

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO USFQ

Colegio de Jurisprudencia

**La restricción de la cláusula penal desde la perspectiva
de la teoría del incumplimiento eficiente**

Valerie Rodriguez Ochoa

Jurisprudencia

Trabajo de fin de carrera presentado como requisito para la
obtención del título de Abogada

Quito, 28 de abril de 2023

© DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento certifico que he leído todas las Políticas y Manuales de la Universidad San Francisco de Quito USFQ, incluyendo la Política de Propiedad Intelectual USFQ, y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo quedan sujetos a lo dispuesto en esas Políticas.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Educación Superior del Ecuador.

Nombres y apellidos: Valerie Rodríguez Ochoa

Código: 00205516

Cédula de identidad: 0604492579

Lugar y Fecha: Quito 28 de abril de 2023

ACLARACIÓN PARA PUBLICACIÓN

Nota: El presente trabajo, en su totalidad o cualquiera de sus partes, no debe ser considerado como una publicación, incluso a pesar de estar disponible sin restricciones a través de un repositorio institucional. Esta declaración se alinea con las prácticas y recomendaciones presentadas por el Committee on Publication Ethics descritas por Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing, disponible en <http://bit.ly/COPETHeses>.

UNPUBLISHED DOCUMENT

Note: The following capstone Project is available through Universidad San Francisco de Quito USFQ institutional repository. This statement follows the recommendations presented by the Committee on Publication Ethics COPE described by Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing available on <http://bit.ly/COPETHeses>.

LA RESTRICCIÓN DE LA CLÁUSULA PENAL DESDE LA PERSPECTIVA DE LA TEORÍA DEL INCUMPLIMIENTO EFICIENTE¹

RESTRICTION OF THE PENALTY CLAUSE FROM A PERSPECTIVE OF EFFICIENT BREACH

Valerie Rodríguez Ochoa²

RESUMEN

La institución que es el Derecho de Contratos se encuentra en crisis; con sus principios básicos desafiados por el constante cambio de la sociedad. Desafíos que llegan en forma de cambios en los contratos, y en la introducción de nuevos análisis que pueden trabajar en conjunto con el derecho. Ergo, este trabajo busca analizar como la economía puede relacionarse con el derecho. A través del análisis económico del derecho, se introduce la eficiencia y consigo a la teoría del incumplimiento eficiente. Teoría que, puede restringir a una de las cláusulas más antiguas del Derecho Civil, la cláusula penal; donde el derecho económico del contrato busca el beneficio de ambas partes y la mejor distribución de los recursos. Por lo tanto, este trabajo pretende analizar a profundidad la cláusula penal y el incumplimiento eficiente.

PALABRAS CLAVE

Cláusula penal, incumplimiento eficiente, remedio, análisis económico, contrato

ABSTRACT

The institution that is Contract Law is in crisis. Basic principles that are held near and dear to Law are being challenged by societal changes. These challenges come in the form of changes in contracts, and in the introduction of new analyses that work together with law. Thus, this paper seeks to analyze how economy and law can relate to one another. Through the economic analysis of law, efficiency and the theory of efficient breach are introduced. Theory that, can restrict one of the oldest clauses in Civil Law, the penalty clause. Where economic contract law seeks benefits for both parties involved and to properly distribute resources. With the penalty clause lacking this objective, it becomes an inefficient alternative from the remedy regime. Therefore, this paper pursues a deep analysis of the penalty clause and efficient breach.

KEY WORDS

Penalty clause, efficient breach, remedy, economic analysis, contract.

¹ Trabajo de titulación presentado como requisito para la obtención del título de Abogada. Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Dirigido por xxxxxx.

² © DERECHOS DE AUTOR: Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política. Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

SUMARIO

1.INTRODUCCIÓN.- 2. MARCO NORMATIVO.- 3. ESTADO DEL ARTE. -4. MARCO TEÓRICO. - 5. DESARROLLO- 6. CONCLUSIONES.

1. Introducción

Actualmente, la decadencia de la autonomía privada y de la libertad contractual han conllevado a que el contrato se encuentre en crisis. Debido a que, al desbordarse el rol del individualismo en la autonomía privada y libertad contractual, se justificó una paulatina intervención estatal de la economía dentro del ordenamiento³; esto, para lograr una mejor distribución de la riqueza y los recursos. Misma intervención que en el derecho, “[...]tomó la forma de un dirigismo contractual [...]” conducido a proteger intereses superiores a los de los particulares de las partes, y disminuir las desigualdades que se distinguían en las relaciones contractuales⁴. Al tiempo, redujo el libre accionar de los particulares.

Donde múltiples autores concuerdan que, una de las causas más relevantes de este dirigismo, que logró restringir la autonomía privada en materia de contratos, “ha sido la masificación de la producción y oferta de bienes de consumo”⁵; introduciendo a lo que hoy se conoce como, contratos estandarizados. Como con todo lo nuevo, estos contratos traen consigo nuevos desafíos y riesgos en relación a posiciones de poder de las partes involucradas. Afectando de manera directa, a la definición literal y teórica de la autonomía privada que se fundamenta en la igualdad y libertad de las partes⁶.

Razón por la cual, varios autores han declarado la crisis del contrato porque “[...] se lo ha despojado de la libertad de configuración interna [...]”⁷; lo que, es parte central del concepto tradicional del contrato. Conduciendo a afirmar que, el contrato pasa por un momento tangente y real de cambios.

En este fenómeno, es el análisis económico del contrato el que juega un papel fundamental, porque este análisis da origen a una de las teorías que amenaza a la institución

³ Luis Parraguez, *Régimen jurídico del Contrato* (Quito: Cevallos – Editora Jurídica, 2017), p 112.

⁴ *Id.*, 113.

⁵ *Id.*

⁶ *Id.*, 114

⁷ *Id.*

del contrato: la teoría del incumplimiento eficiente. La teoría del incumplimiento eficiente cuestiona la obligatoriedad del cumplimiento de un contrato, que es tan característico del mismo⁸.

En la regulación de los contratos existen diversas maneras con las que se procura proteger y/o reforzar el cumplimiento. Uno de estos mecanismos del contrato se conoce como la cláusula penal. La cláusula penal es una cláusula que busca imponer una sanción al contratante incumplido, y como tal constituye un incentivo para el cumplimiento⁹.

No obstante, al ritmo que cambia el ámbito social es pertinente cuestionarse si debe evolucionar la regulación de los contratos y permitir que se desafíe al cumplimiento en ciertos casos. La presente investigación busca justamente analizar la restricción de la cláusula penal desde la perspectiva de la teoría del incumplimiento eficiente.

2. Marco Normativo

La presente sección tiene como objetivo resumir los instrumentos normativos que se emplearán a lo largo del presente trabajo de investigación. La descripción aquí incluida se enfoca en establecer una clara conexión entre el instrumento escogido y el tema que se abordará.

El instrumento nacional que se utilizará se detalla a continuación. En lo referente a códigos, solo se empleará el Código Civil¹⁰, CC; mismo que regula las relaciones civiles de las personas. Con la intención de enfocar y establecer bases, se detallará a continuación conceptos vitales para esta investigación.

El primer concepto es la base en la que se construirá esta investigación, donde el CC define al contrato como, un acto donde una persona se obliga con la otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cabe recalcar que, cada parte puede ser una o varias personas¹¹.

Segundo, es neceser entender la relación que existe entre el contrato y el incumplimiento; donde el CC, lo contempla con la condición resolutoria que envuelve los contratos bilaterales cuando no se cumple lo pactado por una de las partes contratantes. No obstante, el otro contratante puede solicitar o la resolución del contrato o el cumplimiento del contrato, con indemnización de perjuicios¹².

⁸ Felipe Jiménez Castro, "Una crítica a la idea de incumplimiento eficiente desde el Derecho de Contratos." *Revista Chilena de Derecho Privado* 29 (2017), 99-136. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-80722017000200099>

⁹ Iñigo de la Maza, "El secreto está en la técnica: los límites a la Cláusula Penal." *Revista Chilena de Derecho Privado*, no. 7 (2006), 19-50. Redalyc, <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=370838866002>, p 21.

¹⁰ Código Civil [CC], R.O. Suplemento 46, de 24 de junio de 2005, reformado por última vez R.O. 46 de 14 de marzo de 2022.

¹¹ Artículo 1454, CC.

¹² Artículo 1505, CC.

Tercero, intrínsecamente envuelto con el incumplimiento está la cláusula penal. De acuerdo con el CC, esta cláusula es aquella en que una persona para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena; donde la misma consiste en dar o hacer algo en el caso de no cumplir con la obligación principal o demorar en su cumplimiento¹³.

