería ser la regla supletiva adecuada?, ¿qué recomendación ofrece la “teoría coaseana del contrato” al *lawmaker*? En general, ¿cuál es la *regla supletiva mayoritaria* aplicable al monto de la indemnización a pagar por el transportador en caso de pérdida total de la cosa sin culpa del remitente?

Respecto de dichas cuestiones consideramos que la *regla supletiva mayoritaria* indicaría hipotéticamente que, “en caso de pérdida de la cosa transportada, la

⁴¹ GUZMÁN, J. V., *Contratos de transporte*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009.

⁴² Vale decir que, si bien en este punto GUZMÁN no utiliza explícitamente un lenguaje económico, su argumentación es fácilmente traducible a dichos términos. En efecto, argumentar que los límites indemnizatorios establecidos en el derecho de transporte tienen como fin reducir la incertidumbre entre las partes del contrato es una idea coherente con la literatura del AED cuando esta afirma que, con el fin reducir los costos de transacción e impulsar el intercambio, resulta crucial la existencia de instituciones (reglas de juego) dirigidas a reducir la incertidumbre económica, y esto ya sea (i) favoreciendo la difusión de información entre los agentes que participan en el mercado, (ii) promoviendo el cumplimiento a bajo costo de los contratos o (iii) facilitando la solución a controversias. Cfr. AYALA, *Instituciones y economía: Una introducción al neoinstitucionalismo económico*, cit., 72-73.

⁴³ Cfr. GUZMÁN, *Contratos de transporte*, cit., 143-145.

⁴⁴ En este caso concreto, indica el artículo 1031 c.co. que el límite indemnizatorio en caso de pérdida de la cosa equivale al 100% de lo declarado por el remitente, límite que puede ser reducido por acuerdo de las partes hasta un 75%. Adicionalmente, el transportador está obligado a pagar un 25% a título de lucro cesante.

indemnización a cargo del transportador será equivalente al costo de la mercancía más el valor de los daños que la pérdida de esta haya causado al remitente, incluyendo el lucro cesante”. Vale decir, incluso esta regla pretende ser consistente con el principio jurídico que gobierna la reparación –integral– del daño en el derecho civil⁴⁵, y para nuestros efectos la denominaremos “*regla de pago perfecto de daños*”.

En efecto, según el *mainstream* del AED, en caso de incumplimiento contractual, la mayoría de las partes (incluyendo a los transportadores y remitentes) preferirían acordar como indemnización “un pago perfecto de daños”. Conforme la literatura del AED, dicho “pago perfecto” es aquel que coloca al acreedor (en nuestro caso, el remitente) en una situación de indiferencia, esto es, que lo deja en la misma posición en que se encontraría si la contraparte (el transportista) hubiese cumplido sus obligaciones⁴⁶. Vale mencionar que para que el pago del daño sea auténticamente perfecto debe incluir todas las pérdidas sufridas que el incumplimiento de la obligación generó al acreedor, incluyendo el valor del daño emergente (*v. gr.*, costo de la mercancía) y el lucro cesante⁴⁷.

Así, siguiendo el criterio de las *reglas supletivas mayoritarias*, en ausencia de costos de transacción, y por tanto, asumiéndose que la información se encuentra simétricamente distribuida entre las partes al momento del acuerdo, entonces

45 Aunque lo relacionado con los límites a la responsabilidad por incumplimiento es objeto de debates doctrinales, existe un importante consenso doctrinal en torno a la idea de que la reparación debe ser integral (cfr. MORELLO, A., *Indemnización del daño contractual*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1974, p. 216). Sobre este principio que debe seguir la reparación, FRAGA, F., *La responsabilidad contractual*, Madrid, Civitas, 1987, 34, advierte que, en efecto, la función principal de la responsabilidad contractual es la de garantizar la posición del acreedor de la obligación en el contrato, de tal forma que, cuando no es posible una ejecución coactiva de la obligación, deben compensarse todas las pérdidas causadas por el incumplimiento. De manera explícita lo expresa también LE TOURNEAU, Ph., *La responsabilidad civil*, Tamayo Jaramillo, J. (trad.), Bogotá, Legis, 2004, p. 68, cuando indica que “[e]l principio que gobierna la reparación se expresa por una máxima que nosotros mismos hemos forjado: todo el daño, pero nada más que el daño. La reparación debe ser íntegra, sin tener en cuenta la gravedad de la culpa, los recursos de la víctima o su situación familiar”.

46 Sobre este punto –en el marco del AED–, cfr. COOTER y ULEN, *Law & Economics*, cit., p. 247, quienes indican: “El cumplimiento [del contrato] provee una base para calcular el daño [del incumplimiento]. Mediante esta base, los tribunales pueden conceder el pago de daños que colocan a la víctima del incumplimiento en la misma posición que tendría si la otra parte hubiese cumplido”. Cfr. también MAHONEY, P., “Contract Remedies: General”, en DE GEEST, G., *Contract Law and Economics*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2011, p. 155: “La principal solución para el incumplimiento contractual [...] es el pago de dinero por daños. La medida preferida para el cálculo de daños es la expectativa [*v. gr.*, daños de expectativa], mediante la cual el acreedor [*promisee*] recibe una suma suficiente, que en teoría hace que sea indiferente la indemnización mediante el pago del dinero y el cumplimiento del contrato”.

