InDret
4.2026

Fallas de mercado y Derecho continental: una propuesta de aplicación dogmática del análisis económico del derecho

Rodrigo Barcia Lehmann
Universidad Autónoma de Chile

Sumario

Este artículo propone emplear la noción económica de «falla de mercado» como criterio dogmático —operado a través de la teoría de las cláusulas generales— para reforzar la comprensión del contrato y, de manera más intensa, en la protección del consumidor. La propuesta adopta una concepción restringida de la falla de mercado y desarrolla un test operativo de identificación y de selección de remedios, orientado a reducir discrecionalidad judicial y a evitar riesgos de sobreintervención, manteniendo como criterio de control la reducción de pérdidas sociales. El objetivo último de este trabajo es determinar cómo se puede aplicar el AED al Derecho continental.

Abstract

This article proposes using the economic notion of «market failure» as a doctrinal criterion—operationalized through the theory of general clauses—to strengthen contract theory and, more intensely, consumer protection. The proposal adopts a restricted conception of market failure and develops an operational test for identifying failures and selecting remedies, aimed at reducing judicial discretion and preventing over-intervention, while using the reduction of social losses as a control criterion. The ultimate goal of this work is to determine how AED can be applied to civil law.

Title: *Market Failures and Civil Law: A Proposal for the Dogmatic Application of the Law and Economics.*

Palabras clave: Contrato, protección del consumidor, fallas de mercado, asimetrías de información, cláusulas generales, eficiencia, pérdidas sociales.
Keywords**:** *Contract, consumer protection, market failures, information asymmetries, general clauses, efficiency, social losses.*

DOI: 10.31009/InDret.2026.i4.08

InDret

4.2026

Recepción
16/03/2026
-
Aceptación
22/07/2026
-

Índice

-

1. Introducción
2. Fundamento y metodología utilizada
3. La falla de mercado dentro de la teoría del contrato
3.1. El principio de eficiencia como criterio hermenéutico: ¿en qué consiste una falla de mercado?
3.2. El concepto de falla de mercado y su relevancia
3.3. La teoría que se plantea no está exenta de críticas aún desde el AED
4. La aplicación de las fallas de mercado conforme a la teoría de cláusulas generales
4.1. La teoría de las cláusulas generales
4.2. La determinación de los deslindes de la falla de mercado como concepto jurídico, y los criterios de teoría de cláusula general para fundar una sentencia
4.3. Base dogmática de la propuesta en el Derecho vigente: la norma habilitante como presupuesto de aplicación
5. Elaboración de un test de aplicación de la falla de mercado conforme a la teoría de cláusula general
5.1. Una enumeración de las fallas de mercado, o cómo se genera una falla de mercado
a. Una cuestión previa: la detección de indicios de fallas de mercado
b. Enumeración no taxativa de fallas de mercado
5.2. Selección del remedio por mecanismo aplicable
5.3. Debe existir un mecanismo de control de eficiencia del mecanismo, que permita determinar en el tiempo si se está aplicando de forma correcta
6. Los instrumentos judiciales disponibles para aplicar el test
7. Una aplicación de la teoría de las fallas de mercado a través de la teoría de cláusulas generales: las cláusulas abusivas
8. A modo de conclusiones
8.1. Conclusiones generales
8.2. Conclusiones específicas
9. Bibliografía

-

Este trabajo se publica con una licencia Creative Commons Reconocimiento-No Comercial 4.0 Internacional

1. Introducción

Existen muchos trabajos que señalan cómo el AED resuelve muchos de los problemas apremiantes en el Derecho de los contratos, y del consumo. El presente trabajo no tiene ese objetivo sino el levantar una teoría conforme a la cual sea posible aplicar el AED al Derecho continental. Naturalmente que como la mayoría de los trabajos de AED se parte de la noción de eficiencia, pero se específica en una falla de mercado, concebida como un criterio dogmático a partir del cual es posible, a través de la teoría de cláusulas generales, aplicar el AED.

A primera vista, este planteamiento podría parecer poco innovador, en la medida en que retoma el principio de eficiencia como fundamento del contrato. Sin embargo, la concreción de dicho principio mediante la teoría de cláusulas generales, basada en el concepto económico de «falla de mercado», introduce un elemento original para intervenir un contrato. Es decir, lo que se busca es, sin recurrir a una exégesis respecto del principio de eficiencia, aplicarlo conforme a la teoría de cláusulas generales. Otro aspecto que se debe recalcar del presente trabajo, es que se plantea al AED como no contraria a la teoría clásica del contrato. El AED se presenta como una teoría que permite construir un Derecho de contratos, que complementa adecuadamente la teoría clásica, sin sustituirla, otorgándole mayor capacidad explicativa, funcional y predictiva. En el ámbito del Derecho del consumo, donde la intervención judicial resulta más intensa, debido a la asimetría de información propia de la relación entre proveedor/empresario y consumidor/usuario, la noción de falla de mercado se erige como un instrumento particularmente idóneo para garantizar una protección eficaz del consumidor. No obstante, es necesario advertir que este trabajo no está exento de dificultades. Las teorías contractuales, sustentadas en la teoría de cláusulas generales, han sido criticadas por generar un Derecho carente de certeza y a veces de orientación; del mismo modo, que desde la economía se reprocha el uso excesivo del concepto de falla de mercado, por haber dado lugar a una sobre regulación legal y judicial.

Por ello, este artículo propone una concepción restringida y técnicamente delimitada de la falla de mercado, precisamente para evitar los riesgos de indeterminación, sobreintervención y pérdida de certeza jurídica. Desde esta perspectiva, se busca reconducir el Derecho contractual hacia sus funciones centrales —seguridad jurídica, eficacia y eficiencia— mediante herramientas provenientes del Análisis Económico del Derecho, pero integradas dentro de una estructura dogmática propia del Derecho privado. En síntesis, la falla de mercado puede operar como criterio de concreción de cláusulas generales en materia contractual, permitiendo incorporar razonamientos económicos al razonamiento jurídico sin sustituir las categorías tradicionales del contrato. La novedad del planteamiento reside, así, en proponer una vía dogmáticamente controlada para la recepción del AED, a través de una técnica hermenéutica ampliamente reconocida por el Derecho continental. Así, la propuesta no atribuye a la falla de mercado eficacia normativa autónoma. Su aplicación presupone siempre una norma habilitante del Derecho vigente, de modo que la eficiencia opera como criterio auxiliar de interpretación, integración o selección de remedios, y no como fundamento independiente de intervención judicial.

2. Fundamento y metodología utilizada

La falla de mercado, aplicada conforme a la teoría de cláusulas generales, de forma débil en el contrato, y de forma más fuerte en el Derecho del consumo —o la contratación con parte predispuesta a través de condiciones generales—robustece la estructura teórica contractual. Y

esta estructura dogmática reforzada facilita la solución de complejos problemas contractuales, y de protección del consumidor. Además, le otorga un grado relevante de seguridad y certeza al derecho. En este sentido, el presente artículo recurre a la falla de mercado —como criterio estatutario y dogmático en la teoría del contrato y la protección del consumidor— y pretende el logro de los siguientes objetivos:

a. Levantar objetivamente criterios concretos de falla de mercado en materia de contratos, y fundamentalmente en materia de Derecho de consumo (se trataron las asimetrías de información dado que hay un cierto consenso en justificar el Derecho del Consumo en esta figura), pero se recurrirá también a otras fallas de mercado, como costos de transacción, externalidades positivas y negativas, etc.

b. Plantear concreta y dogmáticamente cómo es posible aplicar el principio de eficiencia, concretizado a través del concepto de falla de mercado, al Derecho de contratos y especialmente a Derecho de consumo.

Este artículo pretende, a través de una metodología propia del Derecho, plantear una relación conceptual entre falla de mercado, eficiencia y pérdida social, propios del AED con las figuras propias del Derecho contractual continental. Para el logro de este objetivo, el presente artículo recurre a las fallas de mercado, que se aplica al caso concreto conforme a la teoría de cláusulas generales, en tres etapas. Primero se recurre a las fallas de mercado como concepto normativo; segundo se aplica un test de fracaso de mercado, o detección de fallas de mercado, y finalmente se hace una aplicación de las fallas de mercado a través de la teoría de cláusulas generales. Además, se establece un mecanismo de evaluación de esta metodología, respecto de la capacidad del sistema (norma o sentencia) de reducir las pérdidas sociales. El aporte es doble: (i) ofrece un test operativo que reduce discrecionalidad judicial y riesgos de sobre—intervención; y (ii) muestra su rendimiento en un caso típico de contratación masiva: cláusulas abusivas en contratos de adhesión. Para el logro de los objetivos planteados el artículo se dividirá en varias de partes. Las primera dos partes son introductorias. En la tercera parte —denominada como «La falla de mercado como sustento de la teoría del contrato»— se identifica la falla de mercado como una mejor forma de aplicación del principio de eficiencia y se determina su mecanismo causal. En la cuarta parte —denominada: «La aplicación de las fallas de mercado conforme a la teoría de cláusulas generales» — se justificará y planteará cómo se aplica la teoría de cláusula general. En la quinta parte —intitulada: «Elaboración de un test de aplicación de la falla de mercado conforme a la teoría de cláusula general»— se generará la metodología conforme a la cual se puede aplicar esta tesis al caso concreto. En la sexta parte se hará una aplicación práctica de lo planteado precedentemente.

Finalmente, este artículo no sostiene que toda intervención judicial deba transformarse en economista del bienestar. Sostiene, más restrictivamente, que allí donde el ordenamiento ya contempla una norma habilitante de control —por ejemplo, buena fe, transparencia, abusividad, integración contractual o protección del consumidor—, la noción de falla de mercado puede operar como un criterio predominante de racionalización dogmática, orientado a identificar la disfunción contractual relevante, seleccionar el remedio menos costoso, controlar riesgos de sobreintervención, y, naturalmente, aumentando el bienestar agregado.

3. La falla de mercado dentro de la teoría del contrato

3.1. El principio de eficiencia como criterio hermenéutico: ¿en qué consiste una falla de mercado?

La referencia del Derecho al AED es, en gran medida, indirecta, pero su influencia resulta mucho más profunda de lo que habitualmente se reconoce. El presente trabajo busca otorgar un sustento teórico y dogmático a dicha aplicación, mostrando cómo el AED puede integrarse en la estructura conceptual del Derecho sin alterar su naturaleza normativa.
El AED, no obstante, este enfoque, no puede erigirse como el único criterio de interpretación o aplicación jurídica en materia de contratos o Derecho del consumo. El propósito de este trabajo es, más bien, incorporar los aportes del AED dentro del marco dogmático del Derecho[1], de modo que sirvan como herramienta para el razonamiento jurídico y la toma de decisiones judiciales, especialmente en el ámbito contractual.

La economía estudia cómo asignar recursos escasos, logrando el máximo de satisfacción social[2]. Por ello, es eficiente la asignación de recursos o derechos de actuación (en los que se incluye la responsabilidad civil), que logre un máximo de bienestar social. La satisfacción social, en la teoría de los contratos, se traduce en que el objetivo de éstos, no es otro que el lograr la mejor asignación de recursos posible. Para el AED el mercado perfecto, y especialmente el concepto de falla de mercado, conceptualmente deben fijar el «deber ser» de la norma[3]. El Derecho debe propender al mercado perfecto, aunque en realidad dicho objetivo jamás será alcanzado. Por tanto, se está frente a un concepto «normativo» de relevancia. Esta es la mejor manera de proteger a los contratantes, al consumidor, o al propio ciudadano. En este sentido, el AED es aplicable tanto al Derecho Público como al privado. El desarrollo del mercado de masas no sólo beneficia a los proveedores, sino también a los consumidores. En pocas palabras, el alejamiento del «mercado real» respecto del «mercado perfecto» es lo que debe tratar de impedir la norma jurídica, o la sentencia del tribunal[4]. El Derecho, por tanto, debe acortar la brecha entre el mercado real y el mercado perfecto. El ordenamiento jurídico y su aplicación debe reducir esta brecha, y para ello es necesario recurrir a la hermenéutica jurídica. Sin perjuicio de lo cual, el

[1] CABRILLO indica, a este respecto, que: «[e]l análisis económico del derecho no plantea que la eficiencia deba ser el único criterio a la hora de valorar la legislación, la regulación y la jurisprudencia; pero sí que aprobar normas o dictar sentencias sin atribuir la debida relevancia a este criterio puede producir efectos negativos en el desarrollo económico». CABRILLO RODRÍGUEZ, «La economía, el Estado y el derecho», Información Comercial Española (ICE): *Revista de economía*, 905, 2018, p. 36. En el mismo sentido CALABRESI, y MELAMED señalan que: «[l]a eficiencia económica, sin embargo, no es la única razón que induce a la sociedad a seleccionar un determinado conjunto de derechos. Las preferencias de distribución de la riqueza son otras y es por ello que ahora debemos abocarnos a los fundamentos distributivos de asignaciones diversas de derechos». CALABRESI/MELAMED, «Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral», *Harvard Law Review,* 85(6), 1972, p. 1098.

[2] La economía también se ocupa de determinar cómo lograr la mejor distribución posible. Nuevamente acá los incentivos, que genera la política distributiva, será lo esencial no siendo extraño que muchas políticas distributivas en lugar de disminuir la pobreza la aumenten.

[3] A lo que en este trabajo se agrega la exigencia de una norma o criterio habilitante.

[4] Precisamente, evitar un tratamiento inadecuado de las fallas de mercado exige que la decisión judicial se funde también en criterios de eficiencia. No puede pasarse por alto que incluso una 'buena ley' puede ser mal aplicada por los tribunales, generando resultados ineficientes o contrarios a su finalidad regulatoria. CABRILLO plantea esta idea con las siguientes palabras: «[p]or ello, este análisis debe aplicarse tanto a la actividad de los poderes legislativo y ejecutivo como a la de los tribunales de justicia». CABRILLO (2018: 36).

presente trabajo propugna una aplicación acotada del AED, desde que no se desconoce la relevancia de la autonomía privada.

La argumentación jurídica, como la aplicación e interpretación del Derecho, es una poderosa herramienta para «corregir» las fallas de mercado, entendida como lo que entorpece que una sociedad concreta alcance el mercado perfecto, o lo que impide que el mercado real se acerque a aquél. Pero ésta es sólo una primera aproximación. En este trabajo se utiliza un concepto específico de falla de mercado. La falla de mercado presupone una disfunción estructural identificable. De este modo, en presencia de esa disfunción, la conducta racional de los agentes puede contribuir a reproducir, estabilizar o profundizar un resultado socialmente subóptimo. Esta sería una consecuencia de una falla de mercado desde que lo que promete el mercado perfecto es que, si los agentes son racionales, producirán el máximo beneficio social. El objetivo regulatorio será por tanto acercarse al mayor beneficio social.

3.2. El concepto de falla de mercado y su relevancia

El AED siempre ha trabajado en base al concepto de eficiencia de mercado, pero en este trabajo se propone logar la eficiencia reduciendo a las denominadas fallas de mercado. Tradicionalmente una falla de mercado relevante se entiende como una disfunción identificable —como poder de mercado, asimetría informativa relevante, costes de transacción prohibitivos, externalidades o déficit estructural de «*enforcement*»— impide que el consentimiento, la competencia o los remedios individuales disciplinen adecuadamente el contenido o la ejecución contractual. Así, aunque hace ya algún tiempo, de una forma más o menos consciente, se está aplicando a los contratos y al Derecho del consumo. Una vez detectada una falla de mercado («*market failures*») lo que se busca es corregirla, reproduciendo de la mejor forma el mercado perfecto, dado que en la realidad éste es sólo un concepto teórico (no se da en el mundo real). La forma de corregir una falla de mercado tradicionalmente se plantea desde el Derecho público, a través de impuestos, subsidios, etc.[5], pero el aporte de este trabajo es aplicar la falla de mercado, mediante la teoría de cláusulas generales, al Derecho privado. La forma de corregir la falla es, por tanto, reproducir artificial o hipotéticamente la forma de funcionamiento del mercado perfecto. Naturalmente que esta operación no está exenta de inconvenientes. Los problemas se presentan, más que en el ámbito teórico, en torno a fallas específicas, es decir, en su ámbito concreto de aplicación. Además de esto, la falla de mercado sólo se aplica en caso que el juez deba o pueda intervenir conforme a un criterio o norma habilitante.

Los problemas son variados. En este sentido, la calificación de una falla de mercado no sólo resulta discutible y difícil, sino que también lo es la determinación de su alcance y valor. Una primera aproximación al concepto de falla de mercado se produce cuando el beneficio social no alcanza un nivel óptimo; en consecuencia, todo escenario en que no se maximiza el bienestar social («*social welfare*») puede considerarse, en principio, una falla de mercado[6]. Así, por

[5] MADRIAN, «Applying Insights from Behavioral Economics to Policy Design», *Annual Review of Economics*, 6, 2014, pp. 663—688.