Por último, el CC establece que los contratos se deben ejecutar de buena fe. Ergo, obligan a lo que en ellos expresan y a todas las cosas que emanan de la naturaleza de la obligación; o que, por la ley o costumbre pertenecen a ella¹⁴. Así, el anterior término engloba y conecta todos los términos anteriormente mencionados para evitar confusiones; y de esta manera, profundizar desde esta sección en adelante los temas de la investigación.

3. Estado del Arte

La siguiente sección recapitula los trabajos más relevantes e íntimamente relacionados a la cláusula penal y la teoría del incumplimiento eficiente. De manera que, este trabajo se desarrolla con la base académica ya fundada, sobre los mismos o similares temas, por los autores que se detallan a continuación.

Markovits y Rauterberg enredan las perspectivas de distintas disciplinas fuera del derecho—como la economía, la filosofía, sociología, etc.—con el derecho mismo. Su obra introduce al lector al análisis económico del derecho en el marco del estudio de los contratos dentro del contexto del *Common Law*, aplicado en Estados Unidos. Principalmente, exponen cómo la eficiencia está entrelazada con los contratos; debido a que, la economía eficiente se encuentra presente en las decisiones detrás del derecho. No obstante, recalcan cómo esta economía eficiente solo debería jugar un rol limitado en la creación de políticas o en general en deliberaciones prácticas¹⁵. A pesar de esto, el análisis económico ilustra cómo funcionaría un exitoso acercamiento interdisciplinario al derecho¹⁶; estableciendo cómo, la teoría del incumplimiento eficiente es su contribución más famosa al derecho de contratos¹⁷.

Tal teoría, según lo plantean Markovits y Rauterberg, está intrínsecamente relacionada con distintos tipos de incentivos porque de eso depende su ejecución o puesta en práctica. Exponen que, cuando incentivos como los costos de transacción de cumplir son altos, los daños por las expectativas frustradas (*expectation damages*) son el remedio eficiente al momento de decidir

¹³ Artículo 1551, CC.

¹⁴ Artículo 1562, CC.

¹⁵ Daniel Markovits, Gabriel Rauterberg, "Economic Efficiency", *Contracts: Law, Theory and Practice* (Santa Barbara: Foundation Press, 2018), 13-23, p 13 (traducción no oficial).

¹⁶ *Id.*, 13.

¹⁷ Daniel Markovits, Gabriel Rauterberg, "The Efficiency of Expectation Damages", *Contracts: Law, Theory and Practice* (Santa Barbara: Foundation Press, 2018), 24-32, p 25 (traducción no oficial).

por la parte en cumplir o incumplir. Allanando el camino, para abordar la relación que existe entre el derecho de daños y el incumplimiento; donde se discute la ejecución de la cláusula penal.

Discusión que, establece como base que las cláusulas penales que sancionan al incumplimiento en su ordenamiento jurídico, no son aplicables/permitidas¹⁸; donde solo se encuentran permitidas las indemnizaciones por daños efectivamente causados. Además, argumenta cómo una cláusula penal puede desalentar el cumplimiento o incumplimiento eficiente. Lo cual se estudia en el libro, a través del análisis de sentencias; derivando en cómo esta cláusula puede que no tenga ningún otro efecto, aparte de disuadir ciertos incumplimientos eficientes¹⁹.

Por su parte, el trabajo de De la Maza explora detalladamente tres justificaciones posibles para imponer límites a la cláusula penal, y la técnica para aplicarlas; siendo una de las justificaciones, la eficiencia desde el análisis económico del derecho. Dado que, el autor establece cómo existen problemas respecto a la fijación de los límites y hostilidad de las cláusulas penales; porque la pena es mayor, y más que nada, desproporcionada con el daño que sufre el acreedor a raíz del incumplimiento²⁰. A lo largo del artículo, se desarma a la cláusula penal con sus beneficios, desventajas, regulación y límites. La eficiencia, como límite se abarca hacia el final de la obra, a través de la teoría de incumplimiento eficiente.

En este punto, se argumenta como bien esta teoría resulta atractiva, es necesario precisarle. Puesto que, surgen dos supuestos: primero, si se parte de la idea de que ambas partes contrataron de manera racional, existen buenas razones para suponer que la cláusula penal cumple con una función diferente a impedir el incumplimiento eficiente; segundo, si se acepta que no cumple la cláusula con otra función que no sea la mencionada anteriormente, sólo resulta interesante la opción del incumplimiento eficiente o de limitar la cláusula penal si las otras posibilidades que dicta el ordenamiento jurídico no impiden este tipo de incumplimiento²¹. Concluyendo que efectivamente, la eficiencia puede justificar la imposición de limitaciones a la cláusula penal²²; donde ésta debería reposar no en una regla, sino en base a un estándar.

¹⁸ Daniel Markovits, Gabriel Rauterberg, "Remedies Specified by the Parties", *Contracts: Law, Theory and Practice* (Santa Barbara: Foundation Press, 2018), 173-190, p 179 (traducción no oficial).

¹⁹ *Id.*, 183.

²⁰ Iñigo de la Maza, "El secreto está en la técnica: los límites a la Cláusula Penal", 26.

²¹ *Id.*, 39.

²² Iñigo de la Maza, "El secreto está en la técnica: los límites a la Cláusula Penal".

Respecto a la teoría del incumplimiento eficiente, Castro a través de su crítica de la misma, presenta una perspectiva contraria a De la Maza. El trabajo define a la teoría, su importancia desde la perspectiva del análisis económico del Derecho de Contratos, y argumenta que el incumplimiento eficiente es inadecuado para el análisis de los remedios frente al incumplimiento.²³ A causa de un problema central de esta teoría, el que se centra solo en el individuo y sus propias decisiones; ergo, viste de una perspectiva bastante parcial.

Razón por la cual, Castro se suma a la crítica de otros autores entorno a la eficiencia y el remedio adecuado porque establece cómo no se puede basar el cumplir o no cumplir una decisión solo y únicamente desde la decisión del deudor²⁴. Hecho que, pone en riesgo uno de las reglas jurídicas básicas del Derecho Civil: *pacta sunt servanda*; donde el mensaje que transmite la teoría es que el incumplimiento puede ser deseable, y así, dificultando el deber principal de las partes de cumplir con el contrato. En consecuencia, el autor regresa de manera circular pero más específica a su primera tesis: “el incumplimiento eficiente es una justificación inadecuada de la indemnización compensatoria”²⁵, y carece de consistencia respecto a los remedios que pretende sustituir.

4. Marco Teórico

A continuación, esta división resalta las teorías bases de los conceptos que son parte del análisis llevado a cabo para el tema de esta investigación.

4.1. Derecho de Contratos & Contratos

Por un lado, desde la perspectiva instrumentalista, el Derecho de Contratos solo es el medio para la regulación “de la actividad privada, facilitando la cooperación y coordinación entre las personas, lo que genera consecuencias socialmente valiosas, tales como la eficiencia económica”²⁶. Por otro lado, existe otra teoría sobre el Derecho de Contratos que rechaza al instrumentalismo, y establece que éste reconoce y respeta el poder que sostienen los individuos para modificar las relaciones jurídicas que crean entre ellos²⁷. No obstante, cada una de las teorías sobre el tema encuentra unión en la negación acerca de que son los efectos los que otorgan valor moral o político al Derecho de Contratos; más bien, declaran que este valor surge de la interacción entre las partes y lo que eso implica para las normas²⁸.

²³ Felipe Jiménez Castro, “Una crítica a la idea de incumplimiento eficiente desde el Derecho de Contratos”.

²⁴ *Id.*

²⁵ *Id.*

²⁶ *Id.*

²⁷ Peter Benson, “Contract”, *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory* 2 (Oxford: Blackwell, 1996), 29-63. <http://ai-makurdi.org/wp-content/uploads/2020/04/91.-A-Companion-to-Philosophy-of-Law-and-Legal-Theory-by-Dennis-Patterson-1.pdf> (traducción no oficial).

²⁸ Allan Beever, *Forgotten Justice: Forms of Justice in the History of Legal and Political Theory* (Oxford: Oxford University Press, 2013).