47 Cfr. KORNHAUSER, L., “Derecho de los contratos”, en SPECTOR, H., *Elementos de Análisis Económico del Derecho*, Buenos Aires, Rubinzel-Culzoni, 2004, pp. 125-126: “si el monto de la indemnización (d) equivale al valor del cumplimiento (v), el comprador será indiferente entre el cumplimiento e indemnización. [...] El interés del comprador de cumplir se mide exactamente con la regla de daños emergentes y lucro cesante, esto es, por la diferencia entre el valor de cumplir y el valor de no cumplir”.

el transportador podría calcular con exactitud el valor que representa dicho “*pago perfecto de daños*”, y por lo mismo podría ajustar óptimamente su comportamiento a dicho cálculo. Cualquier otro valor, mayor o menor al “*pago perfecto de daños*”, genera un resultado ineficiente incluso para las mismas partes⁴⁸.

Por supuesto, análogamente a como se objetó en la sección precedente, cabe insistir en que no hay razones para generalizar que el valor del daño que causa el incumplimiento del transportista sea un valor homogéneo para diferentes remitentes⁴⁹. Así por ejemplo, existen casos en los cuales (incluso siendo la misma cosa transportada) la magnitud del lucro cesante que causa el incumplimiento varía de un remitente a otro. En este orden, la pregunta que surge es: ¿cómo conoce el transportador la magnitud del lucro cesante que un eventual incumplimiento de su parte producirá al remitente? De hecho, yendo un poco más allá, lo cierto es que para un transportador no siempre resulta sencillo determinar con exactitud el costo de la mercancía que transporta⁵⁰.

Al margen de esta objeción, y también como se defendió en la sección precedente, lo cierto es que sí existen argumentos para afirmar que en la mayoría de casos, durante la ejecución del contrato de transporte, es el transportador (y no el remitente) el que está en mejor posición para soportar el riesgo de pérdida de la cosa⁵¹, y por lo mismo (tal como se sugirió en el análisis del caso *Hadley v. Baxendale*) la *regla supletiva mayoritaria* relativa al monto de la indemnización a pagar por el transportista, en caso de incumplimiento, parece ser en todo caso la que denominamos “*regla de pago perfecto de daños*”.

b. Incompletitud contractual estratégica

Ahora, la objeción (recién señalada) de que no hay razones para generalizar que el valor del daño que causa el incumplimiento del transportista sea un valor homogéneo para diferentes remitentes –puede decirse– es una objeción más bien

48 Si el transportista calcula que el valor de los daños es menor que el “*pago perfecto*”, entonces tenderá a ajustar su nivel de precaución a un nivel inferior al óptimo, lo cual además perjudica al remitente. La otra posibilidad es que el cálculo del valor de los daños sea mayor al “*pago perfecto*”, caso en el cual el transportador invertirá demasiado en precaución; si bien esto beneficia al remitente, dicho beneficio es de tal magnitud que incentiva a este a preferir el incumplimiento (y no el cumplimiento) del contrato; esto último se denomina por la doctrina jurídica “daños lucrativos”. Cfr. LE TOURNEAU, *La responsabilidad civil*, cit., 247.

49 Esta es la misma idea expresada en la sección precedente, cuando se advirtió que en el mercado –del transporte de carga– existen remitentes a los que el incumplimiento les genera daños bajos (*low-damage shippers*) y remitentes de daños altos (*high-damage shippers*).

50 Así, supóngase –por ejemplo– que el transportador transporta una cosa que aparenta ser un mueble ordinario, pero que en realidad es una costosa antigüedad, o también piénsese que se transporta una maquinaria cuya función es desconocida por el transportador, así como, por lo mismo, su precio.

51 Cfr., sobre el “*superior risk bearer*”, *supra* nota 33.

dirigida a evidenciar las dificultades prácticas asociadas al cálculo del “*pago perfecto de daños*” incluso en casos concretos de incumplimiento contractual.

En principio, más allá de las razones de eficiencia, parece poco objetable la tesis de que, si el transportador es responsable de la pérdida de la cosa transportada, entonces el remitente debiera ser reparado de tal forma que le fuese indiferente a él preferir el cumplimiento o el incumplimiento contractual. De suerte que existen fuertes argumentos dirigidos a defender la idea de que en caso de silencio acerca del valor de las mercancías transportadas debiera establecerse predeterminadamente “*un pago perfecto de daños*”.

Empero, existen al menos dos obstáculos para que el pago sea realmente perfecto: (i) el primero es la mencionada dificultad del transportista para determinar por sí mismo el costo de las mercancías y la magnitud del lucro cesante que su incumplimiento eventualmente genera al remitente; (ii) por otro lado, en aquellos eventos en que el costo de la mercancía o el valor del lucro cesante en caso de incumplimiento son particularmente altos, la “*regla de pago perfecto de daños*”, *per se*, incentiva a que el remitente se comporte estratégicamente, mediante la no revelación de tal condición a su contraparte, dado que si revela tal información el transportista deberá elevar sus niveles de precaución, lo que se reflejará en un incremento en el precio del flete a pagar por el mismo remitente⁵².