[6] En palabras de DEN HERTOG (2010: 5): «*A market failure is a situation where scarce resources are not put to their highest valued uses. In a market setting, these values are reflected in the prices of goods and services. A market failure thus implies a discrepancy between the price or value of an additional unit of a particular good or service and its marginal cost or resource cost*». DEN HERTOG, «Review of economic theories of regulation», *Review of economic theories of regulation,* Utrecht School of Economics Tjalling C. Koopmans Research Institute Discussion Paper Series 10-18, 2010, p. 5.

ejemplo, respecto de los planes de salud privada en Chile, cuando la estructura de los planes de salud es excesivamente compleja, heterogénea y difícilmente comparable —como ocurre en el sistema chileno de Isapres—, puede producirse una falla informativa, que debilita la relación precio/calidad del servicio de salud[7]. El fenómeno no corresponde necesariamente a selección adversa en sentido técnico[8], sino a un problema de complejidad contractual, costes de búsqueda, baja comparabilidad y eventual ofuscación estratégica. Dada la realidad regulatoria de este mercado, los proveedores racionales tienen incentivos para diferenciar prestaciones, coberturas y reglas de precio de manera que resulte costoso para el consumidor identificar la alternativa más conveniente. Aunque toda la información se encuentre formalmente disponible, su complejidad y escasa saliencia impide una decisión eficiente. Esta forma de ofuscación surgiría en un contexto de asimetría informativa entre la compañía de seguros de salud —que conoce detalladamente las características de los planes ofrecidos— y el cotizante, que carece de medios suficientes para comprenderlos y compararlos. Esa estructura puede generar incentivos para una conducta estratégica del proveedor. En este contexto, el proveedor racional se ve compelido a diseñar o presentar el servicio o cobertura de salud de forma que aumenten los costos de comprensión y comparación, fenómeno que la literatura se identifica como «*strategic obfuscation*»[9]. Nótese que la complejidad proveniente de la propia estructura regulatoria del mercado excluirá a los proveedores que busquen competir con relación a la calidad de la prestación de salud (los productores que quieran mejorar la calidad de su oferta serán excluidos). De ahí la relevancia de precisar el concepto de falla de mercado: una calificación errónea o una comprensión imprecisa de ella puede generar, a su vez, pérdidas significativas de bienestar social y conducir a decisiones regulatorias o judiciales ineficientes. La sola atribución de reproche al proveedor o la referencia genérica a la justicia material no permiten identificar la disfunción ni seleccionar el remedio adecuado.

Un aporte específico de este trabajo consiste en destacar que, una vez presente una disfunción estructural, la conducta racional de los agentes puede reproducir o estabilizar un resultado subóptimo[10]. La promesa del mercado competitivo consiste en que la racionalidad individual de

---

[7] Las Isapres son un sistema de salud privado que, hasta el segundo período de la presidencia de Bachelet, era el sistema general. En la actualidad la mayoría de la población están en el sistema público, Fonasa (véase https://www.isapre.cl/las—isapres/). A pesar de ello el sistema privado ha tenido un impacto muy relevante por cuanto no sólo cubre al titular del seguro privado, sino también a sus cargas, teniendo aproximadamente 2,5 millones de beneficiarios. Véase https://www.superdesalud.gob.cl/noticias/2026/01/sistema—isapre—registra—25—millones—de—beneficiarios—a—septiembre—de—2025/.

[8] AKERLOF, «The Market for "Lemons", Quality Uncertainty and the Market Mechanism», *The Quarterly Journal of Economics*, 84(3), 1970, pp. 488-500.

[9] La ofuscación estratégica no exige necesariamente ocultamiento fraudulento: puede consistir en diseñar o presentar productos de modo que aumenten los costos de búsqueda, comprensión o comparación. Debe distinguirse, sin embargo, de la complejidad que deriva directamente de la estructura regulatoria del mercado y no de una estrategia deliberada del proveedor. RICHARDS/KLEIN/GORDON/BONNET/CÉLINE/BOUAMRA-MECHEMACHE, «Strategic Obfuscation and Retail Pricing», *Review of Industrial Organization*, vol. 57, December de 2020, pp. 859–889.

[10] SCHICK critica que la racionalidad sea universal. Los individuos en muchas ocasiones son racionales, pero en otras ocasiones toman decisiones por consideraciones sociales, es decir, en consideración a otros. Para este autor las decisiones «irracionales» no provienen de sesgos cognoscitivos, como plantea el *behavioral law and economics*, sino de una estructura relacional, es decir, de la reacción del individuo al entorno social. SCHICK, Rationality and Sociality, en *PSA: Proceedings of the Biennial Meeting of the Philosophy of Science Association*, 1976, Vol. 1976, Volume Two: Symposia and Invited Papers, 1976, pp. 395—407. Las consecuencias de esta posición es que las «*default rules*» no deben ser configuradas, conforme a unas preferencias individuales promedio, criterios de racionalidad, sino que deben corregirse moralmente conforme a las estructuras sociales vigentes (criterios de

los agentes conduce a la maximización del beneficio social. En cambio, la falla de mercado, que aquí se plantea, es un proceso en virtud del cual la conducta racional de los agentes termina reduciendo el bienestar social. En consecuencia, la maximización que logra el agente, normalmente el proveedor, será perjudicando al consumidor de forma agregada[11]. Nótese que entonces en un oligopolio lo racional para los agentes será coludirse, en las externalidades será no internalizar el daño que el contrato genere a tercero, en los bienes públicos lo racional será no producirlos, en la información distributiva será no revelarla, en los problemas de agencia lo racional es que el agente se adueñe de las utilidades del principal, en los costes de transacción será no llegar a un acuerdo, etc. Pero el comportamiento de los proveedores podría variar en las distintas fallas de mercado. Como se vio en el ejemplo de las Isapres, en un mercado donde la calidad del servicio de salud es difícilmente observable, los proveedores que reduzcan transparencia o costes de calidad pueden obtener ventajas competitivas, desplazando a quienes ofrecen prestaciones superiores, pero no visibles; pero en otros mercados no es necesariamente, así como en los casos de colusión. En los casos de colusión si bien lo racional es coludirse, los que reten al cartel por vía precio obtendrán grandes beneficios, es decir, no necesariamente serán excluidos del mercado. Así, la conducta racional de los agentes contribuye a mantener una falla de mercado, pero no define por sí sola su existencia. No toda desigualdad contractual, ventaja económica o apropiación de una mayor porción del excedente constituye una falla de mercado. La extracción de rentas solo resulta relevante para este análisis cuando deriva de una disfunción verificable —por ejemplo, poder de mercado, opacidad estructural, costes de cambio, daño disperso o déficit de *enforcement*— que impide que la competencia, la información o los remedios individuales disciplinen la conducta contractual inidónea[12]. En definitiva, una falla de mercado presupone una disfunción estructural identificable. El aporte del artículo consiste en mostrar que, una vez presente esa disfunción, la racionalidad individual de los agentes puede contribuir a reproducirla, estabilizarla o profundizarla, en vez de corregirla.

El segundo problema es la forma en que se corrige la falla de mercado, ya detectada, es decir, se deben considerar los costos que genera su eventual corrección. Por ejemplo, se puede tratar de internalizar una externalidad, a través de una indemnización de perjuicios o mediante la

género, clase, poder). Los jueces, por ejemplo, toman sus decisiones tomando en consideración a la reacción de la sociedad frente a sus fallos, más que por consideraciones de racionalidad o utilidad. En este sentido esta corriente, aunque tiene un origen diferente a las tesis estructuralistas y de poder, coincide en entender las fallas de mercado como problemas de asimetrías sociales o desigualdad de poder.

[11] En términos económicos, WINSTON, siguiendo a BATOR, define una falla de mercado como: «*…the failure of a system of price market institutions to stop "undesirable" activities, where the desirability of an activity is evaluated relative to some explicit economic welfare maximization problem. Accordingly, a market failure can be defined as an equilibrium allocation of resources that is not Pareto optimal—the potential causes of which may be market power, natural monopoly, imperfect information, externalities, or public goods*» (…el fracaso de un sistema de mercado de precios institucionales para detener actividades «indeseables» donde la idoneidad de una actividad se evalúa en relación con algún problema explícito de maximización del bienestar económico. En consecuencia, una falla del mercado puede definirse como una asignación equilibrada de recursos que no es óptima en el sentido de Pareto, —cuyas causas potenciales pueden ser el poder de mercado, el monopolio natural, la información imperfecta, las externalidades o los bienes públicos…). Un aspecto importante de esta teoría es la que contrapone las fallas del mercado con las fallas regulatorias de parte del Estado. Y la evidencia, hasta el momento, se inclina en que el fracaso de la regulación estatal ha sido evidente. WINSTON, *Government Failure versus Market Failure*, AEI-brookings Joint Center for Regulatory Studies, Washington, D.C., USA, 2006, p. 2 y BATOR, «The Anatomy of Market Failure», *The Quarterly Journal of Economics*, 72(3), 1958, pp. 351–379.

[12] Sin perjuicio de lo cual lo decisivo es la presencia de una disfunción estructural verificable —información imperfecta, poder de mercado, externalidades, costes de transacción, problemas de agencia o déficit de enforcement— que impida el funcionamiento disciplinador del mercado o del contrato.

concesión de daños punitivos, en la responsabilidad civil o del consumidor. Sin embargo, ello no es fácil puesto que si se sobrevalora la compensación –ya sea indemnizatoria o por daños punitivos— se generará una pérdida social neta[13]. No se trata sólo de reproducir los precios de mercado, sino de poder determinar cómo se afecta tanto la oferta como la demanda con relación a la falla, que específicamente se aborda. Por ejemplo, una externalidad negativa, como la que eventualmente genera un producto peligroso o de alto riesgo, deberá incidir sobre todo respecto de la oferta del proveedor. Lo cual excluiría en principio exigir un comportamiento exigente respecto del consumidor. La eficiencia, como criterio normativo, por tanto, se aplica cuando se enfrenta lo que se denomina como falla de mercado, y luego, positivamente, la sentencia deberá corregir la disfunción dentro de las posibilidades de la norma habilitante y mediante el remedio jurídicamente disponible que genere menores costes sociales, y, conforme a una teoría respetuosa del Derecho de los contratos.

Las fallas de mercado, como un criterio fundamental de aplicación del Derecho, también es reconocido en el denominado *Behavioral Law and Economics* (BLE). Desde el BLE, es decir, desde la ciencia del comportamiento la falla de mercado es tratada como «behavioral market failure» [14]. Para el BLE el modelo predictivo que sustenta el AED no es adecuado, desde que las personas se comportan conforme en el mejor de los casos de forma irracional. La motivación para contratar de las partes no es la racionalidad, las decisiones se generan a través de dos sistemas. El primero sería un proceso heurístico, casi automático y muy poco reflexivo. Por ejemplo, la mayoría de las personas no se fijan en el precio de bienes de consumo de valor relativamente bajo. La decisión de consumo en estos casos es automática, no es racional. La mayoría de las personas por ejemplo no analizarán concienzudamente si pagar por un agua mineral $ 800 pesos o $ 1.200 pesos. En el segundo sistema las personas toman decisiones de relevancia, y en dicho caso suelen ser racionales. Pero aún en estos casos puede ser que las personas se comporten de forma heurística. La forma de mejorar la falla de mercado conforme al BLE, será mediante los denominados «*nudges*», como una medida poco invasiva. Así, mediante pequeños incentivos regulatorios se busca que las partes se comporten de forma eficiente. A pesar que los «*nudges*» se plantean como una solución ética —y acá se separan del AED— desde que no necesariamente se buscará la eficiencia, el mecanismo a través del cual operan es similar a éste. El AED y BLE buscan generar incentivos de comportamiento ex - ante. A este respecto se deben señalar dos cosas. La primera es que el BLE ha sido objeto de muchas críticas desde precisamente su moralidad, y desde su eficiencia[15]. Lo segundo es que en este trabajo se aborda el un mecanismo concreto a través del

[13] En palabras de BUCHANAN: «[*t]he prospects that any feasible political corrective for market failure might also fail when compared against the ideal standard of efficiency was not examined*». Los costos de transacción del aumento de daños punitivos excesivos harán imposible un acuerdo entre las partes, y generarán una judicialización excesiva. Si por ejemplo los daños son $100, pero el ordenamiento jurídico otorga daños punitivos por $40, y suponiendo que un acuerdo óptimo, sin daños punitivos, está entre $80 y $90, entonces el acuerdo sólo se producirá en entre $112 y $126, y en muchos casos será inviable (dados los costos judiciales). BUCHANAN, «Market Failure and Political Failure», *Cato Journal,* 8(1), 1988, p. 4, SHARKEY, «Punitive Damages as Societal Damages», *The Yale Law Journal,* 113(2), 2003, pp. 347-453, y HUANG, «Surprisingly Punitive Damages», *Virginia Law Review*, 100(5), 2014, pp. 1027–1059.

[14] BAR-GILL, El Derecho, la economía y la psicología de los contratos de consumo, en VÁSQUEZ (ed.), *Análisis económico del Derecho,* Santiago, Rubicón, 2017, pp. 107-175 (traducción VÁSQUEZ del primer capítulo del libro: BAR-GILL, *Seduction by contract*, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 109—110 y 2017: 107—175).

[15] En contra y a favor del BLE se puede consultar: HERWIG, «The Choice Architecture of Sustainable and Responsible Investment: Nudging Investors Toward Ethical Decision-Making», *Journal of Business Ethics,* February 2017, Vol. 140, No. 4, (February 2017), pp. 743-753 y KUYER/GODIJN, «Nudge in perspective: A systematic literature review on the ethical issues with nudging», *Rationality and society*, vol. 35, N°2, 2023, pp. 191-230.

cual se podría aplicar el AED a los contratos y al Derecho del consumo. Así las cosas, también a través de este mecanismo se podría «behavioral market failure». Respecto de la conveniencia de hacerlo, sólo se indica que el BLE ha sido de importantes objeciones recientemente.

Sin perjuicio de lo cual, la eficiencia no se propone aquí como principio autónomo capaz de desplazar la autonomía privada, la justicia contractual o las reglas positivas del Derecho de consumo. Su función es más acotada: operar como criterio auxiliar de interpretación, integración y selección de remedios cuando el propio ordenamiento contiene una norma habilitante de intervención. En consecuencia, la falla de mercado no crea por sí sola potestades judiciales; sólo racionaliza el ejercicio de potestades ya reconocidas por el Derecho vigente.

3.3. La teoría que se plantea no está exenta de críticas aún desde el AED

Las externalidades para ZERBE y HOWARD son, en la mayoría de los casos, una consecuencia de costes de transacción, es decir, un problema regulatorio[16]. La mala regulación sería la principal fuente de externalidades negativas. El caso de las Isapres, señalado precedentemente, es un ejemplo. La legislación al no estandarizar los planes hace que los proveedores presenten una multiplicidad de planes como un aporte en calidad, cuando los consumidores no tienen la capacidad de poder determinar qué plan, entre los múltiples propuestos, les es beneficioso. En tales condiciones no se genera competencia entre los mejores planes. Se produce, por tanto, una externalidad negativa, pero por un coste de transacción: La mala regulación. KOROTANA va un poco más lejos y señala que la justificación de la falla de mercado –entendida como una justificación de la intervención del estado, y de los jueces— se da por los problemas que han generado las interpretaciones laxas del *common law* –esto también se aplica a nuestro Derecho continental– cuando se recurre en las sentencias a consideraciones de justicia material[17], o principios generales mal aplicados. Esta tesis tiene asidero desde que las modificaciones introducidas al sistema de Isapres, precisamente se sustentaban en una falla de mercado en los términos señalados precedentemente, lo que en definitiva ha significado una regulación que desde el primer gobierno de Bachelet no ha cumplido con las expectativas planteadas. Por tanto, una falla de mercado al no regularse de forma técnica, simplemente aumenta la pérdida de bienestar social[18]. En otras palabras, la regulación de la falla por el legislador ha generado un

[16] ZERBE/HOWARD, «The End of Market Failure», *Regulation*, vol. 23, no. 2, 2000, pp. 11—12.

[17] En palabras del autor precedente: *«[t]his study begins with the discussion of the notion of regulation and progresses along the discussions of the concept of 'market failure', theory of subversion of justice and ideas of rights and justice, and inadequacy of private law. In this vein as it discusses the justification for regulation in the positive sense, the main focus of the study is positive as to why regulation emerges; it thereby hypothesises that regulation emerges due to the subversion of justice»* ([e]ste estudio comienza con la discusión de la noción de regulación y progresa a lo largo de las discusiones del concepto de 'falla de mercado', teoría de subversión de la justicia e ideas de derechos y justicia, y la insatisfactorio del derecho privado. En este sentido, al discutir la justificación de la regulación en el sentido positivo, el principal enfoque del estudio es positivo en cuanto a por qué surge la regulación; por lo tanto, se plantea la hipótesis de que la regulación surge debido a la subversión de la justicia). KOROTANA, «The Emergence of Regulation: Market Failure, Subversion of Justice and Inadequacy of Private Law», *European Business Law Review*, 28(5), 2017, p. 616.