Con base en sus principios rectores, se sostiene que el fundamento de su fuerza obligatoria reconocida al contrato, se deriva de su utilidad social y de su conformidad a la justicia contractual²⁹. Donde como se ha reconocido ampliamente, una de las funciones de este derecho, la más inequívoca, es desincentivar el incumplimiento³⁰. De esta manera, persigue uno de los fines inculcado por el Derecho Privado: la justicia correctiva³¹. Existe una teoría sobre los contratos que considera que los contratos son mecanismos de coordinación dentro de la cadena productiva de redes de actividades económicas y contractuales³². Otras teorías consideran, que el contrato es una confrontación donde los intereses de cada uno buscan obtener ventajas sobre los demás³³. Cuando en realidad, su función es dinamizar el sistema de los derechos subjetivos para que las personas pongan sus derechos en actividad y los incorporen al tráfico jurídico³⁴. No obstante, es clave entender el papel de la característica incertidumbre de los contratos que los envuelve³⁵.

Sin embargo, para fines de esta investigación, se entenderá al contrato como, “[..] sólo una de las modalidades de convención, específicamente aquella que crea obligaciones [...]”³⁶; como lo establece el sistema ecuatoriano en el artículo 1454 del Código Civil.

4.2 Análisis Económico del Derecho

En el ADN del análisis económico del derecho, se encuentra la ideología individualista; la cual, en su esencia hace de menos a lo social. Debido a que, argumenta que el Derecho usa al interés común para aplastar al interés privado. Además, separa al derecho privado del derecho público y hace a este primero, protagonista de corrección y desarrollo de cada individuo en el ámbito privado; abriendo debate al rol del estado³⁷. De manera más específica, establece como el análisis económico del Derecho de Contratos:

[...] parte de la idea de que para la sociedad es positivo que los particulares entren en transacciones voluntarias, debido a que ello aumenta el bienestar social. Se trata, desde este punto de vista, de una institución jurídica instrumentalmente justificada, cuyo papel crucial es facilitar tales transacciones, previniendo el comportamiento oportunista-y evitando que el intercambio, carente de la seguridad que el Derecho de Contratos le otorga, y a falta de mecanismos alternativos (como, por ejemplo, el costo reputacional-), se transforme en una especie de dilema del prisionero³⁸.

²⁹ Jacques Ghestin, “La fuerza obligatoria del Contrato”, *Revista IUS ET VERITAS* 50 (2015), 72-84.

³⁰ Iñigo de la Maza, “El secreto está en la técnica: los límites a la Cláusula Penal”, 22.

³¹ *Id.*, 36.

³² Felipe Jiménez Castro, “Una crítica a la idea de incumplimiento eficiente desde el Derecho de Contratos”.

³³ Luis Parraguez, *Régimen jurídico del Contrato*, 85.

³⁴ *Id.*, 84.

³⁵ *Id.*, 21.

³⁶ *Id.*, 81.

³⁷ *Id.*, 87.

³⁸ Felipe Jiménez Castro, “Una crítica a la idea de incumplimiento eficiente desde el Derecho de Contratos”.

Otras teorías, establecen cómo esta corriente, “[...] aplica los métodos de la ciencia económica al derecho con el propósito de establecer los costos y beneficios de determinadas conductas, en este caso particular aquellas que están reguladas por el derecho”³⁹. En otras palabras, busca emplear de manera eficiente los recursos limitados de la sociedad; donde, *eficiente* es definida por Vilfredo Pareto como, determinada situación en que una persona mejora sin empeorar la otra. Razón por la cual, este análisis se esfuerza en fortalecer “el papel del individuo, la autonomía individual y la propiedad privada”⁴⁰. De paso, creando énfasis en su concepto de *eficiencia* contractual⁴¹.

4.3 Cláusula Penal

La doctrina establece que la cláusula penal es una cláusula que sobre compensa a un acreedor decepcionado, al dejarlo en una mejor situación en la que la ejecución de la obligación lo hubiera dejado⁴². Dicho de otra manera, consiste en una estipulación que acompaña a un contrato; esto, para los casos de incumplimiento de la prestación principal por una de las partes. Ergo, a quien no cumplió se lo puede obligar a cumplir con una prestación distinta de la que se ha pactado en el contrato principal⁴³. En otras palabras, la pena establecida a través de la estipulación encuentra su exigibilidad a una condición suspensiva: el cumplimiento tardío de la obligación o el incumplimiento de la misma⁴⁴.

A pesar de lo anteriormente mencionado, la doctrina contemporánea ha reconocido que la cláusula penal no es propiamente solo una mera cláusula contractual; sino, “es un propio contrato”⁴⁵. Fundamentado en el argumento que, cumple con todos los requisitos de la categoría jurídica al ser un acuerdo de voluntades que produce obligaciones⁴⁶.

A pesar del roce que se ha expuesto entre doctrinas, encuentran concordancia en las funciones de la cláusula penal. Estudiada en el marco del Código Civil chileno, esta cláusula tiene las siguientes tres funciones: evaluar, sancionar, y caucionar. La primera función se refiere a la indemnización convencional y anticipada de los perjuicios consecuentes del “incumplimiento del contrato al cual se encuentra adosada”⁴⁷. Sancionar, como segunda

³⁹ Luis Parraguez, *Régimen jurídico del Contrato*, 87

⁴⁰ *Id.*

⁴¹ *Id.*, 85.

⁴² Daniel Markovits, Gabriel Rauterberg, “Remedies Specified by the Parties”, 179.

⁴³ Iñigo de la Maza, “El secreto está en la técnica: los límites a la Cláusula Penal”, 22.

⁴⁴ *Id.*, 23

⁴⁵ Hernán Corral Talciani, “La cláusula penal en la resolución del contrato.” *Estudios Jurídicos en homenaje a Pablo Rodríguez Grez* 8 (2009), 1-27.

<https://corralalciani.files.wordpress.com/2010/04/clausulapenalyresolucion.pdf>

⁴⁶ *Id.*, 8

⁴⁷ Iñigo de la Maza, “El secreto está en la técnica: los límites a la Cláusula Penal”, 24.

función, es explícitamente la sanción o pena ante el incumplimiento. Por último, caucionar es “una obligación contraída para asegurar otra obligación a la que accede”⁴⁸.

Asimismo, existe anuencia en la distinción de la cláusula en dos tipos: compensatoria y moratoria. La primera es aquella que indemniza los perjuicios del incumplimiento total o parcial de la obligación, y la segunda asegura los perjuicios del retraso en el cumplimiento⁴⁹. Varios autores como Corral Talciani, aseguran que es necesario diferenciar dos tipos de cláusulas penales compensatorias. El primer supuesto, también conocido como pena compensatoria sustitutiva, asegura el de valor de la prestación incumplida; y el segundo supuesto, denominado pena compensatoria indemnizatoria, “intenta resarcir los perjuicios consecuenciales al incumplimiento que son mayores al valor de la prestación”⁵⁰. En último lugar, agregan la cláusula penal que es puramente punitiva. Este tipo de pena solo se puede pactar si las partes así lo expresan y es expresamente admitido por el Código⁵¹. A la final, son cuatro clases de cláusulas penales que se pueden distinguir.

Una vez más, se presenta una distinción en el ámbito de la cláusula penal. Ahora, se encuentra en su regulación en el Derecho Continental y/o Latinoamericano y en el *Common Law*. El ulterior, prima en casos estadounidenses e ingleses, y discute el carácter sancionatorio de la cláusula. Razón por la cual, es esencial distinguir entre *liquidated damages* y *penalty clauses*; debido a que, los primeros son lícitos mientras los segundos nulos⁵². Entonces, en Estados Unidos, por ejemplo, existen tres requisitos para que la cláusula sea válida: primero, que la cantidad estipulada sea razonable y prevalezca la proporcionalidad; segundo, los daños por incumplimiento contractual calculados antes, consisten de una cantidad incierta; y tercero, existió voluntad por parte de los contratantes para determinar la cantidad de la pena, antes de los daños⁵³. De manera similar, en el caso inglés se acepta la cláusula penal en medida que el monto cumpla con una función compensatoria, más no punitiva⁵⁴. En sí, la diferencia entre ambos sistemas es que el inglés no busca una estimación de los daños “razonable”; más bien, persigue un intento genuino de ambas partes de evaluar las pérdidas posibles causadas por el incumplimiento antes de⁵⁵(*ex ante*).

⁴⁸ *Id.*

⁴⁹ Hernán Corral Talciani, “La cláusula penal en la resolución del contrato”.

⁵⁰ *Id.*, 8.

⁵¹ *Id.*, 9.

⁵² Iñigo de la Maza, “El secreto está en la técnica: los límites a la Cláusula Penal”, 26.

⁵³ *Id.*, 26 & 27.

⁵⁴ *Id.*, 27.

