



JUAN ANTONIO GAVIRIA *
MARCELA PALACIO PUERTA **

*El sesgo de statu quo de las normas supletivas y su verificación
en el artículo 1600 del Código Civil colombiano****

RESUMEN

Por medio del análisis de las normas supletivas, este capítulo muestra cómo las teorías y la evidencia empírica de la economía conductual permiten analizar figuras tradicionales del derecho privado desde nuevas perspectivas. Así, y luego de describir la teoría y los experimentos sobre normas supletivas y el sesgo de *statu quo* que generan, en el capítulo se analizan los resultados de un experimento que busca determinar si dicho sesgo existe en relación con una norma supletiva del Código Civil colombiano según la cual, y salvo pacto en contrario, una cláusula penal estipulada en un contrato se entiende como estimativa de perjuicios y no como punitiva. Como conclusión, se presentan otros temas de derecho privado cuyo análisis también podría enriquecerse con el aporte de la economía conductual.

PALABRAS CLAVE: Cláusulas penales, derecho privado, economía conductual, normas supletivas, teoría económica tradicional.

THE STATU QUO'S BIAS OF DEFAULT RULES AND ITS VERIFICATION ON SECTION 1600 OF THE COLOMBIAN CIVIL CODE

ABSTRACT

Through the analysis of the case of default rules, this paper shows how the theory and empirical evidence underlying behavioral economics allow the

* Profesor titular en la Facultad de Derecho de la Universidad Pontificia Bolivariana (UPB), Medellín (Colombia). Doctor en Derecho por la American University, The Washington College of Law. I.L.M. de la misma universidad. Magíster en Economía por la Universidad EAFIT y en Derecho por la Universidad Externado de Colombia. Abogado de la UPB. Contacto: juan.gaviriag@upb.edu.co

** Profesora en la Facultad de Derecho de la Universidad Sergio Arboleda, Bogotá (Colombia). Doctora en Derecho por la American University, The Washington College of Law. I.L.M. de la misma universidad. Abogada de la Universidad Sergio Arboleda. Contacto: marcela.palacioz@usa.edu.co

***Este capítulo se escribió como resultado de la participación de los autores en los grupos de investigación de sus respectivas universidades (Grupo de Investigaciones en Derecho de la Universidad Pontificia Bolivariana y Grupo de Investigación de la Universidad Sergio Arboleda).

analysis of traditional concepts of private law through new standpoints. Thus, and after describing the theory and experiments on default rules and the *status quo*'s bias that they trigger, the text discusses the results of an experiment intended to determine whether or not such bias exists regarding a default rule in the Colombian Civil Code setting forth that, unless agreed otherwise, a penalty clause provided in a contract works only as a liquidated damages clause without allowing the party who suffers a breach of contract to charge the other party both the amount of the penalty and the amount of the damages that the breach triggered. As concluding remarks, the text briefly mentions other topics in private law whose analysis might also be enriched by behavioral economics.

KEYWORDS: Penalty clauses, private law, behavioral economics, default rules, standard economic theory.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La economía conductual. 3. El análisis económico de las normas supletivas. 4. Investigaciones experimentales sobre normas supletivas. 5. Un experimento que mide el sesgo de *statu quo* en el artículo 1600 del Código Civil colombiano. 6. Conclusiones. Referencias bibliográficas.

1. INTRODUCCIÓN

La imbricación entre derecho privado y economía tradicional (*standard economics*) es natural y ha sido objeto de numerosos estudios (ver Parisi, 2017). Para mencionar solo dos áreas, el derecho de la contratación privada estudia las normas que rigen las relaciones de mercado entre particulares, mientras que las leyes de responsabilidad civil asignan consecuencias económicas a quien causa un daño a otro. Menos familiar, sin embargo, ha sido la relación entre derecho privado y economía conductual (*behavioral economics*), aquella que se aleja de la premisa central de la economía tradicional según la cual las personas tienen racionalidad ilimitada y maximizan siempre sus beneficios netos, y que, en tal sentido, aplica conceptos propios de la psicología a temas económicos (Kahneman, 2013, p. 1). Con todo, esta falta de familiaridad se debe principalmente a que la economía conductual apenas inició su auge a finales del siglo xx (Kahneman, 2013, p. 1), pero no a la ausencia de elementos en común con el derecho privado. Como ilustración de uno de muchos puntos en común, este capítulo resume, en primer lugar, la teoría y los estudios empíricos, para luego presentar una investigación experimental basada en la economía conductual que permite un mejor entendimiento de la configuración normativa y de los efectos de las normas supletivas con aplicación a normas colombianas. Para tal fin, la primera sección resume la literatura de mayor impacto de la economía conductual. La segunda parte explica la teoría económica inherente a las normas supletivas y por qué generan un sesgo de *statu quo*. El tercer acápite sintetiza algunos experimentos que se han llevado a cabo en otras latitudes para comprobar tal teoría. La cuarta sección resume el diseño y reporta los resultados de un experimento realizado con estudiantes colombianos para verificar el sesgo de *statu quo* y la presencia del denominado efecto dotación en una norma colombiana sobre cláusula penal. A manera de conclusión, la quinta parte indica otros temas de interacción entre derecho privado y economía conductual que ya han sido analizados o que podrían ser objeto de futuros análisis teóricos y empíricos.

2. LA ECONOMÍA CONDUCTUAL¹

Así parezca obvio que el ser humano no siempre actúa racionalmente, la economía tradicional se basó en tal supuesto hasta que, hace pocas décadas, y con

1 Parte de esta sección se basa en una conferencia que dio DANIEL MONROY, profesor del Departamento de Derecho Económico de la Universidad Externado de Colombia, sobre

el surgimiento de la economía conductual, se publicaron las primeras investigaciones que tenían en cuenta los efectos de las imperfecciones cognitivas en las decisiones de los agentes económicos. El desarrollo de esta rama de la economía se puede dividir en las siguientes cuatro etapas:

La primera etapa transcurre desde mediados del siglo pasado, con los trabajos pioneros de Herbert Simons (1957) y, un poco más tarde, de Daniel Kahneman y Amos Tversky (Tversky, 1969; Tversky y Kahneman, 1971 y 1973), hasta mediados de la década de los noventa. En esta etapa también fueron de gran impacto dos artículos: (i) “Experimental tests of the endowment effect and the Coase theorem” (Kahneman, Knetsch y Taler, 1990) y (ii) “An experimental analysis of ultimatum bargaining” (Güth, Schmittberger y Schwarze, 1982). El primero de ellos fue pionero en el reporte de experimentos que demostraban la existencia del efecto dotación (*endowment effect*), consistente en que los seres humanos valoran más un determinado objeto cuando son sus propietarios que en el caso contrario. La existencia de tal efecto dotación puso en discusión el denominado teorema de Coase, según el cual, y bajo la condición de costos de transacción nulos o mínimos, la eficiencia en la asignación de recursos o derechos no depende de la asignación inicial hecha por la ley o por un juez (Güth et al., 1982; Coase, 1960). El segundo texto (“An experimental analysis of ultimatum bargaining”) muestra evidencia experimental según la cual los participantes del juego denominado ultimátum no actúan de manera racional (Coase, 1960). En el ultimátum, una persona (A) le ofrece a otra (B) una forma de repartir una determinada suma de dinero (por ejemplo, 99 % para A y 1 % para B). B decide si acepta la oferta, caso en el cual el dinero se reparte según lo propuesto por A, o la rechaza, situación que lleva a que ambos participantes se quedan sin dinero alguno. A pesar de que la teoría indica que lo racional para A sería repartir el dinero ofreciendo solo el 0,00001 % a su contraparte y que para B sería racional aceptar esta propuesta a pesar de ser la distribución tan injusta, los experimentos muestran no solo que A usualmente propone una repartición que no es muy desequilibrada (no lejana del 50 % - 50 %), sino también que,

revisión de la literatura en economía conductual y que fue parte del II Congreso Internacional de Análisis Económico del Derecho: Psicología y Derecho, que tuvo lugar en la ya citada universidad entre el 5 y el 7 de abril de 2017 (véase también MONROY, 2014).

cuando la propuesta es muy desbalanceada (por ejemplo, 90 % - 10 %), B suele rechazar la oferta (Coase, 1960).