[18] Nótese que el concepto de fallas de mercado suele utilizarse también para fundamentar la intervención del Estado en consideraciones de equidad. En este sentido, ROMERO señala respecto de la falla de mercado y el interés público como sustento de la intervención que: «…o, incluso, cuando se presentan inequidades de acuerdo con los sentimientos populares prevalecientes, por nombrar fallas de mercado típicamente mencionadas (*hay nota al pie*)» (lo señalado entre paréntesis y en cursiva es mío). ROMERO GUZMÁN, Juan José, «¿Capturados por nuestra suspicacia? algunas aproximaciones acerca del origen, desarrollo y extinción de las regulaciones», *Revista Chilena*

enorme costo de transacción[19]. Otro tanto ha sucedido con la solución jurisdiccional[20]. A favor del modelo que se presenta es posible señalar que la falla de mercado no conduce a establecer una primacía del sector estatal, sino sólo a acercarse al mercado perfecto. A lo que se suma una habilitación normativa para la intervención judicial. Por tanto, en la medida que el juez y regulador interviene la falla conforme a criterios de eficiencia generará mayor beneficio social[21]. Este análisis es muy relevante cuando se discute qué teoría del contrato será la sucesoria de la teoría clásica.

En el Derecho continental también se observa una noción de «falla de mercado» utilizada, en términos generales, como justificación para que, ante cualquier contrato de consumo o sometido a condiciones generales, el Derecho intervenga con el fin de restablecer el equilibrio contractual. La falla de mercado debe especificarse para de esta forma poder aplicar un remedio que ex ante acerque a las partes al mercado perfecto. La noción genérica de falla de mercado debe desecharse por cuanto no protege adecuadamente al consumidor en términos agregados. Ni siquiera el equilibrio se presenta como una solución adecuada a una «falla de mercado» aplicada correctamente[22].

4. La aplicación de las fallas de mercado conforme a la teoría de cláusulas generales

El presente trabajo propone incorporar de manera dogmática herramientas de la economía al análisis jurídico. Si bien la investigación parte de consideraciones provenientes de la economía —entendida como ciencia del comportamiento—, su finalidad es fortalecer y mejorar la aplicación del Derecho.

En esa línea, se recurre al Análisis Económico del Derecho (AED) como marco interpretativo, del mismo modo en que históricamente el Derecho ha integrado otras teorías explicativas para orientar su comprensión y desarrollo. Se trata, en definitiva, de una aproximación que se inserta en la evolución histórica de la dogmática jurídica[23]. A la herramienta que se recurrirá para la

de Derecho, Vol. 35, No. 1 (enero - abril), 2008, p. 123. A este respecto ROMERO cita a BREYER, OGUS y SUNSTEIN; pero es discutible que los dos primeros tengan un concepto tan laxo de falla de mercado. Lo esencial para estar frente a una falla de mercado, como destaca el propio ROMERO, citando a POSNER, es que se genere una imperfección de mercado.

[19] No es del caso profundizar en esto. Pero se aprecia como la jibarización de las Isapres sólo a un sector de la población ha generado un sistema mucho más ineficiente.

[20] Son conocidos en Chile los casos de fallos de la Corte Suprema por la reajustabilidad de los planes, y la aplicación de tablas de factores.

[21] Una crítica similar hace PAZOS en contra de la comprensión de la debilidad del consumidor, como falla de mercado, en sentido estático. A este respecto, agrega el autor precedente: «[S]e ha dicho incluso que la intervención pública se produce cuando el mercado falla, y que eso se traduce en que el Derecho de consumo constituye un mecanismo tendente a "afrontar esos fallos para crear un nuevo equilibrio de mercado"». PAZOS CASTRO, *El control de las cláusulas abusivas en los contratos con consumidores*, Thomson Reuters, Aranzadi, Pamplona, España, p. 129.

[22] Es imposible equilibrar un contrato, en término concretos, desde que el contrato comprendido como objeto se aprecia en sentido subjetivo o marginalista. PAZOS, *El control de las cláusulas abusivas en los contratos con consumidores,* pp. 172-185.

[23] Este tema es relevante porque parte de la resistencia de los jueces continentales a la aplicación del L&E fue el considerar, como efectivamente se planteó en sus comienzos, que la economía estaba colonizando al Derecho. En este sentido se hablaba del imperialismo de la economía. Esta visión ya era errónea en los momentos en que se plateó, pero en la actualidad el L&E se aplica en un sinnúmero de materias respecto de las cuales el Derecho se

aplicación del AED en el Derecho continental, es a la «teoría de cláusulas generales», pero esto requiere el cumplimiento de algunos presupuestos.

4.1. La teoría de las cláusulas generales

Las cláusulas generales son una técnica dogmática propia de los sistemas jurídicos que recurren a conceptos normativos abiertos para permitir la adaptación del Derecho a casos no completamente anticipados por el legislador. En esta línea, siguiendo la definición recogida por CHIASSONI a partir de VELLUZZI, una cláusula general puede entenderse como un término o sintagma valorativo cuyo significado no se agota en la literalidad de la norma y cuyas condiciones de aplicación deben precisarse mediante criterios internos o externos al Derecho[24]. Su función no consiste en desplazar la ley ni la autonomía privada, sino en hacer aplicable una norma abierta a un caso concreto. Por ello, como explica BENATTI, las cláusulas generales permiten adaptar la norma positiva a problemas nuevos y a la realidad social y económica cambiante; en ese sentido, introducen flexibilidad en un Derecho que, de otro modo, quedaría excesivamente rígido frente a transformaciones de la contratación contemporánea[25]. También puede considerarse que la técnica de las cláusulas generales responde a la insuficiencia del positivismo legalista posilustrado, basado en la pretensión de resolver los conflictos jurídicos mediante normas generales, abstractas y relativamente cerradas. Esa teoría permitiría utilizar parámetros jurídicos, técnicos, económicos o sociales, siempre que ellos sean compatibles con la finalidad de la norma que habilita la intervención[26]. El problema central de esta técnica es el riesgo de indeterminación. La misma apertura que permite adaptar el Derecho puede aumentar la discrecionalidad judicial si el juez no explicita los criterios que emplea para concretar la cláusula general. WIEACKER advirtió precisamente este peligro al señalar que las cláusulas generales pueden operar como una «válvula» para exigencias ético-sociales de contenido incierto[27]. La crítica de WIEACKER a esta teoría es doble. Por una parte, la teoría de las cláusulas generales depende demasiado de la sociología, o la economía en nuestro caso, y, por la otra, no cumple con las exigencias teóricas que se le exige al Derecho[28]. A pesar de las críticas que se le han formulado a esta teoría, ella ha tenido una influencia relevante en la aplicación de los principios jurídicos, especialmente cuando el juez no puede apoyarse directamente en la voluntad de las partes ni en una norma específica. Y, yendo un poco más lejos en las tesis objetivas, se presenta ante todo como una tesis hermenéutica, pues, al asumir un sustento económico-filosófico del Derecho consensuado socialmente, contribuye a dotar al sistema jurídico de un mayor grado de certeza y

ha valido de la economía del comportamiento para ir evolucionando. En este sentido, los aporte que vienen desde el *behavioral law and economics*, y de la AI también son relevantes.

[24] CHIASSONI, «Las cláusulas generales, entre teoría analítica y dogmática jurídica», Revista *de Derecho Privado*, 21, 2011, p. 90 y VELLUZZI, «Le clausole generali. Semantica e politica del diritto», *Quaderni di Filosofia analítica del diritto*, 12, Giuffrè, Milano, 2010.

[25] BENATTI, La función de las cláusulas generales en la interpretación e integración contractual, en PÉREZ GALLARDO, *Interpretación, calificación e integración contractual*, Ediciones Olejnik, Santiago de Chile, 2020, p. 310 y BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, Vol. II, Le fonti, Milano, 1946, p. 406.

[26] CHIASSONI, *Revista de Derecho Privado*, 21, 2011, p. 90

[27] WIEACKER, Franz, *El principio general de la buena fe*, Ediciones Olejnik, 2019, p. 23.

[28] En palabras de WIEACKER: «[a]un en el caso de que existiesen normas sociales generales, bajo las cuales pudiese el juez subsumir su conflicto al igual que bajo un precepto jurídico positivo, nuestros conocimientos actuales sobre la esencia de la aplicación judicial del Derecho no admitirían semejante concepto de aplicación de la norma al caso concreto». WIEACKER, *El principio general de la buena fe*, p. 28.

coherencia interpretativa. El Derecho tiene un sustento positivo, y una cultura jurídica, que configura su aplicación. En otras palabras, la teoría de las cláusulas generales son Derecho, y no pueden sustraerse de la concepción del positivismo en su eterna tensión entre justicia y ley[29].

Por tanto, el uso de esta técnica deba estar sometido a una carga reforzada de motivación: no basta invocar buena fe, orden público, transparencia, abusividad o equilibrio contractual; es necesario indicar qué función cumple esa cláusula en el caso concreto y qué criterios permiten controlar racionalmente su aplicación[30]. Desde esta perspectiva, la falla de mercado es un parámetro técnico externo al contrato —propio del ordenamiento jurídico— que a través de esta teoría de cláusulas generales o normas abiertas puede concretizar un criterios habilitante de intervencion judicial. Su utilidad consiste en ofrecer un criterio de identificación de la disfunción contractual relevante —por ejemplo, información imperfecta, opacidad estructural, costes de transacción, externalidades, poder de mercado, costes de cambio o déficit de enforcement— y en orientar la selección de un remedio compatible con la norma habilitante.

Esta precisión es importante porque evita dos errores. El primero consistiría en transformar toda desigualdad contractual o toda distribución desfavorable del excedente en una falla de mercado jurídicamente relevante. El segundo consistiría en convertir al juez en un regulador económico general, llamado a maximizar el bienestar social en abstracto. Ninguna de esas consecuencias se sigue de la tesis que aquí se defiende. La intervención judicial solo se justifica cuando existe una norma habilitante y cuando la falla alegada puede ser descrita de manera verificable, motivada y congruente con la finalidad normativa que permite revisar, integrar o controlar el contrato.

Así, la falla de mercado opera como criterio de concreción y de control dentro de la teoría de cláusula general. En materia contractual y de consumo, puede ayudar a precisar por qué una cláusula predispuesta, una omisión informativa o una estructura contractual opaca impide que el consentimiento, la competencia o los remedios individuales disciplinen adecuadamente la relación. Pero la consecuencia jurídica no proviene de la economía, sino de la norma civil o de consumo aplicable: buena fe, transparencia, abusividad, integración contractual, dolo omisivo, orden público o la regla especial que autorice el control del contenido.

El juez, por tanto, no actúa como economista del bienestar ni como diseñador general del mercado. Su tarea es más limitada: identificar la norma habilitante, describir la disfunción contractual con indicios objetivos, justificar que esa disfunción es jurídicamente relevante y seleccionar, dentro de los remedios disponibles, aquel que corrija la falla con menor afectación de la autonomía privada, de la seguridad jurídica y, naturalmente, de aumento de bienestar

[29] Incluso puede ser que no sean contradictorias como una indemnización que no corrige una falla, pero genera justicia material, como podría ser un monto que no disuade a un oligopolista a poner término al acuerdo de colusión. En todo caso en la literatura económica hay cierto consenso en no aplicar el Derecho del consumo a casos de libre competencia. GÓMEZ POMAR, «La relación entre normativa sobre protección de consumidores y normativa sobre defensa de la competencia, Una visión desde el análisis económico del Derecho», *Indret,* 1/2003.

[30] En este sentido, WIEACKER sostendría: «[e]n forma más moderna se ha querido encontrar en las cláusulas generales una válvula para las exigencias ético-sociales, una especie de ilustrado positivismo social que en cierto modo inhala como por diósmosis una fresca ética social de primera mano». WIEACKER, *El principio general de la buena fe*, P. 23.

.

social. En este punto, la crítica de WIEACKER conserva plena vigencia: cuanto más abierta es la cláusula general, mayor debe ser la disciplina argumentativa exigida al juez.

4.2. La determinación de los deslindes de la falla de mercado como concepto jurídico, y los criterios de teoría de cláusula general para fundar una sentencia

Para que la «falla de mercado» sea útil como cláusula general, debe operar mediante un test verificable por el juez. La propuesta se estructura en cuatro pasos, con un criterio transversal: la intervención debe ser eficiente en sentido primario (beneficios esperables mayores que costos) y eficiente en sentido secundario (el remedio seleccionado debe ser el de menor costo para corregir el mecanismo). Esta exigencia recoge el problema de *«second best»:* cuando hay múltiples imperfecciones, corregir una sola puede empeorar el resultado global[31]. También se debe señalar que habrá una competencia natural entre la ley y la sentencia para regular la falla. En muchos casos será conveniente que la falla sea corregida directamente por la ley, pero esta no es una objeción a lo planteado en este trabajo[32].

4.3. Base dogmática de la propuesta en el Derecho vigente: la norma habilitante como presupuesto de aplicación

Las soluciones del Derecho, frente a las fallas de mercado, se presenta en el Derecho moderno dado el fracaso de la teoría clásica del contrato, a través de las denominadas «default rules». La aplicación integrativa del Derecho de los contratos es un mecanismo relevante para la corrección de las fallas de mercado, pero también ello se logra integrando al Derecho la técnica de trabamiento de fallas a sus figuras clásicas, como la nulidad por causa ilícita, error, dolo, lesión enorme, etc. También se puede recurrir al AED a través de ciertas figuras y principios propios del Derecho, como la nulidad tácita, el principio de la libre circulación de los bienes, el principio de la buena fe contractual, la integración e interpretación del contrato, las buenas costumbres, el objeto ilícito contrario a la ley, al orden público y las buenas costumbres, etc. En general, estas figuras y principios pueden reconducirse al análisis de fallas de mercado y operativizarse dogmáticamente mediante la teoría de cláusulas generales. Pero en estos casos existe una norma o criterio habilitante, que autoriza al juez a revisar el contrato. Es decir, no necesariamente si hay una falla de mercado el juez interviene un contrato, sólo debe recurrir a los criterios planteados en la medida que la autonomía de la voluntad falle o exista una norma habitante expresa, como podría ser una cláusula abusiva (Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas)[33]. La intervención del juez entonces supone un vacío regulatorio o contradicción en la cual la asignación del derecho —es decir, la resolución del conflicto—, y si se detecta una falla de mercado la resolución del caso debe hacerse conforme al principio de eficiencia. En este trabajo la concreción del principio de eficiencia se logra operando conforme al concepto de falla de mercado. Pero, si no existe una falla de mercado, la intervención del juez se generará a través de los mecanismos clásicos del contrato. En este sentido, el Derecho clásico se aplica conforme a su

[31] LIPSEY/LANCASTER, «The General Theory of Second Best», *The Review of Economic Studies*, 24(1), 1956, pp. 11–32.

[32] Precisamente la intervención judicial se presenta en los casos de vacíos regulatorios, o normas contradictorias.

[33] En materia de cláusulas abusivas, la norma habilitante no debe buscarse en la eficiencia, sino en el propio Derecho positivo: la Directiva 93/13/CEE y las normas internas que la desarrollan autorizan el control del contenido contractual. La falla de mercado sólo permite explicar por qué ciertas cláusulas merecen control y cómo debe seleccionarse el remedio adecuado.

concepción natural. Es así como un efecto distributivo entre las partes, es decir, un desplazamiento patrimonial neutro, no se resuelve conforme a la concepción teórica planteada.

Nótese que, en una versión más intervencionista del contrato, éste siempre se debería integrar conforme a la tesis propuesta. El planteamiento acá es otro, conforme esta tesis —más restrictiva por cierto— siempre debería existir una norma habilitante —como los casos de vacíos de regulación, contenido contractual contradictorio, como los casos precedentemente señalados—.

En otras palabras, suponiendo que la aplicación del dolo omisivo, o la determinación de una cláusula abusiva no produce mayor valor ex ante en el mercado, entonces la solución del caso se aplica sin necesidad de recurrir a las «fallas de mercado». La solución es propia del AED que es neutro en una situación que la [no]intervención no genera un bienestar social, y del Derecho clásico, desde que se reconoce que éste tiene un valor intrínseco (no todo es AED). Este tema no es menor, desde que el AED se ha planteado como una teoría que respeta la autonomía privada. Naturalmente, la tesis planteada es relevante en materia de Derecho del consumo. La dogmática ha respondido mediante cláusulas generales (buena fe, equilibrio, abusividad, transparencia) que permiten corregir resultados. Sin embargo, en ausencia de un criterio de «activación» suficientemente objetivo, estas cláusulas se exponen a dos riesgos: (i) el riesgo de arbitrariedad y falta de previsibilidad; y (ii) el riesgo de sobrerreacción («*over-deterrence*»), que puede elevar precios, reducir oferta o inducir términos sustitutos igualmente nocivos. La contribución específica de este artículo es ofrecer un puente operacional: (a) una definición restringida de falla de mercado apta para el razonamiento jurídico; (b) un test de verificación mínima y selección de remedios; y (c) una aplicación demostrativa a contratos de adhesión, donde la falla y el remedio pueden identificarse con alta probabilidad.

