

UNA CRÍTICA A LA IDEA DE INCUMPLIMIENTO EFICIENTE DESDE EL DERECHO DE CONTRATOS

REVIEW OF THE EFFICIENT BREACH OF CONTRACT IDEA FROM A CONTRACT LAW PERSPECTIVE

Felipe Jiménez Castro *

RESUMEN

Uno de los componentes centrales del análisis económico del Derecho de Contratos es la teoría del incumplimiento eficiente. Este trabajo constituye una crítica a esa teoría. Al respecto, y partiendo de un punto de vista instrumentalista, consistente con el análisis económico, el trabajo argumenta que el incumplimiento eficiente es una aproximación inadecuada para el análisis de los remedios frente al incumplimiento.

99

PALABRAS CLAVE: incumplimiento eficiente, análisis económico del derecho, Derecho de Contratos, teoría del Derecho de Contratos.

ABSTRACT

The theory of efficient breach of contract is one of the core components of the economic analysis of contract law. This paper makes a review of this theory. On this respect, and starting from an instrumentalist perspective, consistent with law and economics, the paper claims that efficient breach is an inadequate approach towards the analysis of remedies for breach of contract.

* Licenciado en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile; magíster (LLM) en Teoría del Derecho, New York University. JSD, New York University, Dirección postal: avenida Libertador Bernardo O'Higgins, N° 340, Santiago. Correo electrónico: felipe.jimenezcastro@law.nyu.edu. Artículo recibido el 20 de junio de 2016 y aceptado para su publicación el 1 de agosto de 2017. Este trabajo ha surgido a partir de mi investigación de magíster y doctorado. Agradezco los comentarios y sugerencias que Lewis Kornhauser, Liam Murphy y Marcela Prieto han formulado en el contexto del desarrollo de ese proyecto. Asimismo, los valiosos comentarios y críticas formulados por Álvaro Vives a este artículo, así como las críticas de los dos árbitros que evaluaron versiones anteriores del mismo.

KEYWORDS: efficient breach, law and economics, contract law, contract theory

INTRODUCCIÓN

Hace más de treinta años, Lewis Kornhauser señalaba:

“las teorías jurídicas tradicionales del Derecho de Contratos han debido ser repensadas radicalmente, a la luz de la aplicación del análisis económico a los problemas jurídicos”¹.

La teoría del incumplimiento eficiente ha sido durante mucho tiempo el núcleo central del análisis económico del Derecho de Contratos. Por lo demás, dicha teoría se halla relativamente bien difundida en nuestro medio², pero –pese a ello– no ha sido objeto de un análisis crítico en el contexto chileno³.

Este trabajo tiene por objetivo contribuir a llenar ese vacío. En específico, se formula una crítica de carácter *instrumentalista* a la teoría del incumplimiento eficiente. Es decir, aceptando como correcto que el sentido del Derecho de Contratos como institución es el de contribuir a la realización de fines socialmente valiosos⁴ –y no, por ejemplo, el de reflejar los derechos morales que emanan de las promesas de los contratantes⁵–, este escrito argumenta que la teoría del incumplimiento eficiente es inadecuada, precisamente porque atenta en contra de la eficacia del Derecho de Contratos como instrumento para esos fines.

Lo anterior, por cierto, merece una explicación más detallada. Con la finalidad de articular esa explicación, este trabajo se estructura de la siguiente manera. La primera parte expone la concepción instrumentalista que se asume, y por qué esa concepción es, al menos, plausible. La segunda

¹ KORNHAUSER (1986), p. 683. Salvo que se indique lo contrario, todas las citas a textos en inglés han sido traducidas por el autor.

² Véase, entre otros, BANFI (2007), pp. 21-22; DE LA MAZA (2006), pp. 38-39; MARTÍNEZ (2014), pp. 942-943; MILLALEO (1997), pp. 241-255 y PEREIRA (2015), pp. 97-98.

³ Con la excepción de MILLALEO (1997).

⁴ Aunque la perspectiva que el *law and economics* tiene de esos fines, relacionados únicamente a la eficiencia, es demasiado limitada. A la eficiencia agregaría, al menos, la contribución que el Derecho de Contratos hace a la posibilidad de desarrollar nuestros planes de vida y a la igualdad en las relaciones interpersonales. En un sentido similar, MURPHY (2014), p. 162. Respecto al papel de la igualdad relacional en el diseño y justificación del Derecho Privado, véase JIMÉNEZ (2016a), pp. 48-55.

⁵ Una perspectiva crítica y lúcida acerca de la divergencia entre el Derecho de Contratos y la moralidad de las promesas es la de SHIFFRIN (2007), pp. 708-753.

parte, en tanto, describe la versión básica de la teoría del incumplimiento eficiente. La tercera parte plantea una serie de críticas instrumentalistas a dicha teoría. En concreto, se afirma que el incumplimiento eficiente es una forma contraproducente de instrumentalismo de reglas, que envía un mensaje inadecuado desde el punto de vista de los fines del Derecho de Contratos, presenta significativos costos (y, en cambio, no ofrece mayores beneficios que los compensen) y es, en definitiva, incompatible con la función de los remedios frente al incumplimiento⁶. Además, dicha sección expone brevemente una versión matizada de la teoría –la tesis del “cumplimiento alternativo”– y argumenta que, pese a sus diferencias, esta versión también fracasa. Finalmente, se presentan algunas conclusiones.

I. UNA CONCEPCIÓN INSTRUMENTALISTA DEL DERECHO DE CONTRATOS

¿Cuál es el sentido del Derecho de Contratos? La teoría contemporánea no ofrece una respuesta unívoca. Desde la aparición del influyente trabajo de Charles Fried⁷, diversas teorías han sido ofrecidas, pero todavía carecemos de una generalmente aceptada⁸.

Una de esas teorías –o mejor, una familia de teorías– es el *instrumentalismo*. El instrumentalismo afirma que el Derecho de Contratos es una herramienta que permite la regulación de la actividad privada⁹, facilitando la cooperación y coordinación entre las personas¹⁰, lo que genera consecuencias socialmente valiosas, tales como la eficiencia económica¹¹. Lo relevante, desde esta perspectiva, son esas consecuencias agregadas, y no la dimensión moral de las relaciones contractuales entre las partes¹². Lo que distingue al instrumentalismo, entonces, es la afirmación de que la justificación moral del Derecho de Contratos se encuentra no en la

101

⁶ En este artículo, entiendo por “remedio” el mecanismo de tutela del Derecho Contractual, procedente frente a su incumplimiento como medio para obtener la satisfacción del interés del acreedor y, como se verá *infra*, la protección de la práctica contractual. Los remedios son, en este sentido, derechos secundarios que surgen frente al incumplimiento de derechos primarios, como sugiere el análisis clásico de AUSTIN (1869). En nuestro medio, el uso del término ‘remedio’, con un sentido relativamente similar al expuesto aquí, se encuentra –por ejemplo– en LÓPEZ (2012), PIZARRO (2008) y, en especial, VIDAL (2007).

⁷ FRIED (1981).

⁸ En este sentido, BENSON (1995), p. 276; GORDLEY (1992), p. 230 y WADDAMS (2011) p. 15.

⁹ BELLANTUONO (2010), p. 116; BRAUCHER (1990) y COLLINS (2002), p. 57.

¹⁰ KIMEL (2003), p. 65.

¹¹ MURPHY (2014), p. 153.

¹² *Op. cit.*, p. 154.

dimensión moral o la estructura de la relación contractual, sino en los efectos que él produce¹³.

Para quienes rechazan el instrumentalismo, en cambio, el Derecho de Contratos es valioso porque “reconoce y respeta el poder de los individuos para modificar las relaciones jurídicas que se producen entre ellos”¹⁴. Para dichas concepciones, pues se trata de una institución moralmente justificada debido a que él es requerido por (una correcta comprensión de) la dimensión moral de las interacciones privadas. En cierto sentido, entienden el Derecho de Contratos como una institución moralmente necesaria, sea debido a que da fuerza legal a las obligaciones que emanan de las promesas¹⁵, protege los derechos naturales de los individuos¹⁶ (sea que esos derechos se interpreten como derechos propiamente contractuales o como derechos análogos al de propiedad¹⁷), o constituye una estructura relacional autosuficiente e internamente justificada¹⁸. En cualquier caso, lo que une a todas estas visiones es que ellas niegan que el valor moral o político del Derecho de Contratos esté dado por sus efectos valiosos, y afirman, en cambio, que dicho valor está dado por aquel de la interacción entre las partes y sus implicancias normativas¹⁹.

Este trabajo asume una perspectiva instrumentalista. Esta perspectiva es también la del análisis económico del Derecho, tal vez la versión más influyente y comprensiva del instrumentalismo en el Derecho Privado²⁰ y la raíz, como es sabido, de la teoría del incumplimiento eficiente.

¹³ Aquí sigo a MURPHY (2014), p. 154.

¹⁴ BENSON (1996), p. 33.

¹⁵ La versión clásica de este argumento se encuentra en FRIED (1981). Sin embargo, no es evidente que una teoría promisorio sea necesariamente no instrumentalista. Por una parte, el propio Charles Fried ha señalado que su lineamiento es consistente con muchos de los argumentos del análisis económico del Derecho, por ejemplo, en FRIED (2012). Por otra parte, es plausible sostener que la moral de las promesas no es el fundamento normativo, sino que simplemente un límite sustantivo del Derecho de Contratos el cual pese a ello puede tener una justificación instrumentalista. Esta es la postura de SHIFFRIN (2007). Una concepción genuinamente no instrumentalista basada en la moral de las promesas es la de Stephen Smith, quien argumenta que el Derecho de Contratos se limita a dar fuerza legal a las obligaciones promisorias que los individuos se imponen, que crean relaciones especiales entre ellos y dan lugar a deberes morales. Véase SMITH (2004), pp. 74-78.

¹⁶ Una versión de este argumento en el ámbito de la responsabilidad extracontractual es el de STEVENS (2009), pp. 141-142.

¹⁷ Me refiero al argumento de las llamadas *teorías de la transferencia*, tales como BENSON (2006) y GOLD (2009).

¹⁸ WEINRIB (2012). Un buen ejemplo de este enfoque es la justificación que Peter Benson provee de la doctrina de la *consideration* en BENSON (2011).

¹⁹ BEEVER (2013), p. 158.

²⁰ KORNHAUSER (1982), p. 191. Véase también AKBARI (2015), p. 245 y COOTER y ULEN (2012), pp. 1-4.

Dado lo anterior, a diferencia de la mayoría de las críticas que se han formulado a dicha teoría, las que típicamente argumentan que la teoría sería inconsistente con el deber moral de cumplir el contrato²¹, este trabajo ofrece una crítica *interna*. En efecto, ella se defiende asumiendo la misma perspectiva instrumentalista de los teóricos del incumplimiento eficiente.

Proveer un argumento a favor del instrumentalismo no es el objetivo de este trabajo. Esta sección simplemente explicita la premisa a partir de la cual se construye la crítica a la teoría del incumplimiento eficiente que aquí se formula²². Pese a ello, es relevante enunciar algunas razones por las cuales el instrumentalismo es, al menos, una concepción plausible de frente a visiones opuestas y constituye, por tanto, una perspectiva adecuada para criticar al incumplimiento eficiente.

La primera razón tiene relación con las condiciones contemporáneas de la contratación²³. Hoy, la contratación se caracteriza por la ubicuidad de los contratos de adhesión²⁴, cuyos términos rara vez son leídos por quienes adhieren a ellos²⁵. Los contratos de adhesión, siguiendo a Todd Rakoff, se caracterizan por ser redactados por una sola parte, que usualmente celebra el mismo tipo de transacción, y no estar abiertos a negociación²⁶. La inmensa mayoría de los contratos que se celebran hoy son, en ese sentido, de adhesión²⁷. Esto implica, también, que la mayoría de los contratantes están sujetos a cláusulas que, probablemente, ni siquiera han leído²⁸. Sin embargo, la mayoría de estos contratos son, dentro de ciertos límites, legalmente vinculantes. Ello, evidentemente, plantea una dificultad para quien cree que la razón que justifica la institución del Derecho de Contratos está dada por la moralidad de las promesas o los derechos naturales de las partes. Lo anterior no significa, por supuesto, que el fenómeno de la contratación en masa no pueda ser objeto de un análisis no instrumentalista²⁹. Pero sí implica un problema, puesto que, si la razón que justifica la institución del Derecho Contractual es la dimensión

²¹ Véase, por ejemplo, FRIEDMANN (1998); LINZER (1981) y SHIFFRIN (2007).

²² Dicha premisa difiere parcialmente de lo expuesto en JIMÉNEZ (2014). En dicho trabajo, defendí una comprensión del Derecho de Contratos basada en la idea de autonomía privada. Aunque, como sugiero *infra*, esa idea cumple un papel central y una perspectiva instrumentalista debe incorporarla, ella es insuficiente para justificar por sí misma la institución del Derecho de Contratos, y debe ser complementada con otros valores políticamente relevantes. Al respecto, véase mi crítica a PEREIRA (2016) en JIMÉNEZ (2016b).