En una segunda etapa se precisan los principales conceptos de la economía conductual. Ello se hace por medio de artículos como (i) “A behavioral approach to law and economics” (Jolls, Sunstein y Thaler, 1988), en el que los autores describen el estado que en ese momento tenía el análisis económico y conductual del derecho; y (ii) “Law and behavioral science: Removing the rationality assumption from law and economics” (Korobkin y Ulen, 2000), en el que se argumenta que el análisis económico del derecho puede fortalecerse reemplazando el supuesto de racionalidad con un enfoque más propio de la psicología cognitiva.

No se crea, con todo, que esta etapa fue pacífica, como lo demuestra el artículo “Rational choice, behavioral economics, and the law” (Posner, 1997), en el cual Richard Posner afirma que muchas de las propuestas atribuidas a la economía conductual ya eran parte del análisis económico del derecho tradicional, que esta disciplina había abandonado hacía mucho el modelo del hombre hiperracional, egoísta y sin emociones, y que muchos de los argumentos del texto de Jolls, Sunstein y Thaler eran viejas críticas a los enfoques económicos disfrazadas de nuevas teorías (Posner, 1997).

De hecho, las discusiones sobre la importancia de la economía conductual, y específicamente acerca de su valor relativo con el análisis económico tradicional, continúan, y ello a pesar de que en 2017 se le confirió el Premio Nobel a uno de sus mayores exponentes: Richard Thaler (véase, generalmente, Winter, 2017). De una parte, y para algunos de sus defensores, la economía conductual ya ganó la batalla. Uno de ellos es Russell Korobkin, quien afirma (texto en el idioma original):

The battle to separate the economic analysis of legal rules and institutions from the straightjacket of strict rational choice assumptions has been won. The fundamental methodological assumption of rational choice economics, that individual behavior necessarily maximizes subjective expected utility, given constraints, has been largely rejected as an unyielding postulate for the analysis of legal policy. Yes, such assumption, even if inaccurate, simplifies the world, but it does so in an unhelpful way – much in the way that it is unhelpful for a drunk who has lost his car keys in the bushes to search under the streetlight because that is where the light is. (Korobkin, 2011).

En el otro lado de la confrontación, el profesor Joshua Wright y el juez Douglas Ginsberg han manifestado su preocupación por que los hallazgos de la economía conductual se acepten muy rápido y terminen siendo el fundamento para políticas públicas formuladas sin suficiente análisis o incluso inadecuadas (Wright y Ginsberg, 2012; Winter, 2017). Estos autores afirman:

While behavioral economics broadly, and behavioral law and economics in particular, are too new to support bold predictions about what future laboratory and field evidence might show, the theoretical and empirical infirmities plaguing the behavioral welfare claims suggest these faults will prove to be enduring limitations. Further, the chasm between aggressive policy interventions proposed in the behavioral law and economics literature and the interventions (if any) warranted by existing behavioral economic theory and empirical evidence is a warning sign of a discipline far overextended. (Wright y Ginsberg, 2012).

Con todo, no necesariamente la economía conductual y la tradicional tienen que contraponerse, como tampoco lo tuvieron que hacer, por ejemplo, la física newtoniana y la cuántica. Por el contrario, estas dos ramas de la economía pueden ser complementarias. Al fin y al cabo –y así como las teorías sobre organización industrial estudian las imperfecciones de los mercados comparando estos con el modelo de competencia perfecta–, la economía conductual, al estudiar las imperfecciones de la conducta humana, las coteja con el denominado *Homo economicus*, que es el modelo tradicional de la economía, no en términos éticos, pero sí racionales y maximizadores (Winter, 2017). Algo similar ha sucedido con el análisis económico del derecho *vis a vis* el análisis legal tradicional, que hoy en día gozan de buena salud, y sin que pueda decirse que el primero –como tampoco puede decirse de la economía conductual– haya sido o sea solo una moda pasajera (Winter, 2017).

La tercera etapa, que transcurre en la primera década del siglo XXI, tiene como eje central el concepto de *nudge*, de difícil traducción al español, pero que, en general, hace referencia a cómo la regulación puede, sin ser imperativa, influenciar a sus destinatarios para que estos actúen en el sentido deseado. Por ejemplo, el problema de obesidad infantil podría reducirse ubicando en las escuelas la comida saludable al alcance de sus destinatarios y la más grasosa un poco más lejos, a la vez que, en otro contexto, el ahorro voluntario en pensiones o la donación de órganos podría incrementarse si la ley asume que esta es la opción escogida por un trabajador o por un donante, a menos

que este expresamente diga lo contrario (Thaler y Sunstein, 2009, p. 1). La obra clásica de este período es, por supuesto, *Nudge: Improving decisions about health, wealth, and happiness* (Thaler y Sunstein, 2009), aunque también se destacan “Libertarian paternalism is not an oxymoron” (Sunstein y Thaler, 2003) (un *nudge* del Estado equivale a una versión moderada de paternalismo) o *Heuristics and the law* (Gigerenzer y Engel, 2006, p. 1), un libro en el que diversos autores aplican conceptos básicos de la economía conductual a problemas legales. En esta etapa no faltan las críticas a las propuestas sobre *nudge* o paternalismo liberal, que se basan principalmente en que, no por ser liberal o moderado, el paternalismo se justifica o se convierte en la forma menos restrictiva de lograr objetivos de políticas públicas (véase, por ejemplo, Mitchell, 2005 y Bovens, 2005).

Finalmente, la cuarta y actual etapa de la economía conductual se ha enfocado en el estudio de la influencia que esta disciplina tiene en la sociedad, en las políticas públicas, en las decisiones de las personas y, por supuesto, en el derecho (véase, por ejemplo, Lunn, 2014, p. 1; The World Bank, 2015; y Organization for Economic Cooperation and Development, 2017, p. 1).

3. EL ANÁLISIS ECONÓMICO DE LAS NORMAS SUPLETIVAS

Como su nombre lo indica, las normas supletivas o por defecto (*default rules*) sustituyen la voluntad de las partes de un contrato cuando estas guardan silencio sobre un tema aplicable a su negocio jurídico, de manera similar a lo que ocurre con los dispositivos tecnológicos, cuyas configuraciones originales en aspectos como el color de la pantalla o el sonido de las llamadas entrantes son aplicables hasta que sus usuarios modifiquen tal elección. Una lectura rápida del Código de Comercio colombiano y de leyes mercantiles posteriores que regulan relaciones diferentes a las de consumo —como la Ley 1258 de 2008, sobre sociedades por acciones simplificadas, y la Ley 1676, sobre garantías mobiliarias— evidencia que la mayor parte de sus normas son supletivas. Teniendo en cuenta su abundancia, la literatura se ha preguntado de tiempo atrás por qué el legislador utiliza su escaso tiempo para redactar normas que las partes de un contrato pueden cambiar en caso de que no sean de su agrado o que incluso podrían negociar desde cero si no hubiera normas supletivas, o, en términos más generales, ¿cuál es la función económica de las normas supletivas? (Cooter y Ulen, 2013). A primera vista, no sería descabellado afirmar que tal función no existe con base en supuestos como que las estipulaciones de

un contrato no dependen de normas por defecto preexistentes o en creencias como aquella consistente en que el legislador debería ocuparse de labores más importantes que hacer la tarea que les corresponde a las partes de un contrato.

Tal premisa, sin embargo, es errónea. Las normas supletivas sí cumplen funciones económicas, y la principal de ellas, según la teoría tradicional, es el ahorro en costos de transacción (Cooter y Ulen, 2013). En particular, las normas por defecto evitan a las partes de un contrato invertir dinero—el pagado a los abogados asesores—, así como tiempo y esfuerzo en la redacción de cláusulas cuyo modelo el legislador ha suministrado previa y “gratuitamente” (entre comillas, porque, en realidad, esa labor se paga con los tributos). A manera de ejemplo, un contrato de compraventa se puede negociar con rapidez sin necesidad de pactar expresamente términos como el sitio y la fecha de entrega o el plazo para el pago.