Las bases dogmáticas de la propuesta planteada se sustentan en las siguientes bases:

a) El Derecho es el que establece una potestad habilitante de control. La teoría de las fallas de mercado no crea esa potestad, sino que contribuye a precisar el supuesto de intervención y a seleccionar un remedio congruente con la finalidad de la norma habilitante.

b) La aplicación de la falla de mercado al Derecho de contratos no se justifica como una mera propuesta de política jurídica ni como un criterio económico externo al sistema. Su fundamento dogmático se encuentra en que el Derecho vigente, exigiéndose normas habilitantes que autorizan, en determinados supuestos, la revisión, integración o control del contenido contractual. Tal es el caso de la buena fe, la transparencia, la abusividad, la integración del contrato, el dolo omisivo, el orden público, las buenas costumbres y, de manera especialmente intensa, el control de cláusulas abusivas en el Derecho del consumo.

c) En consecuencia, la falla de mercado no crea una potestad judicial nueva ni autoriza al juez a intervenir todo contrato que produzca un resultado ineficiente. Su función es más acotada: operar como criterio auxiliar de concreción de esas normas habilitantes, permitiendo identificar la disfunción contractual jurídicamente relevante, seleccionar el remedio menos costoso y controlar los riesgos de sobreintervención. De este modo, la propuesta se sitúa dentro del Derecho vigente: no sustituye las categorías civiles tradicionales, sino que ofrece un parámetro técnico para aplicar cláusulas generales y normas de control ya reconocidas por el sistema.

d) Esta precisión permite distinguir la tesis aquí defendida de una propuesta puramente normativa o de lege ferenda. La falla de mercado no es el título de intervención; el título de intervención es la norma jurídica habilitante. La falla de mercado cumple una función de racionalización dogmática: ayuda a determinar cuándo la intervención responde a una disfunción del *iter* contractual y cuándo, por el contrario, se trataría sólo de una redistribución patrimonial o de una valoración de justicia material que debe resolverse por las categorías ordinarias del Derecho privado.

5. Elaboración de un test de aplicación de la falla de mercado conforme a la teoría de cláusula general

Ahora bien, concretamente la falla de mercado se determina por autores, como SPULBER conforme al denominado test de la necesidad de regular o «test de fracaso de mercado»[34]. El test, que se plantea, le da al intérprete una herramienta para detectar que impide que la autonomía privada produzca un resultado competitivo o socialmente deseable (en un escenario discutible de integración del contrato) o que establezca criterios objetivos de interpretación de la voluntad de las partes muy superiores a las alternativas[35]. A modo de tipología mínima este test exige para su aplicación una serie de presupuestos:

a) Se debe generar una falla de mercado, y, por tanto, detectar dicha falla.

b) La falla de mercado debe ser posible de solucionar.

La solución debe ser eficiente de una forma primaria, es decir, los beneficios de la intervención superan los costos, o sea, la intervención por parte del juez o la ley debe generar un mayor beneficio social, que la falla misma[36]. Esto supone un balance costo–beneficio o un *trade–off* entre pérdidas de eficiencia y costos de intervención[37].

c) Se debe seleccionar un remedio específico a la falla de que se trate.

La selección del mecanismo de intervención debe ser la que aumente el beneficio social. Por tanto, se exige un mecanismo de control de tipo «*second best*».

d) Se debe generar un control de eficiencia del mecanismo, y del proceso aplicado. Así, se debe revisar el mecanismo aplicado, si es realmente eficiente y si se está aplicando de forma correcta.

5.1. Una enumeración de las fallas de mercado, o cómo se genera una falla de mercado

a. Una cuestión previa: la detección de indicios de fallas de mercado

[34] SPULBER, *Regulation and Markets*, MIT Press, Cambridge (MA), 1989.

[35] No es del caso tratar acá las alternativas a la falla de mercado como criterio de integración o interpretación contractual, pero a modo ejemplar se puede señalar la solidaridad contractual, el equilibrio contractual, la pluralidad contractual, etc.

[36] Este trabajo se centra más en la intervención del juez, que, en la intervención legal, que será relevante sobre todo respecto de la creación de costes de transacción. La intervención institucional, a través de una falla de mercado, supone que: «*government regulation is comparatively the more efficient institution to deal with a number of market failures*», o que se opera a través de un 'benevolent regulator' ambos supuestos no se pueden dar por sentados. Véase DEN HERTOG (2010: 8).

[37] AUSTRALIAN TREASURY, «Price Regulation of Utilities», en *Economic Roundup, The Treasury, Australian Government,* issue 1, February, 1999, p. 59, DEN HERTOG, *Utrecht School of Economics Tjalling C. Koopmans Research Institute Discussion Paper Series 10-18*, 2010, P. 9. y PAN, «*Understanding Financial Regulation*», *Utah Law Review*, 4, 2012, PP. 1903.

Las fallas de mercado concretas se pueden evidenciar, mediante ciertos indicios previos a su determinación concreta, como: (i) La imposición de cláusulas no negociables y estandarización (adhesión); (ii) Contratos de adhesión, entre partes no sofisticadas con alta complejidad o longitud, que torna no racional la lectura; (iii) La existencia en contratos de adhesión, entre partes no sofisticadas, de elementos de la esencia particulares desmembrados del objeto principal del contrato y de difícil detección, como casos de difícil determinación del precio total (comisiones, «*add-ons*»); (iv) Contratos de adhesión, entre partes no sofisticadas con baja tasa esperable de impugnación individual (daño pequeño, dispersión, prueba costosa, etc.); (v) Casos de «*switching costs*» altos por cambio de proveedor; (vi) Incentivo del proveedor a desplegar términos con beneficios privados y costos socializados. Estos son indicios de un mal funcionamiento de mercado, pero la pregunta que debe hacerse, es cuáles de estos casos constituye una falla de mercado que sea necesario intervenir. Y, además de ello, se debe determinar el mecanismo de intervención, para lograr corregir la falla y lograr el máximo beneficio social.

b. Enumeración no taxativa de fallas de mercado

Las fallas de mercado, conforme al concepto desarrollado previamente en este trabajo, serían las siguientes:

a) Los bienes públicos.

En general esta falla de mercado es bastante limitada. El concepto económico de bien público no es el que concepto que ocupa del Derecho, es decir, aquellos que pertenece a todos los habitantes de la nación. Para la economía los bienes públicos no admiten exclusión, ni rivalidad en el consumo. Los bienes públicos de relevancia económica son escasos, siendo la defensa nacional y las ciencias básicas. Los bienes públicos no admiten que se pueda excluir a otros individuos de su uso y goce. Supóngase que se pudiera dejar al mercado la defensa nacional, entonces algunos ciudadanos firmarían contratos de defensa, y pagarían por ello, pero de haber un conflicto un bélico la empresa, que provee la defensa no podría excluir de la defensa a los que no pagan. Como la mayoría de las personas saben esto, la mayoría de las personas no pagarían y no habría defensa nacional. Otro tanto sucede con las ciencias básicas, que no admite protección mediante patentes. Si un científico resuelve una compleja ecuación, todos se pueden apropiar de ella; sin embargo, no ocurre lo mismo con las aplicaciones que provengan de una patente. Por tanto, los laboratorios y las universidades no tendrán incentivos de generar ciencia básica, por ello es necesario en ambos casos subsidiarla. Esta es una falla de mercado por cuanto éste generará menos bienes públicos que los que la sociedad requiere[38]. O, dicho de otra forma, si los agentes son racionales no se generarán bienes públicos a un nivel social óptimo[39].

[38] Alguna literatura sostiene que aún la defensa se puede proveer por el mercado como se hizo en el pasado con los ejércitos mercenarios en culturas como la romana, China, etc. MENEGHETTI, «La defensa no es un bien público puro ni una falla de mercado: desafiando los supuestos de la teoría económica neoclásica», *CEFADIGITAL,* 2019, y HUMMEL, «National defense and the public-goods problem», *Journal des Economistes et des Etudes Humaines,* 4, 1994, pp. 353—377.

[39] El tratamiento de este tema es muy interesante porque es similar al de los derechos fundamentales. Algunos suelen entender los derechos fundamentales como bienes públicos, o a lo menos como decisiones de primer orden. De esta forma se excluyen de la lógica de mercado, pero una alternativa que provee derechos sociales de calidad, es dejárselas al mercado y luego subvencionar a los más necesitados. Este tema fue abordado con notable agudeza por Ronald Coase en un artículo menos difundido dentro de su obra. COASE, «The Problem of Social Cost», *Journal*

b) Las externalidades positivas y negativas.

Las externalidades tienen una gran aplicación para el Derecho, desde que en virtud de ellas se genera un beneficio social mayor que la operación, que se realiza por las partes (externalidad positiva) o se genera una pérdida social, que no registra la operación de mercado que se realiza (externalidad negativa). El ejemplo clásico es que se plantea más adelante respecto de una externalidad negativa es la contaminación de un río o lago por una fábrica de atún en conservas. Nótese que la externalidad positiva también es una falla de mercado, desde que el mercado genera menos valor que el que se debería generar para sustentar el beneficio social. El ejemplo clásico es la educación. La educación es un bien que se puede generar por el mercado, pero en una cantidad menor a la óptima. Por ello se justifican los subsidios en materia de educación. En el área contractual estos contratos serían de mantención de infraestructura, como respecto de la copropiedad inmobiliaria, contratos de salud preventiva, o contratos de licenciamiento tecnológico. La interpretación de las reglas que regulan la mantención de los edificios es otro ejemplo. El desgaste de los edificios suele ser mayor que la de las casas porque es muy difícil poner de acuerdo a los copropietarios en realizar gastos de mantención mayores respecto del edificio, como remodelación total de la fachada, muebles comunes, pasillos, accesos, etc. El que exista una legislación y sentencias de tribunales que permitan apremiar a los copropietarios renuentes a hacer dichos reembolsos permite embellecer la ciudad y beneficia a la sociedad en su conjunto Como podría suceder con arrendatarios, copropietarios, turistas, etc.). Los copropietarios en la medida que mantengan a los edificios en muy buen estado generan un beneficio social, que va más allá del beneficio que ellos obtengan de forma directa. En atención a esto se justificaría por ejemplo en establecer mecanismo de incentivo a las mejoras que requieren los edificios, a través de subsidios, pero también la mala regulación puede constituir un costo de transacción, que haga imposible los acuerdos eficientes entre copropietarios. En el caso chileno si se estima que se trata de arreglos mayores estos acuerdos deben adoptarse en sesión extraordinaria, de mayoría absoluta de los copropietarios (artículo 15 de la Ley N° 21.442, o nueva ley de copropiedad inmobiliaria). Por ejemplo, una regla de *lege ferenda* que exija de parte de una autoridad municipal un control de calidad y presentación de inmuebles cada 30 años —con estándares de calidad definidos— podría ser un muy buen incentivo, o la exigencia de cuórum muy bajos para que un 20% de los copropietarios puedan obligar cada 30 años a incurrir en estos gastos con un tope de gasto razonable también podría ser una buena medida. También el entender que estamos trabajando sobre una falla de mercado podría llevar a acoger estos acuerdos en los reglamentos de copropiedad, y no tratarlos, por ejemplo, como cláusulas abusivas o acuerdos nulos por objeto ilícito u otra causa.

of Law and Economics, 3, 1960, pp. 357—376). Este artículo se refiere a que contrariamente a lo que uno podría pensar los faros en el RU nacieron a través del mercado (los barcos mercantes debían pagar una tasa de entrada a puerto que consideraba el costo de los faros), y, por tanto, los faros en UK nacen a través del mercado a pesar que la literatura los pueda considerar como un bien público. En el fondo se puede crear una estructura regulatoria, que permita proveer de bienes públicos, o derechos fundamentales, a través del mercado. Y para regular estos «mercados» lo primero que se debe analizar es la falla de mercado, es decir, una visión restrictiva y muy precisa de los aspectos que es necesario regular para crear el mercado, por ejemplo, en materia de Isapres crear una regulación que permita detectar la calidad de los planes ofrecidos, o en materia de AFP internalizar los beneficios de la rentabilidad de los fondos —y no equivocadamente como se ha venido haciendo basarse sólo en los costos— , etc.

c) Los costes de transacción.

Los costes de transacción son los costes que deben asumir las partes, ajena a la operación de mercado o el contrato que se realiza. Por ejemplo, el que una compraventa de un bien raíz se celebre por escritura pública y que deba inscribirse es un coste de transacción. Seguramente hay medios más baratos a través de los cuales se puede dar seguridad en la adquisición del dominio, que el sistema registral chileno con doble fe pública, y estudio de títulos cada vez que se realiza una transferencia del dominio. También son costes de transacción aquellos casos en que la obtención de la información sea menor que el beneficio de no leerla.

d) Las asimetrías de información (solo las meramente distributivas)

Las asimetrías de información no son necesariamente una falla de mercado desde que la información es un bien de mercado. La información es un activo como cualquier otro, y genera valor por lo que la forma de protegerla es otorgar un derecho de propiedad sobre la información, pero sólo en la medida que sea productiva. Si la información es meramente distributiva se puede obligar a la parte que tiene la información a declararla, como sucede por ejemplo con el dolo omisivo. Las asimetrías de información también pueden originarse en el propio comportamiento de las partes, como ocurre en la selección adversa y el riesgo moral. En estos escenarios se configura una falla de mercado porque, por ejemplo, en el ámbito del consumo, la selección adversa puede presentarse cuando el consumidor no logra apreciar adecuadamente la relación calidad/precio. En tal caso, al no poder discriminar por calidad, su decisión se guía principalmente por el precio[40]. Esto induce a los proveedores a competir reduciendo precios, más que mejorando la calidad del bien o servicio. En consecuencia, la estrategia racional será degradar la calidad para ofrecer precios bajos, de modo que el mercado termina favoreciendo a quienes producen a muy bajo costo y con estándares de calidad deficientes, desplazando a los oferentes de mejor calidad.

e) Los problemas de agencia.[41]

Los problemas de agencia se generan cuando en un negocio opera un Principal y un Administrador, por ejemplo, este problema se genera en las sociedades que no tienen un controlador, o socio principal. En esas sociedades el Administrador, si es racional, tenderá a quedarse con el negocio del Principal. Esto se trata de evitar en Chile respecto de la regulación de operaciones relacionadas, pero también sería adecuado trabajar sobre esta falla mediante la responsabilidad civil de los Administradores. El Principal al estar el capital de la sociedad difuminado no puede controlar al Administrador, sólo puede nombrarlo. En Chile esta situación no es demasiado recurrente desde que la mayoría de las compañías tienen controladores. Pero tienen problemas de agencia las cooperativas, y excepcionalmente en materia de sociedades, como el caso La Polar[42].

[40] AKERLOF, *The Quarterly Journal of Economics,* 1970.

[41] PAN, *Utah Law Review*, 4, 2012, p. 1903.

[42] La Polar era una de las pocas sociedades en Chile que no contaba con un controlador mayoritario. Esa ausencia de control efectivo por parte del propietario —el principal— facilitó que la administración —el agente, en particular su gerente— distorsionara la información contable, deteriorando progresivamente la situación financiera de la empresa hasta desembocar en su colapso. El caso resulta especialmente ilustrativo porque permite observar con nitidez el funcionamiento de un problema de agencia: de haber existido un controlador con

Otra falla de mercado asociada a los problemas de agencia es la que afecta a los socios minoritarios. El controlador o socio mayoritario suele tener incentivos para extraer valor en su favor (por ejemplo, mediante decisiones de gestión, operaciones con partes relacionadas o políticas de reparto), reduciendo la porción de beneficios que debiera corresponder a los minoritarios.

Este comportamiento, aunque racional ex post, produce un efecto adverso ex ante: si los potenciales inversionistas (eventuales socios minoritarios) anticipan que su rentabilidad será erosionada por la conducta oportunista del controlador (socio mayoritario), tenderán a restringir su inversión o a exigir una prima de riesgo tan elevada que, en los hechos, la empresa —o el socio mayoritario/controlador— no podrá acceder a ese financiamiento. El problema se agrava porque este conflicto de agencia reduce la profundidad del mercado de capitales y limita la difusión social de los beneficios del crecimiento económico, impidiendo que dichos beneficios alcancen de manera amplia al conjunto de la ciudadanía[43]. En consecuencia, la misma conducta, que maximiza el beneficio del socio mayoritario en el corto plazo, termina perjudicándolo: dificulta la captación de capital, limita el crecimiento de la sociedad y contribuye a un mercado de capitales menos profundo y menos líquido[44]. Así, conforme a lo señalado precedentemente se puede sostener que el mercado no corrige la falla mediante la competencia, y que el control judicial aislado ex post será insuficiente, en la medida que no genera una disuasión en el actuar del controlador tampoco será efectiva.