Con todo –aunque se considere una solución poco objetable–, la “*regla de pago perfecto de daños*” posee dificultades de aplicación práctica, y además, por sí misma genera incentivos para que los contratos queden con lagunas cuya razón no necesariamente está asociada a la existencia de costos de transacción entre las partes al momento del acuerdo, pudiendo ser la consecuencia de un comportamiento estratégico desplegado –en este caso– por los remitentes en detrimento de los transportadores.

c. Criterio de las *reglas supletivas “no” mayoritarias* o *reglas supletivas sancionatorias*

Ahora, si las *reglas supletivas sancionatorias* se establecen deliberadamente de forma tal que “no” coincidan con lo que la “mayoría” de las partes quisiera, y ello con el fin de presionar a las partes a que revelen información relevante entre ellas o hacia un tercero, entonces las preguntas que surgen en el marco de la responsabilidad y la indemnización por la pérdida de la carga en el contrato de transporte son: (i) ¿qué es lo que mayoría de las partes de un contrato de transportes no querrían?, y (ii) ¿cuál de las partes posee incentivos para no revelar

52 El argumento expuesto sigue la misma línea de aquel expuesto en la sección precedente cuando se mencionó que “la regla supletiva mayoritaria” genera incentivos para que los que denominamos “remitentes de daños altos” no revelen información que resulta valiosa para que los transportistas ajusten su desempeño a un nivel óptimo.

información? Conforme lo indicado en los literales anteriores, las respuestas a estas dos preguntas surgen como evidentes.

Respecto de la primera pregunta: si la *regla supletiva mayoritaria* en este caso es la “*regla de pago perfecto de daños*”, entonces la regla supletiva “no” mayoritaria sería una “*regla de pago imperfecto de daños*”. Ahora, si el pago predeterminado por la regla supletiva debe ser premeditadamente imperfecto, surge como necesario determinar el sentido de tal imperfección; esta última cuestión se resuelve a la luz de la respuesta a la segunda pregunta arriba formulada. En efecto, si es el remitente quien posee incentivos para no revelar información relevante a su contraparte, entonces la imperfección debería dirigirse a perjudicarlo a él. La norma establecida en el inciso tercero del artículo 1031 c.co. cumple este requisito.

Así, cuando el remitente omite revelar el valor de las mercancías transportadas, admitir que la laguna contractual acerca del monto de la indemnización a pagar por pérdida de la cosa transportada será llenada (por el juez) de forma tal que el remitente reciba una suma de dinero que no le es indiferente en relación con el cumplimiento del contrato, concretamente, que recibirá un valor que lo dejará en un punto ubicado en una curva de indiferencia está por debajo de aquella a la que llegaría si se cumpliera el contrato, conduce a afirmar que esta norma crea incentivos para que el mismo remitente declare el valor de las mercancías que encomienda al transportador.

Así las cosas, predeterminar que en caso de silencio del remitente la indemnización a recibir será equivalente al 80% del valor probado de la cosa perdida, y que no se reconocerá lucro cesante (incluso si este se logra probar), supone: (i) que en caso de existir la laguna contractual esta será llenada de una forma que le es necesariamente desfavorable al remitente; (ii) que para evitar este resultado, el remitente debe forzar el acuerdo en torno a la regla supletiva; (iii) que este acuerdo genera un aumento en los costos de transacción que no obstante son compensados por los mayores beneficios derivados del ajuste del precio del flete a la verdadera condición del remitente en específico, así como del ajuste del desempeño del transportista al verdadero riesgo que supone el transporte de la carga en el caso concreto. Finalmente, (iv) como en el caso *Hadley v. Baxendale*, el establecimiento de la “*regla de pago imperfecto de daños*”, además, permite revelar información del remitente que facilita (reduce los costos de transacción) la labor del juez en lo relacionado con la determinación de la diligencia del transportista en la ejecución del contrato, así como en el establecimiento del monto de la indemnización.

Comentarios finales

Con el fin de (re)abrir el debate, en este último aparte del trabajo pretendemos dejar delineadas someramente algunas ideas no explícitas pero relevantes que se derivan de *Filling gaps...*, la metodología que hemos propuesto en este escrito y

la aplicación concreta de esta última incluso en el ámbito del derecho de contratos en Colombia.

En primer lugar, como se sostuvo en las secciones introductoria y segundas del trabajo, *Filling gaps...* pretende sintetizar unos supuestos fácticos en los cuales, por razones de eficiencia, conviene apartarse del criterio normativo comúnmente defendido por el *mainstream* del AED en lo que se refiere al diseño adecuado de las reglas supletivas en el derecho de contratos. En concreto, según AYRES y GERTNER, conviene establecer aquellas reglas supletivas que señalan resultados que al menos una de las partes no desea, particularmente en aquellos casos en los cuales –al menos– una de las partes posee incentivos para retener información relevante para su contraparte o un tercero.