⁵⁵ Aristides N Hatzis, “Having the cake and eating it too: efficient penalty clauses in Common and Civil contract law.” *International Review of Law and Economics* 22 (2002), 381-406.

Ahora bien, en el caso continental no existe una preocupación en general sobre la posesión del carácter sancionatorio de la cláusula penal⁵⁶. El enfoque de la discusión en este caso, se centra en que la sanción sea proporcional a los daños ocasionados por incumplimiento al acreedor⁵⁷. De manera que, las siguientes dos tablas permiten visualizar la regulación de esta cláusula en códigos diferentes:

Tabla No. 1 Caso Continental

Código Civil	Alemán	Suizo	Italiano	Francés
Norma	Parágrafo 343	Art. 161	Art. 1384	Art. 1152
Regulación cláusula penal	Autorización al juez para reducir la cantidad a un monto adecuado, en los casos en que se encuentre desproporcionadamente elevada.	El tribunal discrecionalmente reducirá una pena excesivamente elevada.	Posibilidad de reducción de la pena si su cantidad es explícitamente excesiva.	El juez puede de oficio aumentar o disminuir la pena en casos que sea explícitamente excesiva o irrisoria.

Fuente: Elaboración propia a partir de fuente bibliográfica⁵⁸.

Tabla No. 2 Caso Latinoamericano

Código Civil	Regulación Cláusula Penal
Uruguayo	Reducción de pena solo en los casos donde ha existido cumplimiento parcial de la obligación.
Argentino, peruano, boliviano & paraguayo	Autorización al juez para disminuir cantidad cuando es explícitamente excesivo.
Brasileño & chileno	Fija cantidades que la cláusula no puede superar.

https://www.researchgate.net/publication/222522308_Having_the_cake_and_eating_it_too_Efficient_penalty_clauses_in_Common_and_Civil_contract_law, 387 & 388 (traducción no oficial).

⁵⁶ Iñigo de la Maza, "El secreto está en la técnica: los límites a la Cláusula Penal", 27.

⁵⁷ *Id.*

⁵⁸ Iñigo de la Maza, "El secreto está en la técnica: los límites a la Cláusula Penal", 26.

Ecuatoriano	Reducción de la pena del exceso del duplo de la obligación principal.
-------------	---

Fuente: Elaboración propia a partir de fuente bibliográfica⁵⁹.

Luego de tan detallada examinación de la cláusula, es claro que independientemente de si es Derecho Continental o *Common Law*, en la regulación de la cláusula penal predominan dos características: primero, es permitida en cuanto “constituye una valuación adelantada y convencional de perjuicios” y; segundo, existen problemas al momento de fijar límites con la pena y su desproporcionalidad⁶⁰.

La regulación de la cláusula penal en el sistema ecuatoriano se rige bajo el sistema continental y/o latinoamericano. Específicamente, en el Título XI de nuestro Código Civil; comenzando desde el artículo 1551 hasta el artículo 1560. A lo largo de estos artículos, se abarca diversos y múltiples temas. No obstante, para fines académicos se detallará lo que establece el Código Civil en artículos muy puntuales sobre los dos tipos de cláusula penal, en qué momento es exigible la cláusula y los límites de la misma.

A manera de conectar con lo explicado de esta cláusula, el artículo 1559 es un ejemplo de la cláusula penal punitiva; porque, solo en caso de estipulación expresa permite que se pida al tiempo la pena y la indemnización de perjuicios⁶¹.

Para fines académicos, el enfoque de esta investigación se encuentra en la regulación ecuatoriana, y es a la que se hará referencia.

4.4 Incumplimiento contractual

Los contratos en principio están hechos para cumplirse, pero ese no siempre es el caso. Razón por la cual, es esencial establecer un concepto de incumplimiento aún cuando en el sistema ecuatoriano no se encuentra. Ergo, la doctrina en base a algunas normas contenidas en el Código Civil ha construido un concepto⁶²; debido a que, antes se contemplaba al incumplimiento como un fenómeno dependiente del cumplimiento. En otras palabras, el principal efecto de la obligación era su cumplimiento, y el incumplimiento no era una figura principal en el derecho de contratos. Lo cual, ha impulsado a la doctrina a resaltar este concepto y crear a lo que hoy se conoce como, la teoría del incumplimiento del contrato⁶³.

Entonces, el incumplimiento contractual consiste en una carencia de satisfacción “[...] por uno de los contratantes de las obligaciones asumidas en el contrato en virtud de la convención

⁵⁹ *Id.*, 27.

⁶⁰ *Id.*, 26.

⁶¹ Artículo 1559, CC.

⁶² Luis Parraguez, *Régimen jurídico del Contrato*, 683

⁶³ *Id.*

y de la integración [...]”⁶⁴; a lo cual, hace referencia el artículo 1562 del Código⁶⁵. Donde el artículo 1572, hace referencia a las tres posibles formas de incumplimiento: absoluto o propio, imperfecto o defectuoso y tardío⁶⁶.

La primera forma ocurre “cuando un contratante no realiza la prestación a la que está obligado”⁶⁷. Ergo, existe un incumplimiento total porque la obligación no se extinguió por ninguno de los modos enlistados en el artículo 1583. No obstante, puede que no exista ejecución completa de las obligaciones contractuales, pero por lo menos una ha cumplido; entonces, ahí existe cumplimiento parcial⁶⁸. La segunda forma sucede “cuando se ejecuta la prestación debida pero defectuosamente”⁶⁹. A través del uso de la palabra “defectuosa”, se entiende que el cumplimiento o pago no se ha realizado con base en el artículo 1585; artículo que, establece cumplimiento como cualquier manera de acuerdo con el contenido de la obligación⁷⁰. La última forma, como bien le describe su nombre, ocurre cuando ha existido cumplimiento, pero este se ha demorado. En esta situación, existe un consenso en que recibir el pago tardío por parte del acreedor implica su aceptación. No obstante, como no se ha llegado a una posición unánime aún sobre lo que el legislador ha querido expresar, esta investigación se acoge a lo que parte de la doctrina ha establecido. Entonces, regresando a la aceptación del acreedor y sin razón para demandar la resolución del contrato, todavía queda en pie el cumplimiento; y sin discusión alguna, el derecho del acreedor de ser indemnizado por la mora del deudor⁷¹.

Sin embargo, algo relevante y característico de la regulación del incumplimiento en el Código ecuatoriano es la opción que le confiere el artículo al acreedor. Debido a que, le permite decidir entre demandar o la resolución o el cumplimiento del contrato (ejecución forzada) más la indemnización⁷².

⁶⁴ *Id.*, 682

⁶⁵ Art. 1562.- Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan, no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que, por la ley o la costumbre, pertenecen a ella.

⁶⁶ Art. 1572.- La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante, ya provengan de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento.

Exceptúanse los casos en que la ley la limita al daño emergente.

Exceptúanse también las indemnizaciones por daño moral determinadas en el Título XXXIII del Libro IV de este Código.

⁶⁷ Luis Parraguez, *Régimen jurídico del Contrato*, 684.

⁶⁸ *Id.*

⁶⁹ *Id.*

⁷⁰ Artículo 1585, CC

⁷¹ Luis Parraguez, *Régimen jurídico del Contrato*, 687

⁷² Art. 1505.- En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado.

Una vez recorridos las maneras de incumplir por una de las partes, es esencial conocer lo que sucede cuando el incumplimiento es recíproco; es decir, cuando las dos partes incumplen las obligaciones del contrato. En general, ambos incumplimientos no se producen al mismo tiempo. Por lo tanto, “una parte incumple antes que la otra, por la sencilla razón de que esa parte tenía que cumplir primero su obligación, porque así se convino o por la naturaleza de las prestaciones”⁷³; y es a esta hora donde el derecho que el controversial artículo 1505 ha otorgado, retorna. En vista de que, un incumplimiento recíproco conduce a la resolución del contrato demandada por ambas o una de las partes.

Para la doctrina tradicional, en esta situación no hay lugar para la demanda y reconvención, en base al artículo 1505, porque ninguna de las partes ha cumplido con sus obligaciones contractuales⁷⁴. Adicionalmente argumenta, con base en el artículo 1568, que si ninguna de las partes ha cumplido tampoco se encuentran en mora⁷⁵; dado que, la norma anterior consagra la excepción de contrato no cumplido, que encapsula el principio de que la mora purga la mora⁷⁶. Concluyendo que, no procede o no se admite la acción resolutoria; y creando gran debate, que hasta ahora no ha llegado a una conclusión unánime, en si la decisión final de esta doctrina es la manera correcta de proceder.