²³ Véase, en este mismo sentido, JIMÉNEZ (2017).

²⁴ KESSLER (1943), p. 631.

²⁵ RAKOFF (1983), p. 1179.

²⁶ *Op. cit.*, p. 1177.

²⁷ BIX (2013), p. 129; KOROBKIN (2003), p. 1203 y ROBERTSON (2005), pp. 186-187.

²⁸ ROBERTSON (2005), p. 197.

²⁹ Véase, por ejemplo, BARNETT (2002).

moral y los derechos naturales que emanan de la interacción voluntaria, el déficit de voluntariedad que –al menos en principio– exhibe la contratación contemporánea es problemático. Ese déficit no es problemático para una perspectiva instrumentalista, que puede perfectamente justificar por qué es legítimo otorgar fuerza obligatoria a dichos contratos por razones distintas a la voluntariedad de las partes.

En segundo lugar, una perspectiva instrumental puede justificar, de mejor manera que una visión no instrumental, la importante inversión pública requerida por el Derecho de Contratos³⁰, conectando dicha inversión con el interés público involucrado en la obtención de efectos socialmente valiosos. Este Derecho genera gastos públicos que van desde la elaboración, discusión y promulgación de las leyes que regulan y otorgan eficacia a la contratación, hasta la mantención de tribunales independientes que puedan hacer cumplir los contratos, capaces de interpretarlos y de determinar los hechos relevantes de cada caso, todo lo cual tiene un costo. Los derechos contractuales no tienen eficacia práctica sin estos gastos públicos³¹. Y todos los gastos públicos tienen costos de oportunidad, puesto que ellos podrían ser utilizados para financiar la satisfacción de otras necesidades sociales³². Si una concepción no instrumental es incapaz de explicar por qué hay buenas razones para justificar la obligatoriedad de parte importante de los contratos contemporáneos, tampoco puede explicar por qué los costos involucrados en hacer cumplir esos contratos están justificados.

En tercer término, el instrumentalismo es capaz de proveer un criterio normativo para el diseño de las reglas “de trasfondo” que el Derecho establece para cada contrato, a través, fundamentalmente, de los elementos de la naturaleza. Una concepción no instrumental, en cambio, no está en condiciones de proveer esos criterios. En efecto, si bien las nociones de voluntariedad, autonomía y libertad personal pueden cumplir un papel relevante en la justificación de la obligatoriedad de algunos contratos³³ (no, por supuesto, de los contratos de adhesión), ellas son incapaces de justificar la totalidad del contenido del Derecho Contractual, el que define, entre otras cosas, los requisitos de validez, los criterios de interpretación, y los mecanismos para obtener el cumplimiento de los contratos³⁴. Para determinar el contenido de estas reglas, el deber moral de cumplir las promesas y la autonomía personal resultan insuficientes. Como sostiene Richard Craswell, tales criterios

³⁰ HOLMES y SUNSTEIN (1999), p. 221.

³¹ *Op. cit.*, p. 15.

³² *Op. cit.*, p. 221.

³³ En este sentido, véase PEREIRA (2016).

³⁴ KAPLOW y SHAVELL (2006), p. 164.

“tienen escasa o nula relevancia para aquellas partes del Derecho de Contratos que establecen los remedios frente al incumplimiento, las condiciones que excusan al deudor de cumplir, o las obligaciones adicionales (...) que se imponen al deudor”³⁵.

Por estas razones, el instrumentalismo es una concepción al menos plausible para entender y justificar las instituciones del Derecho de Contratos. Desde luego, de ello no se sigue que las concepciones no instrumentales sean irrelevantes. Por el contrario, esas concepciones capturan intuiciones generalmente compartidas acerca de la obligatoriedad del contrato, y parte del desafío es incorporar esas intuiciones. Hasta ahora, el instrumentalismo ha tenido dificultad para lograr esa tarea. En efecto, los autores generalmente ignoran la relevancia de los derechos de los contratantes, los cuales son vistos como meros mecanismos de distribución de recursos³⁶. Asimismo, el instrumentalismo tiene cierta dificultad para acomodar la normatividad del discurso jurídico, ejemplificado en las nociones de derecho, deber e incumplimiento³⁷. El desafío, entonces, es el de superar esas deficiencias sin perder de vista el sentido y la justificación del Derecho de Contratos como institución, tarea en la que este trabajo pretende ser una contribución.

105

II. LA TEORÍA DEL INCUMPLIMIENTO EFICIENTE

La teoría del incumplimiento eficiente se presenta, básicamente, en dos versiones³⁸. Una versión –que llamaré la “versión básica”– simplemente postula que la indemnización compensatoria es el remedio óptimo desde el punto de vista de la eficiencia económica. La otra versión –que designaré como “cumplimiento alternativo”³⁹– postula que la indemnización compensatoria está justificada porque, en las condiciones en que el cumplimiento ya no es eficiente, las partes –de haber previsto la situación– habrían estipulado que en ese caso lo procedente sea el pago de la indemnización compensatoria, y no la ejecución de la prestación. Desde el punto de vista de esta segunda versión, el incumplimiento *nunca* es

³⁵ CRASWELL (1989), p. 489.

³⁶ Como argumenta RIPSTEIN (2006), p. 1398.

³⁷ Véase SMITH (2004), pp. 24-25 y SMITH (2011b). Véase la respuesta, aunque poco persuasiva, a mi juicio, de KRAUS (2007).

³⁸ En este sentido, sigo el análisis de KCLASS (2014).

³⁹ Así traduzco el término *dual performance*, empleado por MARKOVITS y SCHWARTZ (2011).

eficiente. A continuación, explico la versión básica. El análisis de la tesis del “cumplimiento alternativo” se analiza *infra*, al final de la sección III.

La teoría del incumplimiento eficiente, como se sabe, es una de las propuestas más conocidas del análisis económico del Derecho de Contratos⁴⁰. En sus orígenes, fue desarrollada para justificar la indemnización compensatoria⁴¹ y su preponderancia frente al cumplimiento específico en el *Common Law*⁴².

En su versión básica, señala que la indemnización compensatoria es el remedio adecuado desde el punto de vista de la eficiencia económica. Dicho remedio facilitaría la asignación óptima de bienes y servicios y aumentaría la eficiencia, al desincentivar el incumplimiento solo en la medida en que el cumplimiento es socialmente óptimo, pero incentivándolo cuando incumplir es la alternativa socialmente eficiente⁴³. En este último caso, la indemnización compensatoria permite una mejora de Pareto, en el sentido de que el acreedor queda en una posición equivalente a aquella en que se encontraría en caso de cumplimiento, y el deudor queda en una mejor. Esta situación es Pareto-superior a la del cumplimiento: al menos una persona está mejor que si hubiera habido cumplimiento, y nadie está peor⁴⁴.

De esta manera, la versión simple de la teoría del incumplimiento eficiente parte de una premisa básica: el cumplimiento de la obligación contractual no es siempre socialmente deseable⁴⁵. Esta razonable premisa, que los sistemas jurídicos suelen reconocer, lleva a la teoría a afirmar que, en algunos casos, el Derecho debe incentivar el incumplimiento. Los remedios contractuales deberían inducir al deudor a cumplir solo en la medida en que el cumplimiento es eficiente; y a incumplir en caso contrario⁴⁶. Como explica con claridad Iñigo de la Maza:

“en términos muy sencillos, la teoría del incumplimiento eficiente sugiere que es deseable que se incumpla un contrato en aquellos casos donde los beneficios totales del incumplimiento exceden sus costos. Dicho de otra manera, donde el deudor puede compensar

⁴⁰ KLASS (2014), p. 362.

⁴¹ BIRMINGHAM (1969), pp. 273-292.

⁴² En el *Common Law*, el cumplimiento específico solo está disponible en los casos en que la indemnización compensatoria es inadecuada. La regla general, pues, es que este remedio específico no está disponible. Al respecto, véase GORDLEY (2007), p. 390. Desde sus orígenes, en estos sistemas el cumplimiento específico es un remedio basado en la equidad, como muestra ZIMMERMANN (1996), p. 780.

⁴³ BIRMINGHAM (1969), p. 292.

⁴⁴ COLEMAN (1979), p. 513.

⁴⁵ POSNER (2010), p. 150.

⁴⁶ KAPLOW y SHAVELL (2006), p. 156; ZAMIR y MEDINA (2010), p. 294.

de manera perfecta al acreedor y, aun así, obtener ganancias de su incumplimiento”⁴⁷.

Esta es la estructura fundamental de la versión básica de la teoría del incumplimiento eficiente. Desde ya, sin embargo, es necesario poner de manifiesto que su hipótesis fáctica debe distinguirse de otras similares que subyacen a instituciones tradicionales del Derecho Contractual, como la fuerza mayor, la excesiva onerosidad sobreviniente o el cambio de circunstancias⁴⁸. El cambio negativo en las circunstancias es, bajo estas instituciones, una condición de *derrotabilidad* de la obligación contractual; en tales casos, no cumplir con lo pactado no constituye un incumplimiento que necesite de una justificación especial basada en la eficiencia⁴⁹. En virtud de lo anterior, para entender realmente el núcleo de la teoría del incumplimiento eficiente debemos hacer la distinción entre dos grupos de hipótesis que la literatura económica suele agrupar bajo la misma etiqueta, los que –siguiendo a Gregory Klass– denominaré buenas y malas noticias⁵⁰. La hipótesis básica de buenas noticias es el caso típico de un tercero que valora la prestación del deudor más que el acreedor, es decir, el caso de intervención de un tercero en un contrato ajeno⁵¹. Las hipótesis de malas noticias, en cambio, se refieren a aquellos casos en los cuales existe un cambio imprevisto que genera un aumento en los costos del cumplimiento⁵². El núcleo de la teoría del incumplimiento eficiente es el referido a las hipótesis de buenas noticias, y –por ello– en lo que sigue lo analizo solo desde la perspectiva de estas situaciones, dejando de lado las que se refieren a cambios imprevistos en las circunstancias de cumplimiento contractual.

Por cierto, la versión básica del incumplimiento eficiente se ha complejizado notablemente e, incluso, sus defensores más reconocidos –como Richard Posner– han matizado la teoría⁵³. Aun así, la versión básica sigue

⁴⁷ DE LA MAZA (2006), p. 38.

⁴⁸ GORDLEY (2001), p. 15 y SMITH (2004), p. 372. Para un panorama comparado y en Chile, véase BANFI (2006).

⁴⁹ GORDLEY (2001), pp. 18-20.

⁵⁰ EISENBERG (2012); KLASS (2014), pp. 364-365.

⁵¹ Véase, al respecto, BANFI (2012) y BARROS (2006), p. 993 y ss.

⁵² BIX (2013), p. 81. En jurisdicciones del *Civil Law*, bajo el principio de *rebus sic stantibus*, generalmente se entiende que el cambio imprevisto de circunstancias hace el incumplimiento excusable. Así, por ejemplo, el art. 1467 del *Código Civil* italiano permite al deudor solicitar la terminación del contrato, y el art. 1148 del *Code Civil* francés permite excusar la inexecución por razones de fuerza mayor. Para una perspectiva comparada en general, véase FARNSWORTH (2008), pp. 926-928 y GRAZIANO (2009), pp. 320-371.

⁵³ Véase FRIEDMANN (1998), pp. 3-4.

siendo analizada en la literatura⁵⁴ y es su versión más conocida y criticada⁵⁵. Por ello, vale la pena detenerse en esta versión, con la finalidad de analizar cuáles son sus defectos desde una perspectiva instrumentalista. Sin perjuicio de ello, más adelante se presenta, como he señalado, una versión más reciente de la teoría, la que también será objeto de análisis crítico.

Finalmente, es relevante poner de manifiesto que la versión simple del incumplimiento eficiente está basada en una serie de supuestos. Así, por ejemplo, la teoría supone que:

- i) el daño sufrido por el acreedor puede ser fácilmente determinado por ambas partes y por el tribunal; que, como consecuencia de lo anterior;
- ii) la indemnización compensatoria es *perfectamente compensatoria*, es decir, deja al acreedor al menos en una posición equivalente a aquella en la que se encontraría si el contrato se hubiera cumplido⁵⁶ y
- iii) que las partes son racionales, de manera que su decisión de cumplir (o no) no está expuesta a sesgos cognitivos⁵⁷.

Aunque es razonable que el incumplimiento eficiente *como modelo económico* asuma una serie de supuestos que no se cumplen en realidad, con la expectativa de que ello arroje una mejor comprensión acerca del comportamiento de agentes reales en el mundo real⁵⁸, cuando se presenta *como justificación del sistema de remedios*, estos supuestos generan que en su versión simple, sea al menos inadecuado. En efecto, en realidad, los remedios son sistemáticamente insuficientes⁵⁹, los perjuicios del acreedor no son fácilmente verificables, y la evaluación que el deudor puede hacer de los costos y beneficios del cumplimiento están sesgados en su favor. Una justificación adecuada de las reglas jurídicas debe argumentar desde su operación en la realidad, y no sobre la base de condiciones ideales que no se verifican en la práctica. Como se verá en lo sucesivo, como tal justificación, el incumplimiento eficiente es especialmente problemático.