Empero, vale insistir, los supuestos fácticos en los cuales puede resultar más eficiente establecer *reglas supletivas sancionatorias* no tienen por qué tomarse como la circunstancia general en los escenarios contractuales, de hecho, puede ser un caso excepcional. De suerte que, cuando dichos supuestos no se verifican, el criterio de las *reglas supletivas mayoritarias* –derivado de la “teoría coaseana del contrato”– conlleva resultados más eficientes. Así por ejemplo, cuando en el mercado en el cual tienen lugar las transacciones se verifican condiciones cercanas al paradigma de competencia perfecta (*v. gr.*, homogeneidad en los productos o en las preferencias de las personas), parece preferible que el *lawmaker* continúe guiándose por el criterio de *las reglas supletivas mayoritarias*⁵³.

Pero, al margen de lo indicado, existe al menos una justificación adicional –quizá más importante– por la cual el criterio normativo propuesto de AYRES y GERTNER supera a la “teoría coaseana del contrato” en general, y al criterio de las *reglas supletivas mayoritarias* en específico. Dicha justificación está relacionada con la aplicación práctica de cada uno de los criterios, tal y como procedemos a explicar.

En efecto, como se dijo en la sección introductoria del trabajo, recomendar al *lawmaker* que –por razones de eficiencia– debe establecer aquella regla supletiva que reproduzca las decisiones que la “mayoría” de las partes tomaría en casos similares si los costos de transacción se lo permitiesen, supone que el *lawmaker* imite, simule los resultados que se darían en un mercado hipotético. El problema práctico que surge del criterio así expresado es evidente: ¿cómo se aproxima el *lawmaker* a la solución que se daría en un mercado inexistente? Así, por ejemplo, ¿cómo puede un juez individualmente recrear las decisiones que tomaría un

53 Sobre este punto, por ejemplo, cuando los consumidores de un producto parecen poseer preferencias homogéneas, establecer una “regla supletiva mayoritaria” puede conducir efectivamente a resultados más eficientes. *Contrario sensu*, cuando dichas preferencias son heterogéneas puede ser más eficiente presionar a las partes para que acuerden en torno a la regla supletiva, esto es, para que pacten explícitamente la cláusula contractual que se aadecue a sus preferencias. Sobre este punto, cfr. SUNSTEIN, C., “Impersonal Default Rules vs. Active Choices vs. Personalized Default Rules: A Triptych”, Working Paper, 2013, 32.

innumerable grupo de personas con preferencias heterogéneas?, ¿cómo simular mentalmente un mundo –“que no es el mundo real”– en el cual los costos de transacción no existen? Afrontar estas cuestiones implica que el criterio normativo defendido por el *mainstream* del AED, aunque teóricamente consistente, supone múltiples dificultades prácticas que restringen su operatividad.

En contraste, el criterio normativo propuesto por AYRES Y GERTNER señala un enfoque con menos dificultades prácticas, al menos por el hecho de que tal criterio no supone (ni para el juez ni para el legislador) reproducir mentalmente lo que ocurriría en un mercado en el cual los costos de transacción no existiesen; por el contrario, como se argumentó en la sección segunda del trabajo, seguir el criterio de las *reglas supletivas sancionatorias* sugiere que el *lawmaker* cree deliberadamente normas que generan costos de transacción para las partes. Hacer esto último es relativamente más sencillo en la práctica que lo que es “imitar” al mercado.

Además, pensar un resultado que al menos una de las partes del contrato no desea y describirlo en una regla (*v. gr.*, establecer una *regla supletiva sancionatoria*) no supone una única respuesta correcta; en contraste, determinar lo que la “mayoría” de las partes decidiría en casos similares (*v. gr.*, establecer una *regla supletiva mayoritaria*) sí supone llegar a una única respuesta correcta.

Así por ejemplo, argumentar que la “mayoría” de remitentes y transportistas acordarían que la responsabilidad de estos últimos se extiende o no a cubrir incluso los costos de oportunidad que el incumplimiento de las obligaciones cause al remitente, supone llegar a una única respuesta cuya justificación está lejos de ser pacífica⁵⁴. Sin embargo, defender que ningún remitente desea que su silencio sobre el valor de la mercancía sea “sancionado” con una indemnización equivalente al 80% del valor del daño que logre probar, supone una justificación poco controversial, casi trivial. Pero además, dicha ausencia de controversia en la justificación se replica si de lo que se trata es de defender que una indemnización limitada al 70% o al 90%, o el no reconocimiento del lucro cesante, es también un resultado que la mayoría de los remitentes no desearía.

Con todo, las mencionadas ventajas prácticas del criterio de las *reglas supletivas sancionatorias* sobre el criterio de las *reglas supletivas mayoritarias* señalan una importante consecuencia en lo que corresponde a la metodología que delimitamos en la sección tercera del trabajo.