Para que esta función económica de ahorro en costos de transacción se logre, naturalmente, las normas supletivas deben ser eficientes o mayoritarias, esto es, redactarse de la misma manera como lo harían la mayoría de las partes de un contrato si ellas no existiesen (Cooter y Ulen, 2013). Por ejemplo, si la mayoría de los compradores y vendedores prefieren que la entrega del bien sea en el establecimiento del comprador y que la calidad sea media, así lo debe establecer la norma supletiva. Si, en cambio, la norma supletiva establece que la entrega es en la sede del vendedor o que la calidad supletiva es baja, las partes, y en especial el comprador, tendrán que (i) incurrir en los costos de transacción necesarios para estipular lo contrario (mejor escenario); (ii) si tales costos son considerables, aceptar que la entrega ocurra en un lugar no querido por ellas y que la calidad sea diferente a la realmente deseada (escenario intermedio); o (iii) si los costos son en realidad altos y las normas supletivas inaceptables para una de las partes del negocio jurídico, desistir de este a pesar de que él, bajo otras estipulaciones, hubiese mejorado el bienestar de ambas partes (peor escenario). En los casos (ii) y (iii), y a pesar de no existir fallas de mercado, la norma supletiva sería una norma imperativa *de facto*.

Sin perjuicio de lo anterior, la teoría económica tradicional acepta que no todas las normas supletivas deben ser mayoritarias. Excepcionalmente, una norma supletiva puede ser sancionatoria, esto es, redactarse adrede de forma contraria a lo que, en su ausencia, la mayoría de los contratos estipularían (Ayres y Gertner, 1989). Estas normas se justifican, entre otras razones, en contratos celebrados entre partes cuyo poder de mercado o de negociación difiere notoriamente. Así, la ley permite a la parte fuerte imponer a la parte

débil ciertas cláusulas, pero solo si, además de revelar su interés por tales estipulaciones, asume el esfuerzo de convencer a su contraparte de pactar en contrario, es decir, si tiene la capacidad de asumir los costos de transacción que dicho esfuerzo implica. En caso de que la parte fuerte no quiera o no pueda realizar tal labor, se aplicará la norma supletiva sancionatoria, que es la preferida por el legislador².

Pero los costos de transacción no son la única razón de la influencia que ejercen las normas supletivas en quienes celebran contratos. Aún en ausencia de tales costos —y de la misma manera que muchas personas mantienen la configuración original de sus dispositivos electrónicos a pesar de que hay otras configuraciones que les gustan más y de que realmente cualquier cambio no tomaría más de un par de minutos—, las partes de un contrato parecen no pactar en contra de las normas supletivas, así prefiriesen lo contrario. En términos técnicos, las preferencias intrínsecas de las partes por las cláusulas de un contrato no son exógenas a las normas supletivas.

En particular, varias investigaciones económicas han mostrado que las normas supletivas generan un sesgo de *statu quo*, rigidez o inercia por razones que van más allá de los costos de transacción (Korobkin, 1998, p. 608)³. Antes de explicar dicho sesgo en materia contractual, adviértase que este también se presenta en otros escenarios, como el de la regulación. El ejemplo por excelencia es el de donación de órganos, en el que se ha argumentado —y ello no sin críticas teóricas y empíricas (Winter, 2017)— que la donación puede incrementarse cuando la norma aplicable es que toda persona se presume donadora de órganos a su muerte salvo que en vida manifieste lo contrario (*opting out*), en comparación con un escenario en el cual la norma establece que nadie es donador de órganos a menos que expresamente quiera serlo (*opting in*) (Camerer, Issacharoff, Loewenstein, O'Donoghue y Rabin, 2003; Winter, 2017).

2 Algunos ejemplos de normas supletivas sancionatorias en el derecho colombiano son los artículos 1600 del Código Civil (cláusulas penales), 1031 del Código de Comercio (contrato de transporte) y 1318 y 1319 del mismo cuerpo normativo (contrato de agencia mercantil) (véase MONROY, 2016).

3 De manera más general, el *statu quo* es, según AMOS TVERSKY y DANIEL KAHNEMAN, lo que las personas asumen que tendrán si no toman acción alguna (véase LEWIS, 2016, p. 265).

Aparte de la explicación tradicional basada en los costos de transacción, cuatro razones parecen explicar el sesgo de *statu quo* en materia de normas supletivas. Primero, y ante ausencia de información perfecta sobre los costos y beneficios de ciertas estipulaciones, las partes de un contrato pueden asumir que la norma supletiva es la que el legislador recomienda tácitamente (Goetz y Scott, 1985). Podría ser el caso, por ejemplo, del artículo 150 del Código de Comercio de Colombia, según el cual, “[l]a distribución de utilidades sociales se hará en proporción a la parte pagada del valor nominal de las acciones, cuotas o partes de interés de cada asociado, si en el contrato no se ha previsto válidamente otra cosa”.

Segundo, las personas podrían ser aversas para pactar en contra de una norma supletiva por temor a ensayar una ruta poco explorada, y preferir en cambio seguir el camino más transitado (Kahan y Klausner, 1997). De hecho, las normas supletivas, por ser más comunes en los contratos que sus cláusulas contrarias, suelen contar con una mayor cantidad de jurisprudencia y doctrina, con la consiguiente reducción de su ambigüedad e incertidumbre (Ben-Shanar y Pottow, 2006).

Tercero, un contratante podría abstenerse de proponer una desviación de una norma supletiva para evitar que su contraparte rechace tal oferta al sospechar que ella se debe a información privada. Por ejemplo, suponga que una empresa, inicialmente indiferente entre una resolución de un eventual conflicto en sede judicial o arbitral, interpreta que la solicitud de un pacto arbitral que hace su contraparte indica que es esta última la que más se beneficia de tal estipulación, lo que la lleva a rechazar tal propuesta y, en un caso extremo, a desistir del negocio jurídico.

Cuarto, también podría suceder, en contratos entre partes no sofisticadas, que al menos la parte a la cual le convendría pactar en contra de la norma supletiva no sabe o no está interesada en asumir los costos de averiguar si ello es posible (Winter, 2017).

Las explicaciones anteriores de la economía tradicional, si bien son satisfactorias, resultan incompletas. La economía conductual, y en especial los efectos dotación (*endowment effect*) y ancla (*anchoring*), permite entender razones adicionales por las cuales las normas supletivas son rígidas. El efecto dotación, como se explicó anteriormente, implica que una persona valora más

un bien cuando es su propietario que en el caso contrario⁴. El efecto ancla, a su vez, indica que las decisiones dependen del punto de referencia inicial de quien las toma (Kahneman, 2013, p. 119). En estricto sentido, y en contraste con un derecho de propiedad sobre un bien, que permite excluir de su uso a todos los demás, una norma por defecto no es una dotación. El que las partes de un contrato A no pacten en contra de una norma supletiva X no impide que las partes de miles de contratos similares apliquen la misma norma por defecto. Sin perjuicio de lo anterior, una norma supletiva sirve como punto de referencia o ancla a partir del cual las partes evalúan cambios como ganancias o pérdidas, de manera similar a como sucede con el efecto dotación (Korobkin, 2014). En tal sentido, y así como las personas le asignan un mayor valor al bien que poseen que a uno semejante que no tienen, las partes de un contrato parecen darle mayor valor a una cláusula supletiva que a una estipulación en contrario.

El aporte de la economía conductual no termina allí. El sesgo al *statu quo* también existe por el deseo de evitar un arrepentimiento futuro, que podrá surgir en caso de que (i) haya un error de comisión al pactar en contra de la norma supletiva y que eventos posteriores demuestren que esta fue una mala decisión (verbigracia, se aceptó una mayor responsabilidad a cambio de un mejor precio y luego esta se hizo efectiva con ocasión de un incumplimiento de contrato) o que, alternativamente, (ii) haya un error de omisión al conservar la norma supletiva y tal decisión resulte ser inadecuada (no se aceptó una mayor responsabilidad, a pesar de que la contraparte ofrecía un mejor precio, y posteriormente el contrato se cumplió sin inconveniente alguno). En palabras de Harold Winter: “Experiencing regret through action or inaction is simply rationalized differently” (Winter, 2017).