⁵⁴ KLASS (2014), p. 362.

⁵⁵ Para una perspectiva general, véase KLASS (2014); SMITH (2004), pp. 115-120, 403-411.

⁵⁶ EISENBERG (2012), p. 3. La evidencia empírica con respecto a la evaluación judicial sugiere que, en general, tal evaluación es insuficiente y no alcanza a cubrir los verdaderos perjuicios del acreedor. LEWINSOHN-ZAMIR (2012). Esto suele ser un argumento en contra de la idea de incumplimiento eficiente. En el mismo sentido, Gregory Klass señala: “en los casos en que se descubre que hubo un incumplimiento, una indemnización monetaria puede no equivaler al perjuicio sufrido. La carga de la prueba del demandante y las reglas legales que limitan el monto de la indemnización implican que ésta es sistemáticamente sub-compensatoria”. KLASS (2014), p. 369.

⁵⁷ KLASS (2014), p. 369.

⁵⁸ En eso consiste, después de todo, la noción de ‘modelo’. Véase GIBBARD y VARIAN (1978); SUGDEN (2009).

⁵⁹ KLASS (2014), p. 369; WILKINSON-RYAN y HOFFMAN (2010), p. 1006.

III. EL ARGUMENTO INSTRUMENTALISTA CONTRA EL INCUMPLIMIENTO EFICIENTE

Esta sección presenta, entonces, el argumento instrumentalista en contra de la teoría del incumplimiento eficiente. En resumen, el argumento es que el incumplimiento eficiente es una justificación inadecuada del régimen de remedios, debido a que, si ella fuera común y públicamente afirmada como tal justificación, ello incrementaría el costo de operación del Derecho de Contratos sin ninguna ganancia que compense dicho costo.

Por cierto, no es la preeminencia de la indemnización compensatoria por sobre el cumplimiento específico, por sí misma, el problema. Lo problemático es la teoría del incumplimiento eficiente como un intento de justificarla. De esta manera, el argumento está dirigido contra esta teoría, pero es compatible con la visión –enteramente correcta, a mi juicio– de que la indemnización compensatoria es un remedio generalmente adecuado.

Desde la perspectiva instrumentalista, un problema central del incumplimiento eficiente es que se centra en los intereses singulares de los contratantes y sus decisiones. Por el contrario, un análisis instrumentalista se debe centrar en la práctica en su totalidad, así como en la preservación de las consecuencias socialmente beneficiosas que ella produce⁶⁰. Son esas consecuencias lo que debemos proteger; y no las ganancias que los contratantes individuales pueden obtener a partir del cumplimiento o el incumplimiento. Como señala Melvin Eisenberg,

“la teoría del incumplimiento eficiente se basa en un enfoque estático y cortoplacista del fenómeno del incumplimiento, porque sólo se preocupa de la eficiencia de cumplir o incumplir un contrato individual. Por el contrario, un enfoque dinámico y de largo plazo respecto al fenómeno del incumplimiento se preocupa de la eficiencia del sistema de contratación como un todo. Desde ese punto de vista, la teoría del incumplimiento eficiente es ineficiente, debido a que si fuera generalmente seguida disminuiría la eficiencia de dicho sistema”⁶¹.

A continuación se explica, con mayor detalle, este problema. En específico, las siguientes secciones argumentan:

- 1) que el incumplimiento eficiente asume erróneamente el “instrumentalismo de reglas”;

⁶⁰ MURPHY (2014), p. 168.

⁶¹ EISENBERG (2012), pp. 19-20.

- 2) envía un mensaje contraproducente desde el punto de vista del papel instrumental del Derecho de Contratos como institución;
- 3) genera relevantes costos a ese nivel institucional, sin generar ganancias que compensen dichos costos;
- 4) y es incompatible con la función del régimen de remedios que pretende justificar.
- 5) Finalmente, explico por qué una versión más reciente de la teoría –la tesis del “cumplimiento alternativo”– es incapaz de superar estos problemas.

*1. El incumplimiento eficiente
como instrumentalismo de reglas*

110

A estas alturas, se ha transformado en un lugar común criticar la teoría del incumplimiento eficiente por su perspectiva demasiado parcial: la pregunta acerca del remedio adecuado y eficiente, dicen los críticos, no puede contestarse mirando única y exclusivamente la decisión del deudor acerca de si cumplir o incumplir su obligación. Lo importante, de acuerdo con esta objeción, es la combinación de incentivos, y no solo los incentivos respecto al cumplimiento⁶². En efecto, existen muchas decisiones de los contratantes que pueden verse afectadas por el régimen de remedios: la decisión de contratar o no, así como cuánto contratar y con quién, pasando por la búsqueda de alternativas después de la formación del contrato, cuánta confianza depositar en el deudor, cuánto invertir en precauciones frente al incumplimiento y en la mitigación de sus efectos, hasta cuánto invertir en investigación precontractual y el contenido de las cláusulas cuantitativas del contrato (precio y cantidad). Dada esta complejidad, parece poco probable que exista una regla única que pueda proveer los incentivos óptimos respecto a la totalidad de estas decisiones⁶³. La pregunta acerca del remedio más eficiente requeriría tomar en consideración este complejo conjunto de decisiones antes, durante y después de los momentos de perfeccionamiento y cumplimiento del contrato. Cualquier regla va a producir efectos disímiles en cada una de estas decisiones⁶⁴.

⁶² En este sentido, CRASWELL (2001), p. 35.

⁶³ Como señalaba Ronald Coase, “al escoger entre distintos arreglos sociales (...) debemos tener en mente que un cambio en el sistema existente que puede llevar a una mejoría respecto a ciertas decisiones, puede empeorar las cosas respecto de otras”. COASE (1960), p. 44. En la discusión contemporánea véase KLASS (2014), pp. 376-377.

⁶⁴ ZAMIR y MEDINA (2010), p. 259. Como explica Liam Murphy: “¿Cuál es el remedio que el análisis económico del Derecho de Contratos recomienda? En algún momento, se pensó que, dado que la indemnización compensatoria otorgaba incentivos eficientes respecto a la decisión de si cumplir o no, el análisis económico apoyaba el remedio

Todas estas críticas apuntan a un problema relevante en el modelo básico del incumplimiento eficiente, pero siguen operando en el ámbito del análisis pormenorizado de las reglas. En mi opinión, la raíz del problema es que el incumplimiento eficiente constituye una forma de instrumentalismo de reglas que pierde de vista que el Derecho de Contratos es una *institución* instrumental. El régimen adecuado de remedios requiere tomar en cuenta el funcionamiento del Derecho de Contratos, y de la práctica institucional que surge a partir de dicho sistema. Esto no solo significa ir más allá de la perspectiva parcial del incumplimiento eficiente, centrada en una sola decisión de los contratantes, sino, también, ir más allá del análisis del impacto que las reglas tienen en el comportamiento individual de contratantes específicos. El punto de vista adecuado para analizar el sistema de remedios es cómo este afecta la práctica institucional y su eficacia como instrumento.

En efecto, y como postula Lewis Kornhauser, el concepto de instrumentalismo puede referirse a distintas unidades de análisis⁶⁵. Desde este punto de vista, es distinto sostener que una institución jurídica es instrumental, debido a que ella está diseñada o debe ser interpretada como una institución orientada al logro de objetivos socialmente valiosos (*instrumentalismo institucional*), a sostener que cada regla específica de esa institución está diseñada o debe ser interpretada como un mecanismo para obtener el cumplimiento de dichos fines (*instrumentalismo de reglas*). El análisis económico del Derecho de Contratos en general, y la teoría del incumplimiento eficiente en específico, adoptan en este sentido el instrumentalismo de reglas.

Sin embargo, de la afirmación de que una institución como el contrato es instrumental, lo que este trabajo, como he argumentado supra, asume como correcto, no se sigue lógicamente que cada regla legal referida a esa institución deba interpretarse instrumentalmente. Por el contrario, es perfectamente plausible distinguir entre la justificación del sistema de Derecho de Contratos –que, como intuye con acierto el análisis económico, es instrumental– y su operación interna. Como señala John Rawls, es necesario distinguir entre justificar una práctica como un sistema de

obligatorio del *Common Law* (...). Pero, rápidamente, se puso de manifiesto que la decisión respecto a si cumplir o no era solo una de las decisiones que los contratantes deben tomar; otras de esas decisiones incluyen cuánto gastar confiando en el cumplimiento de la contraparte, con quién contratar, si contratar o no, etc. Se ha investigado también respecto a cuál sería el remedio eficiente respecto a los incentivos generados para estas otras decisiones. Parece claro que será imposible generar una respuesta a la pregunta respecto al remedio eficiente, si se tienen en consideración todas las decisiones relevantes". MURPHY (2014) pp. 164-165.

⁶⁵ KORNHAUSER (2000), p. 227.

reglas, y justificar acciones particulares reguladas por esas reglas⁶⁶. En la primera perspectiva, uno se pregunta acerca del valor de la práctica y las consecuencias valiosas que ella puede tener para la sociedad. Aquí, el *Law and Economics* tiene algo interesante –aunque ciertamente polémico– que decir. En la segunda perspectiva, en cambio, el foco está puesto en la aplicación de las reglas de la práctica a situaciones particulares. En esta segunda perspectiva, como veremos en lo sucesivo, el *Law and Economics* comienza a parecer menos atractivo.

2. El mensaje contraproducente del incumplimiento eficiente

112

El análisis económico del Derecho de Contratos parte de la idea de que para la sociedad es positivo que los particulares entren en transacciones voluntarias, debido a que ello aumenta el bienestar social. Se trata, desde este punto de vista, de una institución jurídica instrumentalmente justificada, cuyo papel crucial es facilitar tales transacciones, previniendo el comportamiento oportunista⁶⁷ y evitando que el intercambio, carente de la seguridad que el Derecho de Contratos le otorga, y a falta de mecanismos alternativos (como, por ejemplo, el costo reputacional⁶⁸), se transforme en una especie de dilema del prisionero⁶⁹. En tales condiciones, y sin la obligatoriedad legal de los contratos, el intercambio de bienes y servicios, así como sus efectos valiosos, no se producirían “por faltar la confianza recíproca en cuanto al cumplimiento”⁷⁰.

Como he señalado, esta comprensión es a mi juicio correcta. El punto del Derecho de Contratos es que, como institución, permite el logro de importantes objetivos que sin él no se cumplirían. Precisamente por eso, una perspectiva instrumentalista debe centrarse en los efectos que, a nivel agregado, tienen las reglas legales en esta institución. En el caso de los remedios, entonces, la pregunta central no es, ¿cuáles son los incentivos que ellos proporcionan a las partes contratantes?. La pregunta realmente relevante –si lo que nos interesa es promover la eficacia instrumental de

⁶⁶ RAWLS (1955), p. 5.

⁶⁷ ZAMIR y MEDINA (2010), p. 258.

⁶⁸ En teoría, en un mercado perfectamente transparente y con mecanismos reputacionales perfectos, no necesitaríamos remedios. Los efectos reputacionales del incumplimiento, en efecto, serían incorporados en los precios, de manera que los agentes racionales tendrían los incentivos adecuados. Este argumento ha sido desarrollado, entre otros, por KORNHAUSER (1983), pp. 691-706.

⁶⁹ BUCKLEY (2004), pp. 36-38.

⁷⁰ MURPHY (2007), p. 14.

la práctica— es, ¿qué sistema de remedios asegura y maximiza el logro de los objetivos de la práctica al menor costo posible? La teoría del incumplimiento eficiente es, en este sentido, contraproducente.

Para entender por qué, es necesario tener presente que los efectos que, en la perspectiva instrumentalista, justifican el Derecho de Contratos, solo son alcanzables en la medida en que las personas naturales y jurídicas de hecho contraten. El Derecho de Contratos, entonces, obtiene dichos efectos no directamente, sino que incentivando que los individuos contraten⁷¹, y que, de esta manera, se involucren en formas deseables de cooperación en las que hay envuelto un riesgo de comportamiento oportunista⁷². Para el instrumentalismo, pues, el Derecho de Contratos es valioso en la medida en que otorga apoyo a estas formas de cooperación⁷³.

Precisamente por ello, la imposición coactiva no puede ser el único mecanismo para sostener la práctica del intercambio contractual⁷⁴. Por el contrario, el Derecho de Contratos es más efectivo mientras menor es el costo requerido para alcanzar los fines que le otorgan su justificación. Aquí vale la pena recordar el argumento de Guido Calabresi, en el sentido de que la responsabilidad extracontractual busca alcanzar la combinación óptima de los costos de los accidentes y los costos de precaución⁷⁵. En términos similares, una concepción instrumentalista debiera llevar a la combinación óptima que asegure los efectos valiosos de la contratación al menor costo agregado posible.