En definitiva, los contratos no se celebran para incumplirlos; y más aún, solo excepcionalmente se puede abogar por incumplirlos. Dicho de otra manera, existe la posibilidad de abogar por incumplimiento cuando es eficiente.

4.5 Teoría del incumplimiento eficiente

El análisis económico del contrato plantea una de las situaciones más complicadas de asimilar. Donde el cumplimiento de la obligación depende solo de la eficacia y/o eficiencia que le atribuye el deudor; mismo que, puede decidir no ejecutar la prestación si una adecuada indemnización satisface al acreedor⁷⁷. Dicho de otra manera, en el momento de decidir cumplir o no cumplir, solo las compensaciones perfectas proporcionan a los vendedores con un incentivo para incumplir sus contratos; siempre y cuando sea eficiente para ellos realizarlo⁷⁸.

Pero, en tal caso, podrá el otro contratante pedir, a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato, con indemnización de perjuicios.

⁷³ Luis Parraguez, *Régimen jurídico del Contrato*, 699

⁷⁴ *Id.*, 700.

⁷⁵ Art. 1568.- En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora, dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumple por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos.

⁷⁶ La excepción de contrato no cumplido establece que si ninguna de las partes ha cumplido lo pactado, ninguna está en mora mientras la otra no cumpla.

⁷⁷ Luis Parraguez, *Régimen jurídico del Contrato*, 90

⁷⁸ Daniel Markovits, Gabriel Rauterberg, “The Efficiency of Expectation Damages”, 25.

Conduciendo al origen de la denominación de esta situación, conocida como *incumplimiento eficiente*.

Este concepto surge de la siguiente afirmación, “no siempre el estricto cumplimiento del contrato nos llevará a una situación eficiente”⁷⁹; o como establece la teoría instrumentalista, “el cumplimiento de la obligación contractual no siempre es socialmente deseable”⁸⁰. De acuerdo con autores como Bullard, esta ineficiencia puede existir en las situaciones que se detallarán a continuación⁸¹.

Una primera situación, existe cuando el contrato tiene efectos negativos hacia terceros; en otras palabras, genera externalidades. Para ejemplificar, si un sujeto llamado Jorge compra una casa para un restaurante, y esa casa queda justo al lado de un hospital; puede suceder que los olores de la comida afecten al hospital. Llevando a que, Jorge cierre su restaurante porque los perjuicios al hospital son mayores a los beneficios que obtiene el restaurante. Ergo, del contrato no se produjo un resultado eficiente. Asimismo, ocurre un resultado similar cuando los individuos se comportan de manera irracional. Donde en esta segunda situación, utilizando al mismo sujeto del ejemplo anterior, Jorge compra la casa para el restaurante a Juan. No obstante, actúan de manera irracional al Jorge sobrevalorar el rendimiento de su restaurante y/o Juan el rendimiento del dinero. De manera que, después del intercambio la casa y el dinero quedan “asignados a usos menos valiosos”⁸².

La última situación se presenta entre el momento de celebración y de ejecución del contrato cuando cambian ciertas circunstancias⁸³. Causando que, lo que parezca eficiente en un momento sea menos eficiente. Por lo tanto, las variaciones en circunstancias conllevan a que incumplir sea más eficiente. Verbigracia, entre la celebración de la compraventa de la casa entre Jorge y Juan y su entrega, el municipio disponga que se encuentra prohibido instalar un restaurante en el área donde está ubicada la casa. Entonces, puede suceder que la valoración que realizó Jorge de la casa por x dinero, se rebaje a la mitad porque ya no encuentra interés en ella. O, puede que Juan reciba una oferta por un precio mayor de la casa por parte de un tercero; debido a que, puede utilizar la misma para instalar una galería de arte que proyecta un rendimiento superior al del restaurante. Igualmente, puede suceder que Jorge encuentra una

⁷⁹ Alfredo Bullard, *Derecho y economía. El análisis económico de las instituciones legales*, 2da edición (Lima: Editora Palestra, 2006). <http://cendoc.sc.gob.sv/textocompleto/922.pdf>, p 5.

⁸⁰ Felipe Jiménez Castro, “Una crítica a la idea de incumplimiento eficiente desde el Derecho de Contratos”.

⁸¹ Alfredo Bullard, *Derecho y economía. El análisis económico de las instituciones legales*, 317 &318.

⁸² *Id.*, 317.

⁸³ *Id.*, 318.

casa en otra ubicación que persigue sus fines por el mismo precio de la anterior e implique una mejor inversión.

En las situaciones anteriormente mencionadas, es completamente eficiente incumplir el contrato y resolverlo; evitando una mal manejo o asignación de recursos. No obstante, es esencial abrir paso a autores como Castro que critican de manera severa a la teoría del incumplimiento eficiente. En virtud de, su perspectiva denominada como parcial porque “la pregunta acerca del remedio adecuado y eficiente, [...] no puede contestarse mirando única y exclusivamente la decisión del deudor acerca de si cumplir o incumplir su obligación”⁸⁴. Donde, una teoría que justifique el incumplimiento de los contratos como comportamiento adecuado, en cada circunstancia en que sea más conveniente para el deudor debilita al contrato y la institución que es⁸⁵. Asimismo, es incompatible con la función de los remedios del régimen de remedios al cual busca incorporarse.⁸⁶

En conclusión, en algunos casos, el Derecho debe discernir e incentivar el incumplimiento; “donde los remedios contractuales deberían inducir al deudor a cumplir solo en la medida en que el cumplimiento es eficiente; y a incumplir en caso contrario”⁸⁷. Cabe recalcar que, en ciertos casos resulta más eficiente incumplir que cumplir.

5. Desarrollo – la cláusula penal como limitante para el incumplimiento eficiente

5.1. *Pacta sunt servanda* & incumplimiento

El principio de la autonomía de la voluntad, a pesar de la función reguladora que compete a la norma de derecho para establecer pautas generales a la actuación de las personas, reconoce a estas mismas personas la potestad para definir y regular operaciones jurídicas; siempre y cuando, sea en espacios particulares y para satisfacer sus legítimos intereses⁸⁸. Lo cual recalca el rol fundamental de la voluntad en el ámbito del contrato, expresada a través de una función/atribución autorreguladora. Sin embargo, la aptitud que concede el Derecho a la voluntad, no se puede confundir con “la competencia creadora de normas jurídica del Estado”⁸⁹, que se manifiesta a través de sus funciones y sedes. La competencia otorgada o delegada es simbólica y significativa donde se busca que el posicionamiento de las palabras al ser procesadas en el cerebro, después de ser escuchadas, leídas y/o repetidas, reconozcan al contrato la fuerza que le caracteriza. Debido a que, en ninguna instancia los contratos producen

⁸⁴ Felipe Jiménez Castro, “Una crítica a la idea de incumplimiento eficiente desde el Derecho de Contratos”.

⁸⁵ *Id.*

⁸⁶ *Id.*

⁸⁷ *Id.*

⁸⁸ Luis Parraguez, *Régimen jurídico del Contrato*, 93

⁸⁹ *Id.*, 99.

normas jurídicas. A pesar de la aptitud atribuida, las partes se encuentran siempre limitadas por la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres; pero, no existe ningún error al establecer que las partes constituyen su propia ley contractual⁹⁰.

Tal atribución, se encuentra en el artículo 1561 del Código Civil que reconoce el principio anteriormente mencionado, mediante una de las reglas jurídicas más importantes del Derecho Civil: *pacta sunt servanda*. Para fines investigativos se analizará en dos partes este artículo:

La primera parte del artículo expresa como un contrato legalmente celebrado es ley para las partes⁹¹; traducido a un lenguaje más coloquial, el Código busca establecer que las partes que contratan están sujetas a las reglas impuestas por ellos mismo. De tal manera, recalca nuevamente que el contrato es ley para las partes y/o se celebra para cumplirlo (*pacta sunt servanda*). Además, con este artículo logra elevar la fuerza obligatoria del contrato a la categoría de ley⁹². Empero, no se debe olvidar la naturaleza de este artículo y su esencia que se encuentra en el valor de la palabra; porque como con el principio donde encontró sus orígenes, “la asimilación con la ley es metafórica porque en rigor el contrato no lo es, pero para las partes opera como si lo fuera, y ese es el sentido del artículo”⁹³. Cabe recalcar que, ha surgido debate sobre los efectos a los que se someten las partes bajo esta regla jurídica; donde radica en que los efectos no son más que los contratantes solo responden a los efectos acordados entre ellos, más no a los que dicta la ley por la naturaleza del contrato. Ahora bien, dicho debate carece de consistencia porque los contratantes de buena fe que incorporan cláusulas contractuales no se limitan solo por los efectos incorporados por los mismos⁹⁴.