4. INVESTIGACIONES EXPERIMENTALES SOBRE NORMAS SUPLETIVAS

Las afirmaciones hechas en la sección anterior acerca de que la rigidez de las normas supletivas tiene como causas los efectos dotación y ancla se sustentan en varios experimentos llevados a cabo por Russell Korobkin (2014). En ellos, una muestra significativa de estudiantes de Derecho asumió el rol de un

4 Véase *supra* sección 1.

abogado que negocia un contrato a nombre de una compañía transportadora de carga. Los estudiantes fueron informados de que dos tipos de cláusulas sobre responsabilidad podían ser estipuladas: una favorable para su cliente, que limitaba los daños generados por un incumplimiento a los razonablemente previsibles, y la otra, desfavorable, que hacía al transportador responsable de todos los daños que su contraparte probara. A la mitad de los estudiantes se les dijo que la norma por defecto era la favorable, y se les pidió determinar el precio por contenedor o WTA (*willingness to accept*) que exigirían a cambio de pactar la cláusula desfavorable. A la otra mitad de los participantes se les indicó que la norma supletiva era la no favorable para ellos, y se les solicitó determinar el precio por contenedor WTP (*willingness to pay*) que ofrecerían para incluir un término contrario. Los resultados mostraron evidencia de los efectos dotación y ancla toda vez que los precios WTA fueron significativamente superiores a los precios WTP. En específico, y cuando la norma por defecto era la limitación de la responsabilidad, se exigió un aumento promedio en el precio de \$6,96 por contenedor para incluir la cláusula contraria. En contraste, cuando la norma supletiva era una responsabilidad ilimitada, se ofreció solo un descuento promedio de \$4,46 por contenedor para cambiar la norma supletiva (diferencia del 36 %).

Un experimento similar confirmó este sesgo hacia las normas supletivas (Korobkin, 2014). En él, los participantes debían negociar una cláusula que podía excusar el incumplimiento de su cliente en caso de que surgieran circunstancias imprevistas o que, alternativamente, no eximía de responsabilidad por tal razón. Cuando la norma supletiva indicaba que circunstancias imprevistas exoneraban la responsabilidad por incumplimiento, los estudiantes exigieron un pago promedio de \$188.000 para incluir una cláusula de no exoneración (WTA). Por el contrario, cuando la norma supletiva era la responsabilidad del transportador sin importar las circunstancias externas, los estudiantes ofrecieron en promedio solo \$56.000 (diferencia del 70 %) a cambio de que sus contrapartes aceptaran una cláusula de excusa por circunstancias imprevistas (WTP).

No se crea, sin embargo, que la inercia de los contratantes es siempre hacia las normas supletivas (Korobkin, 2014). Tal sesgo solo existe cuando dichas normas son el *statu quo* de los contratantes. Si dicho *statu quo* cambia, la inercia podrá ser hacia otro tipo de normas, por ejemplo, una costumbre mercantil o un estándar gremial. En tal sentido, el efecto dotación refleja no una preferencia de las personas por las normas supletivas, sino por la inac-

ción. En una variante del experimento ya mencionado, se les informó a los participantes que se había acordado utilizar como punto de partida de la negociación un estándar de la industria que consistía en una minuta de contrato utilizada frecuentemente por empresas del mismo sector. Para la mitad de los participantes, la minuta guía limitaba los daños ocasionados por la ejecución del contrato a aquellos que fueren razonables, lo que iba en contravía de la norma supletiva según la cual no había limitación de daños. Para la otra mitad, la minuta guía indicaba que se debían pagar todos los daños que se acreditaran en un proceso, siendo este criterio opuesto al de la norma por defecto. Así, pactar en contra de la costumbre gremial implicaba restablecer la norma por defecto. Las preferencias de los participantes estuvieron sesgadas en favor de la costumbre y no de la norma supletiva. En particular, y cuando el estándar de la industria era la responsabilidad limitada a daños razonables, los estudiantes exigieron \$7,36 por contenedor para aceptar una responsabilidad total (WTA), mientras que, en el caso contrario, los estudiantes solo ofrecieron \$4,10 por contenedor (diferencia del 44 %) a cambio de limitar la responsabilidad a los daños razonables (WTP).

Recuérdese de la sección anterior que, según la economía conductual, la rigidez de las normas supletivas también parece deberse a que las personas se preocupan más por los errores de comisión (equivocarse pactando en contra de una norma por defecto) que por los errores de omisión (errar al no estipular en contra de dicha norma). Tal premisa también se ha comprobado empíricamente. El experimento más famoso es el de Kahneman y Tversky, basado en dos inversionistas hipotéticos (Kahneman y Tversky, 1982). Paul tenía acciones en la compañía A, pensó, pero no se atrevió a cambiar su inversión a la compañía B, y averiguó posteriormente que habría estado \$1.200 mejor si hubiera modificado su portafolio. George tenía acciones en la compañía B y cambió su inversión a la compañía A, lo que, al final del día y al igual que a Paul, le implicó estar \$1.200 peor que si no hubiera hecho el cambio. Más del 90 % de los participantes del experimento consideraron que George sentiría un arrepentimiento mayor que el de Paul.

Aunque el arrepentimiento es mayor cuando hay errores de comisión en contraste con los de omisión, el bienestar parece ser más grande cuando se actúa en contra del *statu quo* y la decisión resulta exitosa que en el caso opuesto. Janet Landman reporta un experimento cuyos participantes creyeron que un estudiante que sustituyó el curso electivo A por el B y recibió en este una nota alta (léase, una parte que pactó en contra de una norma supletiva y acertó en

su elección) se sentiría mejor que uno que no cambió clases y también recibió una buena nota (léase, una parte que no modificó la norma supletiva, siendo esta la decisión correcta) (Landman, 1993, p. 1). Así, y *a priori*, pareciera que el hallazgo anterior es un contrapeso a las variadas razones que llevan a la rigidez de las normas supletivas. Con todo, dicha rigidez se mantiene, puesto que la evidencia experimental ha comprobado que, conforme a lo afirmado por la denominada *prospect theory*, las ganancias resultantes de cambiar una norma supletiva, cuando el futuro confirma que esta decisión fue buena, no compensan las pérdidas de tal modificación cuando hechos posteriores demuestran que esta decisión fue mala (Landman, 1993, p. 1). En términos más generales, la aversión a la pérdida significa que las personas están dispuestas a mayores sacrificios para evitar pérdidas que para obtener ganancias de magnitud similar (véase Rachlinski y Jourden, 1998; y Hillman, 2000).

En síntesis, tanto la teoría como la evidencia empírica de la economía tradicional y de la economía conductual permiten entender adecuadamente la función de las normas por defecto y las razones por las cuales estas generan un sesgo de *statu quo*. Debido a dicho sesgo, el legislador debe procurar que dichas normas supletivas sean eficientes, sin que ello implique que siempre deban ser mayoritarias. Si ello no es posible, podría ser preferible que no hubiera norma supletiva alguna (Korobkin, 2014). Como un aporte a la literatura empírica sobre derecho y economía conductual, la siguiente sección describe y analiza los resultados de un experimento diseñado para medir el sesgo de *statu quo* basado en el efecto dotación que genera una norma del Código Civil colombiano sobre cláusula penal.

5. UN EXPERIMENTO QUE MIDE EL SESGO DE *STATU QUO* EN EL ARTÍCULO 1600 DEL CÓDIGO CIVIL COLOMBIANO

Hasta ahora, este capítulo solo ha descrito investigaciones empíricas realizadas en otros países y por otros autores. Con todo, el verdadero aporte de este trabajo consiste en el diseño y análisis de resultados de un experimento llevado a cabo con estudiantes de Derecho que puede dar luces sobre la rigidez o sesgo de *statu quo* de una norma supletiva colombiana en materia de cláusula penal.