Así, y dado que la imposición coactiva de los deberes contractuales es costosa, el Derecho de Contratos no debiera depender únicamente de la coacción si existen mecanismos alternativos y de menor costo. Uno de esos mecanismos es la generación de una cultura pública que inculque el valor de cumplir lo pactado. Como escribe Robert Cooter, “la moral internalizada genera el cumplimiento espontáneo”⁷⁶. En efecto, la internalización de la idea de que los contratos deben cumplirse elimina el riesgo de oportunismo en su raíz, la motivación individual⁷⁷.

En la práctica, la observancia de los deberes contractuales es una consecuencia de una combinación de factores, incluyendo mecanismos extralegales como la reputación⁷⁸, la coacción estatal y la internaliza-

⁷¹ MURPHY (2007), p. 18.

⁷² SCOTT y STEPHAN (2006), pp. 42-43.

⁷³ MURPHY (2014), p. 162; RAZ (1981), p. 933.

⁷⁴ Un argumento equivalente, pero en el ámbito del Derecho de Bienes, es el de MERRILL y SMITH (2007), p. 1853.

⁷⁵ CALABRESI (2008); CALABRESI y MELAMED (1971), p. 1094.

⁷⁶ COOTER (1998), p. 904.

⁷⁷ DIXIT (2009), pp. 10-11.

⁷⁸ Véase KORNHAUSER (1983).

ción del deber de cumplimiento⁷⁹. Esto significa que, mientras mayor es la internalización de este último, menor es la necesidad de recurrir a la coacción estatal. Por lo demás, mientras la internalización del deber aumenta la confianza interpersonal requerida para la contratación⁸⁰, la internalización de nociones vinculadas al puro interés individual puede hacer más difícil la cooperación voluntaria.

Lo anterior permite mostrar que, si fuese comúnmente articulada como justificación, la teoría del incumplimiento eficiente debilitaría la internalización del deber de cumplir los contratos. Lo anterior implica que la articulación de esta teoría como la concepción generalmente aceptada de los remedios encarecería la operación del Derecho de Contratos, puesto que haría necesario recurrir más a dichos remedios y al costo que ellos conllevan.

La estabilidad y la fortaleza del Derecho de Contratos no pueden descansar, pues, únicamente en la coacción (o en su amenaza)⁸¹. Una práctica institucional robusta requiere que sus normas sean internalizadas, debido a que la internalización es una forma menos costosa y más eficiente de proteger la práctica que la amenaza de coacción.

Desde este punto de vista, la versión básica del incumplimiento eficiente es una concepción inadecuada del sistema de remedios. En efecto, aunque es posible que la indemnización compensatoria produzca los incentivos correctos⁸², justificarla públicamente a partir de la idea de incumplimiento eficiente afecta la internalización de la idea de que los deberes contractuales deben cumplirse. Al perder de vista la distinción entre *precio* y *sanción*⁸³, la teoría del incumplimiento eficiente también comunica un mensaje: que la obligación contractual no es realmente una obligación de cumplir lo pactado⁸⁴. Mientras un poco de “ácido cínico”, usando la frase de Oliver Holmes, puede ser útil como herramienta analítica en algunas circuns-

114

⁷⁹ Aquí sigo a EISENBERG (2005) p. 1012.

⁸⁰ ANDERSON (2000), p. 175.

⁸¹ “No es posible, especialmente en una democracia, aplicar instituciones justas a una ciudadanía amoral. En otras palabras, es un error pensar acerca del Derecho como si simplemente pudiera imponerse por un soberano Hobbesiano omnipotente”. MURPHY (2007), p. 12.

⁸² Aunque no hay consenso sobre este punto. Véase, al respecto, BROOKS (2006); CRASWELL (1987); EISENBERG (2005); FARBER (1980); KLASS (2014); KRONMAN (1978); LEWINSOHN-ZAMIR (2012); SCHWARTZ (1979); ULEN (1984).

⁸³ BROOKS (2006), pp. 591-592. Respecto a la distinción, véase COOTER (1984). Aplicando la misma lógica reductiva del incumplimiento eficiente, uno podría construir teorías similares de otras formas de conductas prohibidas *eficientes* como, por ejemplo, el “hurto eficiente”. Véase FRIEDMANN (1998), p. 4.

⁸⁴ La versión clásica de este argumento se atribuye a HOLMES (1897), aunque el sentido de su argumento y su conexión con el incumplimiento eficiente son cuestiones debatidas. Véase al respecto PERILLO (2000).

tancias, el uso extendido de esa perspectiva puede ser contraproducente, aumentando innecesariamente el costo operativo del Derecho de Contratos sin ningún beneficio en términos de bienestar social⁸⁵.

En su versión básica, entonces, la teoría del incumplimiento eficiente es inadecuada. En efecto, su articulación pública como justificación del régimen de remedios podría afectar la internalización de la noción de *pacta sunt servanda*, afectando así la eficacia del Derecho de Contratos. El mensaje de la teoría es contraproducente, porque al argumentar que el incumplimiento es a veces deseable, dificulta la internalización del deber de cumplir el contrato, que es precisamente el mecanismo que produce las consecuencias valiosas que el análisis económico subraya.

3. Los costos del incumplimiento eficiente

Sin embargo, el defensor de la versión básica del incumplimiento eficiente podría responder que, considerando costos y beneficios, un mundo en el que su teoría fuera uniformemente aceptada sería mejor que uno caracterizado por la noción de *pacta sunt servanda*. El argumento sería que, aunque la versión básica del incumplimiento eficiente tiene costos en términos de internalización y de la necesidad de recurrir a la coacción estatal, sus beneficios podrían ser suficientes para que la teoría no sea, finalmente, contraproducente. Evaluar una respuesta de este tipo requeriría evidencia empírica que la sustente, la cual –por ahora– no parece existir. De todas formas, la respuesta no es persuasiva. En efecto, en primer término, el régimen de remedios preferido por el teórico de incumplimiento eficiente es, básicamente, el ya existente. Además, dicho régimen ha sido justificado sobre la base de otros argumentos más plausibles que la teoría del incumplimiento eficiente. De esta manera, la aceptación de la teoría no tendría ningún impacto positivo. Al mismo tiempo, tal aceptación tendría costos considerables. A continuación, menciono algunos de ellos.

115

a) Costos de planificación y precaución, inestabilidad de las expectativas, y efectos de red

El primer grupo de costos generados por una aceptación generalizada del incumplimiento eficiente son los de planificación y precaución en que

⁸⁵ Cabe agregar que la concepción de la obligación contractual como una alternativa que autoriza a cumplir o indemnizar puede ser replicada hasta el absurdo, puesto que, si se admite su lógica, nada impide afirmar que, si se incumple, el deber de indemnizar es, en realidad, una alternativa que autoriza a indemnizar o ser objeto de la ejecución forzada, etc. Véase al respecto BROOKS (2006), p. 572; FINNIS (1980), p. 324.

habrían de incurrir los acreedores. Si el acreedor sabe que su deudor va a incumplir cada vez que hacerlo *sea percibido por él* como más eficiente, ello aumenta el costo de predecir la conducta futura y la necesidad de invertir en precauciones contra la inexecución, y hace que las expectativas de comportamiento sean inestables. Ello se agrava en contextos en que los contratos forman partes de redes de contratos.

En cuanto a los costos de planificación, en un mundo en que la noción de *pacta sunt servanda* ha sido internalizada, el acreedor puede esperar razonablemente que el cumplimiento va a ocurrir. Esta predicción es útil en las relaciones comerciales, por ejemplo, porque la prestación futura se transforma en un hecho predecible, cuya ocurrencia pasa a ser un factor en la cadena productiva que permite, a su vez, planificar y coordinar decisiones futuras de producción y distribución⁸⁶. Por el contrario, si la noción de incumplimiento eficiente es internalizada, la observancia de la prestación no es un hecho predecible, puesto que la teoría recomienda que el deudor incumpla cada vez que él perciba que el cumplimiento es menos eficiente que incumplir e indemnizar. Esto, por cierto, no imposibilita el intercambio, pero hace que la planificación sea más costosa e incierta. La razón para ello es que, a pesar de los supuestos de la teoría, el daño que el incumplimiento acarrea al acreedor no es transparente para el deudor ni para el tribunal. Tanto el daño como su determinación judicial no son fácilmente calculables para el deudor al momento de decidir si incumplir o no. De ello se sigue que la decisión de cumplir o no, si se basa en este tipo de consideraciones, está marcada por la incertidumbre. Esto es de particular relevancia si se tiene en consideración que parte de la información relevante para determinar la eficiencia del cumplimiento, como el daño que podría sufrir el acreedor⁸⁷, no está disponible ni puede ser prevista por el deudor⁸⁸, en especial respecto a bienes sin sustitutos⁸⁹.

Precisamente porque genera estos costos de planificación, el incumplimiento eficiente llevaría al acreedor a invertir en medidas preventivas⁹⁰ que, en un mundo de *pacta sunt servanda*, serían en estricto rigor innecesarias.

Por último, lo anterior se agrava si tenemos en consideración que la contratación contemporánea no se produce aisladamente. Los contratos típicamente se insertan en redes de actividades económicas y contractuales más amplias, son verdaderos mecanismos de coordinación dentro de la cadena productiva⁹¹. Estas redes son

⁸⁶ EISENBERG (2005), pp. 1007-1008.

⁸⁷ SMITH (2011a), p. 1743.

⁸⁸ FRIEDMANN (1998), p. 13.

⁸⁹ EISENBERG (2005), p. 1000.

⁹⁰ *Op. cit.*, p. 1017.

⁹¹ CAFAGGI (2013), p. 1558. Véase también KLAUSNER (1995).

“grupos de contratos cuyo objetivo colectivo es alcanzar un propósito común (las redes asociadas al transporte y la construcción son ejemplos obvios), en los que cada contrato en el grupo contribuye de alguna manera al logro de dicho propósito”⁹².

En estos casos, personas naturales y jurídicas independientes entran en redes de contratos interrelacionados⁹³. Por ello, el incumplimiento puede tener efectos sistémicos o en red que trascienden la relación contractual específica⁹⁴. Los problemas advertidos, en términos de costos de planificación y precaución e inestabilidad de las expectativas, son aún más graves si consideramos que los contratos están insertos en redes económicas y contractuales.

b) Costos de judicialización

El incumplimiento eficiente aumenta la necesidad de recurrir a la vía judicial y a la litigación, lo cual implica un costo mayor que un régimen en el que típicamente se observa la norma *pacta sunt servanda*⁹⁵. Si esa norma es internalizada, el deudor, frente a las circunstancias del incumplimiento eficiente, tiene razones para negociar con el acreedor antes que incumplir. Esto también tiene costos, indudablemente, pero en general se asume que la alternativa, un procedimiento judicial que determine el hecho del incumplimiento y el *quantum* de la indemnización, no los tiene⁹⁶. Por el contrario, para ser operativa, la teoría del incumplimiento eficiente requiere una determinación judicial, y lo más exacta posible, del *quantum* de la indemnización.

Gregory Klass ha intentado contestar a este argumento, distinguiendo entre “buenos” y “malos” incumplimientos eficientes. El buen incumplimiento eficiente, nos dice, es aquel en el que el deudor decide incumplir, pero indemniza voluntariamente una vez que incumple. En los “malos”, el deudor básicamente se sienta a esperar a ser demandado. A su juicio, el incumplimiento eficiente correctamente entendido solo vería como valiosos los “buenos” casos⁹⁷. Esta respuesta parece atractiva, pero en realidad no alcanza a contestar el punto anterior. Incluso, si el incumplimiento eficiente fuese reinterpretado como una valoración de los “buenos”, lo cierto

⁹² ADAMS y BROWNSWORD (1990), p. 12. Respecto a la noción de *grupos de contratos*, véase el interesante trabajo, sobre la base de su tratamiento en el contexto francés, de PIZARRO (2005).

⁹³ COLLINS (2011), p. 1.

⁹⁴ CAFAGGI (2008), p. 522 y CAFAGGI (2013), p. 1611.

⁹⁵ EISENBERG (2005), p. 1013.

⁹⁶ MASTEN (1988) p. 184.

⁹⁷ KLASS (2016) p. 19.

es que la mera negociación y evaluación extrajudicial de los perjuicios constituyen, en sí mismas, un costo de transacción relevante que encarece el funcionamiento del sistema. Por lo demás, su respuesta significaría que la teoría del incumplimiento eficiente debería transformarse, entonces, en dos teorías separadas según la disposición del deudor incumplidor a negociar. Y si de lo que se trata es de incentivar “buenos” incumplimientos eficientes ¿por qué no otorgar la opción al acreedor –como lo hace al art. 1489 del *Código Civil* para los contratos bilaterales– y, de esta manera, asegurar que el deudor sea proactivo en la negociación? Con su argumento, en cambio, ahora tenemos que considerar cómo los remedios incentivan los “buenos” incumplimientos eficientes, en oposición a los “malos”. Y así sucesivamente.