En efecto, si resulta tan difícil afrontar la cuestión de simular, de determinar lo que la “mayoría” de partes haría en una situación contractual en específico, y dicha cuestión debe resolverse a favor de una única respuesta que sea probablemente controversial, la pregunta que surge es: ¿entonces para qué insistir en

54 De hecho, esta es una de las múltiples aristas del inacabable debate doctrinal acerca de los fines y la estructuración de los límites a la responsabilidad por incumplimiento contractual: cfr. MORELLO, *Indemnización del daño contractual*, cit., 216.

preguntarnos acerca de cuál es la *regla supletiva mayoritaria* aplicable a una situación contractual?, ¿acaso no podemos suprimir el primer paso de la metodología propuesta? Sobre este par de cuestiones nuestra respuesta se inclina a afirmar que metodológicamente, en efecto, parece no tener mayor sentido insistir en la delimitación del contenido de una *regla supletiva mayoritaria*, ello máxime si en los siguientes pasos de la metodología se va a defender una posición que deliberadamente no coincide con lo que dicho criterio normativo señala.

Pero, omitir el primer paso de la metodología *Filling gaps...* significa simultáneamente abandonar la discusión del diseño adecuado de las reglas supletivas desde la óptica tradicionalmente defendida por el *mainstream* del AED, esto último, al menos respecto de aquellos casos en los cuales se cumplen los supuestos fácticos en los que es preferible optar por una *regla supletiva sancionatoria*. Esta idea suscita una predecible controversia pues, entre otras cosas, supone descartar definitivamente la discusión acerca del contenido adecuado de las reglas supletivas, las lagunas contractuales y la incompletitud contractual desde una óptica diferente a la “teoría coaseana del contrato”, pero, sin contradecir los fundamentos del AED.

Finalmente, otra predecible controversia que podemos advertir en el presente escrito está relacionada con la elección del caso desarrollado en la sección quinta del trabajo. En concreto, podría objetarse que resulta trivial afirmar que el inciso tercero del artículo 1031 c.co. funciona como una norma que sanciona el comportamiento del remitente que no revela información al transportista acerca del valor de la mercancía.

Al respecto, y al margen del contraargumento que ya opusimos a esta objeción⁵⁵, lo cierto es que, aceptando incluso que en el caso desarrollado es anticipadamente evidente que habría consistencia con el criterio de las *reglas supletivas sancionatorias*, a título de proposición consideramos que las siguientes situaciones contractuales también pueden analizarse de forma consistente bajo el prisma de dicho criterio. La primera situación, otra posible *regla supletiva sancionatoria* existente en el derecho de contratos colombiano, y la segunda situación, una en la cual la regla actualmente existente debería modificarse hacia una *regla supletiva sancionatoria*.

Caso 1. El artículo 1624 c.c. y la interpretación de las cláusulas ambiguas

Según CHINCHILLA⁵⁶, en el marco del deber de información contractual se encuentra el deber de claridad de las partes, una de cuyas manifestaciones es el artículo 1624 c.c. a tenor del cual las cláusulas ambiguas se interpretan a favor

⁵⁵ Cfr. *supra* nota 40.

⁵⁶ CHINCHILLA, C., “El deber de información contractual y sus límites”, *Revista de Derecho Privado*, n.º 21, julio-diciembre de 2011, 327-350.

del deudor, a menos que estas hayan sido establecidas por una de las partes, caso este último en el cual la cláusula se interpreta en contra de quien la redactó. Sobre esta regla dice RENGIFO⁵⁷ que pretende favorecer a la parte que no redactó la cláusula, para con ello evitar que quien sí la redactó, pueda aprovecharse indebidamente de su labor, esto atribuyéndole responsabilidad por la oscuridad que la misma parte pudo haber evitado.

Como se puede verificar intuitivamente, el artículo 1624 c.c. parece tener la estructura de una *regla supletiva sancionatoria*, en el sentido de que describe una consecuencia que ciertamente no coincide con lo que –al menos– el redactor de la cláusula desearía, y que, para evitar tal consecuencia, la única opción del redactor es evitar tal ambigüedad en la redacción. Parece casi de Perogrullo argumentar la manera como las cláusulas, entre menos ambiguas, tienden a producir resultados más eficientes, ello en la medida en que permiten ajustar de mejor manera el desempeño de cada una de las partes, y facilitan la labor del juez al momento de interpretar el contenido del contrato.

Caso 2. Incentivos perversos en las normas sobre publicidad en Colombia

Si bien el artículo 847 c.co. indica que la oferta dirigida a personas no determinadas en propaganda escrita no serán obligatorias para el que las haga, el artículo 29 de la Ley 1480 de 2011 (Estatuto del Consumidor) establece que solamente las condiciones objetivas y específicas anunciadas en la publicidad obligan al anunciante. Al respecto, puede afirmarse, la norma contenida en la Ley 1480 pretende incrementar la responsabilidad del anunciante (empresa) en la medida en que –contrario a lo establecido en el artículo 847 c.co.– la publicidad resulte vinculante por contener condiciones objetivas y específicas. De suerte que las condiciones presentes en la publicidad que no resultan objetivas o específicas se supone que no son vinculantes para el anunciante (empresa), y por esta razón no podría demandarse la ejecución forzada de una oferta publicitaria, al menos en lo que se refiere a sus condiciones indeterminadas.

Ahora, en el marco del derecho anglosajón, los tribunales pueden negar la ejecución forzada (*enforce*) de ofertas y contratos indefinidos bajo ciertas condiciones. Así por ejemplo, cuando en una compraventa o en una oferta de venta se omite la cantidad del bien objeto de la transacción, los tribunales suelen negar el cumplimiento forzado del contrato⁵⁸; por el contrario, cuando la omisión se

57 RENGIFO, E., “Deber precontractual de información y las condiciones generales de contratación”, en ACADEMIA COLOMBIANA DE JURISPRUDENCIA, 2004.