Antes de presentar el diseño del experimento, son pertinentes algunas consideraciones sobre cláusulas penales. Es bien sabido que una cláusula

penal en el *civil law*⁵ puede ser de dos tipos: estimativa de perjuicios o punitiva. En el primer caso, la parte que sufre un incumplimiento puede escoger entre cobrar la pena pactada o los perjuicios reales, pero no ambos (artículo 1600 del Código Civil). Por lo tanto, lo usual será cobrar la pena, que exime de la carga de probar perjuicios, a menos que estos sean mayores y que, consiguientemente, se justifique asumir el desgaste probatorio. En contraste, una cláusula punitiva le permite a quien sufre el incumplimiento cobrar tanto la pena pactada como los perjuicios sufridos, no requiriéndose para lo primero prueba alguna, pero para lo segundo, sí.

La cláusula penal es un elemento accesorio del contrato, razón por la cual solo existe si se pacta (artículos 1592 y siguientes del Código Civil). Pero si se pacta y el contrato guarda silencio sobre si la pena es estimativa de perjuicios o punitiva, es una norma supletiva la que debe determinar cuál es el tipo de cláusula penal aplicable. La experiencia profesional como abogado en ejercicio del suscrito sugiere que las cláusulas punitivas son más comunes que las estimativas de perjuicios. De hecho, ello es lógico toda vez que aquellas cumplen más funciones económicas que estas, por ejemplo, disuadir el incumplimiento o al menos asegurar este, señalar la real intención de cumplir (Gaviria, 2015, p. 1). Así, pues, una norma supletiva mayoritaria hubiese establecido que toda cláusula penal pactada en un contrato es punitiva a menos que las partes estipulen lo contrario.

Pero la norma supletiva colombiana no es mayoritaria al consagrar –salvo que el contrato indique otra cosa– que toda cláusula penal es estimativa de perjuicios. En efecto, el artículo 1600 del Código Civil señala:

PENA E INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS. No podrá pedirse a la vez la pena y la indemnización de perjuicios, a menos de haberse estipulado así expresamente; pero siempre estará al arbitrio del acreedor pedir la indemnización o la pena.

5 En el *common law*, o al menos en Estados Unidos, la diferencia es entre *liquidated damages clauses*, que son estipulaciones válidas tendientes a fijar razonablemente desde la celebración de un contrato los perjuicios que su incumplimiento por alguna de las partes pudiera generar, y las *penalty clauses*, que existen cuando el valor fijado en el contrato de tales perjuicios difiere notoriamente de los daños anticipados o reales; en tal caso, la cláusula penal no es válida bajo la lógica de que el derecho de contratos es compensatorio y no punitivo, y de que la parte perjudicada por un incumplimiento debe, luego de recibir una indemnización, estar tan bien como si el contrato se hubiera celebrado, pero no mejor. Para el contrato de venta, véase UCC 2-718. Para otros contratos, *Restatement of Contracts*.

Este es un típico caso de norma supletiva sancionatoria (Ayes y Gertner, 1989). Aunque determinar las razones por las cuales el legislador escogió esta norma supletiva y no su contraria es una difícil tarea debido a la antigüedad de la norma, vigente desde 1887, pareciera que tal elección se debió a dos razones principales. Primero, y como complemento a normas que restringen el monto de una cláusula penal o que permiten a un juez reducirlo (artículos 1599 del Código Civil y 867 del Código de Comercio), el legislador quiso que, salvo que las partes considerasen conveniente lo contrario, la cláusula penal fuese lo menos onerosa posible para quien incumple un contrato, conducta que muchas veces puede carecer de dolo y que, de ser la cláusula penal punitiva, podría llevar a esta persona a la ruina⁶. Segundo, si una cláusula penal punitiva es lo que realmente quieren la mayoría de las partes fuertes en sus contratos, una norma supletiva que establezca lo contrario protege a las partes débiles de dichos acuerdos al exigir a sus contrapartes revelar su intención de un pacto en contrario y posiblemente tener que dar algo a cambio para ello, o incluso hacer tales penas menos drásticas cuando los costos de transacción y la fuerza del *statu quo* impidan pactar en contrario.

El experimento propuesto se basa en el artículo 1600 del Código Civil y en un hipotético contrato de compraventa en el que la cláusula penal pactada podría ser cobrada por el comprador en caso de que su vendedor incumpliera (entrega de mala calidad, no entrega, entrega tardía, etc.), pero no en el supuesto contrario de incumplimiento del comprador. A la mitad de los estudiantes (versión A), que asumen el rol de vendedores, se les informa que la norma supletiva actual es el artículo 1600 del Código Civil (que los favorece,

6 Véase Sentencia de la Sala de Casación Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia, Expediente C-4823, del 23 de junio de 2000 (“siendo la cláusula penal una especie de autotutela privada, que como remanente histórico reconoce la ley, por cuanto ella de alguna manera suple la función judicial, puesto que en el rol liquidatorio de perjuicios la tutela del Estado queda como sucedánea, su tratamiento debe ser restrictivo y si se quiere excepcional...”). Sobre la posibilidad de que una cláusula penal sea ruinosa para quien la deba pagar, véase *Lake River Corp. v. Carborundum Co.*, 769 F.2d 1284 (1985), donde el entonces Juez RICHARD POSNER afirmó: “It can be pointed out that by raising the cost of a breach of contract to the contract breaker, a penalty clause increases the risk to his other creditors; increases (what is the same thing and more, because bankruptcy imposes ‘deadweight’ social costs) the risk of bankruptcy; and could amplify the business cycle by increasing the number of bankruptcies in bad times, which is when contracts are most likely to be broken”.

ya que son quienes tendrían que pagar la pena en caso de incumplimiento), y se les pregunta qué incremento en el precio original de \$100 exigirían en caso de que el comprador quisiera pactar en contrario de la norma ya citada (*willingness to accept*); es decir, qué sobreprecio pedirían a cambio de que la cláusula penal fuese punitiva. A la otra mitad de los estudiantes, que también representan a los vendedores, se les pide que supongan que la norma actual del Código Civil consagra como regla supletiva una cláusula penal punitiva. Acto seguido, se les solicita que informen qué descuento ofrecerían para convencer a su comprador de pactar en contrario, de tal forma que la cláusula penal sea solo estimativa de perjuicios (*willingness to pay*). Si el efecto dotación existe, el incremento exigido o WTA debe ser significativamente menor que el descuento ofrecido (WTP).

Formulado de forma diferente, cuando la norma supletiva es la cláusula penal estimativa de perjuicios y el vendedor incumple el contrato, este debe pagar la mayor suma entre el valor pactado como pena (X) y el valor probado de perjuicios (Y); o máximo (X, Y). Pactar en contra, estipulando una cláusula penal punitiva, significará que el vendedor que incumpla pasará a pagar una suma mayor, de $X + Y$. Viceversa, si la norma supletiva es la cláusula penal punitiva, esta indica que en caso de incumplimiento el vendedor deberá pagar $X + Y$, y que si se pacta en contra, pagará solamente el máximo entre X y Y . Obsérvese que pasar de una cláusula penal estimativa de perjuicios a una punitiva nunca incrementa el valor que se va a pagar en más de \$100 por parte de un vendedor. Si la pena es inferior a los perjuicios probados, estos ya se cobran, pero aquella no. Como dicha pena es la que se va a sumar, su valor sería \$100. En el caso contrario, si la pena es superior a los perjuicios probados, se cobra aquella, pero no estos. Dichos perjuicios, que ahora se podrían cobrar, por definición, serán inferiores a \$100. Esa es una de las razones por las que los estudiantes solo podían proponer un incremento de hasta \$100. En el caso contrario, pasar de una cláusula penal punitiva a una estimativa de perjuicios nunca reduce el valor por pagar por parte del vendedor en menos de \$100. Si la pena es inferior a los perjuicios probados, ya no se podrá cobrar aquella, cuyo valor es \$100. Si la pena es superior a tales perjuicios, ya no se podrán cobrar estos, que por definición no pueden ser superiores a \$100.