Su argumento, sin embargo, es interesante porque muestra que, mientras más se analiza el asunto, más dudoso se ve que podamos llegar a alguna conclusión estable sobre la base de este complejo tipo de cálculos de utilidad (los que, como hemos visto, parecen multiplicarse cada vez que analizamos con más profundidad la teoría). En lugar de eso, pareciera más sensato simplemente reforzar la obligatoriedad de los contratos, solución más evidente y que mantiene los costos de operación del sistema a niveles controlables.

118

c) Costos de transacción

En los casos en que el incumplimiento no lleva a la litigación, ello se debe a que las partes llegan a una transacción extrajudicial. Transigir, sin embargo, requiere de negociaciones a las que las partes entran con posturas divergentes, negociaciones que también presentan un costo relevante⁹⁸, el que es plausible suponer sería menor si la negociación precede al incumplimiento, como ocurriría si el deudor asume que tiene el deber de cumplir el contrato.

d) Disminución de la contratación

De ser aceptado universalmente, el incumplimiento eficiente generaría que los individuos sean más reticentes a entrar en nuevas relaciones contractuales, produciendo una aversión a la contratación que evidentemente tiene efectos negativos⁹⁹. En efecto, si el acreedor puede esperar que el deudor incumpla cada vez que el incumplimiento sea percibido por este último como más eficiente, es razonable asumir que va a estar menos dispuesto a entrar en relaciones contractuales nuevas con partes a las que no conoce

⁹⁸ FRIEDMANN (1998), p. 7.

⁹⁹ WILKINSON-RYAN y HOFFMAN (2010), p. 1035.

previamente¹⁰⁰. De esta manera, los entrantes a un determinado mercado deberían dar mayores garantías para contratar, lo cual constituye un costo que sería, en estricto rigor, innecesario en un mundo de *pacta sunt servanda*.

e) Internalización y costos comunicativos

La noción de que las personas deben cumplir sus contratos es fácilmente comprensible y comunicable. La conformidad con ella también es fácilmente determinable. Por el contrario, la noción de que es correcto incumplir cada vez que ello es eficiente es comunicativamente compleja, y la evaluación de su aplicabilidad al caso particular es epistémicamente demandante, lo que dificulta su internalización y comunicación. En primer término, ello se debe a que la propia teoría es incapaz de proveer un criterio simple para demarcar cuáles incumplimientos son eficientes, lo que dificulta la aplicabilidad de la teoría y puede terminar incentivando indiscriminadamente el incumplimiento en términos generales¹⁰¹. Además, la versión básica del incumplimiento eficiente promueve un mensaje confuso: que en caso de inejecución del contrato se debe hacer cumplir por medio del remedio indemnizatorio, pero que algunos incumplimientos deben ser incentivados. Este es un mensaje incoherente¹⁰²: o el incumplimiento es un hecho que gatilla una sanción o es un comportamiento deseable. No puede ser ambos.

f) Incumplimientos ineficientes

En realidad, la indemnización compensatoria no cubre la totalidad de los perjuicios, siquiera previsibles al momento de la celebración del contrato, que el incumplimiento acarrea para el acreedor¹⁰³. Lo anterior implica que, de hecho, la indemnización compensatoria es incapaz de proveer un mecanismo adecuado para incentivar decisiones eficientes respecto al cumplimiento, incentivando –en cambio– el incumplimiento más allá de lo socialmente óptimo. En esta situación, el incumplimiento eficiente solo empeora las cosas, ya que comunica a los individuos el mensaje de que en algunos casos¹⁰⁴ la inejecución es económicamente deseable, pese a que, dada la insuficiencia de la compensación, en realidad él es ineficiente¹⁰⁵.

¹⁰⁰ WARKOL (1998), p. 348.

¹⁰¹ RUSSELL (2007), p. 4.

¹⁰² MENETREZ (2000), p. 880.

¹⁰³ LEWINSOHN-ZAMIR (2012); KLASS (2014), p. 369; WARKOL (1998), p. 351; WILKINSON-RYAN y HOFFMAN (2010), p. 1006.

¹⁰⁴ Aquellos en los cuales el beneficio obtenido del incumplimiento es menor al perjuicio del acreedor, pero mayor a su determinación judicial.

¹⁰⁵ SHAVELL (2008), p. 1575.

Por el contrario, la insistencia en el deber de cumplir el contrato opera como un correctivo a la insuficiencia de la indemnización compensatoria, puesto que, como sostiene Avery Katz,

“en tal situación, la censura moral conectada al incumplimiento contractual puede ser una manera efectiva de aumentar la sanción por el incumplimiento, llevando a un desenlace más eficiente”¹⁰⁶.

En definitiva, el incumplimiento eficiente generaría, de ser aceptado, una serie de costos relevantes que difícilmente serían compensados. En efecto, el régimen de remedios preferido por el teórico de incumplimiento eficiente es, básicamente, el ya existente, por lo que la aceptación de la teoría no generaría, en estricto rigor, ganancia alguna.

4. La contradicción entre el incumplimiento eficiente y papel del sistema de remedios

Como sugiere Peter Benson, el Derecho de Contratos de distintas jurisdicciones e, incluso, de distintas tradiciones legales, muestra hoy una sorprendente convergencia¹⁰⁷. Ello es particularmente evidente en el ámbito de los remedios frente al incumplimiento: en todos los sistemas jurídicos occidentales, al menos, se intenta dar al acreedor la prestación misma (cumplimiento específico) o algo igualmente satisfactorio (indemnización compensatoria)¹⁰⁸.

Aunque una revisión comparada de los sistemas de remedios excede del alcance de este trabajo, un análisis relativamente superficial es suficiente para mostrar un grado razonable de convergencia. En el *Common Law*, la indemnización compensatoria es la regla general, y el cumplimiento específico solo se otorga como un remedio discrecional y de *equity*, en los casos en que ella sería inadecuada¹⁰⁹. En el Derecho alemán moderno, de acuerdo con el §241 del *BGB*, las partes tienen derecho, en general, a demandarlo, y a demandar la indemnización compensatoria en los casos en que el cumplimiento ya no es posible¹¹⁰. En el *Code Civil* francés previo a la reforma de 2016¹¹¹, el art. 1184 daba una alternativa

¹⁰⁶ KATZ (2011), p. 787.

¹⁰⁷ BENSON (2001), p. 1.

¹⁰⁸ En este sentido, FARNSWORTH (2008), p. 928.

¹⁰⁹ Véase, respecto al Derecho estadounidense, el RESTATEMENT (SECOND) OF CONTRACTS § 347-349 (1981), el *Uniform Commercial Code*, Part 7^a, y FARNSWORTH *et al.* (2008), pp. 583-584. En el caso del Derecho inglés, véase BEATSON (2002), pp. 589-590; FURMSTON (2012), pp. 797-805 y PEEL y TREITEL (2007), p. 992.

¹¹⁰ Al respecto, véase ZIMMERMANN (1996), p. 776 y ZWEIGERT y KÖTZ (1998), p. 472.

¹¹¹ Introducida mediante la ordenanza N° 2016-131.

en los contratos bilaterales, equivalente a la del *Código Civil* chileno (art. 1489), y el cumplimiento específico en general estaba disponible solo en las obligaciones de dar. En los casos de las obligaciones de hacer o no hacer, el Derecho Civil francés no establecía medios para ejecutar las obligaciones, aunque el cumplimiento pudiera obtenerse de un tercero a costa del deudor. Debido a estas limitaciones, los tribunales franceses desarrollaron la técnica de la *astreinte*, la que en los hechos permitió el cumplimiento específico, incluso en obligaciones que no son de dar¹¹². En el Derecho Civil francés posterior a la reforma, la que sistematizó y ordenó el régimen de remedios, se incluyen la excepción de contrato no cumplido (suspensión de la obligación propia), la ejecución forzada, la reducción del precio, la resolución y la indemnización de perjuicios¹¹³. Todos los remedios, salvo el primero de ellos, permiten al acreedor obtener la prestación o algo equivalente (la indemnización o, en su caso, un cumplimiento parcial junto a una reducción proporcional del precio). Lo anterior es también consistente con los PECL¹¹⁴ y los PLDC¹¹⁵.

Esta relativa convergencia en el ámbito comparado puede explicarse a partir del papel de los remedios. Ellos “protegen la práctica de asumir obligaciones voluntarias y a los individuos que confían en esa práctica”¹¹⁶. La manera más obvia de proteger la práctica, como dice Liam Murphy, es la de imponer el cumplimiento o algo equivalente¹¹⁷. Esa también es la manera más obvia de proteger el interés del acreedor, el otro eje sobre el cual debe construirse el sistema de remedios contractuales.

La razón para ello es la siguiente. Si, como he sugerido, la justificación del Derecho de Contratos es instrumental, en el sentido de que él configura una práctica institucional que genera efectos valiosos, la obtención de dichos efectos depende de que de hecho se contrate. Por ello, el primer conjunto de incentivos que un diseño instrumentalista debería perseguir es el necesario para que los individuos decidan contratar¹¹⁸. Desde ese punto de vista, el sistema de remedios es necesario porque hace posible que más personas celebren contratos¹¹⁹: los remedios y su justificación deben, pues, contribuir al uso de la contratación. Para que la práctica de la contratación y las expectativas de comportamiento que emanan de

¹¹² Para un análisis detallado, véase ZWEIGERT y KÖTZ (1998), pp. 475-479.

¹¹³ Véase el art. 1217 y ss. de la ordenanza N° 2016-131. Véase, entre nosotros, el análisis de MOMBORG (2015), pp. 137-139.

¹¹⁴ Véase, en particular, el capítulo 9.

¹¹⁵ Sección segunda.

¹¹⁶ RAZ (1981), p. 933.

¹¹⁷ MURPHY (2014), p. 168.

¹¹⁸ KAPLOW y SHAVELL (2006), p. 155.

¹¹⁹ MURPHY (2007), p. 18.

ella sean estables, sin embargo, es necesario que las desviaciones de esas expectativas sean sancionadas. El primer papel del sistema de remedios, entonces, es el de proteger la contratación. Para ello, los remedios deben dar a las partes razones suficientes para celebrar contratos¹²⁰.

A un segundo nivel, el sistema de remedios debe proteger la expectativa del acreedor¹²¹. En efecto, dado que los individuos necesitan un mínimo de confianza y certeza para celebrar contratos, ellos necesitan ser capaces de contar con que sus derechos contractuales van a ser eficaces, en el sentido de que se van a hacer cumplir. Asimismo, dado que los derechos contractuales se dirigen a obtener una prestación, el mecanismo para hacerlos cumplir no puede ser demasiado diferente del contenido de la prestación prometida (aunque es perfectamente posible que, en general, no la replique con exactitud).

Esto, a mi juicio, es lo que explica la convergencia, entre diversos sistemas jurídicos, al nivel de los remedios frente al incumplimiento. Dado su papel, no es casual¹²² que la mayoría de los sistemas jurídicos provean básicamente los mismos mecanismos: la indemnización compensatoria y, en ciertos casos, el cumplimiento específico¹²³.

Lo anterior se debe, entre otras razones, a que el interés del acreedor, su *expectativa*, es obtener la prestación. Proteger al acreedor del daño que supone la vulneración de esa expectativa requiere que el mecanismo de protección (el remedio frente al incumplimiento) guarde cierta proporción con la pretensión prometida¹²⁴. Al mismo tiempo, los remedios protegen la integridad de la práctica contractual. En efecto, al imponer una sanción coactiva, los remedios refuerzan el contenido prescriptivo del derecho vulnerado, reafirmando su existencia y comunicando que, desde el punto de vista del ordenamiento jurídico, el incumplimiento contractual es, a falta de una circunstancia que lo excuse, inadmisibles. Lo anterior otorga a la práctica de celebrar contratos una estabilidad de la que carecería a falta de mecanismos coercitivos.

De esta manera, desde la perspectiva del Derecho de Contratos, el diseño de los remedios está guiado por las dos consideraciones enunciadas. Esas consideraciones explican por qué la generalidad de los sistemas jurídicos otorga remedios que replican o buscan compensar, en la medida

¹²⁰ KLASS (2014), p. 373.

¹²¹ KIMEL (2002), p. 316.

¹²² Contra lo que sugiere CRASWELL (2000), p. 107.

¹²³ GORDLEY (2007), pp. 388-395.

¹²⁴ De esta manera y, aunque con ciertas limitaciones, el argumento sugerido aquí sigue en términos amplios el modelo de *primacía del derecho* (en oposición a la *primacía del remedio*), de acuerdo con la clasificación sugerida por FRIEDMANN (2005).

de lo posible, el derecho contractual vulnerado¹²⁵. Nótese, en todo caso, que es perfectamente posible que consideraciones adicionales tengan relevancia en la determinación de los remedios frente al incumplimiento. Así, por ejemplo, consideraciones vinculadas al costo de determinación y de control de la observancia de los remedios¹²⁶, la debida consideración del interés del deudor¹²⁷, el establecimiento de incentivos adecuados para las partes, o la protección de la esfera de libertad individual¹²⁸, entre otras, pueden recomendar que los remedios se alejen, hasta cierto punto, de la prestación prometida¹²⁹. Pero lo relevante es que ello debe ser, en cualquier caso, compatible con la principal función de los remedios: proteger la práctica contractual y a los individuos que participan en ella.