En todos estos casos el mercado opera creando un bienestar social inferior al óptimo. Naturalmente que esto es muy negativo no sólo, en términos agregados, o sea macroeconómicos, sino en torno al beneficio social. Ello se debe a que sí, por ejemplo, una empresa produce latas de atún, contaminando un lago aledaño, y no se establece ningún mecanismo legal que internalice la externalidad negativa, entonces, no sólo ello afectará a los terceros directamente perjudicados, sino el bienestar social general. Así, dada la contaminación de la empresa productora de atún, un hotel, que operaba en el lago, deberá cerrar. En consecuencia, a partir de

incentivos y capacidad de supervisión, habría sido considerablemente más difícil que el agente sostuviera en el tiempo la conducta descrita. Su relevancia, además, radica en que la regulación chilena de la época no enfrentaba adecuadamente estos riesgos de agencia, lo que, en definitiva, afecta la confianza y la profundidad del mercado de valores. Véase https://www.conadecus.cl/caso—la—polar—alcalde—moreno—y—farah—cumpliran—pena—de—5—anos—en—libertad—vigilada/

[43] La literatura económica a este respecto es consistente: DEMIRGÜÇ-KUNT/ LEVINE, «Stock Markets, Corporate Finance, and Economic Growth: An Overview», *The World Bank Economic Review,* 10(2), 1996, pp. 223-239; RAJAN/ZINGALES, «Financial Dependence and Growth», *The American Economic Review*, 88(3), 1998, pp. 559-586; LA PORTA/LOPEZ DE SILANES/SHLEIFER/VISHNY, «Legal Determinants of External Finance», *The Journal of Finance*, Vol. 52, No. 3, Papers and Proceedings Fifty-Seventh Annual Meeting, American Finance Association, New Orleans, Louisiana January 4-6, Jul., 1997, pp. 1131—1150, etc. Esta literatura tiene su símil en castellano, en los siguientes trabajos: HERNÁNDEZ/PARRO, «Sistema financiero y crecimiento económico en Chile», *Central Bank of Chile Working Papers* N° 291, diciembre, 2004; y también en el ámbito del Derecho que se centra en la protección del socio minorista: PFEFFER URQUIAGA, «Nuevas normas sobre gobierno corporativo y mayores responsabilidades para los directores de sociedades anónimas», *Revista Chilena De Derecho*, 2024, 27(3), pp. 485–499; y URETA IBARRA, «La sanción penal, como herramienta de reemplazo de la decisión empresarial: Una crítica a la luz del buen gobierno corporativo y la alternativa basada en la experiencia empírica chilena y canadiense», *Revista De Derecho Aplicado LLM UC*, (14), 2025, etc.

[44] Este es un problema grave del mercado chileno, ya que, sumado al problema de generarse un crecimiento económico subóptimo, no se hace participe a la sociedad de los beneficios del mercado. Eso a lo menos de forma local, desde que existe la posibilidad de invertir en el extranjero.

este daño, los terceros —como el inversionista que aportó capital al hotel, sus trabajadores y los habitantes del poblado cercano— resultan perjudicados. Sin embargo, el efecto negativo no se agota en ellos, sino que se proyecta sobre la economía en su conjunto. En efecto, dejan de generarse los impuestos que el hotel aportaba, así como el gasto que realizaban los empleados y los pasajeros en la economía local, entre otros impactos asociados. En ausencia de una intervención dirigida a corregir la falla, se produce, por tanto, un daño social significativo.

De ahí que la intervención deba cumplir un estándar de eficiencia: si el objetivo es internalizar el daño mediante el sistema de responsabilidad, dicho mecanismo debe ser, a la vez, eficaz en la corrección de incentivos y eficiente en términos de costos de aplicación y cumplimiento. Esta cuestión es trascendental, pues permite advertir que el fundamento del funcionamiento económico no descansa en el «egoísmo» del proveedor —entendido como el mero beneficio privado derivado de su actividad—, sino en su contribución al bienestar social. En esa línea, un enfoque regulatorio orientado a aproximar el mercado a las condiciones de competencia y contratación propias de un modelo de mercado eficiente procura, en términos comparativos, un escenario institucional más favorable para la producción y la contratación[45].

5.2. Selección del remedio por mecanismo aplicable

Antes de aplicar el remedio, debe evaluarse, los siguientes aspectos: (i) el riesgo de sobre intervención; (ii) los costos de cumplimiento; (iii) los efectos sobre precio, calidad y acceso; y (iv) la sustitución hacia términos equivalentes. Esta etapa sirve para justificar por qué el remedio elegido es el menos costoso y por qué alternativas más intensas (o más leves) serían subóptimas. La intervención debe ser lo bastante fuerte para corregir el mecanismo, pero lo bastante acotada para no destruir el valor del intercambio. Así, una vez identificado el mecanismo, el remedio debe hacerse cargo de la falla específicamente identificada. La selección se ordena por «menor intervención necesaria»:

[45] Esta posición se plantea en el presente trabajo como una aplicación estatutaria respecto de la cual es posible construir un escenario de interés público, pero limitado a lo que en economía del bienestar se denomina como «*social welfare*». En palabras de DEN HERTOG: *«[f]undamental to public interest theories are market failures and efficient government intervention. According to these theories, regulation increases social welfare. Private interest theories explain regulation from interest group behavior. Transfers of wealth to the more effective interest groups often also decrease social welfare. Interest groups can be firms, consumers or consumer groups, regulators or their staff, legislators, unions and more. The private interest theories of regulation therefore overlap with a number of theories in the field of public choice and thus turn effectively into theories of political actions. Depending on the efficiency of the political process, social welfare either increases or decreases. The first part of this paper discusses the general public and private interest theories of regulation, as the criticisms that have been leveled at them»* (para las teorías del interés público son fundamentales las fallas de mercado y la intervención gubernamental eficiente. Según estas teorías, la regulación incrementa el bienestar social. Las teorías del interés privado explican la regulación a partir del comportamiento de los grupos de interés. Las transferencias de riqueza hacia los grupos de interés más eficaces a menudo también disminuyen el bienestar social (*por procesos de captura*). Los grupos de interés pueden ser empresas, consumidores o grupos de consumidores, los reguladores o su personal, legisladores, sindicatos, entre otros. Por ello, las teorías del interés privado de la regulación (*o de los grupos de interés*) se superponen con diversas teorías del campo de la *public choice* (*elección pública*) y, en consecuencia, se transforman efectivamente en teorías de la acción política. Dependiendo de la eficiencia del proceso político, el bienestar social aumenta o disminuye. La primera parte de este trabajo examina las teorías generales del interés público y del interés privado de la regulación, así como las críticas que se les han formulado) (lo destacado en cursiva y dentro de paréntesis es mío). DEN HERTOG, *Utrecht School Of Economics Tjalling C. Koopmans Research Institute Discussion Paper Series* 10-18, 2010, P. 2. También es importante destacar que esta mirada piguniana del fenómeno legal se debe complementar con una mirada coseana, que en lugar de poner el acento en la intervención de la externalidad pone su acento en la definición del derecho y en la reducción de los costes de transacción.

i) Si el problema es informativo (asimetría manejable), preferir remedios de transparencia: deber de información relevante, estándar de claridad, comparabilidad, «*disclosure*» estructurado[46].

ii) Si el problema es costos de transacción/*enforcement* (daños pequeños y dispersos), preferir remedios colectivos o ex ante: acciones colectivas, sanciones administrativas, supervisión preventiva, nulidad de cláusulas tipo. Preferir un sistema de aplicación conjunta que permita anticipar y medir el resultado eficiente.

iii) Si el problema es extracción de valor o transferencia injustificada (agencia/abuso estructural), preferir control de contenido e invalidez parcial, con criterios de proporcionalidad y sustitución por regla supletoria.
La idea central es evitar remedios simbólicos: por ejemplo, «más información» cuando el problema real es que las partes no leerán el contrato[47].

Para finalizar, el aporte no consiste en «descubrir» las fallas de mercado, sino en transformar el concepto en una regla de decisión jurídicamente manejable: que permita discriminar entre (i) Casos donde corresponde deferencia al mercado y a la autonomía privada; (ii) Casos donde procede un remedio interpretativo leve (p. ej., transparencia reforzada); (iii) Casos donde se justifica control de contenido, invalidez parcial o supervisión ex ante. Esta última opción —supervisión administrativa preventiva— ha sido defendida recientemente como respuesta al bajo rendimiento del *enforcement* ex post en contratos estándar, especialmente cuando el consumidor no lee, no litiga y los incentivos privados para impugnar son débiles[48] y (iv) Casos en que el juez debe inhibirse de actuar. La aplicación del Derecho no debe conducir a la creación de fallas de mercado. La tesis diseñada solo justifica la intervención judicial cuando se genera un beneficio social en términos agregados, o a lo menos la intervención es neutra. Esto será muy relevante en la aplicación de normas y principios, como se ve más adelante.

5.3. Debe existir un mecanismo de control de eficiencia del mecanismo, que permita determinar en el tiempo si se está aplicando de forma correcta

Este mecanismo se basa algunos de los presupuestos del denominado teorema de COASE. Este teorema tiene como objetivo la generación de valor o riqueza, o sea, la producción del máximo de beneficio social posible. En lo que aquí interesa, cabe destacar tres presupuestos del teorema.

---

[46] En contra, PAZOS señala que: «…el hecho de que la información no se distribuya uniformemente, lo cual es uno de los denominados "fallos de mercado"». PAZOS, *El control de las cláusulas abusivas en los contratos con consumidores*, pp. 121. El autor luego asocia la asimetría con un problema de mercado. La referencia que hace a AKERLOF es adecuada, pero el problema del mercado de venta de automóviles de segunda mano en los cincuenta no es hoy un problema de asimetría, desde que el consumidor hoy puede recurrir a la tecnología para que le provea la relación calidad precio. Lo que se debe analizar es la relación observable por el consumidor calidad/precio, sobre todo en los casos es que es difícil de verificar ex ante (antes de contratar). En esos casos, la parte afectada no puede «adoptar una decisión informada», lo que abre espacio a fallas de mercado por información incompleta u ocultación. Pero ello es una situación excepcional, no una regla general como plantea el autor, ni siquiera en materia de consumo.

[47] SCHWARTZ/SCHWARTZ, «Intervening in markets on the basis of imperfect information: a legal and economic analysis», *University of Pennsylvania Law Review,* Vol. 127, No. 3 (ene., 1979), pp. 632-640, y BEN-SHAHAR, «The myth of the 'opportunity to read' in contract law», John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper No. 415, 2008.

[48] ADAR/BECHER, «Ending the License to Exploit: Administrative Oversight of Consumer Contracts», *Boston College Law Review*, 62(7), 2021, pp. 2405-2466.

En primer lugar, que los derechos se encuentren claramente definidos[49]; en segundo término, que los costos de transacción se reduzcan al mínimo posible; y, en tercer lugar, que —precisamente porque los costos de transacción existen— la solución provista por el legislador o por el juez sea eficiente. Esto último se explica porque, si existen costos de transacción relevantes, el mercado no podrá arbitrar de modo tal que se genere mayor valor social.

En este punto se advierte, además, una ventaja adicional del sistema propuesto: Las Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema podrían prevenir y evaluar en el tiempo si el test de falla de mercado efectivamente incrementa el bienestar social. El mecanismo de cláusula general, a través del cual se estructuran las sentencias, permite desarrollar estudios empíricos destinados a verificar el aumento del beneficio social y, a la vez, controlar la efectividad del modelo mediante el seguimiento de la jurisprudencia, eventualmente con el apoyo de instancias externas —como observatorios universitarios—. En otras palabras, este enfoque favorece un trabajo estructurado entre la judicatura y una ciencia social empíricamente orientada, capaz de aportar evidencia y retroalimentación para mejorar, de manera efectiva, la calidad y consistencia de las decisiones judiciales.

6. Los instrumentos judiciales disponibles para aplicar el test

La aplicación judicial del test no exige que el juez realice una evaluación macroeconómica completa ni que sustituya al legislador o al regulador sectorial. Su función es más acotada: verificar, dentro del proceso y conforme a las facultades propias de la jurisdicción, si la norma habilitante invocada responde a una disfunción contractual jurídicamente relevante y si el remedio solicitado es idóneo y proporcionado conforme al test planteado para corregirla.

Para ello, el juez cuenta con instrumentos dogmáticos y procesales ordinarios. En primer lugar, debe identificar el título jurídico de intervención —buena fe, transparencia, abusividad, integración contractual, dolo omisivo, orden público, protección del consumidor u otra norma habilitante—, pues la falla de mercado no constituye por sí sola una fuente autónoma de potestad judicial. En segundo lugar, puede recurrir a indicios verificables, tales como adhesión, complejidad contractual, opacidad informativa, baja tasa de impugnación individual, dispersión de daños, costos de cambio, previsibilidad del daño, imposibilidad práctica de negociación o incentivos del predisponente para trasladar costos al consumidor. En tercer lugar, la determinación de la falla debe apoyarse en los medios probatorios disponibles en el proceso: documentos contractuales, condiciones generales, prueba pericial, antecedentes regulatorios, informes administrativos, comportamiento típico del mercado, jurisprudencia consolidada y, en su caso, antecedentes provenientes de litigación colectiva o administrativa. Estos elementos no convierten al juez en economista del bienestar, sino que le permiten controlar racionalmente la

[49] Este requisito del teorema exige que los derechos estén bien definidos —esto es, que los tribunales resuelven casos sustancialmente idénticos en igual sentidos—, no exige que se resuelve eficientemente (este es otro supuesto que se explica más adelante). De no ser así, el Derecho pierde una de sus características fundamentales: la certeza jurídica. En tal escenario, los regulados ajustarán su conducta frente a la regulación según su propensión al riesgo. Nótese, además, que el derecho no necesita estar eficientemente asignado en un primer momento: la asignación judicial puede ser ineficiente, dado que, si los costos de transacción son inexistentes o cercanos a cero, las partes podrán reasignar eficientemente el recurso mediante acuerdo. En suma, se requiere una auténtica jurisprudencia: decisiones que vinculen a los tribunales inferiores y, en lo posible, también al propio tribunal que las dicta, junto con un mecanismo claro y explícito para la modificación del precedente. COASE, *Journal of Law and Economics*, 3, 1960, pp. 1–44., WILLIAMSON, «Williamson's The Economic Institutions of Capitalism», *The RAND Journal of Economics,* Vol. 17, No. 2 (Summer, 1986), pp. 279-286; KAPLOW, «Rules Versus Standards: An Economic Analysis», *Duke Law Journal*, 42(3), 1992, pp. 557–629, y SCHAUER, «Precedent», *Stanford Law Review*, 39(3), 1987, pp. 571–605.

existencia de una disfunción contractual suficientemente verificable. En cuarto lugar, la selección del remedio debe hacerse conforme a un criterio de intervención mínima suficiente. Si el problema es informativo, el remedio preferente será la transparencia reforzada o los deberes de información; si el problema radica en la extracción contractual mediante cláusulas predispuestas, podrán operar la nulidad parcial, la interpretación *contra proferentem* o el control de abusividad; si el problema es de bajo *enforcement* individual, resultarán más adecuados los mecanismos colectivos o administrativos. De este modo, el test no amplía ilimitadamente la discrecionalidad judicial, sino que la estructura mediante una secuencia controlable: norma habilitante, indicios verificables, prueba suficiente, remedio proporcional y control de efectos.
En todo caso, la aplicación de estas técnicas se deberían hacer ex ante, es decir, comparando los escenarios en torno al escenario social optimo en términos de bienestar agregado, de si se falla a favor del actor, o se acoge la defensa del demandado.

7. Una aplicación de la teoría de las fallas de mercado a través de la teoría de cláusulas generales: las cláusulas abusivas

El Derecho del consumo se configura como un régimen especial dentro del Derecho de los contratos. La particularidad del Derecho del consumo, con relación al Derecho de los contratos, radica en que la relación contractual en el Derecho del consumo es asimétrica[50]. En este ámbito, el consumidor contrata con un proveedor/empresario desde una posición asimétrica —informativa, económica y, con frecuencia, también negociadora—, lo que justificaría la existencia de reglas específicas orientadas a equilibrar la relación contractual y corregir los riesgos derivados de dicha asimetría.

De este modo, como el contrato de consumo recae sobre un producto y/o servicio, el proveedor tiene una información que el consumidor ignora. Este fenómeno se presenta sobre todo en las cláusulas denominadas como «no negociables». En teoría en esta situación el proveedor transferirá los riesgos contractuales al consumidor. A lo que se suma que el consumidor no pondrá ninguna atención en los términos específicos y muchas veces engorrosos de la contratación[51]. A esta conclusión también se llega conforme al BLE para el cual se ha evidenciado que el consumidor no revisa el contenido del contrato. Por otra parte, en los supuestos de contratación masiva, la revisión exhaustiva del contrato por parte del consumidor no resulta deseable, en la medida en que incrementaría significativamente los costos de transacción —la revisión del contrato supone el recurrir a una asesoría especializada—. De acuerdo a esta lógica, para un sector relevante de la doctrina, al debilitarse la voluntad, como fundamento del contrato, se vuelve necesario recurrir a categorías de carácter objetivo —en ocasiones presentadas como

[50] Las asimetrías de la información, como destaca SANDMO, han sido profusamente tratadas en la literatura económica. SANDMO, «Asymmetric Information and Public Economics: The Mirrlees-Vickrey Nobel Prize», *Journal of Economic Perspectives*, vol. 13, n.º 1, 1999, p. 165. El trabajo inicial de ARROW y DEBREU, aunque centrado en la incertidumbre exógena al sistema económico en sí mismo, sería desarrollado por MIRRLEES y VICKREY (ambos obtuvieron el premio nobel de economía en 1996) en materia de asimetrías.