A continuación, se transcriben los formatos entregados a los estudiantes.

CASO HIPOTÉTICO CLÁUSULA PENAL VERSIÓN A

Su compañía (X) se obliga a fabricar y entregar un bien a la compañía Y por un precio de \$100. El contrato incluye una cláusula penal por valor de \$100.

La norma supletiva (artículo 1600 del Código Civil) dice: “No podrá pedirse a la vez la pena y la indemnización de perjuicios, a menos de haberse estipulado así expresamente; pero siempre estará al arbitrio del acreedor pedir la indemnización o la pena”.

El comprador desea que la cláusula penal de \$100 pactada pueda permitir a esta parte, si usted como vendedor incumple el contrato, cobrar también los perjuicios que pruebe en un eventual litigio. Entre las opciones que a continuación se dan, ¿qué incremento en el precio exigiría para aceptar este pacto en contra del artículo 1600 del Código Civil? Escriba una X al frente de la opción elegida (elija solo una opción):

- a. Incremento en el precio de \$10, para un nuevo precio de \$110. _____
- b. Incremento en el precio de \$20, para un nuevo precio de \$120. _____
- c. Incremento en el precio de \$30, para un nuevo precio de \$130. _____
- d. Incremento en el precio de \$40, para un nuevo precio de \$140. _____
- e. Incremento en el precio de \$50, para un nuevo precio de \$150. _____
- f. Incremento en el precio de \$60, para un nuevo precio de \$160. _____
- g. Incremento en el precio de \$70, para un nuevo precio de \$170. _____
- h. Incremento en el precio de \$80, para un nuevo precio de \$180. _____
- i. Incremento en el precio de \$90, para un nuevo precio de \$190. _____
- j. Incremento en el precio de \$100, para un nuevo precio de \$200. _____

CASO HIPOTÉTICO CLÁUSULA PENAL VERSIÓN B

Su compañía (X) se obliga a fabricar y entregar un bien a la compañía Y por un precio de \$100. El contrato incluye una cláusula penal por valor de \$100.

Suponga que la norma supletiva (artículo 1600 del Código Civil) dice: “Podrá pedirse a la vez la pena y la indemnización de perjuicios, a menos de haberse estipulado así expresamente. En caso de dicha estipulación, estará al arbitrio del acreedor pedir la indemnización o la pena”.

Usted, como vendedor, desea que la cláusula penal de \$100 pactada impida al comprador, en caso de incumplimiento por parte suya, cobrar tanto la pena como los perjuicios. Es decir, quiere que permita cobrar solo la cláusula

penal o los perjuicios. Entre las opciones que se dan a continuación, ¿qué descuento en el precio ofrecería para aceptar este pacto en contra del artículo 1600 del Código Civil? Escriba una X al frente de la opción elegida (elijá solo una opción):

- a. Descuento en el precio de \$10, para un nuevo precio de \$90. _____
- b. Descuento en el precio de \$20, para un nuevo precio de \$80. _____
- c. Descuento en el precio de \$30, para un nuevo precio de \$70. _____
- d. Descuento en el precio de \$40, para un nuevo precio de \$60. _____
- e. Descuento en el precio de \$50, para un nuevo precio de \$50. _____
- f. Descuento en el precio de \$60, para un nuevo precio de \$40. _____
- g. Descuento en el precio de \$70, para un nuevo precio de \$30. _____
- h. Descuento en el precio de \$80, para un nuevo precio de \$20. _____
- i. Descuento en el precio de \$90, para un nuevo precio de \$10. _____
- j. Descuento en el precio de \$100, para un nuevo precio de \$0. _____

RESULTADOS

El ejercicio se realizó con 118 estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad Pontificia Bolivariana (Medellín, Colombia). A la mitad de ellos se les entregó la versión A, y a la otra mitad, la versión B. La tabla 1 muestra los promedios obtenidos.

TABLA 1.
WTA Y WTP EN EL EJERCICIO DE CLÁUSULA PENAL

Versión	Resultado esperado	Pregunta (artículo)	Promedio WTA/ WTP	Precio final
A	Debe ser mayor	Norma supletiva: cláusula penal estimativa de perjuicios	\$65,08	\$165,08
B	Debe ser menor	Norma supletiva: cláusula penal punitiva	\$28,14	\$71,86

Los resultados son acordes con lo que predice la literatura. Los vendedores, cuando se sienten los “propietarios” de la norma supletiva –estimativa de perjuicios– y reciben una solicitud de un pacto en contra (versión A), exigen un incremento mayor en el precio y, de hecho, mucho mayor –\$65.09 (WTA)– que en la versión B, cuando no se sienten propietarios de dicha norma –punitiva, y deben rogar por un pacto en contrario–, \$28,14 (WTP).

El aumento que podía exigir un vendedor se limitó a \$100 (precio final de \$200). De esta manera, se evitó que el aumento exigido en la versión A, que en la realidad pudiera ser hasta infinito, fuese en datos extremos o atípicos muy superior a la reducción ofrecida en la versión B, que no puede ser mayor que \$100 (el precio final no debe ser negativo).

El paso siguiente fue verificar que las diferencias obtenidas fuesen estadísticamente significativas y no solo producto del azar. Para ello, se utilizó la Prueba t-Student, cuyos resultados se muestran en la tabla 2.

TABLA 2.
PRUEBA T-STUDENT PARA EL EJERCICIO SOBRE CLÁUSULA PENAL

Prueba t para medias de dos muestras emparejadas		
	<i>Variable 1</i>	<i>Variable 2</i>
Media	28,15254237	65,05084746
Varianza	274,8901227	843,0835769
Observaciones	59	59
Coefficiente de correlación de Pearson	-0,030422776	
Diferencia hipotética de las medias	0	
Grados de libertad	58	
Estadístico t	-8,36759181	
P(T<=t) una cola	7,43427E-12	
Valor crítico de t (una cola)	1,671552762	
P(T<=t) dos colas	1,48685E-11	
Valor crítico de t (dos colas)	2,001717484	

Los resultados, teniendo en cuenta el P(T<=t) de una y de dos colas, son muy satisfactorios, incluso para intervalos de confianza rigurosos, como sería uno al 99 %.

Dichos resultados indican que no es indiferente para el mundo de los contratos que la norma supletiva sea una cláusula penal estimativa de perjuicios o, alternativamente, una cláusula penal punitiva. En efecto, la norma supletiva influye en lo que una parte que recibe una solicitud de pacto en contrario exige cuando esta le favorece u ofrece cuando sucede lo contrario. Así, si el legislador colombiano quiso disminuir el número de cláusulas penales punitivas, sin tener que llegar al extremo de eliminarlas con el grave sacrificio que

ello implicaría para la libertad contractual y para la eficiencia económica⁷, su estrategia parecería ser exitosa. No se impide pactar una cláusula penal punitiva cuando la parte fuerte de un contrato así lo desea, pero sí se le obliga a incurrir en los costos de transacción y en el esfuerzo necesarios para vencer la inercia del *statu quo* y, en particular, a dar a cambio un reconocimiento económico a favor de la parte débil, que es mayor que el que esta última tendría que ofrecer si la norma supletiva fuese la opuesta. De hecho, el artículo 1600 del Código Civil colombiano podría estar incentivando una redistribución de riqueza de la parte supuestamente fuerte, que propone pactar en contra de la norma supletiva para incluir una cláusula penal punitiva hacia la parte débil, que solo aceptaría tal modificación a cambio de un incremento en el precio, que para el experimento realizado es significativo: 65 %.

Este, pues, parece ser un caso en el cual –como lo afirma el profesor Harold Winter, e independientemente de por qué las personas se adhieren a las normas supletivas– esta tendencia puede ser aprovechada por quienes formulan políticas públicas o, para el caso analizado en el presente capítulo, por el legislador (Winter, 2017). Este no tiene que recurrir a una norma imperativa –que se justifica solo cuando hay una clara falla de mercado– para lograr que la mayoría de los contratos tengan el tipo de cláusula penal deseada o lo propio para otros tipos de normas supletivas. En particular, el legislador colombiano ha logrado un sano equilibrio que evita tanto el régimen ultraliberal decimonónico, en el que las cláusulas penales no tenían restricción alguna, como el régimen del *common law*, que prohíbe las cláusulas penales punitivas (llamadas en tal régimen simplemente cláusulas penales).