Pero es precisamente ese papel el que se ve afectado si la justificación de las reglas vigentes es la del incumplimiento eficiente. En efecto, el problema del incumplimiento eficiente y, en general, de no asumir una perspectiva institucional, se hace evidente cuando consideramos que la eficacia instrumental de una práctica depende de su funcionamiento estable. Los remedios frente al incumplimiento cumplen un papel central, precisamente, de estabilización. Esa labor puede ser satisfecha por distintos mecanismos que guarden cierta proporción al derecho primario a obtener el cumplimiento, incluyendo la indemnización compensatoria.

Por ello, el problema no es propiamente dicha forma de indemnización, sino que la teoría del incumplimiento eficiente como enfoque para justificarla. Como tal, ella es inconsistente con la función de los remedios contractuales.

La teoría del incumplimiento eficiente, en definitiva, no es una teoría adecuada para justificar el sistema de remedios. En efecto, dado que ellos deben ser diseñados para proteger el funcionamiento del Derecho de Contratos, cualquier justificación aceptable de los mismos debe ser compatible

¹²⁵ Respecto a este principio compensatorio, véase STONE (2013), p. 461 y TREITEL (1988), pp. 76-81.

¹²⁶ Así lo reconoce el RESTATEMENT (SECOND) OF CONTRACTS § 366 (1981). Véase también BROOKS (2002), p. 274 y SMITH (2010), p. 51.

¹²⁷ Respecto al interés del deudor como límite razonable a la convergencia entre el remedio y la expectativa protegida, véase LÓPEZ (2012) y PIZARRO (2014).

¹²⁸ SMITH (2004), pp. 400-401; KIMEL (2003) pp. 100-109. Entre nosotros, véase, por ejemplo, BARROS (2007), p. 413, quien nota que en el ámbito comparado los sistemas legales evitan imponer “una carga excesivamente severa a la libertad personal”, y FUEYO (2004), pp. 285-286. En términos similares, la doctrina nacional más reciente sostiene: “resulta claro que la persona del deudor es intangible, de modo tal que exigirle la ejecución de una prestación personal supone una intromisión indebida en su libertad”. LÓPEZ (2015), p. 146. Nótese, en todo caso, que para Dori Kimel este argumento, al menos en la manera en que se formula con regularidad, es insuficientemente específico. KIMEL (2002), p. 322.

¹²⁹ Para una revisión comparada de tales limitaciones, véase TREITEL (1988), pp. 143-207.

con tal función. Un argumento que defiende la idea de que incumplir los contratos es una conducta adecuada, cada vez que el cumplimiento no sea conveniente para el deudor, al mismo tiempo debilita la institución del contrato y es incompatible, entonces, con la función de los propios remedios que pretende justificar.

5. *La insuficiencia de la idea de cumplimiento alternativo*

La idea de “cumplimiento alternativo” podría otorgar una posible respuesta a las críticas formuladas previamente. La tesis del cumplimiento alternativo postula que los “incumplimientos” eficientes no constituyen, en realidad, incumplimientos. Esta tesis se construye a partir de la idea de un contrato *completo*, es decir, un contrato que establece un curso de acción para cada posible estado del mundo¹³⁰. Por supuesto, dado el hecho de que existen costos de transacción, un contrato *completo*, en ese sentido, es imposible. Por ello, en circunstancias no previstas por las partes, la pregunta relevante es, ¿si las partes, de haber tenido la posibilidad de prever dichas circunstancias, habrían estipulado que en ellas se cumpla la obligación o no? La cuestión, entonces, depende de interpretar o integrar el contrato incompleto¹³¹. Asumiendo, asimismo, que las partes contratan para obtener una ganancia, el deudor solo debería cumplir si es que el cumplimiento aumenta el bienestar de las partes¹³². En cualquier otra situación, a falta de una estipulación expresa, el deudor no debe cumplir. En todo caso, dicho comportamiento no constituye en estricto rigor un incumplimiento del contrato, pues las partes habrían estipulado, de haber previsto la cuestión *ex ante*, que el deudor no debería satisfacer la prestación. De esta manera, todos los deberes contractuales son, como en el análisis de Oliver Holmes¹³³, obligaciones alternativas que imponen el deber de cumplir la prestación¹³⁴, salvo en el caso en que ello no sea eficiente, en cuyo caso solo corresponde la indemnización compensatoria¹³⁵.

¹³⁰ KORNHAUSER (1983), p. 691; SHAVELL (1980), pp. 466-467.

¹³¹ KORNHAUSER (1986), pp. 691-692; SHAVELL (2006); SHAVELL (2008), pp. 1569-1570.

¹³² KAPLOW y SHAVELL (2006), p. 156.

¹³³ HOLMES (1897).

¹³⁴ Debe notarse que uso el término “obligaciones alternativas” en su sentido natural, y no –o al menos, no necesariamente– en el sentido técnico de las obligaciones alternativas reguladas en el art. 1499 y ss. del *Código Civil* chileno.

¹³⁵ De todas maneras, existe una diferencia relevante entre la concepción de Holmes y la teoría del cumplimiento alternativo. Él argumentaba que, dado el régimen legal existente, los deberes contractuales eran, en realidad, alternativas que autorizaban al deudor a cumplir o indemnizar. Pero él no estaba interesado en justificar ese régimen. La tesis del cumplimiento alternativo, por otra parte, aunque también ve a la obligación contractual como una alternativa,

Nótese que –de estimarse persuasivo– el argumento muestra que, en la hipótesis de “malas noticias”, no cumplir con la prestación es, de hecho, cumplir el contrato¹³⁶. De esta manera, y a diferencia de la versión básica del incumplimiento eficiente, la teoría del cumplimiento alternativo no busca incentivar la inejecución, puesto que eficiencia e incumplimiento son, por definición, mutuamente excluyentes. La indemnización compensatoria, entonces, pasa a ser en este el cumplimiento específico de la obligación contractual.

De acuerdo con Daniel Markovits y Allan Schwartz, quienes proponen esta idea de cumplimiento alternativo,

“los contratos típicamente le imponen al deudor obligaciones alternativas: entregar bienes o servicios a cambio de un determinado precio, o transferir al acreedor la ganancia que él hubiera obtenido si esos bienes o servicios se hubieran entregado”.

Por ello, dicen estos autores, “el deudor que no otorga el bien o servicio prometido, pero en lugar de ello transfiere la ganancia al acreedor, *cumple*”¹³⁷. De este modo, ningún incumplimiento es eficiente, y solo lo hay si el deudor no entrega el bien o servicio ni compensa¹³⁸.

En el desarrollo de su argumento, asumen que los costos de transacción son nulos y que las partes no invierten como consecuencia del contrato¹³⁹. Además, asumen que las partes conocen el valor de los “parámetros económicamente relevantes”, que ellas conocen y entienden los términos del contrato y el derecho aplicable, y que los tribunales pueden determinar fácilmente el *quantum* del daño del acreedor¹⁴⁰.

125

lo hace desde el punto de vista de la idea del contrato “completo” y no desde el punto de vista del régimen de remedios. Por el contrario, para esta teoría es justamente su análisis de la obligación contractual lo que justifica las reglas vigentes. Así, la teoría obtiene una justificación de la indemnización compensatoria en términos de eficiencia económica (tal como la versión básica del incumplimiento eficiente), por una vía distinta. De lo anterior se sigue que hay en este ámbito al menos tres concepciones diversas. La versión básica del incumplimiento eficiente ve a la inejecución como deseable en algunas circunstancias, y a partir de ahí justifica el régimen de remedios. La perspectiva de Holmes, en cambio, ve al incumplimiento como jurídicamente permitido *dado* dicho régimen. Por último, la teoría del cumplimiento dual rechaza la idea de que no cumplir cuando ello es eficiente sea genuinamente incumplimiento, a partir de lo cual ve al régimen de remedios como ejecutando lo que las partes de hecho acordaron o habrían acordado. Véase, argumentando por la distinción entre la concepción de Oliver Wendell Holmes y el incumplimiento eficiente, COLEMAN (2007).

¹³⁶ KATZ (2011), p. 779.

¹³⁷ MARKOVITS y SCHWARTZ (2011), p. 1948. Énfasis en el original.

¹³⁸ *Ibid.*

¹³⁹ *Op. cit.*, p. 1950.

¹⁴⁰ *Op. cit.*

Asimismo, el argumento del cumplimiento alternativo tiene dos aspectos. Uno es económico y el otro, moral. El económico es que, en general, el acreedor obtiene más beneficios bajo –utilizando la terminología de Guido Calabresi y Douglas Melamed– una regla de responsabilidad, como la indemnización compensatoria, que bajo una regla de propiedad, como el cumplimiento específico¹⁴¹. Lo anterior, implica que un acreedor racional, interesado en maximizar su ganancia, preferiría que, en caso de incumplimiento, su derecho se haga valer a través de la indemnización compensatoria y no a través del cumplimiento específico¹⁴². Por otra parte, en el ámbito moral, estos autores sostienen que, dado el argumento económico, la indemnización compensatoria es perfectamente aceptable, dado que ella no hace más que hacer valer la voluntad de las partes correctamente entendida.

De este modo, la teoría del cumplimiento alternativo afirma, de una manera distinta, lo mismo que la versión básica del incumplimiento eficiente: la indemnización compensatoria se justifica porque ella es económicamente eficiente. Pero la teoría del cumplimiento alternativo no propone que el incumplimiento sea a veces deseable, sino que –al interpretar que las partes habrían querido que, de ser ello más eficiente, el contrato no se cumpla– afirma que cuando él es eficiente no es, en realidad, un incumplimiento.

126

Si el argumento fuera convincente, efectivamente él no adolecería de los problemas que he advertido en la versión básica del incumplimiento eficiente, puesto que –de ser la teoría cierta–, en las circunstancias apropiadas, incumplir y pagar la indemnización sería, en estricto rigor, *cumplir* el contrato.

Sin embargo, el argumento de Daniel Markovits y Alan Schwartz no es convincente. En primer lugar, derivar el régimen de remedios a partir de la interpretación o integración contractual no es correcto. Por una parte, los sistemas jurídicos en general establecen límites a la eficacia de las llamadas “cláusulas remediales”¹⁴³. Desde el punto de vista valorativo, esto es correcto, puesto que cuando el ordenamiento jurídico le otorga fuerza obligatoria a una cláusula contractual, y las partes requieren la intervención judicial, existe una pregunta de carácter público respecto a la manera en la cual esos derechos contractuales se deben hacer valer. Esa pregunta no puede responderse únicamente sobre la base de la voluntad de las partes¹⁴⁴.

¹⁴¹ La distinción entre reglas de propiedad y reglas de responsabilidad es de CALABRESI y MELAMED (1971).

¹⁴² MARKOVITS y SCHWARTZ (2011), p. 1976.

¹⁴³ KLASS (2012), p. 158.

¹⁴⁴ SHIFFRIN (2016).

Por otra parte, y al igual que en el caso de la versión básica del incumplimiento eficiente, aunque partir de supuestos fácticamente falsos, puede ser razonable para propósitos explicativos, ello es problemático si lo que interesa, como en este caso, es justificar una regla legal.

En tercer término, el argumento de Daniel Markovits y Alan Schwartz es inadecuado en sus propios términos, debido a la circularidad generada por su estrategia argumentativa. En efecto y, aunque es posible que el análisis económico de ellos respecto a la indemnización compensatoria sea correcto, no se sigue –como pretenden– que el pago de la indemnización equivalga al cumplimiento de contrato. Y es que los derechos contractuales y los remedios no se identifican¹⁴⁵, por lo que un argumento económico a favor de un determinado remedio no equivale a un argumento interpretativo respecto al contenido de la obligación contractual. Si uno asumiera, como estos autores, que la obligación contractual se define por el remedio más eficiente para protegerlo, entonces, mientras sea adecuado, el remedio sería siempre una forma de cumplimiento específico¹⁴⁶. La estrategia argumentativa de Daniel Markovits y Alan Schwartz, entonces, diluye la distinción entre Derecho y remedio, de manera que el argumento termina siendo enteramente circular: si el remedio más eficiente es definitorio del derecho primario, entonces es tautológicamente cierto que el remedio es consistente con el derecho primario. Pero una tautología no es una justificación.

127

Por último, la tesis del “cumplimiento alternativo” es inconsistente con lo que las partes pactan y esperan obtener cuando contratan. En efecto, si las partes estipulan que “Juan debe hacer X”, ellas normalmente esperan que Juan haga X. No es claro, y estos autores nunca explican, por qué las partes entenderían sus obligaciones contractuales en términos inconsistentes con las expresiones que usaron para contraerlas. La pregunta, en definitiva, es por qué las partes dirían “Juan debe hacer X”, si lo que quieren decir es que “Juan debe hacer X ó Y”¹⁴⁷. Las partes, nótese, podrían pactar una obligación alternativa o una obligación facultativa. Si no lo hacen, ¿por qué es legítimo interpretar lo contrario?