[51] Esto es especialmente así para ARTIGOT en la contratación electrónica. Por ello es precisamente que el ámbito de aplicación de la regulación del consumo puede ampliarse o restringirse conforme al concepto que se tenga de proveedor, o empresario. ARTIGOT GOLOBARDES, «La protección del consumidor en el marco de la carta de derechos fundamentales de la Unión Europea», en *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, veinte años después,* RIPOL CARULLA (dir.), UGARTEMENDÍA ECEIZABARRENA (dir.), 2022, pp. 281—282. El Derecho del consumo, además por ser el estatuto regulatorio de la contratación en masa, tiene una propensión a transformarse en el Derecho común, como sucedió por los demás en la reforma del BGB del 2002.

ajenas a la lógica de mercado—, tales como el equilibrio contractual, el altruismo disminuido o la buena fe, entre otras[52]. Esta discusión se da en el Derecho español entre los autores que entiende que habría una suerte de soberanía violada del consumidor, que lleva a que, en la lógica de mercado, simplemente prime el proveedor, y entre los que señalan que el consumidor siempre ha influido en las decisiones de aquel[53].

En este trabajo se ha sostenido, sin embargo, que antes de acudir a tales criterios debe existir una norma habilitante específica que autorice la intervención judicial. No basta, por sí sola, la mera constatación de una asimetría. Además, en la práctica, las partes sí «negocian» el objeto principal del contrato o su contenido esencial, aunque lo hacen de modo indirecto[54]: Si un proveedor ofrece un bien o servicio —por ejemplo, un inmueble, un servicio funerario o un pasaje aéreo— a un precio superior al de sus competidores, aquellos oferentes con mejores condiciones tenderán a desplazarlo del mercado. Entonces, no es efectivo que no hay configuración interna del contrato (a lo menos respecto de sus elementos de la esencia)[55]. En consecuencia, para mantenerse competitivo, quien cobra más deberá ajustar su oferta —ya sea reduciendo el precio o mejorando prestaciones— o, de lo contrario, irá quedando excluido del mercado[56]. El problema surge cuando el proveedor, mediante mecanismos complejos, altera elementos esenciales, o económicamente relevantes del contrato, sin que el consumidor lo advierta oportunamente (las cláusulas que alteran los elementos de la esencia del contrato están escondidas en éste). En estos supuestos, la reacción competitiva descrita pierde eficacia, pues el mercado deja de disciplinar adecuadamente la conducta del oferente. De ahí que, en la generalidad de los ordenamientos, se recurra a la figura de las denominadas cláusulas abusivas como técnica de control del contenido contractual.

Así, una vez identificada la norma habilitante que permite la intervención judicial, la vía más adecuada para proteger al consumidor —y, simultáneamente, resguardar el correcto funcionamiento del mercado— consiste en estructurar dicha intervención a partir del concepto de falla de mercado, en cuanto éste provee un criterio analítico que vincula la tutela contractual con la corrección de distorsiones que impiden que la competencia opere de manera efectiva.

---

[52] La noción más extendida es que la asimetría atentaría contra la igualdad del contrato, que es necesario corregir. De esta forma el Derecho debe equilibrar las prestaciones del contrato. PAZOS, *El control de las cláusulas abusivas en los contratos con consumidores*, pp. 58-59, y 87-95.

[53] PAZOS, El control de las cláusulas abusivas en los contratos con consumidores, pp. 102-104.

[54] ALFARO advierte que: «la negociación individual no garantiza al sujeto que 'regatea' que lo esté haciendo sobre la base del conocimiento acerca de las condiciones que, alternativamente, podría obtener de otros vendedores», agregando que «lo que protege al consumidor no es la negociación, sino el funcionamiento (mínimamente) transparente del mercado». La misma posición es sostenida por autores como SCHMIDT-RIMPLER, Funktionswandel der Privatrechtsinstitutionen, en Baur, Fritz (ed.), *Festschrift für Ludwig Raiser zum 70. Geburtstag*, Zum Vertragsproblem, Tübingen, Mohr, 1974, p. 14. ALFARO AGUILA-REAL, «Cláusulas abusivas, cláusulas predispuestas y condiciones generales», *Anuario Jurídico de La Rioja*, n.º 4, 1998, p. 59. El mismo razonamiento en: DAGAN/HELLER, *The Choice Theory of Contracts*, Nueva York, Cambridge University Press, 2017, p. 69 y BARCIA LEHMANN, «El Análisis Económico del Derecho (AED) como fundamento teórico del contrato y su proyección en los derechos civil y del consumo», *Revista de Derecho Privado*, Universidad del Externado, Colombia, Núm. 50, 2026, enero-junio, p. 313.

[55] Por esto es que el art. 4.2 de la Directiva de la UE sobre cláusulas abusivas excluye del control del contenido el objeto principal del contrato.

[56] El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) dictó el 3 junio 2010 una sentencia (*Caja Madrid*) en la que, respondiendo a las tres cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal Supremo (TS) español.

En el Derecho chileno, las cláusulas abusivas se regulan en el artículo 16 de la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores (LPC). La mayoría de los supuestos previstos en esta disposición responden a la lógica de las denominadas cláusulas negras, esto es, estipulaciones cuya abusividad se presume o se establece de manera categórica. Con todo, la letra g) del mismo artículo consagra una cláusula abusiva de carácter gris, en la medida en que adopta una formulación abierta y exige un juicio de integración por parte del intérprete. En tal sentido, la norma se apoya en criterios objetivos, que el juez debe incorporar al caso concreto conforme a la lógica propia de la teoría de las cláusulas generales. En particular, la letra g) del artículo 16 de la LPC reconoce como antecedente directo el artículo 3.1° de la Directiva 93/13/CEE del Consejo de ministros, de 5 de abril de 1993, relativa a las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores[57]. Concretamente la primera de dichas normas establece: «[n]o producirán efecto alguno en los contratos de adhesión las cláusulas o estipulaciones que: g) En contra de las exigencias de la buena fe, atendiendo para estos efectos a parámetros objetivos, causen en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones que para las partes se deriven del contrato. Para ello se atenderá a la finalidad del contrato y a las disposiciones especiales o generales que lo rigen [...]». Nótese que para la determinación de la abusividad de una cláusula el juez debe apelar a la afectación a la buena fe, y en su determinación debe recurrir a «parámetros objetivos», que además deben causar un perjuicio al consumidor, o un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones que para las partes se deriven del contrato. Y para poder determinar la concurrencia de cualquiera de estos dos criterios objetivos se debe atender a «la finalidad del contrato y a las disposiciones especiales o generales que lo rigen». Esa regla es diferente en la UE, que exige que: (i) las cláusulas contractuales no se hayan negociado individualmente (ii) se afecte la buena fe (en realidad este supuesto ha sido objeto de interpretación), y (iii) se cause un detrimento del consumidor, entendido como un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato. Y esta diferencia debe remarcarse desde que la finalidad del contrato y a las disposiciones especiales o generales que lo rigen, una vez determinado el criterio habilitante de intervención del juez, debe hacer referencia a una falla de mercado. Una vez desechada la autonomía de la voluntad, como criterio determinante, el criterio objetivo por excelencia conforme a lo analizado debería ser la corrección de una falla de mercado. El fin del contrato en términos sociales, por tanto, sería el beneficio del consumidor y el proveedor en una operación típica de mercado, como es por lo demás la contratación masiva.

Ahora bien, en torno al primer requisito, para la Directiva de la UE, estas cláusulas son objeto de un doble control: de transparencia formal y material[58]. El control formal está dado porque la cláusula pueda ser conocida por el consumidor (no esté redactada en un sentido técnico o ininteligible), y el control material se centra en que efectivamente el consumidor haya prestado

[57] La norma precedente es del siguiente tenor: «[l]as cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato».

[58] Véase PAGADOR (1999: 52:83), GONZÁLEZ PACANOWSKA, Requisitos de incorporación. Artículo 5, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coordinador), Aranzadi editorial, 1999, pp. 139-192, y DÍAZ ALABART, Contratación con condiciones generales y cláusulas abusivas, DÍAZ ALABART (coordinadora), Reus Editorial, Madrid, España, 2023, pp. 87-104.

su consentimiento a dicha cláusula (art. 4.2° de la Directiva)[59]. En realidad, estas formas de control representan la prevalencia de las tesis subjetivas del contrato, por cuanto de ser «discutida» la cláusula por las partes, ésta no puede ser abusiva. Sin perjuicio de lo anterior, en cuanto al desequilibrio se ha entendido que en la medida que sea relevante, la cláusula será abusiva, independientemente que la cláusula sea discutida por las partes. En España se entendió tempranamente que, por aplicación del artículo 10, bis 1 (Párrafo primero del número 1 del artículo 10 bis redactado por el número cuatro del artículo 1 de la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios), una cláusula, que genere un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes, será necesariamente abusiva[60]. Aplicando lo analizado en el Derecho europeo un caso que habilita a la intervención del juez es precisamente el desequilibrio importante del contrato.

En resumen, la intervención del juez exigiría una falla de mercado, que se configuraría por la falta de consentimiento, por una parte, y en el desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes, por la otra. Esto es lo que señala la norma habilitante.

Las consecuencias de declarar una cláusula como abusiva son, en primer lugar, su nulidad —que para una parte relevante de la doctrina constituye la regla general—; en segundo término, la sustitución de la estipulación abusiva por una norma nacional supletoria; y, finalmente, en casos extremos, la nulidad del contrato en su integridad[61]. En cuanto a los remedios aplicables, en el plano teórico —como destacan ADAR y BECHER— es posible oscilar entre una intervención intensa frente a las cláusulas abusivas (por ejemplo, mediante la nulidad) y una postura que descarta toda intervención; entre ambos polos, se despliega un conjunto de posiciones intermedias. La primera de ellas parte de la idea de que el desequilibrio estructural entre las partes —originado, entre otros factores, en asimetrías de información, sesgos conductuales y situaciones de vulnerabilidad— facilita la explotación del consumidor por el proveedor. Esa explotación se expresaría en la imposición de cláusulas ineficaces o injustas, incorporadas unilateralmente en condiciones generales que el consumidor, en los hechos, no puede negociar[62]. Esta perspectiva

[59] La precedente norma es del siguiente tenor: «2. La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible». ARTIGOT, en *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, veinte años después,* p. 293.

[60] CANO, (coordinador), *Aranzadi editorial*, 1999, pp. 108—109. La norma precedentemente indicada era del siguiente tenor: «1. Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. En todo caso, se considerarán cláusulas abusivas los supuestos de estipulaciones que se relacionan en la disposición adicional primera de esta Ley».

[61] DÍAZ ALABART, *Contratación con condiciones generales y cláusulas abusivas*, pp. 98-99 y VERDÚN PÉREZ, *Análisis y síntesis de la jurisprudencia del TJUE interpretadora de la Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas, con propuestas de lege ferenda a fin de elevar la protección del consumidor,* Derecho Privado, Vol. II, BOE, Madrid, España, 2024, pp. 1314—1322.

[62] A su vez, dentro de la primera posición se ha desarrollado una variante que propone reforzar la tutela mediante mecanismos de control ex ante de las cláusulas predispuestas, a cargo de una autoridad administrativa, con el objeto de prevenir la incorporación de estipulaciones abusivas antes de su utilización masiva en el mercado. Este es el sistema que opera en los seguros en que las primas deben estar previamente aprobadas por un ente administrativo, y este tema se ha discutido fuertemente en el Derecho chileno. En esto sentido, ADAR y BECHER sostienen: *«[r]ather than allowing harmful boilerplate terms to freely flood consumer markets uncontrolled, policy—makers should make a conscious effort to significantly reduce the frequency at which consumers face harmful*

se corresponde, en términos generales, con la orientación predominante del Derecho español y en el chileno.

La segunda tesis, en cambio, entiende que ciertos abusos o desventajas contractuales constituyen un «precio razonable» que el consumidor asume, en la medida en que se vería compensado por los ahorros de costos que la estandarización contractual genera (por ejemplo, menores costos de transacción, mayor rapidez y reducción de costos operativos, con potencial traslado a precios). Desde esta óptica, el control intensivo del contenido contractual podría resultar contraproducente si encarece la contratación o reduce la oferta. Para evitar estas consecuencias si bien, el criterio habilitante —como lo es el desequilibrio contractual—, se aleja de una falla de mercado, puede ser tratado como un coste de transacción. Y la corrección equivaldría a la corrección ex post de una falla, equiparando la cláusula abusiva al dolo omisivo, que genera eventualmente nulidad, y/o indemnización de perjuicios. La idea es desincentivar la conducta dolosa del proveedor. Nótese que el proveedor está agregando un coste para el consumidor, que desequilibra fuertemente las prestaciones contractuales, y, además, recurriendo a la cláusula que alteran los elementos de la esencia del contrato. Este análisis es el correcto, y el concepto de falla de mercado se debería aplicar conforme a esta óptica. Sin perjuicio de lo anterior, el control ex post de cláusulas abusivas no está exenta de problemas. Existe una cierta evidencia que este control, como se lleva a cabo en España, ha aumentado la litigiosidad en el sector bancario y ha tendido a rebajar el acceso al crédito hipotecario, aunque después de las reformas legales generadas por la jurisprudencia, sobre todo respecto de las denominadas cláusulas suelo, se aprecia un descenso del tipo de interés promedio[63].

En cuanto a Chile, aún a pesar que no hay evidencia de este fenómeno, las últimas reformas de la LPC tienden a conducir a un aumento de los costes de transacción. Casos claros de aumentos

exploitative terms in the first place. Instead of expecting uninformed, unmotivated, and dispersed consumers to challenge such standard terms in court (or in arbitration) ex post, professional public agencies can shrewdly and cost—effectively monitor consumer contracts in order to detect, deter, and respond to the use of such terms ex ante, even before they harm consumers» ([e]n lugar de permitir que términos estereotipados y dañinos inunden libremente los mercados de consumo sin control, los responsables de las políticas deberían hacer un esfuerzo consciente para reducir significativamente la frecuencia con la que los consumidores se enfrentan en primer lugar a términos explotadores y dañinos. En lugar de esperar que los consumidores desinformados, no motivados y dispersos puedan impugnar ex post tales términos estándar en la corte (o en el arbitraje), las agencias públicas profesionales pueden monitorear astutamente y de manera rentable los contratos de consumo para detectar, disuadir y responder al uso de tales términos ex ante, incluso antes de que perjudiquen a los consumidores). ADAR/BECHER, *Boston College Law Review,* PP. 2412.

[63] GONZÁLEZ-VAL, «Did the 2012 Spanish law reform to protect mortgage debtors modify banks' lending behavior?», *Humanit Soc Sci Commun 10*, 822, 2023, p. 7. Sin perjuicio de lo anterior, la rebaja de tasas más bien parece estar relacionada con políticas contracíclicas del Banco de España. Pero hay evidencia que la sobre regulación, ya sea legal o jurisprudencial, afecta la cobertura del crédito y encarece sus costos. GÓMEZ POMAR/GANUZA/ARTIGOT, «Standard contract terms and legal controls: a reconstruction from the law and economics theory of contract», Working Paper, Universitat Pompeu Fabra, 2018; JIMÉNEZ/MARTÍNEZ-MIERA/PEYDRÓ, « Who truly bears (Bank) taxes? Evidence from only shifting statutory incidence», en Imperial College London, Icrea, Universitat Pompeu Fabra, Crei, Barcelona GSE, and CEP, Banco de España, Eurosistema, 2020 y GÓMEZ POMAR/SEGURA MOREIRAS/SPRUK, «Litigation and the Mortgage Market: Evidence from Spain»: *GLEA 18th Annual Conference of the German Law and Economics Association*, 2021, p. 37. Como un ejemplo claro de estos costes regulatorios está el RDL N° 1/2017, de 20 de enero (BOE del 21) por el cuales se crearon 54 juzgados especiales para poder fallar las demandas contra los bancos por cláusulas cielo, más el establecimiento de arbitrajes extrajudiciales. Esto constituye un enorme costo regulatorio. Véase el detalle de las cifras: VICENT CHULIÁ, El derecho de defensa de los consumidores, renovación del derecho privado, Lara y Pérez (coordinadores), *Tratado de Derecho de consumo*, Aranzadi, Madrid, España, 2025, pp. 75-78.

de costos regulatorios en Chile se pueden apreciar en materia de regulación del fraude bancario[64] y rebaja del máximo de interés convencional, que han promovido bandas de prestamistas[65].