7 Sobre el tema, ver la crítica económica que RICHARD POSNER hace a la prohibición de las cláusulas penales (las punitivas) en el derecho estadounidense. *Lake River Corp. v. Carborundum Co.*, 769 F. 2d 1284 (1985) (“The willingness to agree to a penalty clause is a way of making the promisor and his promise credible and may therefore be essential to inducing some value-maximizing Contracts to be made. It also overlooks the more important point that the parties (always assuming they are fully competent) will, in deciding whether to include a penalty clause in their contract, weigh the gains against the costs—costs that include the possibility of discouraging an efficient breach somewhere down the road—and will include the clause only if the benefits exceed those costs as well as all other costs. On this view the refusal to enforce penalty clauses is (at best) paternalistic—and it seems odd that courts should display parental solicitude for large corporations”).

No se olviden, para terminar, algunas limitantes del actual experimento. Para empezar, y si bien experimentos como el realizado tienen gran valor, los estudiantes no siempre se comportan como lo hacen los empresarios y abogados en el mundo real. Aunado a ello, la cláusula propuesta fue unilateral (aplicable solo al vendedor), y la práctica, por experiencia profesional del suscrito, parece indicar que la mayoría de las cláusulas penales son bilaterales. Finalmente, los vendedores en el experimento podían ofrecer una reducción hasta del 100 % del precio original propuesto con el fin de que la cláusula penal no fuese punitiva, sino estimativa de perjuicios. Pero recuérdese que, según el artículo 1601 del Código Civil, hay lesión enorme cuando la pena es superior a dos veces el precio del contrato, mientras que el artículo 867 del Código de Comercio es todavía más estricto al indicar que dicha lesión enorme se da cuando la pena es superior a tal precio.

6. CONCLUSIONES

Las conclusiones que se derivan de los resultados del experimento ya se mencionaron en la pasada sección, razón por la cual este acápite se referirá a futuras investigaciones que se pueden llevar a cabo relacionando temas de derecho privado y de economía conductual.

Así las cosas, el presente capítulo muestra cómo las investigaciones económicas teóricas y empíricas facilitan un mejor entendimiento y aplicación de las normas supletivas. El análisis, por supuesto, no termina aquí. Los hallazgos de la economía tradicional, y específicamente de la economía conductual, pueden aplicarse a muchos otros temas jurídicos. A manera de epílogo, se indican algunos ejemplos. Algunos son muy obvios, como el hecho de que las normas sobre teoría de la imprevisión (*hardship*) se basan en las limitaciones cognitivas que, en este caso particular, consisten en la imposibilidad de prever, al momento de celebrar un contrato, todas las circunstancias que puedan afectar su ejecución. Otros temas son menos evidentes, como la responsabilidad civil y, en particular, la regla de Hand. Esta regla, creada por el magistrado Learned Hand al fallar el caso *United States v. Carroll Towing Co.* 159 F.2d 169 (2d. Cir. 1947), implica que quien ocasiona un daño es civilmente responsable si el costo de haberlo evitado (*B* o *burden*) era menor que su probabilidad de ocurrencia (*P* o *probability*) multiplicada por su magnitud (*L* o *loss*). En síntesis, hay responsabilidad civil cuando $B < PL$. Tal fórmula, como sugiere el año del caso citado, no es nueva. Lo que sí resulta novedoso es el análisis de *P*.

La estimación de esta variable es compleja por cuanto es un juez, *a posteriori*, quien la lleva a cabo (Jara, Rivas y Juscamaíta, 2017). Así las cosas, y debido a un sesgo de retrospectiva, posiblemente el juez estime una probabilidad mayor que la que en verdad existía antes de que el accidente respectivo ocurriera. En consecuencia, será más probable que quien causó el daño sea considerado responsable y obligado a pagar perjuicios (Jara, Rivas y Juscamaíta, 2017)⁸. Además del sesgo de retrospectiva, el juez también puede padecer un sesgo de disponibilidad, que le lleva a otorgar una mayor probabilidad a los riesgos materializados en el pasado reciente⁹. Así, puede suceder que un juez considere que la probabilidad de un accidente que ocurrió hace poco, en un litigio que ha avanzado rápidamente o que está en primera instancia, es mayor que la de un accidente que evalúa en otro proceso, ya sea porque ocurrió hace más tiempo o porque la instancia procesal es más avanzada (Guthrie, Rachlinski y Wistrich, 2001, p. 800).

Los sesgos de optimismo y de confirmación también podrían afectar un tema muy diferente de derecho privado. Diferentes estudios concluyen que las compañías que adquieren empresas rivales mediante fusiones son excesivamente optimistas con respecto a la posibilidad que tienen de hacerlas más rentables y, de tal manera, recuperar el precio de compra (Just, 2014, p. 197). En realidad, menos del 50 % de las fusiones agregan valor a la compañía adquirente y menos del 30 % generan utilidades tan altas como las esperadas (Just, 2014). ¿Significa ello que la ley societaria debería hacer más estrictos los requisitos de fusión de compañías, verbigracia, exigiendo mayorías especiales en las asambleas de accionistas con el fin de proteger a estos últimos? En otro ámbito del derecho privado, tal sesgo de optimismo es una de las justificaciones de la estricta protección que las normas suelen dar a los consumidores,

8 “Saber el resultado final altera nuestro juicio sobre si el actuar fue diligente o negligente. En vez de juzgar la situación desde los zapatos del sujeto que generó el daño (escenario *ex ante*), lo hacemos desde una cómoda situación *ex post*, conociendo el resultado; lo que nos lleva a ser más exigentes y severos al momento de evaluar la diligencia”. (JARA, RIVAS y JUSCAMAITA, 2017).

9 Este sesgo se ha comprobado empíricamente. PLATANIA y CRAWFORD solicitaron a 174 personas que leyeran una noticia sobre productos defectuosos. La mitad lo hizo tres días y la otra mitad tres semanas antes de participar como jurados en un caso similar. El grupo que había leído la noticia recientemente otorgó perjuicios promedio de USD 1.286.000, mientras que el otro grupo otorgó en promedio solo USD 200.000 (PLATANIA y CRAWFORD, 2012).

quienes subestiman los riesgos de los productos que adquieren a la vez que sobrevaloran sus beneficios (Korobkin, 2006).

Otros posibles temas, sin restringir ellos al derecho privado, son la importancia de los conceptos ancla (*anchoring*) y marco (*framing*) en temas como las conciliaciones. Ambos son sesgos cognitivos: el primero implica que los seres humanos confían mucho en la primera información que reciben, que en una conciliación sería una propuesta inicial, mientras que el segundo indica que la forma como las personas reaccionan frente a una decisión depende de cómo esta se le formule, por ejemplo, en términos de ganancias o pérdidas (Kahneman, 2013, p. 119). Otro tema novedoso sería la aplicación en derecho de las conclusiones de un estudio que comprobó que ciertos médicos tomaban decisiones de manera diferente cuando lo hacían para pacientes individuales que cuando diseñaban tratamientos para un grupo de pacientes con los mismos síntomas, ordenando más exámenes en el segundo caso (Redelmeier y Tversky, 1990; véase también Lewis, 2016, pp. 228-228). ¿Podría ocurrir algo similar, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional toma decisiones individuales, como en el caso de las tutelas, en comparación con cuando toma decisiones sobre exequibilidad de normas, que se aplican a toda la población? Las posibilidades de aplicación de la economía conductual en el derecho son, pues, numerosas.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AYRES, I. y GERTNER, R. (1989). Filling gaps in incomplete contracts: An economic theory of default rules. *Yale Law Journal*, 99(1), 87-130.
- BEN-SHAHAR, O. y POTTOW, J. (2006). On the stickiness of default rules. *Florida State University Law Review*, 33, 651-682.
- BOVENS, L. (2009). The ethics of nudge. En T. GRÜNE-YANOFF y S. O. HANSSON (eds.), *Preference change: Approaches from philosophy, economics and psychology* (pp. 207-219). New York: Springer.
- CAMERER, C. F., ISSACHAROFF, S., LOEWENSTEIN, G. F., O'DONOGHUE, T. y RABIN, M. (2003). Regulation for conservatives, behavioral economics and the case for asymmetric paternalism. *University of Pennsylvania Law Review*, 151, 1.211-1.254.
- COASE, R. (1960). The problem of social cost. *Journal of Law and Economics*, 3, 1-44.