IV. CONCLUSIONES

El análisis económico del Derecho de Contratos parte de una constatación correcta: la justificación del mismo es instrumental. Dicho de otra

¹⁴⁵ Como argumenta convincentemente SMITH (2010) y SMITH (2011b).

¹⁴⁶ Así se afirma explícitamente en MARKOVITS y SCHWARTZ (2011), pp. 1953, 1981.

¹⁴⁷ KLASS (2012), p. 147; SHIFFRIN (2012), p. 166.

forma, el Derecho de Contratos es valioso porque contribuye a producir consecuencias socialmente deseables. Esta es la gran fortaleza del análisis económico como perspectiva instrumentalista¹⁴⁸.

Sin embargo, es precisamente esa constatación correcta acerca del sentido del Derecho de Contratos lo que debe llevarnos a rechazar la perspectiva (que en este trabajo he denominado *instrumentalismo de reglas*) del análisis económico respecto a los remedios. En efecto, el incumplimiento eficiente es una justificación inadecuada de la indemnización compensatoria, puesto que genera significativos costos sistémicos que, en estricto rigor, no son necesarios. Asimismo, él es inconsistente con el papel de los remedios que pretende justificar. Todo lo anterior es aplicable, también, a la versión más reciente de la teoría, la tesis del “cumplimiento alternativo”.

En definitiva, se ha intentado proveer una crítica que, compartiendo la comprensión instrumentalista que el análisis económico propone, muestra algunas de sus insuficiencias como matriz de análisis. Al realizar dicho intento, mi propósito también ha sido contribuir a la comprensión del análisis económico del Derecho y su aplicación en nuestro medio. En este sentido, este trabajo puede ser interpretado, también, como una advertencia frente a la sugerencia de modificar la perspectiva tradicional de la dogmática civil y asumir el paradigma del análisis económico del Derecho¹⁴⁹. Asumir dicho paradigma como el adecuado, sin cuestionar previamente su impacto en la operación del Derecho Privado, constituye un error que puede tener, como se ha argumentado, importantes costos.

BIBLIOGRAFÍA

- ADAMS, John & Roger BROWNSWORD (1990). “Privity and the Concept of a Network Contract”. *Legal Studies*. Vol. 10. Bristol.
- AKBARI, Sina (2015). “Against the Reductionism of an Economic Analysis of Contract Law”. *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*. Vol. 28. London, Ontario.
- ANDERSON, Elizabeth (2000). “Beyond Homo Economicus: New Developments in Theories of Social Norms”. *Philosophy & Public Affairs*. Vol. 29. Princeton.
- ATRIA, Fernando (2004). “Jurisdicción e independencia judicial: El poder judicial como poder nulo”. *Revista de Estudios de la Justicia*. N° 5. Santiago.
- AUSTIN, JOHN (1869). *Lectures in Jurisprudence*. Nueva York: Henry Holt and Co.
- BANFI, Cristián (2006). “Notas sobre la excesiva onerosidad sobreviniente en Derecho Privado Comparado”. *Revista chilena de derecho privado*. N° 6. Santiago.

¹⁴⁸ En un sentido similar, pero referido a lo que él llama *vulgarismo*, ATRIA (2004), p. 120.

¹⁴⁹ En este sentido, por ejemplo, PEÑA (1995).

- BANFI, Cristián (2007). “Daño entre competidores: una aproximación desde el derecho inglés”. *Revista Chilena de Derecho Privado*. N° 8. Santiago.
- BANFI, Cristián (2012). “Breve revisión de la responsabilidad por interferencia de contratos del competidor en Chile a la luz del common law”. *Revista Chilena de Derecho Privado*. N° 19. Santiago.
- BARNETT, Randy (2002). “Consenting to Form Contracts”. *Fordham Law Review*. Vol. 71. New York.
- BARROS, Enrique (2006). *Tratado de responsabilidad extracontractual*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- BARROS, Enrique (2008), “Finalidad y alcance de las acciones y los remedios contractuales”, en Alejandro GUZMÁN BRITO (ed.), *Estudios de Derecho Civil III*. Santiago: Editorial Lexis Nexis.
- BEATSON, Jack (2002). *Anson’s Law of Contract*. Oxford: Oxford University Press.
- BEEVER, Allan (2013). *Forgotten Justice: Forms of Justice in the History of Legal and Political Theory*. Oxford: Oxford University Press.
- BELLANTUONO, Giuseppe (2010). “The Limits of Contract Law in the Regulatory State”. *European Review of Contract Law*. Vol. 6. N° 2. Berlín.
- BENSON, Peter (1995). “The Idea of a Public Basis of Justification for Contract”. *Osgoode Hall Law Journal*. Vol. 33. Toronto.
- BENSON, Peter (1996). “Contract”, in Dennis PATTERSON (ed.). *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*. Oxford: Blackwell.
- BENSON, Peter (2001). “The Expectation and Reliance Interests in Contract Theory: A Reply to Fuller and Perdue”. *Issues in Legal Scholarship*. Vol. 1. N° 1. London.
- BENSON, Peter (2006). “Contract as a Transfer of Ownership”. *William and Mary Law Review*. Vol. 48. Williamsburg.
- BENSON, Peter (2011). “The Idea of Consideration”. *University of Toronto Law Journal*. Vol. 61. N° 2. Toronto.
- BERNSTEIN, Lisa (2000). “Private Commercial Law in the Cotton Industry: Creating Cooperation through Rules, Norms, and Institutions”. *Michigan Law Review*. Vol. 99. Ann Arbor.
- BIRMINGHAM, Robert (1969). “Breach of Contract, Damage Measures, and Economic Efficiency”. *Rutgers Law Review*. Vol. 24. New Brunswick.
- BIX, Brian (2013). *Contract Law: Rules, Theory, and Context*. Cambridge: Cambridge University Press.
- BRAUCHER, Jean (1990). “Contract Versus Contractarianism: The Regulatory Role of Contract Law”. *Washington and Lee Law Review*. Vol. 47. Lexington.
- BROOKS, Richard (2002). “The Relative Burden of Determining Property Rules and Liability Rules: Broken Elevators in the Cathedral”. *Northwestern University Law Review*. Vol. 97. N° 1. Chicago.
- BROOKS, Richard (2006). “The Efficient Performance Hypothesis”. *The Yale Law Journal*. Vol. 116. N° 3. New Haven.

- BUCKLEY, Frank (2004). *Just Exchange: A Theory of Contract*. Boston: Routledge.
- CAFAGGI, Fabrizio (2008). “Contractual Networks and the Small Business Act: Towards European Principles?”. *European Review of Contract Law*. Vol. 4. N° 4. Berlín.
- CAFAGGI, Fabrizio (2013). “The Regulatory Functions of Transnational Commercial Contracts: New Architectures”. *Fordham International Law Journal*. Vol. 36. N° 6. New York.
- CALABRESI, Guido (2008). *The Cost of Accidents: A Legal and Economic Analysis*. New Haven: Yale University Press.
- CALABRESI, Guido & A. Douglas MELAMED (1971). “Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral”. *Harvard Law Review*. Vol. 85. Cambridge.
- COASE, Ronald (1960). “The Problem of Social Cost”. *Journal of Law & Economics*. Vol. 3. Chicago.
- COLEMAN, Jules (1979). “Efficiency, Utility, and Wealth Maximization”. *Hofstra Law Review*. Vol. 8. Hempstead.
- COLEMAN, Jules (2007). “Some Reflections on Richard Brooks’s «Efficient Performance Hypothesis»”. *Yale Law Journal Pocket Part*. Vol. 116. New Haven.
- COLLINS, Hugh (2002). *Regulating Contracts*. Oxford: Oxford University Press.
- COLLINS, Hugh (2011). “Introduction to Networks as Connected Contracts”, in Gunther TEUBNER, *Networks as Connected Contracts*. Oxford: Hart Publishing.
- COOTER, Robert (1984). “Prices and sanctions”. *Columbia Law Review*. Vol. 84. N° 6. New York.
- COOTER, Robert (1998). “Models of Morality in Law and Economics: Self-Control and Self-Improvement for the Bad Man of Holmes”. *Boston University Law Review*. Vol. 78. Boston.
- COOTER, Robert & Thomas ULEN (2012). *Law and Economics*. Boston: Prentice Hall.
- CRASWELL, Richard (1987). “Contract Remedies, Renegotiation, and the Theory of Efficient Breach”. *Southern California Law Review*. Vol. 61. Los Angeles.
- CRASWELL, Richard (1989). “Contract Law, Default Rules, and the Philosophy of Promising”. *Michigan Law Review*. Vol. 88. Ann Arbor.
- CRASWELL, Richard (2000). “Against Fuller and Perdue”. *The University of Chicago Law Review*. Vol. 67. N° 1. Chicago.
- CRASWELL, Richard (2001). “Two Economic Theories of Enforcing Promises”, in Peter BENSON (ed.). *The Theory of Contract Law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- DE LA MAZA, Íñigo (2006). “El secreto está en la técnica: los límites a la cláusula penal”. *Revista Chilena de Derecho Privado*. N° 7. Santiago.
- DIXIT, Avinash (2009). “Governance institutions and economic activity”. *The American Economic Review*. Vol. 99. N° 1. Pittsburgh.

- EISENBERG, Melvin (2005). “Actual and Virtual Specific Performance, the Theory of Efficient Breach, and the Indifference Principle in Contract Law”. *California Law Review*. Vol. 93. Berkeley.
- EISENBERG, Melvin (2009). “The Role of Fault in Contract Law: Unconscionability, Unexpected Circumstances, Interpretation, Mistake, and Nonperformance”. *Michigan Law Review*. Vol. 107. N° 8. Ann Arbor.
- EISENBERG, Melvin (2012). *Foundational Principles of Contract Law*. Manuscrito inédito.
- FARBER, Daniel (1980). “Reassessing the Economic Efficiency of Compensatory Damages for Breach of Contract”. *Virginia Law Review*. Vol. 66. N° 8. Charlottesville.
- FARNSWORTH, E. Allan (2008): “Comparative Contract Law”, in Mathias REIMANN and Reinhard ZIMMERMANN (ed.). *The Oxford Handbook of Comparative Law*. Oxford: Oxford University Press.
- FARNSWORTH, E. Allan, William YOUNG, Carol SANGER, Neil COHEN and Richard BROOKS (2008). *Contracts: Cases and Materials*. New York: Foundation Press.
- FINNIS, John (1980). *Natural Law and Natural Rights*. Oxford: Clarendon Press.
- FRIED, Charles (1981). *Contract as Promise*. Cambridge: Harvard University Press.
- FRIED, Charles (2012). “Contract as Promise Thirty Years On”. *Suffolk University Law Review*. Vol. 45. Boston.
- FRIEDMANN, Daniel (1998). “The Efficient Breach Fallacy”. *The Journal of Legal Studies*. Vol. 18. N° 1. Chicago.
- FRIEDMANN, Daniel (2005). “Rights and Remedies”, in Nili COHEN & Ewan MCKENDRICK (eds.). *Comparative Remedies for Breach of Contract*. Oxford: Hart Publishing.
- FUEYO, Fernando (2004). *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- GIBBARD, Alsan & Hal VARIAN (1978). “Economic Models”. *The Journal of Philosophy*. Vol. 75. N° 11. New York.
- GOLD, Andrew (2009). “A Property Theory of Contract”. *Northwestern University Law Review*. Vol. 103. Chicago.
- GORDLEY, James (1992). *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*. Oxford: Clarendon Press.
- GORDLEY, James (2001). “A Perennial Misstep: From Cajetan to Fuller and Perdue to ‘Efficient Breach’”. *Issues in Legal Scholarship*. Vol. 1. N°1. London.
- GORDLEY, James (2007). *Foundations of Private Law*. Oxford: Oxford University Press.
- GRAZIANO, Thomas Kadner (2009). *Comparative Contract Law: Cases, Materials and Exercises*. Basingstoke: Palgrave Macmillan.
- FURMSTON, Michael (2012). *Cheshire, Fifoot and Furmston’s Law of Contract*. Oxford: Oxford University Press.