58 Cfr. UNIFORM COMMERCIAL CODE (U.c.c.) § 2-201: “... en virtud de esta [norma], el contrato no es ejecutable más allá de la cantidad de bienes que este indica”; también, cfr. *Jessen Bros. v. Ashland Recreation Ass’n*, 204 Neb. 19, 281 N.W.2d 210 (1979), en donde la omisión sobre la cantidad de césped objeto del contrato permitió declarar el contrato como inejecutable (*unenforceable*).

refiere al precio, esta laguna sí puede ser llenada por el tribunal –mediante el establecimiento de un precio razonable–, con lo cual sí procede la ejecución forzada del contrato⁵⁹.

Según AYRES y GERTNER⁶⁰, la no ejecución forzada de ciertos contratos con términos indefinidos funciona como una *regla supletiva sancionatoria*, en el sentido de que parece indeseable para las partes que la no ejecución forzada sea uno de los efectos del contrato. De esta forma se disuade a las partes de que dejen dichos términos indefinidos, llenen ellas mismas las lagunas contractuales, y a través de ello se las fuerza a internalizar ciertos costos, además de incentivar el flujo de información desde las partes hacia el juez, lo que implica una reducción en el costo social⁶¹.

Sin embargo, el anterior argumento admite un importante matiz: cuando son las dos partes quienes poseen incentivos para no pactar explícitamente la cláusula (para dejar un término indefinido), y por tanto optan por trasladar (externalizar) este costo hacia el tribunal, la regla de no ejecución forzada en caso de indefinición podría conducir efectivamente a resultados más eficientes que la regla contraria. Pero, no sucede lo mismo cuando es una sola la parte que posee tales incentivos. En concreto, una de las partes (la más informada) puede decidir de manera oportunista y premedita establecer un término indefinido en el contrato con el fin de que, en caso de reclamación de su contraparte, el tribunal no declare la ejecución forzada. En este orden de ideas, en aquellos casos en los cuales solamente una de las partes posee incentivos para dejar un término indefinido, una regla de ejecución forzada incluso en caso de indefinición puede conducir a resultados más eficientes⁶².

A la luz de lo recién indicado, puede decirse que el contenido de las normas establecidas en los artículos 847 c.co. y 29 de la Ley 1480 de 2011 debería

59 U.c.c. § 2-305: “Si así lo pretenden, las partes pueden celebrar un contrato de venta aun sin establecer precio. En este caso, el precio será aquel que se considere razonable al momento de la entrega si (a) no se dice nada en cuanto al precio...”.

60 AYRES y GERTNER, *Filling gaps...*, cit., 98.

61 Como se indicó en la sección segunda del trabajo, el *mainstream* del AED pierde de vista que en ocasiones las partes poseen incentivos para comportarse de forma oportunista, en el sentido de dejar lagunas que deben ser llenadas por los tribunales pero a mayores costos que aquellos en que hubiesen incurrido las mismas partes si no las hubiesen dejado. La norma que faculta al juez para no decretar la ejecución forzada de ciertos contratos con términos indefinidos disuade de este tipo de comportamientos oportunistas. “Los *lawmakers* deben seleccionar la regla [supletiva] que desincentiva la existencia de lagunas inefficientes frente a un bajo costo social. Cuando se requiere transmitir información a los tribunales, es probable que la regla de no ejecución forzada sea eficiente. La regla de no ejecución forzada puede ser una solución de bajo costo ya que estas reglas se pueden hacer cumplir de forma barata y porque ofrecen incentivos para que las partes pacten en torno a la regla”: AYRES y GERTNER, *Filling gaps...*, cit., 98.

62 Sobre este punto, los propios AYRES y GERTNER, *Filling gaps...*, cit., p 423, indican: “Cuando la indefinición es claramente atribuible a una de las partes e induce confianza inefficiente a su contraparte, la aplicación de un castigo [mediante la ejecución forzada de contratos con términos indefinidos] puede ser eficiente para evitar ofertas [términos] indefinidos inefficientes”.

modificarse de forma tal que incluso las condiciones presentes en la publicidad que no sean objetivas o específicas sean también vinculantes para el anunciante (empresa).

En efecto, en el marco de la relación de consumo se suele aceptar la tesis de que la empresa está mejor informada que el consumidor al menos en lo que se refiere al producto objeto de la transacción, el contenido de la relación contractual (si es que esta tiene lugar) y, en general, las condiciones en que se desarrolla la relación del consumo; de ahí la insistencia en proteger jurídicamente y con especial intensidad la posición del consumidor respecto de la de la empresa en el marco de dicha relación⁶³. En el contexto restringido de la regulación de la publicidad esta idea no es la excepción⁶⁴.