- CONGRESO DE COLOMBIA. (5 de diciembre de 2008). Ley 1258 de 2008. Por medio de la cual se crea la sociedad por acciones simplificada. D. O. 47.194, del 5 de diciembre de 2008. Recuperada de <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=34130>
- CONGRESO DE COLOMBIA. (20 de agosto de 2013). Ley 1676 de 2013. Por la cual se promueve el acceso al crédito y se dictan normas sobre garantías mobiliarias. D. O. 48.888, del 20 de agosto de 2013. Recuperada de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/base-doc/ley_1676_2013.html
- COOTER, R. y ULEN, T. (2013). *Law & economics* (6.^a ed.). New York: Pearson.
- GAVIRIA, J. A. (2015). *El problema del hold-up en el derecho de los contratos – Estados Unidos, Colombia y México*. Ciudad de México: Porrúa.
- GIGERENZER, G. y ENGEL, C. (eds.). (2006). *Heuristics and the law*. Nueva York: MIT Press.
- GOETZ, C. y SCOTT, R. (1985). The limits of expanded choice: An analysis of the interactions between express and implied contract terms. *California Law Review*, 73(2), 261-322.
- GÜTHI, W., SCHMITTBERGER, R. y SCHWARZE, B. (1982). An experimental analysis of ultimatum bargaining. *Journal of Economic Behavior*, 3(4), 367-88. DOI: 10.1016/0167-2681(82)90011-7
- GUTHRIE, C., RACHLINSKI, J. y WISTRICH, A. J. (2001). A inside the judicial mind. *Cornell Law Review*, 86(5), 777-830.
- HILLMAN, R. A. (2000). The limits of behavioral decision theory in legal analysis: The case of liquidated damages. *Cornell Law Review*, 85(3), 717-738.
- JARA, J. M., RIVAS, G. y JUSCAMAITA, A. (julio de 2017). *Hand v. Brain, El sesgo de retrospectiva en la implementación de la fórmula de Hand*. Documento presentado en la XXI Conferencia Anual de Alacde. Universidad del Pacífico, Lima. Recuperado de http://www.up.edu.pe/UP_Landing/alcacde2017/default.aspx
- JOLLS, C., SUNSTEIN, C. R. y THALER, R. A. (1998). Behavioral approach to law and economics. *Stanford Law Review*, 50(5), 1.471-1.518.
- JUST, D. (2014). *Introduction to behavioral economics*. New York: Wiley.
- KAHAN, M. y KLAUSNER, M. (1997). Standardization and innovation in corporate contracting (or “the economics of boilerplate”). *Virginia Law Review*, 83(4), 713-770. DOI: 10.2307/1073747
- KAHNEMAN, D. (2013). *Thinking, fast and slow*. Nueva York: Farrar, Straus and Giroux.

- KAHNEMAN, D., KNETSCH, J. L., y THALER, R. H. (1990). Experimental tests of the endowment effect and the Coase theorem. *Journal of Political Economy*, 98(6), 1.325-1.348.
- KAHNEMAN, D. y TVERSKY, A. (1982). The psychology of preferences. *Scientific American*, 246(1), 160-173.
- KOROBKIN, R. (1998). The status quo bias and contract default rules. *Cornell Law Review*, 83, p. 608.
- KOROBKIN, R. (2006). The problems with heuristics for law. En G. GIGERENZER y C. ENGEL (coords.), *Heuristics and the law* (pp. 45-60). New York: MIT Press.
- KOROBKIN, R. (2011). What comes after victory for behavioral law and economics? *University of Illinois Law Review*, 5, 163-174.
- KOROBKIN, R. (2014). Wrestling with the endowment effect, or how to do law and economics without the Coase theorem. En E. ZAMIR y D. TEICHMAN (eds.), *The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law* (pp. 300-334). New York: Oxford University Press. DOI: 10.1093/oxfordhb/9780199945474.001.0001
- KOROBKIN, R. y ULEN, T. S. (2000). Law and behavioral science: Removing the rationality assumption from law and economics. *California Law Review*, 88(4), 1.051-1.144.
- LANDMAN, J. (1993). *Regret, the persistence of the possible*. New York: Oxford University Press.
- LEWIS, M. (2016). *The undoing project: A friendship that changed our minds*. New York: W. W. Norton & Company.
- LUNN, P. (2014). *Regulatory policy and behavioural economics*. París: OECD Publishing.
- MITCHELL, G. (2005). Libertarian paternalism is an oxymoron. *Northwestern University Law Review*, 99(3), 1-43.
- MONROY, D. (2014). *Behavioral economics: orígenes, metodología y herramientas de trabajo*. *Revista Entramado*, 10(2), 184-206.
- MONROY, D. (2016). Reglas supletivas “sancionatorias” en el derecho de contratos colombiano: el caso del contrato de transporte. *Revista de Derecho Privado*, 30, 221-254. DOI: 10.18601/01234366.n30.08
- ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT (ed.). (2017). *Behavioural insights and public policy*. París: OECD Publishing.
- PARISI, F. (ed.). (2017). *The Oxford Handbook of Law and Economics. Volume II: Private and commercial law*. New York: Oxford University Press.

- PLATANIA, J. y CRAWFORD, J. (2012). *Media Exposure, Juror-Decision-Making, and the Availability Heuristic*. Recuperado de <http://www.thejuryexpert.com/2012/11/media-exposure-juror-decisionmaking-and-the-availability-heuristic/>
- POSNER, R. A. (1997). Rational choice, behavioral economics, and the law. *Stanford Law Review*, 50(5), 1.551-1.578.
- RACHLINKSI, J. y JOURDEN, F. (1998). Remedies and the psychology of ownership. *Vanderbilt Law Review*, 51, 1.541, 1.556.
- REDELMER, D. y TVERSKY, A. (1990). Discrepancy between medical decisions for individual patients and for groups. *New England Journal of Medicine*, 322(16), 1.162-1.164. DOI: 10.1056/NEJM199004193221620
- SIMONS, H. (1957). *Models of man: Social and rational-mathematical essays on rational human behavior in a social setting*. New York: Wiley.
- SUNSTEIN, C.R. y THALER, R. (2003). Libertarian paternalism is not an oxymoron. *The University of Chicago Law Review*, 70(4), 1.159-1.202. DOI: 10.2307/1600573
- THALER, R. y SUNSTEIN, C. (2009). *Nudge: Improving decisions about health, wealth, and happiness*. New York: Penguin Books.
- THE WORLD BANK. (2015). *World Development Report 2015: Mind, Society, and Behavior*. Recuperado de <http://www.worldbank.org/en/publication/wdr2015>
- TVERSKY, A. (1969). The intransitivity of preferences. *Psychological Review*, 76(1), 31-48. DOI: 10.1037/h0026750
- TVERSKY, A. y KAHNEMAN, D. (1971). Belief in the law of small numbers. *Psychological Bulletin*, 76(2), 105-110. DOI: 10.1037/h0031322
- TVERSKY, A. y KAHNEMAN, D. (1973). Availability: A heuristic for judging frequency and probability. *Cognitive Psychology*, 5(2), 207-232. DOI: 10.1016/0010-0285(73)90033-9
- WINTER, H. (2017). *Issues in law and economics*. Chicago: University of Chicago Press.
- WRIGHT, J. y GINSBERG, D. (2012). Behavioral law and economics: Its origins, fatal flaws, and implications for liberty. *Northwestern University Law Review*, 106(3), 1.033-1.090.