- HARSANYI, John (1977). "Rule utilitarianism and decision theory". *Erkenntnis*. Vol. 11. N° 1. The Neetherlands.
- HOLMES, Oliver Wendell (1897). "The Path of the Law". *Harvard Law Review*. Vol. 10. N° 8. Cambridge.
- HOLMES, Stephen & Cass SUNSTEIN (1999). *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*. New York: Norton and Company.
- HOOKER, Brad (2002). *Ideal Code, Real World: A Rule-Consequentialist Theory of Morality*. Oxford: Oxford University Press.
- JIMÉNEZ, Felipe (2014). "¿Autonomía de la voluntad?", en Susan TURNER y Juan Andrés VARAS (eds.), *Estudios de Derecho Civil IX*. Santiago: Legal Publishing.
- JIMÉNEZ, Felipe (2016a). "Dos implicancias de la igualdad relacional". *Estudios Públicos*. Vol. 144. Santiago.
- JIMÉNEZ, Felipe (2016b). "Comentario a '¿Por qué obligan los contratos?' Pereira, Esteban (2016): Santiago, Thomson Reuters, 154 pp.". *Revista Ius et Praxis*. Vol. 22. N° 2. Talca.
- JIMÉNEZ, Felipe (2017). "La teoría del Derecho de Contratos y su relación con la dogmática". *Revista Chilena de Derecho*. Vol. XLIV. N° 2. Santiago.
- KAPLOW, Louis & Steve SHAVELL (2006). *Fairness versus welfare*. Cambridge: Harvard University Press.
- KATZ, Avery (2011). "Virtue Ethics and Efficient Breach". *Suffolk University Law Review*. Vol. 45. Boston.
- KESSLER, Friedrich (1943). "Contracts of Adhesion - Some Thoughts about Freedom of Contract". *Columbia Law Review*. Vol. 43. N° 5. New York.
- KIMEL, Dori (2002). "Remedial Rights and Substantive Rights in Contract Law". *Legal Theory*. Vol. 8. N° 3. Cambridge.
- KIMEL, Dori (2003). *From Promise to Contract: Towards a Liberal Theory of Contract*. Oxford: Hart Publishing.
- KLASS, Gregory (2012). "To Perform or Pay Damages". *Virginia Law Review*. Vol. 98. Charlottesville.
- KLASS, Gregory (2014). "Efficient Breach", in George KLASS, George LETSAS & Prince SAPRAI (eds.). *Philosophical Foundations of Contract Law*. Oxford: Oxford University Press.
- KLASS, Gregory (2016). "The Rules of the Game and the Morality of Efficient Breach". *Social Science Research Network*. Disponible en <http://papers.ssrn.com/abstract=2734272> [Fecha de consulta: 7 de marzo de 2016].
- KLAUSNER, Michael (1995). "Corporations, Corporate Law, and Networks of Contracts". *Virginia Law Review*. Vol. 81. N° 3. Charlottesville.
- KORNHAUSER, Lewis (1982). "The Resurrection of Contract". *Columbia Law Review*. Vol. 82. N° 1. New York.
- KORNHAUSER, Lewis (1983). "Reliance, Reputation, and Breach of Contract". *Journal of Law & Economics*. Vol. 26. Chicago.

- KORNHAUSER, Lewis (1986). “An Introduction to the Economic Analysis of Contract Remedies”. *University of Colorado Law Review*. Vol. 57. Boulder.
- KORNHAUSER, Lewis (2000). “Three Roles for a Theory of Behavior in a Theory of Law”. *Rechtstheorie*. Vol. 31. N° 2. Münster.
- KORNHAUSER, Lewis (2014). “The Economic Analysis of Law”. Disponible en <http://plato.stanford.edu/archives/spr2014/entries/legal-econanalysis/> [Fecha de consulta: 26 de enero de 2016].
- KOROBKIN, Russell (2003). “Bounded Rationality, Standard Form Contracts, and Unconscionability”. *The University of Chicago Law Review*. Vol. 70. N° 4. Chicago.
- KRAUS, Jody (2007). “Transparency and Determinacy in Common Law Adjudication: A Philosophical Defense of Explanatory Economic Analysis”. *Virginia Law Review*. Vol. 93. Charlottesville.
- KRONMAN, Anthony (1978). “Specific Performance”. *The University of Chicago Law Review*. Vol. 45. N° 2. Chicago.
- LEWINSOHN-ZAMIR, Daphna (2012). “The Questionable Efficiency of the Efficient-Breach Doctrine”. *Journal of Institutional and Theoretical Economics*. Vol. 168. N° 1. Berlin.
- LINZER, Peter (1981). “On the Amorality of Contract Remedies-Efficiency, Equity, and the Second ‘Restatement’”. *Columbia Law Review*. Vol. 81. N° 1. New York.
- LÓPEZ, Patricia (2012). “El abuso del derecho de opción del acreedor y su importancia en la construcción de un sistema equilibrado de remedios por incumplimiento contractual”. *Revista Chilena de Derecho Privado*. N° 19. Santiago.
- LÓPEZ, Patricia (2015). *La autonomía de la indemnización de daños por incumplimiento de un contrato bilateral en el Código Civil Chileno*. Santiago: Thomson Reuters.
- MARKOVITS, Daniel & Alan SCHWARTZ (2011). “The Myth of Efficient Breach: New Defenses of the Expectation Interest”. *Virginia Law Review*. Vol. 97. Charlottesville.
- MARTÍNEZ, Carlos (2014). “Insuficiencias del análisis económico como base para una teoría de la adjudicación”. *Revista chilena de derecho*. Vol. 41. N° 3. Santiago.
- MASTEN, Scott (1988). “Equity, Opportunism, and the Design of Contractual Relations”. *Journal of Institutional and Theoretical Economics*. Vol. 144. N° 1. Tübingen.
- MENETREZ, Frank (2000). “Consequentialism, Promissory Obligation, and the Theory of Efficient Breach”. *UCLA Law Review*. Vol. 47. N° 3. Los Angeles.
- MERRILL, Thomas & SMITH, Henry (2007). “The Morality of Property”. *William and Mary Law Review*. Vol. 48. N° 5. Williamsburg.
- MILLALEO, Salvador (1997). “Intereses jurídicos privados y conciencia moral: una ilustración”. *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*. N° 15. Santiago.
- MOMBERG, Rodrigo (2015). “La reforma al Derecho de Obligaciones y Contratos en Francia: Un análisis preliminar”. *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 24. Santiago.

- MURPHY, Liam (2007). “Contract and Promise”. *Harvard Law Review Forum*. Vol. 120. Cambridge.
- MURPHY, Liam (2014). “The Practice of Promise and Contract”, en George KLASS, George LETSAS & Prince SAPRAI (ed.). *Philosophical Foundations of Contract Law*, Oxford: Oxford University Press.
- PEEL, Edwin y Gunther TREITEL (2007). *The Law of Contract*. London: Sweet & Maxwell.
- PEÑA, Carlos (1995). “Los desafíos actuales del paradigma del derecho civil”. *Estudios Públicos*. N° 60. Santiago.
- PEREIRA, Esteban (2015). “Acerca de la fundamentación de la obligatoriedad de los contratos: autonomía y derecho privado”. *Revista de Derecho Escuela de Postgrado Universidad de Chile*. N° 6. Santiago.
- PEREIRA, Esteban (2016). *¿Por qué obligan los contratos? Justificación normativa de la obligatoriedad del vínculo contractual*. Santiago: Thomson Reuters.
- PERILLO, Joseph (2000). “Misreading Oliver Wendell Holmes on Efficient Breach and Tortious Interference”. *Fordham Law Review*. Vol. 68. N° 4. New York.
- PIZARRO, Carlos (2005). “La interdependencia de contratos que forman un mismo grupo contractual en el derecho francés”. *Revista Estudios Socio-Jurídicos*. Vol. 7, N° 2. Bogotá.
- PIZARRO, Carlos (2008). “Hacia un sistema de remedios al incumplimiento contractual”, en Alejandro GUZMÁN BRITO (ed.), *Estudios de Derecho Civil III*. Santiago: Legal Publishing.
- PIZARRO, Carlos (2014). Notas acerca de los límites a la pretensión de cumplimiento del contrato. *Revista de derecho (Coquimbo)*. Vol. 21. N° 1. Coquimbo.
- POSNER, Richard (1997). *Law and Legal Theory in England and America*. Oxford: Clarendon Press.
- POSNER, Richard (2010). *Economic Analysis of Law*. 8ª ed. New York: Wolters Kluwer.
- RAKOFF, Todd (1983). “Contracts of Adhesion: An Essay in Reconstruction”. *Harvard Law Review*, Vol. 96. N° 6. Cambridge.
- RAWLS, John (1955). “Two Concepts of Rules”. *The Philosophical Review*. Vol. 64. N° 1. Durham.
- RAWLS, John (1971). *A Theory of Justice*. Cambridge: Harvard University Press.
- RAZ, Joseph (1981). “Promises in Morality and Law”. *Harvard Law Review*. Vol. 95. Cambridge.
- RIPSTEIN, Arthur (2006). “Private Order and Public Justice: Kant and Rawls”. *Virginia Law Review*. Vol. 92. Charlottesville.
- ROBERTSON Andrew (2005). “The Limits of Voluntariness in Contract”. *Melbourne University Law Review*. Vol. 29. Melbourne.
- RUSSELL, Irma (2007). *The Broken Promise of Efficient Breach Theory: Sacrificing Certainty of Obligation for False Efficiency*. Disponible en https://works.bepress.com/irma_russell/1/ [fecha de consulta: 10 de mayo de 2016].

- SCHWARTZ, Alan (1979). "The Case for Specific Performance". *Yale Law Journal*. Vol. 89. New Haven.
- SCOTT, Robert y STEPHAN, Paul (2006). *The Limits of Leviathan: Contract Theory and the Enforcement of International Law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- SHAVELL, Steven (1980). "Damage Measures for Breach of Contract". *The Bell Journal of Economics*. Vol. 11. N° 2. Santa Mónica.
- SHAVELL, Steven (2006). "Is Breach of Contract Immoral". *Emory Law Journal*. Vol. 56. Atlanta.
- SHAVELL, Steven (2008). "Why Breach of Contract May Not Be Immoral Given the Incompleteness of Contracts". *Michigan Law Review*. Vol. 107. Ann Arbor.
- SHIFFRIN, Seana (2007). "The Divergence of Contract and Promise". *Harvard Law Review*. Vol. 120. Cambridge.
- SHIFFRIN, Seana (2012). "Must I Mean What You Think I Should Have Said?". *Virginia Law Review*. Vol. 98. N° 1. Charlottesville.
- SHIFFRIN, Seana (2016). "Remedial Clauses: The Over-Privatization of Private Law". *Hastings Law Journal*. Vol. 67. San Francisco.
- SMITH, Stephen (2004). *Contract Theory*. Oxford: Oxford University Press.
- SMITH, Stephen (2010). "Rights and Remedies: A Complex Relationship", in Robert SHARPE & Kenneth ROACH (eds.). *Taking Remedies Seriously*. Ottawa: Canadian Institute for the Administration of Justice.
- SMITH, Stephen (2011a). "Duties, Liabilities, and Damages". *Harvard Law Review*. Vol. 125. Cambridge.
- SMITH, Stephen (2011b). "The Normativity of Private Law". *Oxford Journal of Legal Studies*. Vol. 31. N° 2. Oxford.
- SMITH, Stephen (2014). "Remedies for Breach of Contract: One Principle or Two?", in George KLASS, George LETSAS and Prince SAPRAI (ed.). *Philosophical Foundations of Contract Law*. Oxford: Oxford University Press.
- STEVENS, Robert (2009). "The Conflict of Rights", in Andrew ROBERTSON and Hang Wu TANG (eds.). *The Goals of Private Law*. Oxford: Hart Publishing.
- STONE, Richard (2013). *The Modern Law of Contract*. New York: Routledge.
- SUGDEN, Robert (2009). "Credible Worlds, Capacities and Mechanisms". *Erkenntnis*. Vol. 70. N° 1. Berlin.
- SUMMERS, Robert (1980). "Pragmatic Instrumentalism in Twentieth Century American Legal Thought - A Synthesis and Critique of Our Dominant General Theory About Law and Its Use". *Cornell Law Review*. Vol. 66. Ithaca.
- TREITEL, G. H (1988). *Remedies for Breach of Contract: A Comparative Account*. Oxford: Clarendon Press.
- ULEN, Thomas (1984). "The Efficiency of Specific Performance: Toward a Unified Theory of Contract Remedies". *Michigan Law Review*. Vol. 83. N° 2. Ann Arbor.

- VIDAL, Álvaro (2007). “Cumplimiento e incumplimiento contractual en el Código Civil. Una perspectiva más realista”. *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 34. N° 1. Santiago.
- WADDAMS, Stephen (2011). *Principle and Policy in Contract Law: Competing or Complementary Concepts?* Cambridge: Cambridge University Press.
- WARKOL, Craig (1998). “Resolving the Paradox between Legal Theory and Legal Fact: The Judicial Rejection of the Theory of Efficient Breach”. *Cardozo Law Review*. Vol. 20. N° 1. New York.
- WEBB, Charlie (2006). “Performance and Compensation: An Analysis of Contract Damages and Contractual Obligation”. *Oxford Journal of Legal Studies*. Vol. 26. N° 1. Oxford.
- WEINRIB, Ernest (2012). *The Idea of Private Law*. Oxford: Oxford University Press.
- WILKINSON-RYAN, Tess & David HOFFMAN (2010). “Breach Is for Suckers”. *Vanderbilt Law Review*. Vol. 63. N° 4. Nashville.
- ZAMIR, Eyal & Barak MEDINA (2010). *Law, Economics, and Morality*. Oxford: Oxford University Press.
- ZIMMERMANN, Reinhard (1996). *The law of obligations: Roman foundations of the civilian tradition*. Oxford: Oxford University Press.
- ZWEIGERT, Konrad & Hein KÖTZ (1998). *An Introduction to Comparative Law*. Oxford: Clarendon Press.