Razón por la cual, en un mundo donde la noción de *pacta sunt servanda* se encuentra internalizada, el acreedor puede esperar que el cumplimiento va a ocurrir⁹⁵; siempre y cuando, se encuentre presente el conocimiento que esta regla no se entiende como una “sumisión servil e irracional a lo pactado, por la sola circunstancia de habérselo hecho”⁹⁶. Por tanto, el contrato debe cumplirse con fuerza de ley en medida que puedan exigirse razonablemente.

La segunda parte del artículo expresa que solo por incumplimiento o mutuo acuerdo de las partes o por causas legales, puede ser invalidado el contrato⁹⁷. Lo cual es vital revisar porque

⁹⁰ *Id.*, 96

⁹¹ Artículo 1561, CC.

⁹² Iñigo de la Maza, "El secreto está en la técnica: los límites a la Cláusula Penal", 82.

⁹³ Luis Parraguez, *Régimen jurídico del Contrato*, 129.

⁹⁴ *Id.*, 130.

⁹⁵ Felipe Jiménez Castro, “Una crítica a la idea de incumplimiento eficiente desde el Derecho de Contratos”.

⁹⁶ Luis Parraguez, *Régimen jurídico del Contrato*, 130.

⁹⁷ Artículo 1561, CC.

como se ha creado un espacio para entender el cumplimiento y de dónde surge, se debe hacer lo mismo con el incumplimiento. Debido a que, el incumplimiento es una situación que se encuentra prevista por el Código por su constante suceso. No obstante, al ya realizar el génesis del incumplimiento en el marco teórico, lo que se analizará es la relación que existe entre *pacta sunt servanda* y el incumplimiento ⁹⁸.

Cabe recalcar que, la doctrina ha distinguido entre los incumplimientos conocidos como esenciales o relevantes, y los incumplimientos que no afectan de manera sustancial al contrato⁹⁹. Esta distinción no sirve otro propósito que establecer la relevancia del incumplimiento a efectos de aceptar o no la acción resolutoria planteada a causa del incumplimiento. Esto ha causado discrepancias entre autores que apoyen diversas tesis y doctrinas; para ejemplificar, existe un argumento que busca desechar esta tesis de relevancia. Por causa de que, al proponer una demanda de resolución el juez podría rechazar la pretensión de la parte actora al razonar no esencial el incumplimiento¹⁰⁰. Así, sentenciar el cumplimiento del contrato al demandado y tornar inexistente el derecho que concede el artículo 1505 del Código Civil; derecho que, otorga al actor la posibilidad de demandar, según su criterio, la resolución o cumplimiento del contrato¹⁰¹.

En cambio, los comentaristas del Código de Bello apoyan la admisión de la resolución en casos de incumplimiento de algunas obligaciones accesorias. Mientras que, otros autores como Zea justifican el derecho de resolución solo en casos muy específicos ¹⁰²; verbigracia, cuando no se ha cumplido con una de las obligaciones principales del contrato.

No obstante, autores como Parraguez se enfocan en precisar la calificación de esencial o relevante, y en el trasfondo de la misma. Entonces, su tesis establece la falta de necesidad de distinguir entre incumplimiento esencial o relevante; debido a que, independientemente de si la obligación no cumplida es o de la esencia o de la naturaleza o accidental, es relevante. Lo que se debe considerar, no es la calificación de la obligación sino el hecho de que la obligación en sí fue agregada al contrato. Por ende, el enfoque se encuentra en la economía del contrato porque si se encuentra una obligación en el contrato es por su rol en la economía del contrato; donde este concepto hace referencia a las “expectativas razonables que las partes han depositado en la aptitud del negocio para satisfacer sus intereses”¹⁰³. Concluyendo que, el tipo

⁹⁸ Véase 4.1

⁹⁹ Luis Parraguez, *Régimen jurídico del Contrato*, 682.

¹⁰⁰ *Id.*, 706.

¹⁰¹ *Id.*

¹⁰² *Id.*, 708.

¹⁰³ *Id.*, 711.

de obligación no debería seguir como criterio de calificación pues eso no es lo que hace la diferencia¹⁰⁴.

La postura del Código ecuatoriano concuerda en parte con el autor previamente mencionado. Donde, es el artículo 1505 que no distingue qué incumplimiento permite resolver el contrato¹⁰⁵; ergo, el artículo solo se limita al incumplimiento en general. Incumplimiento que por más irrelevante que sea, según diversos autores, al no considerar ni importancia ni relevancia ni magnitud puede dar lugar a la resolución¹⁰⁶. Sin embargo, en lo que difieren el Código y Parraguez, es en la economía del contrato. Debido a que, este artículo no hace referencia alguna al impacto que puede causar ese incumplimiento para la economía del contrato¹⁰⁷; lo cual sí considera, el anterior autor.

Si bien, *pacta sunt servanda* es uno de los pilares fundamentales del contrato, tiene una relación íntima con el incumplimiento. Puesto que, hasta para cumplir con el contrato que es ley para las partes, se debe aceptar al incumplimiento.

5.2. La naturaleza y las finalidades de la cláusula penal

En un principio, la cláusula penal se entendía como una penalidad civil o como una cláusula que podía envolver un pacto comisorio por una redacción ambigua de alguna cláusula contractual o como la implicación de la resolución del contrato¹⁰⁸. Empero, ha evolucionado en una institución que posee al incumplimiento de una obligación como su causa. Ciertamente, su causa es compartida con la resolución, pero son diferentes y practicadas de manera distinta. Razón por la cual, es posible que el acreedor pida que se ejecute la cláusula penal sin demandar la resolución del contrato y viceversa¹⁰⁹; donde el pacto de esta cláusula “no implica la renuncia de la acción resolutoria”¹¹⁰.

Lo que esta institución implica/busca/establecido como fin, desde el punto de vista de la doctrina contemporánea, “es establecer una prestación de cargo de quien incumpla la obligación principal”¹¹¹. En otras palabras, su finalidad es la protección del acreedor ante un caso de incumplimiento. Entonces, esta estipulación no necesariamente asegura el cumplimiento del contrato, sino garantiza que el acreedor no sufra económicamente como resultado del incumplimiento¹¹². Por consiguiente, permite que las partes pacten la

¹⁰⁴ *Id.*, 710.

¹⁰⁵ Artículo 1505, CC.

¹⁰⁶ Luis Parraguez, *Régimen jurídico del Contrato*, 705.

¹⁰⁷ *Id.*

¹⁰⁸ Hernán Corral Talciani, “La cláusula penal en la resolución del contrato”, 10.

¹⁰⁹ *Id.*

¹¹⁰ *Id.*, 11.

¹¹¹ Hernán Corral Talciani, “La cláusula penal en la resolución del contrato”, 8.

¹¹² Iñigo de la Maza, “El secreto está en la técnica: los límites a la Cláusula Penal”, 24.

indemnización que debe pagar el deudor en el caso de incumplimiento¹¹³, que el acreedor solicite según su juicio el cumplimiento de la obligación o la ejecución de la pena¹¹⁴, y acordar que ambas, la pena y la indemnización de perjuicios, puedan sumarse¹¹⁵. Adicionalmente, una finalidad que acompaña a la anterior, o es accesoria por así decirlo, es la identificación del deudor; donde “puede contribuir a subsidiar la falta de reputación de un contratante”¹¹⁶. Debido a que, al expresar su intención de obligarse a dar, hacer o no hacer algo en caso de incumplir su obligación principal, a través de acciones transmite confianza a su contraparte en que cumplirá su prestación¹¹⁷.

Sumando a sus finalidades, la cláusula penal consiste en los siguientes cuatro objetivos¹¹⁸. Primero, evita que sea el juez quien determine los perjuicios porque generalmente cuando éste lo realiza, no corresponden a la realidad. Segundo, el acreedor se exonera de la carga de la prueba de los perjuicios sufridos. En vista de que, con la cláusula son las mismas partes quienes acuerdan los monto a pagar; ergo, con la simple acreditación del acreedor que existe la obligación y del deudor que no ha cumplido es suficiente para condenar. Tercero, esta cláusula “sirve de caución o garantía para asegurar el cumplimiento de una obligación”¹¹⁹; y es también, de donde deriva su nombre. Cuarto y último, en ciertas obligaciones otorga al acreedor una acción que sin la cláusula no tendría; porque, a través de una cláusula penal constituida por terceros el acreedor puede caucionar el cumplimiento de una obligación natural. Si bien, no puede exigir el pago de una obligación natural, puede exigir la ejecución de la cláusula penal en base al artículo 1552¹²⁰.