Ahora, si la empresa está mejor informada que el consumidor acerca de las condiciones en que se desarrolla la relación de consumo entre ellas, bajo la premisa de que según la regulación local las condiciones presentes en la publicidad que no sean objetivas o específicas no le son vinculantes, se pregunta: ¿acaso esta circunstancia no genera incentivos (perversos) para que la empresa despliegue comportamientos oportunistas dirigidos a establecer preferentemente términos no objetivos ni específicos en su publicidad a fin de que esta última no le sea vinculante? Consideramos intuitivamente que la respuesta a esta cuestión es afirmativa, y que para disuadir de la adopción de dichos comportamientos oportunistas deberían modificarse las normas de los artículos 847 c.co. y 29 de la Ley 1480 de 2011 en el sentido de hacer vinculantes incluso las condiciones de la publicidad que no sean objetivas o específicas⁶⁵.

63 Cfr. VELANDIA, M., *Derecho de la competencia y del consumo*, 2.^a ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011, 423 ss.

64 Cfr. JAECKEL, J., “Publicidad engañosa”, en CARMEN VALDERRAMA, *Perspectivas del Derecho del Consumo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013, 281 ss.

65 Sobre esta última idea, los mismos AYRES y GERTNER mencionan un destacable caso de la jurisprudencia anglosajona (*Lefkowitz v. Great Minneapolis Surplus Store, Inc* 86 NW 2d 689 (Minn, 1957)), del cual se sigue la regla según la cual en materia de publicidad solo surge una obligación vinculante en cabeza del anunciante cuando la publicidad promete de forma clara, definida y explícita que se ejecutará cierta acción en contraprestación a otra de la contraparte; de lo contrario la publicidad no es vinculante. Los autores argumentan que la regla *Lefkowitz* crea incentivos para que los anunciantes prefieran publicidad con términos indefinidos, lo cual induce creencias ineficientes de los consumidores sin que aquellos puedan ser sancionados. “El caso *Lefkowitz* ilustra claramente que sólo mediante la ejecución forzada de ofertas indefinidas en perjuicio del oferente se pueden expulsar las ofertas indefinidas”: AYRES y GERTNER, *Filling gaps...*, cit., 106.

Bibliografía

- ANDERSON, R., "Incidental and Consequential Damages", *Journal of Law and Commerce*, v. 7, n.^o 2, 1987, 327-468.
- ARON, M., "The Principle of Hadley v. Baxendale", en *California Law Review*, v. 80, n.^o 3, 1992, 563-613.
- ARRUBLA, J., *Contratos mercantiles: contratos típicos*, 13.^a ed., Bogotá, Legis, 2012.
- AYALA, J., *Instituciones y economía: Una introducción al neoinstitucionalismo económico*, México, D.F., Fondo de Cultura Económica, 1999.
- AYRES, I. y GERTNER, R., "Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules", en *The Yale Law Journal*, v. 99, n.^o 1, 1989, 87-130.
- AYRES, I. y GERTNER, R., "Majoritarian vs. Minoritarian Defaults" en *Stanford Law Review*, v. 51, n.^o 6, 1999, 1591-1613.
- AYRES, I. y GERTNER, R., "Strategic Contractual Inefficiency and the Optimal Choice of Legal Rules", en *Yale Law Journal*, v. 101, 1992, 729-773.
- AYRES, I., "Making a Difference: The Contractual Contributions of Easterbrook and Fischel", en *The University of Chicago Law Review*, v. 59, n.^o 3, 1992, 1391-1420.
- AYRES, I., "Ya-Huh: There Are and Should Be Penalty Defaults", en *Florida State University Law Review*, v. 33 n.^o 3, 2006, 589-618.
- BAKER, S. y KRAWIEC, K., "The Penalty Default Canon", en *George Washington Law Review*, v. 72, 2004, 663-723.
- BARNETT, R., "The Sound of Silence: Default Rules and Contractual Consent", en *Virginia Law Review*, v. 78, 1992, 821-911.
- BEBCHUK, L. y SHAVELL, S., "Information and the Scope of Liability for Breach of Contract: The Rule of Hadley vs. Baxendale", en *Journal of Law, Economics, and Organization*, v. 7, n.^o 2, 1991, 284-312.
- BIANCA, C. M., *Derecho civil*, 3, *El contrato*, Hinestrosa, F. y Cortés, É. (trads.), 2.^a ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.