La corrección del contrato, una vez activada la norma habilitante, debiera estructurarse como una intervención instrumental, orientada a corregir la falla de mercado que subyace a la cláusula impugnada y a alinear incentivos ex ante. En este marco, el «equilibrio contractual» puede operar, a lo sumo, como un indicador auxiliar, pero no como un criterio autosuficiente, pues un restablecimiento meramente conmutativo puede producir soluciones desconectadas del funcionamiento del mercado y de los incentivos que enfrentan los proveedores. Desde esta perspectiva, la regla general coherente con AED —y con el artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE— es la nulidad parcial: la cláusula abusiva se expulsa del contrato, manteniéndose la vigencia del resto, en cuanto ello preserve un intercambio eficiente sin debilitar el efecto disuasivo. La integración mediante normas supletorias debe reservarse para supuestos de «*second-best*»: únicamente cuando sea estrictamente necesaria para evitar la inviabilidad del contrato y cuando el reemplazo sea previsible y estandarizable, minimizando discrecionalidad judicial y costos de error. Así, se sanciona la estipulación patológica sin desarticular innecesariamente el vínculo contractual, pero evitando que la corrección judicial se convierta en un seguro para el predisponente.

Para concluir, se examinarán algunos fallos en los que la tesis propuesta ha sido aplicada y otros en los que, razonablemente, podría aplicarse. En «Carnival Cruise Lines, Inc. v. Shute», por ejemplo, la controversia giró en torno a una cláusula de elección de foro en materia de jurisdicción, muy similar a la que se analiza en este trabajo[66]. La regla de foro, es decir, que la regla que determina a qué jurisdicción estatal se debe recurrir en caso demanda es una cláusula que se discute en la literatura americana[67]. Estas estipulaciones resultan especialmente

[64] La Ley N° 20.009/2005, y sobre todo la Ley N° 21.234/2020, que limitan la responsabilidad de los usuarios de tarjetas de crédito por operaciones realizadas con tarjetas extraviadas, prácticamente legitimaron el fraude bancario. Esta ley obligó a los bancos a restituir la extracción de fondos, que hacían los propios clientes de sus cuentas corrientes. Se llegó a operar por verdaderas bandas que promovían estas operaciones. Ante los alegatos de la Asociación de Bancos se logró que la Ley N° 21.673/2024, corrigiera parcialmente este problema. Ver: https://retailfinanciero.org/noticia/fraudes—en—medios—de—pago—el—dolor—de—cabeza—de—los—bancos—que—los—lleva—ahora—a—demandar—a—sus—clientes/.

[65] La Ley N° 20.715/2013, sobre Protección a Deudores de Créditos en Dinero, modificó el cálculo de la Tasa Máxima Convencional para el conjunto de operaciones que se ubiquen bajo las 200 UF, diferenciando entre dos segmentos: de 0 a 50 y 50 a 200 UF, rebajándola (ver: chrome—extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/29539/1/BCN_Evidencia_analisis_efecto_TMC.pdf). Esta ley que pretendía proteger a las personas ubicadas en los últimos quintiles de ingreso, rebajando las tasas de interés por ley, en la práctica operaron como precios máximos y generaron la desbancarización de los últimos quintiles. Véase: https://www.latercera.com/pulso/sbif—reconoce—impacto—negativo—la—menor—tasa—maxima—convencional—se—abre—cambios/ y https://comentarista.emol.com/2294117/26547358/Emol—Social—Facts.html).

[66] Véase https://supreme.justia.com/cases/federal/us/499/585/.

[67] Nótese que este es sólo un ejemplo desde la que la jurisprudencia americana más bien ha sido la contraria. En el Derecho interno rige el § 253.10 del Code of Federal Regulations. La norma precedente establece lo siguiente:

«§ 253.10 [Notice of contract of carriage choice—of—forum provisions].

No carrier may impose any contract of carriage provision containing a choice—of—forum clause that attempts to preclude a passenger, or a person who purchases a ticket for air transportation on behalf of a passenger, from bringing a claim against a carrier in any court of competent jurisdiction, including a court within the jurisdiction of that passenger's residence in the United States (provided that the carrier does business within that jurisdiction).

relevantes en el ámbito del transporte. Desde una perspectiva económica, la elección de foro puede reducir los costos de litigación para las compañías y, en la medida en que tales ahorros se trasladen al consumidor, podrían traducirse en una disminución del precio del pasaje. Con todo, esa eficiencia debe compatibilizarse con la tutela del derecho a defensa del consumidor, que hoy —gracias a las nuevas tecnologías— podría asegurarse, al menos en parte, mediante mecanismos de acceso electrónico a la justicia.

El fallo de la Corte Suprema de Chile, de 26 de junio de 2025, Rol Ingreso de la Corte N° 12146—2024, consideró una cláusula del contrato de mutuo de dinero de un crédito hipotecario, que establecía la prohibición a enajenar y gravar, que aceleró el crédito hipotecario, era abusiva[68]. El tema es que, si el bien es continuamente enajenado, aunque el banco puede perseguir a terceros adquirente a través de una acción de desposeimiento, ello encarecerá los gastos de cobro del crédito, aumentando en definitiva los costos del crédito. Esta es una mala solución ex ante para el consumidor. El tema podría tener matices desde que muchos bancos autorizan estas transferencias (de propiedad hipotecada con cláusula de no enajenar), pero exigen que el nuevo comprador se haga cargo del crédito hipotecario, y estudian si el nuevo deudor tiene capacidad de pago. Normalmente este problema podría solucionarse mediante una orden administrativa que definiera mejor el derecho, es decir, que dé necesariamente la posibilidad de celebrar contratos con y sin la cláusula de prohibición, cobrando el banco por el riesgo que asume. Nótese que por la hipoteca —que es un derecho real— el banco siempre asegura el pago del crédito.

En España existe una nutrida jurisprudencia en materia bancaria sobre cláusulas abusivas, sobre cláusulas suelo, de aceleración, etc. A continuación, se analizarán algunos fallos con relación a la aplicación de lo planteado en el presente trabajo. La STJUE (Sala Cuarta), Rol N° C-26/13, 30 de abril de 2014, «Kaslér y Kaslerné Rabaide» se pronuncia respecto de la calificación de abusiva de una cláusula adicional de un contrato de préstamo, que implica venta y compra de divisas con un sistema que perjudica sustancialmente al consumidor. El tema llegó al TJUE, que no se inclina por la nulidad de la cláusula, sino por su reemplazo[69]. El criterio de solución del caso, en torno a la sentencia de reemplazo, podría evaluarse conforme a la tesis planteada en este trabajo, sobre una falla de mercado. La norma habilitante estaría dada por la falta de claridad de la cláusula, y el eventual desequilibrio en las prestaciones. En este contexto la regla sustituta se podría reconstruir conforme a un criterio de eficiencia. Nótese que, como se ha visto, una vez que existe una norma habilitante, el juez puede intervenir el contrato conforme al concepto de falla, acercándolo al mercado perfecto. En dicho caso debería ponderarse el riesgo con la utilidad de

[Doc. No. DOT—OST—2010—0140, 76 FR 23163, Apr. 25, 2011]» (véase: https://www.law.cornell.edu/cfr/text/14/253.10?).

[68] En los considerandos 6° a 8° están los fundamentos del fallo. En cuanto a los requisitos de admisibilidad se resuelve que, «…en cuanto al segundo requisito de la letra g) del artículo 16 de la LPDC, esto es, si ella causa, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones que derivan del contrato, en consideración a: (i) la finalidad del contrato y (ii) las disposiciones especiales o generales que lo rigen, cabe razonar lo siguiente» (cons. 6°) y «…el acreedor no tiene ningún interés legítimo relativo a que si se infringe la prohibición de enajenar pueda verse afectado el pago aplazado de la deuda. El acreedor hipotecario, no obstante, la enajenación del inmueble a un tercero, conserva intacta su garantía real, siendo titular del derecho de persecución en contra del tercero poseedor […]» (cons. 7°).

[69] La STJUE, resuelve en el considerando 3), de la parte resolutiva, que: «[e]l artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, en una situación como la que es objeto del litigio principal, en la que un contrato concluido entre un profesional y un consumidor no puede subsistir tras la supresión de una cláusula abusiva, dicha disposición no se opone a una normativa nacional que permite al juez nacional subsanar la nulidad de esa cláusula sustituyéndola por una disposición supletoria del Derecho nacional».

mercado del contrato. La utilidad de mercado del contrato estará dada por el riesgo cambiario, es decir, de la prima que tendría el profesional por el riesgo cambiario. La cláusula por tanto debería inclinarse por la concreción de una prima de riesgo, que se puede determinar por perito. De esta forma ex ante se asegura una solución eficiente, es menos gravosa para el consumidor, pero también es eficiente porque valora el riesgo que debe asumir el proveedor.

La sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 3 de junio de 2010 planteó ante el TJUE en la causa «Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid/Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc) (Asunto C-484/08)» tres consultas prejudiciales relativos a la interpretación de los artículos 2 CE, 3 CE, apartado 1, letra g), y 4 CE, apartado 1, y de los artículos 4, apartado 2, y 8 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (DO L 95, p. 29)[70]. En cuanto a lo que interesa, el Tribunal Supremo español consultó si el Derecho interno español puede calificar como cláusula abusiva el objeto principal del contrato. A pesar que los arts. 4.2° y 19 de la Directiva sobre cláusulas abusivas excluyen esta posibilidad, la transcripción del art. 4.2 en la Ley N° 7/1998, de 13 de abril en el parlamento no se llevó a cabo (dicha incorporación no se habría incorporado por un error)[71]. Por tanto, esta ley no excluye la posibilidad que la judicatura realice un control de contenido de una cláusula, que se refiera el objeto principal del contrato, por considerarla como abusiva. El TJUE estimó que, al ser la Directiva de mínimos, dicha calificación es perfectamente posible, pero en realidad el tema es discutible por cuanto la exclusión de control de contenido de la Directiva se basó en argumentos de peso. La razón es que dicha incorporación atenta contra la economía de mercado[72]. En otras palabras, este control lleva a exigir en los contratos de consumo y de condiciones generales una autorización judicial *per se*, posterior al contrato, y que depende el consumidor. Pero, el consumidor siempre se fijará, en términos del contrato de compraventa, en el precio y la cosa. En este supuesto las partes son libres para convenir el precio o la cosa de un contrato —o, sea su objeto principal o los elementos de la esencia particulares del contrato—[73]. Conforme a lo planteado en este trabajo, por tanto, a pesar del silencio del legislador, el acuerdo sobre el objeto principal del contrato no puede dar lugar a un control de contenido, salvo que dichos elementos no estén claros, o sea evidente que la voluntad del consumidor no haya concurrido respecto de aquellos. Una diferencia en el precio, en principio, no puede ser una falla de mercado. Es una decisión libre e informado del consumidor. Sin embargo, este caso se puede

[70] CÁMARA LAPUENTE, , «¿De verdad puede controlarse el precio de los contratos mediante la normativa de cláusulas abusivas? De la STJUE de 3 junio 2010 (Caja de Madrid, C-484/08) y su impacto aparente y real en la jurisprudencia española a la STS (pleno) de 9 mayo 2013 sobre las cláusulas suelo», *Cuadernos de derecho transnacional*, Vol. 5, Nº. 2, 2013, pp. 209-233. PAZOS argumenta que a igual conclusión se llega, aplicando los arts. 4:110 (2) PECL y II.9:406 del DCFR, y agrega que dicho control aparte de destruir la libertad contractual es imposible. En los comentarios a la norma del DCFR se señala la inexistencia de baremo o criterio jurídico para orientar y delimitar el control. PAZOS, *El control de las cláusulas abusivas en los contratos con consumidores*, pp. 357-360. En realidad, podría por ejemplo establecerse como criterio de abusividad un 30% de sobre precio promedio, aunque un criterio como el planteado no contempla todas las circunstancias que podrían justificar el aumento del precio. Además, no está claro si las correcciones de precio o ajustes de precio generarán unos costes de judicialización, que compensen el eventual ahorro del consumidor.

[71] CÁMARA, *Cuadernos de derecho transnacional*, 2013. p. 214.

[72] PAZOS, *El control de las cláusulas abusivas en los contratos con consumidores*, pp. 345-36.

[73] La última jurisprudencia del Tribunal Supremo cambió de posición, y terminó desechando el control de contenido del objeto principal del contrato, y adecuación del precio. PAZOS, *El control de las cláusulas abusivas en los contratos con consumidores*, PP. (2017: 362). Sin perjuicio de esto, los argumentos señalados en este trabajo son especialmente relevantes en los países de la UE en que expresamente no se transfirió al Derecho interno el art. 4.2 por estimarse que los jueces podrían efectuar el control de contenido del objeto principal del contrato.

dar como si por ejemplo el elemento esencial del contrato está destacado en la cláusula tercera del contrato, que se relaciona con la contraprestación, pero en la cláusula décima tercera, después de acordar una serie de elementos accidentales y de la naturaliza del contrato, se agrega una cláusula que altera considerablemente el elemento de la esencia particular que constituye la obligación del consumidor. Esta cláusula puede ser objeto de control de contenido, no así si el objeto del contrato está claramente establecido en una cláusula única. La aplicación de las fallas de mercado, a través de la teoría de cláusulas generales, permite interpretar los arts. 8 de la Directiva sobre cláusulas abusivas de la UE, y 1 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. Estas disposiciones establecen el principio de protección del consumidor, que, conforme a lo señalado, debe conducir a preferir aquellas interpretaciones que corrijan la falla de mercado, a aquellas en las cuales se afecta el bienestar social de forma agregada[74]. La revisión judicial del mero objeto principal del contrato crea un costo de transacción en el consumo que no tiene una justificación en la mejora absoluta de la posición del consumidor, ya que en términos agregados lo perjudica.

8. A modo de conclusiones

8.1. Conclusiones generales

La tesis desarrollada en este trabajo busca dotar a la dogmática contractual de un criterio de corrección analíticamente verificable: La falla de mercado, entendida en sentido restringido, como puente entre el Análisis Económico del Derecho y las categorías tradicionales del Derecho privado. Con ello no se pretende sustituir la autonomía privada ni convertir la eficiencia en un criterio único, sino operativizarla dentro del razonamiento jurídico mediante la teoría de las cláusulas generales, reduciendo discrecionalidad y elevando el estándar de fundamentación de las decisiones. En términos jurídicos, el enfoque ofrece certeza y flexibilidad: certeza, porque exige condiciones de activación y de control; flexibilidad, porque permite ajustar el remedio al mecanismo que explica la disfunción, en lugar de descansar exclusivamente en nociones abiertas como buena fe, equidad, altruismo o equilibrio contractual. Y, en este sentido, la justicia distributiva tiene aplicación, conforme a las instituciones de derecho privado que sean específicamente aplicables, por tanto, lo que se plantea es una tesis complementaria a la clásica, pero que permite que el mercado funcione de mejor forma.

[74] Las referidas normas son del siguiente tenor:

«Artículo 8

Los Estados miembros podrán adoptar o mantener en el ámbito regulado por la presente Directiva, disposiciones más estrictas que sean compatibles con el Tratado, con el fin de garantizar al consumidor un mayor nivel de protección.

Artículo 1. [Principios generales].

En desarrollo del artículo 51.1 y 2 de la Constitución que, de acuerdo con el artículo 53.3 de la misma, tiene el carácter de principio informador del ordenamiento jurídico, esta norma tiene por objeto establecer el régimen jurídico de protección de los consumidores y usuarios en el ámbito de las competencias del Estado.

En todo caso, la defensa de los consumidores y usuarios se hará en el marco del sistema económico diseñado en los artículos38 y 128 de la Constitución y con sujeción a lo establecido en el artículo 139».

La aplicabilidad de la falla de mercado como cláusula general exige, como presupuesto, una norma habilitante que autorice la intervención (por ejemplo, en ámbitos típicos de contratación masiva o consumo). Esta opción «restrictiva» preserva la autonomía privada, como eje del Derecho de contratos, al tiempo que permite interpretar la norma habilitante conforme a su finalidad: reconducir —hasta donde sea razonable— el funcionamiento del mercado real hacia el ideal normativo de mercado perfecto. Pero también existe una forma más amplia de aplicación de esta teoría, que convertiría la falla de mercado en un parámetro general de corrección contractual, que va incluso más allá de la autonomía privada. Esa variante, aunque teóricamente coherente, se basa en Derecho mucho más colectivista, que no se sustenta sobre el individuo (es el individuo el que tiene que adaptarse a distintas formas del Derecho, en concreto al beneficio social). Este trabajo, más bien, se inclina por una concepción contenida, guiada por criterios de verificabilidad, costos de error y control institucional, y que basa al Derecho privado en la autonomía privada.