A manera de recapitulación, la naturaleza de la cláusula penal siempre va de la mano con sus finalidades; sin embargo, es esencial conocer los efectos que producen estas finalidades cuando se logran.

5.3. Los efectos de la cláusula penal en los incentivos de las partes

¹¹³ Artículo 1551, CC.

¹¹⁴ Artículo 1553, CC.

¹¹⁵ Artículo 1559, CC.

¹¹⁶ Iñigo de la Maza, "El secreto está en la técnica: los límites a la Cláusula Penal", 25.

¹¹⁷ *Id.*

¹¹⁸ Sonia Dammerval Arosemena, "La Cláusula Penal." *Revista Jurídica* (1994), 391-408.

https://www.revistajuridicaonline.com/wp-content/uploads/1994/02/09_La_Clausula_Penal.pdf, p 392.

¹¹⁹ *Revista Jurídica*, 393

¹²⁰ Art. 1552.- La nulidad de la obligación principal acarrea la de la cláusula penal; pero la nulidad de ésta no acarrea la de la obligación principal.

Con todo, cuando uno promete por otra persona, imponiéndose una pena para el caso de no cumplirse por ésta lo prometido, valdrá la pena, aunque la obligación principal no tenga efecto por falta de consentimiento de dicha persona.

Lo mismo sucederá cuando uno estipula con otro a favor de un tercero, y la persona con quien se estipula se sujeta a una pena para el caso de no cumplir lo prometido.

Los efectos de la cláusula penal pueden ser cómodamente entendidos como sus finalidades previamente mencionadas¹²¹. No obstante, para fines académicos se diferenciará entre finalidades y efectos; debido a que, existen efectos generales y los que varían según el sistema que se acoge.

En general, al momento de contratar, un efecto directo es que ligeramente se incrementará el precio del contrato por la inclusión de la cláusula penal¹²². Además, automáticamente surge otro efecto: la implementación extra de cuidado por parte el deudor al momento de ejecutar de su obligación¹²³. En sí, esto es lo que a ambos contratantes les incentiva a contratar.

No obstante, cuando predomina *Common Law* no se cumplen estas cláusulas y conduce a dos efectos más presentes durante la práctica¹²⁴. Primero, la inejecución de estas cláusulas por parte de las cortes tiende a ser ineficiente, y conlleva a situaciones de sub-compensación—es decir, de escenarios en los que la parte afectada no recibe una compensación suficiente por el daño causado por el incumplimiento. Segundo, al tiempo de lo anterior, ocurre que la corte cae en lo que precisamente se intenta evitar: ganancias inesperadas. Las cuales, se pueden asociar con enriquecimiento ilícito. A causa de que, al prohibir la supuesta ganancia inesperada para la parte afectada, premia a la parte que incumple con una ganancia inesperada (un enriquecimiento justificado) real¹²⁵. Sin embargo, en este tipo de derecho existen los *liquidated damages* para llenar la carencia que dejan la cláusula penal en los contratos de las partes.

A diferencia de *Common Law*, en el Derecho continental y/o latinoamericano si bien se ejecuta la cláusula penal; ésta, conlleva sus propias consecuencias. Uno de los efectos que se puede establecer que afecta al incentivo de las partes de manera negativa, es lo que se conoce como la cláusula penal enorme o excesiva. La cual, atiende a la relación de proporcionalidad entre el daño que causa el incumplimiento y el monto de la misma¹²⁶. Nuestro Código Civil lo rige en el artículo 1560, a través de los siguientes tres casos¹²⁷. El primero, se sitúa dentro del

¹²¹ Véase 5.2.

¹²² Aristides N Hatzis, “Having the cake and eating it too: efficient penalty clauses in Common and Civil contract law”, 390.

¹²³ *Id.*

¹²⁴ *Id.*

¹²⁵ *Id.*

¹²⁶ Iñigo de la Maza, “El secreto está en la técnica: los límites a la Cláusula Penal”, 33.

¹²⁷ Art. 1560.- Cuando por el pacto principal una de las partes se obliga a pagar una cantidad determinada, como equivalente a lo que por la otra parte debe prestarse, y la pena consiste asimismo en el pago de una cantidad determinada, podrá pedirse que se rebaje de ésta lo que exceda al duplo de aquella; de manera que, ora se cobre sólo la pena, ora la pena juntamente con la obligación principal, nunca se pague más que esta última doblada.

La disposición anterior no se aplica al mutuo ni a las obligaciones de valor inapreciable o indeterminado.

En el primero se podrá rebajar la pena en lo que exceda al máximo del interés que es permitido estipular
En las segundas se deja a la prudencia del juez moderarla, cuando atendidas las circunstancias pareciere enorme.

ámbito de los contratos conmutativos; donde una de las partes se compromete a pagar un monto determinado de dinero que “cauciona a través de una pena que también consiste en una suma de dinero”¹²⁸. Ergo, en la cláusula penal todo lo que exceda el doble de la obligación principal es reducido. El segundo caso, es para el mutuo de dinero o de otra especie fungible; donde no se exige que la pena sea acordada en dinero, sino puede consistir en dar, hacer o no hacer¹²⁹. En esta situación, la cláusula penal no puede sobrepasar el límite del interés convencional; y si excede, el efecto es que se rebaja. Por último, la tercera situación es para las aquellas obligaciones de valor inapreciable o que las partes no lo hayan determinado¹³⁰. Resultando en que, el juez pueda ejercer su juicio y disminuir el monto cuando en base a “las circunstancias” parece excesivo o “enorme”.

5.4. Restricción de la cláusula penal desde la perspectiva de la teoría del incumplimiento eficiente

La teoría de incumplimiento eficiente “sugiere que es desde un punto de vista social deseable que se incumpla un contrato en aquellos casos donde los beneficios totales del incumplimiento exceden sus costos”¹³¹. En otras palabras, el deudor puede compensar en la totalidad a su acreedor y obtener ganancias fruto de su incumplimiento.

Lo cual se ejemplifica a través del siguiente problema: Juan vende a Pedro doscientos procesadores de texto por ciento cincuenta dólares, y Pedro le paga inmediatamente a Juan; pero, acuerdan que la entrega de los procesadores será en dos meses. Además, en casos de incumplimiento pactan que el acreedor puede solicitar la indemnización de perjuicios al tribunal, y una pena de doscientos cincuenta dólares. Transcurre el primer mes, y aparece Nicolás quien le propone a Juan comprar los doscientos procesadores de texto por doscientos veinticinco dólares. Los perjuicios que sufriría Pedro por el incumplimiento serían de veinticinco dólares, y aún así, Juan obtiene cincuenta dólares¹³². Si Juan cumple, es un cumplimiento ineficiente pues evita una asignación de recursos más deseable. Ergo, se puede justificar la imposición de limitaciones a la cláusula penal a través de la eficiencia.

Desde un punto de vista económico, cuando una de las partes contratantes es “anti-riesgo” y/o coloca un valor alto en ejecución del contrato, y la otra parte es el mejor candidato

¹²⁸ Iñigo de la Maza, "El secreto está en la técnica: los límites a la Cláusula Penal", 31.

¹²⁹ *Id.*

¹³⁰ *Id.*

¹³¹ *Id.*, 38

¹³² *Id.*, 39.

asegurador contra su pérdida; lo lógico es que la partes incluyan una cláusula de garantía (penal) en el contrato¹³³.

Respecto al contrato, este análisis se traduce a lo siguiente: las partes que los celebran es porque ambas están mejorando; donde, ésta es la situación más eficiente. Lo cual significa que es óptima porque los recursos fueron empleados de una manera tan eficiente que se vuelve imposible que una parte mejore a menos que la otra empeore; situación conocida como, Óptimo de Pareto¹³⁴. Explicado de otra manera, esta situación exige de un requisito que en términos coloquiales significa: “alguien está mejor y nadie está peor que antes”¹³⁵. Entonces, cuando el requisito se cumple se puede afirmar que se ha logrado un resultado eficiente.