- BRIDGEMAN, C., "Default rules, penalty default rules, and new formalism", en *Florida State University Law Review*, v. 33, n.º 3, 2006, 683-696.
- CHINCHILLA, C. A. "El deber de información contractual y sus límites", *Revista de Derecho Privado*, n.º 21, 2011, 327-350.
- COOTER, R. y ULEN, T., *Derecho y Economía*, SUÁREZ, E. (trad.), 1.ª ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1998.
- COOTER, R. y ULEN, T., *Law & Economics*, 5th ed., Boston, Pearson Addison Wesley, 2007.
- CRASWELL, R., "Contract Law: Legal Theories", en *Encyclopedia of Law and Economics: General Contract Law*, 1999, 1-24.
- CRASWELL, R., "Default Rules, Efficiency, and Prudence", en *Southern California Interdisciplinary Law Journal*, v. 3, 1993, 289-302.
- EASTERBROOK, F. y FISCHEL, D., "The Corporate Contract", en *Columbia Law Review*, v. 89, n.º 7, 1989, 1416-1448.
- FEREJOHN, J. y FRIEDMAN, B., "Toward a Political Theory of Constitutional Default Rules", en *Florida State University Law Review*, v. 33 n.º 3, 2006, 825-860.
- FRAGA, F., *La responsabilidad contractual*, Madrid, Civitas, 1987.
- GILMORE, G., *The Death of Contract*, 2nd ed., Columbus, Ohio State University Press, 1995.
- GUZMÁN, J. V., *Contratos de transporte*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009.
- HERMALIN, B. E.; KATZ, A. W. y CRASWELL, R., "Law & Economics of Contracts", en POLINSKY, M. y SHAVELL, S., *The Handbook of Law & Economics*. Cambridge, North-Holland, 2006, 1-143.
- HIRSCH, A., "Default rules in inheritance law: A problem in search of its context", en *Fordham Law Review*, v. 73, n.º 3, 2004, 1031-1101.
- JAECKEL, J., "Publicidad engañosa", en VALDERRAMA, C. L., *Perspectivas del Derecho del Consumo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013, 269-302.

- KORNHAUSER, L., “Derecho de los contratos”, en SPECTOR, H., *Elementos de Análisis Económico del Derecho*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2004, 109-164.
- KOROBKIN, R. B., “The status quo bias and contract default rules”, en *Cornell Law Review*, v. 83, 1998, 608-687.
- LE TOURNEAU, Ph., *La responsabilidad civil*, Tamayo Jaramillo, J. (trad.), Bogotá, Legis, 2004.
- MAHONEY, P., “Contract Remedies: General”, en DE GEEST, G., *Contract Law and Economics*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2011, 155-177.
- MASKIN, E., “On the Rationale for Penalty Default Rules” en *Florida State University Law Review*, v. 33, n.º 3, 2006, 557-562.
- MONROY, D., “Acerca del diseño óptimo de las reglas predeterminadas en el derecho contratos”, *Working Paper*, 2013, 1-31.
- MONROY, D., “El razonamiento heurístico y algunas implicaciones en el análisis económico del derecho: El caso de las normas sobre donación de órganos”, en AA.VV., *Relaciones contemporáneas entre derecho y economía*, Bogotá, Grupo Editorial Ibañez, 2012, 365-424.
- MONROY, D., “La preconfiguración del contrato: Una propuesta de definición de las reglas predeterminadas en el derecho de contratos”, *Revista de Derecho Privado*, n.º 25, 2013, 109-147.
- MORELLO, A., *Indemnización del daño contractual*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1974.
- POSNER, E., “There Are No Penalty Default Rules in Contract Law”, en *Florida State University Law Review*, v. 33, 2005, 563-587.
- POSNER, R., *Economic Analysis of law*, 6th ed., New York, Aspen Publishers, 2003.
- RENGIFO, E., “Deber precontractual de información y las condiciones generales de contratación”, en *Academia Colombiana de Jurisprudencia*, 2004.
- ROEMER, A., *Introducción al Análisis Económico del Derecho*, México D. F., Fondo de Cultura Económica, 1994.

- RUBIO, M., *Economía Jurídica*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.
- SCHWARTZ, A. y SCOTT, R. E., “Contract Theory and the Limits of Contract Law”, en *The Yale Law Journal*, v. 113, n.º 3, 2003, 541-619.
- SCHWARTZ, A., “The Default Rule Paradigm and the Limits of Contract Law”, en *Southern California Interdisciplinary Law Journal*, v. 3, 1994, 389-419.
- SCOTT, J., “Strategic Bargaining and the Economic Theory of Contract Default Rules”, en *The Yale Law Journal*, v. 100, n.º 3, 1990, 615-664.
- SCOTT, R., “A Relational Theory of Default Rules for Commercial Contracts”, en *The Journal of Legal Studies*, v. 19, n.º 2, 1990, 597-616.
- SHAVELL, S., *Foundations of Economic Analysis of Law*, Cambridge, The Belknap Press of Harvard University Press, 2004.
- SUNSTEIN, C., “Impersonal Default Rules vs. Active Choices vs. Personalized Default Rules: A Triptych”, *Working Paper*, 2013, 1-41.
- TIROLE, J., “Incomplete Contracts: Where Do We Stand?” en *Econometrica*, v. 67, n.º 4, 1999, 741-781.
- TRIANTIS, G., “Unforeseen Contingencies. Risk Allocation in Contracts”, en AA.VV., *Encyclopedia of Law and Economics: General Contract Law*, 1999, 100-116.
- VELANDIA, M., *Derecho de la competencia y del consumo*, 2.^a ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011.
- WHINCOP, M., “Contracting Around The Conflict Rule: An Empirical Analysis Of A Penalty Default”, en *Journal of Corporate Law Studies*, v. 2, 2002, 1-23.
- WILLIAMSON, O., *Las instituciones económicas del capitalismo*, Suárez, E. (trad.), México D.F., Fondo de Cultura Económica, 1989.
- WILLIAMSON, O., *Markets and Hierarchies Analysis and Antitrust Implications: A Study in the Economics of Internal Organization*, New York, Free Press, 1975.