Sobre esa base, el trabajo propone un test operativo en cuatro etapas. Primero, la identificación del título de intervención (norma habilitante). Segundo, una verificación mínima mediante indicios observables (adhesión, complejidad, baja litigación individual, dispersión de daños, costos de cambio, etc.), pero con una exigencia adicional: precisar la falla específica que explica el resultado subóptimo (asimetría relevante, costos de transacción, externalidades negativas, problemas de agencia, entre otras). Tercero, la selección del instrumento menos costoso capaz de corregir la falla específica de que se trata —por ejemplo, transparencia reforzada cuando el problema es informativo; nulidad parcial o interpretación «*contra proferentem*» cuando el problema es de extracción contractual; mecanismos colectivos o control administrativo cuando el problema es de «*enforcement*»—, evaluando explícitamente riesgos de *second best*, efectos de desaliento («*chilling effects*»), sustitución hacia términos equivalentes y costos de cumplimiento. Cuarto, un control de intervención: Sin algún mecanismo de revisión (jurisprudencial, casacional, observatorios, seguimiento de efectos), la corrección puede degradar en sobreintervención, elevando precios, reduciendo oferta o erosionando la estabilidad del tráfico.

En suma, el aporte del artículo es doble: (i) propone una forma doctrinalmente plausible de incorporar el AED en el Derecho continental —a través de cláusulas generales— sin renunciar a los límites que impone la autonomía privada; y (ii) ofrece un test que estructura la decisión judicial en torno a mecanismos, costos y resultados esperables, con un criterio rector: La reducción de pérdidas sociales y la evitación de remedios simbólicos o meramente retóricos. Con ello, la tesis aspira a mejorar la consistencia y la calidad justificativa de la tutela contractual y, en especial, de la protección del consumidor, preservando el intercambio cuando sea eficiente y corrigiéndolo de manera focalizada cuando el mercado falla.

En resumidas cuentas, el presente artículo realiza tres aportes con relación a la interpretación e integración del contrato. Primero, vincula la falla de mercado a un comportamiento racional de los agentes, que el derecho debe combatir, y la específica el concepto de falla de mercado para evitar usos expansivos y poco controlables del concepto. Segundo, articula las fallas de mercado a través de una noción dogmática, aplicando la teoría tratamiento de cláusulas generales, lo que busca compatibilizar economía y tradición continental. Y finalmente, construye un test operativo, para la intervención judicial con pretensión de reducir discrecionalidad y controlar el riesgo de sobreintervención.

8.2. Conclusiones específicas

Una falla de mercado jurídicamente relevante presupone una disfunción estructural verificable —como poder de mercado, información imperfecta, externalidades, costes de transacción, problemas de agencia, déficit de enforcement, etc.— que impide que la competencia, el consentimiento o los remedios individuales disciplinen adecuadamente la relación contractual. El aporte específico de este trabajo consiste en destacar la función causal de la racionalidad individual dentro de esas disfunciones: los agentes, al responder racionalmente a los incentivos existentes, pueden reproducir, estabilizar o profundizar un resultado subóptimo. La racionalidad no define por sí sola la falla, sino que explica su sobrevivencia. Por ello, no toda desigualdad contractual, ventaja económica o apropiación de una mayor porción del excedente constituye una falla de mercado.

9. Bibliografía

ADAR, Yehuda / BECHER, Samuel I., «Ending the License to Exploit: Administrative Oversight of Consumer Contracts», *Boston College Law Review*, 62(7), 2021, pp. 2405-2466.

AKERLOF, George A., «The Market for "Lemons", Quality Uncertainty and the Market Mechanism», *The Quarterly Journal of Economics*, 84(3), 1970, pp. 488–500.

ALFARO AGUILA-REAL, Jesús, «Cláusulas abusivas, cláusulas predispuestas y condiciones generales», Anuario Jurídico de La Rioja, n.º 4, 1998, pp. 53-70.

ARTIGOT GOLOBARDES, Mireia, «La protección del consumidor en el marco de la carta de derechos fundamentales de la Unión Europea», en *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, veinte años después,* Santiago RIPOL CARULLA (dir.), Juan Ignacio UGARTEMENDÍA ECEIZABARRENA (dir.), 2022, pp. 275-306

AUSTRALIAN TREASURY, «Price Regulation of Utilities», en *Economic Roundup, The Treasury, Australian Government,* issue 1, February, 1999, pp. 57-69.

BARASSI, Lodovico, *La teoria generale delle obbligazioni*, Vol. II, Le fonti, Milano, 1946.

BARCIA LEHMANNN, Rodrigo, «El Análisis Económico del Derecho (AED) como fundamento teórico del contrato y su proyección en los derechos civil y del consumo», *Revista de Derecho Privado*, Universidad del Externado, Colombia, Núm. 50, 2026, enero-junio, pp. 301- 332.

BAR-GILL, Oren, El Derecho, la economía y la psicología de los contratos de consumo, en VÁSQUEZ, O. (ed.), *Análisis económico del Derecho,* Santiago, Rubicón, 2017, pp. 107-175 (traducción VÁSQUEZ, O. del primer capítulo del libro: BAR-GILL, *Seduction by contract*, Oxford, Oxford University Press, 2012).

BATOR, Francis M., «The Anatomy of Market Failure», *The Quarterly Journal of Economics*, 72(3), 1958, pp. 351–379.

BEN-SHAHAR, Omri, «The myth of the 'opportunity to read' in contract law», John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper No. 415, 2008.

BENATTI, Francesca, La función de las cláusulas generales en la interpretación e integración contractual, en PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., *Interpretación, calificación e integración contractual*, Ediciones Olejnik, Santiago de Chile, 2020, pp. 309-317

BETTI, Emilio, *Teoría general del negocio jurídico*, Editorial Comares, Granada, España, 2000..

BUCHANAN, James M., «Market Failure and Political Failure», *Cato Journal,* 8(1), 1988, pp. 1–13.

CABRILLO RODRÍGUEZ, Francisco, «La economía, el Estado y el derecho», Información Comercial Española (ICE): *Revista de economía*, 905, 2018, pp. 35–46.

CALABRESI, Guido / MELAMED, A. Douglas, «Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral», *Harvard Law Review,* 85(6), 1972, pp. 1089–1128.

- «Reglas de propiedad, reglas de responsabilidad y de inalienabilidad: Una vista de la catedral», *Estudios Públicos,* 63, Santiago de Chile, 1996, pp. 348–392.

CÁMARA LAPUENTE, Sergio, «¿De verdad puede controlarse el precio de los contratos mediante la normativa de cláusulas abusivas? De la STJUE de 3 junio 2010 (Caja de Madrid, C-484/08) y su impacto aparente y real en la jurisprudencia española a la STS (pleno) de 9 mayo 2013 sobre las cláusulas suelo», *Cuadernos de derecho transnacional*, Vol. 5, Nº. 2, 2013, pp. 209-233.

CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, José Ignacio, *La equidad en el Derecho Privado. Derecho y justicia*, e-libro, Corp., Barcelona, España, J.M. Bosch, 2009.

CHIASSONI, Pierluigi, «Las cláusulas generales, entre teoría analítica y dogmática jurídica», Revista *de Derecho Privado*, 21, 2011, pp. 89–106.

COASE, Ronald H., «The Lighthouse in Economics», *The Journal of Law and Economics*, 17(2), 1974, pp. 357–376.

COASE, Ronald H., «The Problem of Social Cost», *Journal of Law and Economics*, 3, 1960, pp. 1–44.

DAGAN, Hanoch / HELLER, Michael, *The Choice Theory of Contracts*, Nueva York, Cambridge University Press, 2017.

DEMIRGÜÇ-KUNT, Asli / LEVINE, Ross, «Stock Markets, Corporate Finance, and Economic Growth: An Overview», *The World Bank Economic Review,* 10(2), 1996, pp. 223–239.

DEN HERTOG, Johan, «Review of economic theories of regulation», *Review of economic theories of regulation,* Utrecht School of Economics Tjalling C. Koopmans Research Institute Discussion Paper Series 10-18, 2010, pp. 1-58.

DÍAZ ALABART, Silvia, Contratación con condiciones generales y cláusulas abusivas, DÍAZ ALABART (coordinadora), Reus Editorial, Madrid, España, 2023, pp. 79-104.

EYZAGUIRRE BAEZA, Cristóbal / RODRÍGUEZ DIEZ, Javier, «Expansión y límites de la buena fe objetiva -a propósito del "Proyecto de Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos"», Revista*Chilena de Derecho Privado*, 21, 2013, pp. 137–216.

GARCÍA SALGADO, María José, «Determinar lo indeterminado: sobre cláusulas generales y los problemas que plantean», *Anuario de filosofía del Derecho*, Nº 20, 2003, pp. 105-130.

GÓMEZ POMAR, Fernando, «La relación entre normativa sobre protección de consumidores y normativa sobre defensa de la competencia, Una visión desde el análisis económico del Derecho», *Indret,* 1/2003.

GÓMEZ POMAR, Fernando /GANUZA, Juanjo / ARTIGOT, Mireia, «Standard contract terms and legal controls: a reconstruction from the law and economics theory of contract», Working Paper, Universitat Pompeu Fabra, 2018, pp. 1-78.

GÓMEZ POMAR, Fernando / SEGURA MOREIRAS, Adrián / SPRUK, Rok, «Litigation and the Mortgage Market: Evidence from Spain»: *GLEA 18th Annual Conference of the German Law and Economics Association*, 2021, pp. 1-37.

GONZÁLEZ PACANOWSKA, Isabel, Requisitos de incorporación. Artículo 5, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coordinador), Aranzadi editorial, 1999, pp. 139-192.

GONZÁLEZ-VAL, Rafael, «Did the 2012 Spanish law reform to protect mortgage debtors modify banks' lending behavior?», *Humanit Soc Sci Commun 10*, 822, 2023.

HERWIG, Pilaj, «The Choice Architecture of Sustainable and Responsible Investment: Nudging Investors Toward Ethical Decision-Making», *Journal of Business Ethics,* February 2017, Vol. 140, No. 4, (February 2017), pp. 743-753.

HERNÁNDEZ, Leonardo / PARRO, Fernando, «Sistema financiero y crecimiento económico en Chile», *Central Bank of Chile Working Papers* N° 291, diciembre, 2004.

HUANG, Bert I., «Surprisingly Punitive Damages», *Virginia Law Review*, 100(5), 2014, pp. 1027–1059.

HUMMEL, Jeffrey Rogers, «National defense and the public-goods problem», *Journal des Economistes et des Etudes Humaines,* 4, 1994, pp. 353–377.

JALUZOT, Béatrice, *La bonne foi dans les contrats-Étude comparative des droits français*, *Allemand et Japonais,* Paris, Dalloz, 2001.

JIMÉNEZ, Gabriel; MARTÍNEZ-MIERA, David & PEYDRÓ, José Luis, « Who truly bears (Bank) taxes? Evidence from only shifting statutory incidence», en Imperial College London, Icrea, Universitat Pompeu Fabra, Crei, Barcelona GSE, and CEP, Banco de España, Eurosistema, 2020.

KAPLOW, Louis, «Rules Versus Standards: An Economic Analysis», *Duke Law Journal*, 42(3), 1992, pp. 557–629.

KOROTANA, Mohammed, «The Emergence of Regulation: Market Failure, Subversion of Justice and Inadequacy of Private Law», *European Business Law Review*, 28(5), 2017, pp. 615–633.

KUYER, Paul / GODIJN, Bert, «Nudge in perspective: A systematic literature review on the ethical issues with nudging», *Rationality and society*, vol. 35, N°2, 2023, pp. 191-230.

LA PORTA, Rafael / LOPEZ DE SILANES, Florencio; SHLEIFER, Andrei & VISHNY, Robert W., «Legal Determinants of External Finance», *The Journal of Finance*, Vol. 52, No. 3, Papers and Proceedings Fifty-Seventh Annual Meeting, American Finance Association, New Orleans, Louisiana January 4-6, Jul., 1997, pp. 1131-1150.

LIPSEY, R. G. / LANCASTER, Kelvin, «The General Theory of Second Best», *The Review of Economic Studies*, 24(1), 1956, pp. 11–32.

LOPEZ DÍAZ, Patricia Verónica, «El principio de equilibrio contractual en el Código Civil chileno y su particular importancia como fundamento de algunas instituciones del moderno derecho de las obligaciones en la dogmática nacional», *Revista Chilena de Derecho Privado*, 25, 2015, pp. 115–181.

MADRIAN, Brigitte C., «Applying Insights from Behavioral Economics to Policy Design», *Annual Review of Economics*, 6, 2014, pp. 663–688.

MENEGHETTI, Karina, «La defensa no es un bien público puro ni una falla de mercado: desafiando los supuestos de la teoría económica neoclásica», *CEFADIGITAL,* 2019, pp. 11-32.

OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena, *La formulación de tipos penales. Valoración crítica de los Instrumentos de Técnica Legislativa*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2011.

PAGADOR LÓPEZ, Javier, *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas*, Marcial Pons, Ediciones jurídicas y sociales, SA, Madrid, Barcelona, 1999.

PAN, Eric J., «Understanding Financial Regulation», *Utah Law Review*, 4, 2012, pp. 1897-1947.

PAZOS CASTRO, Ricardo, *El control de las cláusulas abusivas en los contratos con consumidores*, Thomson Reuters, Aranzadi, Pamplona, España, 2017.

PFEFFER URQUIAGA, Francisco, «Nuevas normas sobre gobierno corporativo y mayores responsabilidades para los directores de sociedades anónimas», *Revista Chilena De Derecho*, 2024, 27(3), 485–499.

POSNER, Richard A., *Economic Analysis of Law*, Little Brown and Company, 1973.

RAJAN, Raghuram G. / ZINGALES, Luigi, «Financial Dependence and Growth», *The American Economic Review*, 88(3), 1998, pp. 559–586.

RICHARDS, Timothy J./KLEIN, Gordon J./BONNET, Céline/BOUAMRA-MECHEMACHE, Zohra, «Strategic Obfuscation and Retail Pricing», Review of Industrial Organization, vol. 57, núm. 4, 2020, pp. 859-889.

ROMERO GUZMÁN, Juan José, «¿Capturados por nuestra suspicacia? algunas aproximaciones acerca del origen, desarrollo y extinción de las regulaciones», *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 35, No. 1 (enero - abril), 2008, pp. 9-35.

SANDMO, Agnar, «Asymmetric Information and Public Economics: The Mirrlees-Vickrey Nobel Prize», *Journal of Economic Perspectives*, vol. 13, n.º 1, 1999, pp. 165-180.

SCHAUER, Frederick, «Precedent», *Stanford Law Review*, 39(3), 1987, pp. 571–605.

SCHICK, Frederic, Rationality and Sociality, en *PSA: Proceedings of the Biennial Meeting of the Philosophy of Science Association*, 1976, Vol. 1976, Volume Two: Symposia and Invited Papers, 1976, pp. 395-407.

SCHMIDT-RIMPLER, Walter, Funktionswandel der Privatrechtsinstitutionen, en Baur, Fritz (ed.), *Festschrift für Ludwig Raiser zum 70. Geburtstag*, Zum Vertragsproblem, Tübingen, Mohr, 1974, pp. 3–26.

SHARKEY, Catherine M., «Punitive Damages as Societal Damages», *The Yale Law Journal,* 113(2), 2003, pp. 347–453.

SCHWARTZ, Alan & SCHWARTZ, Louis L., «Intervening in markets on the basis of imperfect information: a legal and economic analysis», *University of Pennsylvania Law Review,* Vol. 127, No. 3 (Jan., 1979), pp. 630-682.

SPULBER, Daniel F., *Regulation and Markets*, MIT Press, Cambridge (MA), 1989.

URETA IBARRA, Guillermo, «La sanción penal, como herramienta de reemplazo de la decisión empresarial: Una crítica a la luz del buen gobierno corporativo y la alternativa basada en la experiencia empírica chilena y canadiense», *Revista De Derecho Aplicado LLM UC*, (14), 2025.

VERDÚN PÉREZ, Francisco, *Análisis y síntesis de la jurisprudencia del TJUE interpretadora de la Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas, con propuestas de lege ferenda a fin de elevar la protección del consumidor,* Derecho Privado, Vol. II, BOE, Madrid, España, 2024.

VELLUZZI, Vito, «Le clausole generali. Semantica e politica del diritto», *Quaderni di Filosofia analítica del diritto*, 12, Giuffrè, Milano, 2010.

VICENT CHULIÁ, Francisco, El derecho de densa de los consumidores, renovación del derecho privado, Lara y Pérez (coordinadores), *Tratado de Derecho de consumo*, Aranzadi, Madrid, España, 2025, pp. 41-95.

WIEACKER, Franz, *El principio general de la buena fe*, Ediciones Olejnik, 2019.

WILLIAMSON, O. E., «Williamson's The Economic Institutions of Capitalism», *The RAND Journal of Economics,* Vol. 17, No. 2 (Summer, 1986), pp. 279-286.

WINSTON, Clifford, *Government Failure versus Market Failure*, AEI-brookings Joint Center for Regulatory Studies, Washington, D.C., USA, 2006.

ZERBE, Richard O. Jr., / HOWARD, McCurdy, «The End of Market Failure», *Regulation*, vol. 23, no. 2, 2000, pp. 10-14.