Ahora bien, no siempre existe Óptimo de Pareto y es más probable que en vez de priorizar la eficiencia, se priorice el cumplimiento. Ergo, al celebrar el contrato gobierna la necesidad de certidumbre y se pacta una cláusula penal; cláusula que como bien se ha establecido previamente¹³⁶, involucra una prestación monetaria. Donde es vital recalcar que la cláusula penal, no asegura el cumplimiento. Si bien esta cláusula mantiene su importancia por ser “expresión relevante del principio de la autonomía de la voluntad y de la libertad contractual”¹³⁷, encuentra sus limitaciones. Específicamente, en reconocer que las partes pueden anticipar una pena privada real que incentive el cumplimiento como resultado de una evaluación de los daños, realizado por las mismas partes¹³⁸. Razón por la cual, dentro de lo inalterable que es, consiste de excepciones; los cuales, disminuyen sus efectos¹³⁹. Aun así, esta cláusula penal cumple con sus fines y es una de las alternativas del régimen de remedios.

Sin embargo, no vela por la mejor distribución de los recursos al no tomar en cuenta la eficiencia. Observación que se encuentra presente a lo largo del derecho, al tampoco prever una solución para el caso planteado en esta investigación. Debido a que, el derecho solo prevé una forma de *renegociar* los contratos cuando ha existido una situación imprevista impredecible inimputable a las partes que hace demasiado oneroso cumplir. Pero, no provee una respuesta a qué hacer en un caso donde simplemente no es eficiente cumplir.

6. Conclusiones

¹³³ Aristides N Hatzis, “Having the cake and eating it too: efficient penalty clauses in Common and Civil contract law”, 390.

¹³⁴ Luis Parraguez, *Régimen jurídico del Contrato*, 88.

¹³⁵ Alfredo Bullard, *Derecho y economía. El análisis económico de las instituciones legales*, 320.

¹³⁶ Véase 5.2.

¹³⁷ Hernán Corral Talciani. “La Reducción de la Cláusula Penal Excesiva en el Derecho Civil de los países del Cono Sur.” *Revista Chilena de Derecho* 27, no. 3, (2000), 469–84. <http://www.jstor.org/stable/41613098>, p 483

¹³⁸ *Id.*

¹³⁹ *Id.*

6.1. Hallazgos

La sanción penal restringe al incumplimiento eficiente porque obliga una “recompensación” que solo beneficia a una de las partes; cuando las opciones presentadas por el régimen de los remedios en estos casos podrían ser beneficiosos para ambas partes, que en sí es lo que logra el incumplimiento eficiente. Razón por la cual, muchos economistas critican que la cláusula penal desincentiva a las partes a contratar, y es una de las razones principales para la falta de conclusión de ciertos contratos de maximización de valor¹⁴⁰.

La solución de forzar la obligación, socialmente hablando, no necesariamente lleva al mejor resultado¹⁴¹. Por tanto, es esencial revisar las situaciones que no perjudican al acreedor y que pueden llegar a situaciones más eficientes.

Eficiencia que, cuando es establecida por las Cortes difiere dependiendo del bien en cuestión. Autores como Bullard¹⁴², exponen una teoría donde se establece que mientras más fungible sea un bien, el riesgo de que las Cortes erren en su cálculo de los daños disminuye; pero, aumenta la posibilidad de un incumplimiento. Mientras que, aumenta la característica de único de un bien, el riesgo de que las Cortes erren en su cálculo aumenta; pero, disminuye la posibilidad de un incumplimiento. Lo cual, ha sido criticado por mucho por una carencia de entendimiento sobre la relación que existe entre un bien fungible y su incumplimiento¹⁴³.

La cláusula penal se puede ejecutar a partir del rato que se incumple, pero el incumplimiento eficiente puede suceder el rato que te das cuenta que no es eficiente cumplir. Ergo, no lo haces e indemnizas por eso. Al final, ambas indemnizan y procuren dejar al deudor en las mismas o mejores circunstancias que antes.

En todos y cada uno de los casos, se procura que los beneficios de aplicar la economía de los comportamientos psicológicos al derecho sean cada vez más superiores a sus riesgos; y que los riesgos, se puedan controlar “por académicos, juristas, jueces y abogados practicantes”¹⁴⁴.

6.2. Contestación de la pregunta de investigación

Entonces, se puede establecer que la pregunta de investigación se ha respondido. Con el fin de recordatorio, la pregunta de investigación fue la siguiente: ¿cómo es la cláusula penal un limitante para el incumplimiento eficiente?

¹⁴⁰ Aristides N Hatzis, “Having the cake and eating it too: efficient penalty clauses in Common and Civil contract law”, 392.

¹⁴¹ Alfredo Bullard, *Derecho y economía. El análisis económico de las instituciones legales*, 320.

¹⁴² *Id.*, 333

¹⁴³ *Id.*, 334

¹⁴⁴ Juan Antonio Gaviria, “El efecto de las cláusulas penales en las decisiones de incumplimiento. Un análisis de economía conductual.” *Revista de Derecho Privado* (2019).
<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/5789/7622#info>

En resumen, la cláusula penal es un limitante para el incumplimiento eficiente al recompensar solo a una de las partes. Cuando ambas pueden salir beneficiadas, pero al cumplir con la cláusula penal distribuyen de manera ineficiente los recursos. Ergo, existe un cumplimiento ineficiente. No obstante, es verdad que una cláusula penal puede desincentivar incumplimientos eficientes como ineficientes de los contratos¹⁴⁵.

6.3. Limitaciones

Una vez presentada y analizada toda la información sobre esta investigación, es esencial enfatizar en la siguiente frase coloquial y reconocida: “nada en exceso es bueno”. Debido a que, una aplicación excesiva de economía en el derecho puede ser peligrosa. Especialmente, al momento del escrutinio judicial de las cláusulas penales cuando las circunstancias de contratación y los argumentos de las partes generan inquietudes; y, no existe límite para el uso de argumentos económicos y conductuales por parte de los jueces.

De tal forma que, limitan o restringen estipulaciones contractuales acordadas a través de un área que se encuentra por fuera de su experticia. Esto, “implicaría cierto paternalismo judicial, que no por bien intencionado sería siempre bienvenido”¹⁴⁶. Por tanto, abre la posibilidad a que los jueces encuentren una justificación para interferir y controlar las estipulaciones contractuales. Afectando de manera directa a la autonomía privada y libertad contractual que reconoce las decisiones privadas de los contratantes, sin la interferencia indirecta del Estado (los jueces)¹⁴⁷.

6.4. Recomendaciones

Al finalizar esta investigación, existe una recomendación que retumba por encima de las demás: apertura. Al emplear la palabra “apertura” se hace referencia a mantener una visión abierta (por parte del Derecho y quienes lo practican) a lo que se detallará a continuación.

Primero, no encontrar confusión y sorpresa en la idea de relacionar economía con derecho o derecho con economía. Dado que, “ambas disciplinas son creaciones humanas para el ser humano en sociedad y en esa medida, se proponen regular sus conductas sociales”¹⁴⁸. Donde una se enfoca en producir y distribuir de la mejor manera los recursos a través de conductas sociales; y el otro, obtiene una “convivencia civilizada” al ordenar los comportamientos mencionados anteriormente. Ergo, admitir y regular al incumplimiento eficiente como remedio

¹⁴⁵ Daniel Markovits, Gabriel Rauterberg, “Remedies Specified by the Parties”, 183.

¹⁴⁶ Juan Antonio Gaviria, “El efecto de las cláusulas penales en las decisiones de incumplimiento. Un análisis de economía conductual.”

¹⁴⁷ *Id.*

¹⁴⁸ Luis Parraguez, *Régimen jurídico del Contrato*, 88.

a parte de los reconocidos por la ley ante el incumplimiento del contrato, incluyendo la cláusula penal.

Segundo, aceptar el cambio del Derecho a medida que cambia la sociedad y la realidad actual. Diversos autores como Parraguez, afirman que con la importancia y tiempo asociado al contrato es imposible “[...] sustraerlo a los cambios que experimenta el permanente movimiento de la sociedad y de su entorno natural, de eso no cabe duda [...]”¹⁴⁹. No obstante, uno de los fines de una investigación realizada como la que se ha llevado a cabo, es introducir duda. Razón por la cual, con todo el atrevimiento cabe duda sobre la permisión de entrelazar al contrato con los cambios de su entorno. A causa de que, al ritmo que se mueve la sociedad lo constante no son las “instituciones” de Derecho, sino el hecho de que esas situaciones deben cambiar; porque lo único constante es el cambio. Lo que no se adapta se queda atrás. Entonces, la posibilidad de “actualizar” el contrato es completamente tangente; ergo, no es tanto una cuestión de si se puede, sino más de si se quiere.

En conclusión, el Derecho continental y/o latinoamericano (Civil law) con el apoyo de la teoría económica eficiente tienen el potencial de lograr la mejor ejecución del contrato posible.

¹⁴⁹ *Id.*, 92.