



Andrés Talavera Cano^{(*)(**)}

Regulando la **Intolerancia** ante los **Incumplimientos Contractuales**^(***)

Regulating the Intolerance of Contractual Breaches

EN EFECTO, ANTE LA AUSENCIA DE PACTO DE UNA CLÁUSULA PENAL, EL ACREEDOR TENDRÍA QUE DEMANDAR AL DEUDOR EL PAGO DE LOS DAÑOS EN LA VÍA ORDINARIA, LOS CUALES SUELEN LIMITARSE COMO REGLA AL INTERÉS POSITIVO. EL OBJETIVO ES COLOCAR AL ACREEDOR EN LA POSICIÓN QUE SE ENCONTRARÍA DE HABERSE EJECUTADO EL CONTRATO. DE ESTA MANERA, EL RESARCIMIENTO ES EL EQUIVALENTE ECONÓMICO AL CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO.

Resumen: Penalizar los incumplimientos permite una asignación eficiente de los riesgos en un contrato, asegurando y conservando el equilibrio contractual que las partes tuvieron en mente y plasmaron en su regulación contractual. El uso inteligente de las penalidades permitirá salvaguardar y mantener el equilibrio económico de los contratos, manteniendo así la rentabilidad de las operaciones comerciales perseguidas a través de ellos.

Palabras clave: Cláusulas Penales - Penalidades Moratorias - Penalidades Compensatorias - Pacto de Daño Ulterior - Análisis Económico

Abstract: To penalize contractual breaches allows efficient allocation of risks in a contract, ensuring and maintaining the contractual equilibrium that the parties had in mind and shaped in its contractual regulation. The intelligent use of penalties will safeguard and maintain the economic balance of the contracts, thus maintaining the profitability of business operations pursued through them.

(*) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Con estudios adicionales en el Programa de Intercambio Estudiantil de la University of Wisconsin - Madison (International Commercial Arbitration / Introduction to the American Law / Comparative Law). Profesor del curso de "Destrezas Legales I" en la Facultad de Derecho de la Universidad Pacífico. Profesor adjunto del curso "Derecho Civil XI: Responsabilidad Civil" en la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima. Miembro de Lex Arbitri. Asociado del Estudio Bullard, Farra, Ezcurra.

(**) El autor desea agradecer especialmente el apoyo de Mercedes Gianela Ramírez Álvarez en la preparación del presente artículo. Sin dicho apoyo y compromiso, su elaboración no hubiera sido posible.

(***) Nota del Editor: El artículo fue recibido el 28 de junio de 2016 y aprobada su publicación el 30 de junio del mismo año.

Regulando la Intolerancia ante los Incumplimientos Contractuales *Regulating the Intolerance of Contractual Breaches*

Keywords: Penalty Clauses - Moratoria Penalties - Countervailing Penalties - Pact o Further Damage - Economic Analysis

1. Introducción

El artículo 62 de la Constitución Política del Perú garantiza a las partes la posibilidad de pactar libremente su reglamentación contractual, de acuerdo y en respeto de las normas vigentes al tiempo del Contrato:

“Artículo 62.-
La libertad de contratar *garantiza* que las partes pueden *pactar* válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato (...)”.

Objeto, precio y riesgos constituyen la trilogía estructural de todo contrato. Las partes consumen mucho tiempo y recursos, costos de transacción, para configurar *a medida* las regulaciones contractuales que les permitirán desarrollar esa trilogía estructural y organizar, así, los recursos humanos y materiales para llevar adelante el objeto de su negocio, asumiendo los riesgos que permitan asegurar, dentro de lo posible, la rentabilidad de este⁽¹⁾.

De acuerdo al artículo 1351⁽²⁾ del Código Civil, los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos. Así, las partes definirán cómo se reparten los riesgos, es decir, definirán de manera clara y detallada cómo es que asignarán la asunción de los riesgos y la responsabilidad derivada de ellos.

Así, en ejercicio de la facultad otorgada por el artículo 1317⁽³⁾ del Código Civil, las partes pueden acordar *a medida* bajo qué reglas y alcances se distribuirán, entre ellos, los riesgos del contrato y la responsabilidad que deriva de su concreción.

Considerando el marco normativo antes reseñado, puede decirse que las cláusulas penales son un mecanismo contractual que permiten a las partes pactar de antemano las consecuencias de sus incumplimientos. Mediante estas, se establece “(...) la pena o penalidad convenida para los casos de incumplimiento”⁽⁴⁾.

Al respecto, Borda ha señalado lo siguiente:

“(...) es también un *medio de fijar por anticipado los daños y perjuicios que deberán pagarse al acreedor en caso de incumplimiento*. Se evitan así todas las cuestiones relativas a la prueba de la existencia del daño y su monto”⁽⁵⁾.

Como se puede observar, la cláusula penal permite la distribución eficiente de los riesgos entre las partes, quienes deciden pactar una cláusula penal siempre y cuando los beneficios excedan los costos. La existencia de una penalidad es muestra de que las partes están maximizando el valor del contrato.

De ese modo, si las partes han pactado una penalidad es porque dicho pacto representa la distribución eficiente de riesgos acordada por aquellas; y, además, representa el equilibrio económico sobre el cual se ha realizado su análisis costo-beneficio.

El equilibrio contractual, entonces, no debe entenderse como la equivalencia objetiva

(1) Sobre esta trilogía de los contratos en general y, en especial, en los contratos de obra *conferre* con Humberto Podetti, *Contrato de Construcción* (Buenos Aires: Astrea, 2004), 244-56.

(2) “Artículo 1351 (Código Civil). Noción de contrato.

El contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial”.

(3) “Artículo 1317 (Código Civil). Daños y perjuicios por inejecución no imputable.

El deudor no responde de los daños y perjuicios resultantes de la inejecución de la obligación, o de su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, por causas no imputables, salvo que lo contrario esté previsto expresamente por la ley o por el título de la obligación”.

(4) Felipe Osterling Parodi y Mario Castillo Freyre, *Compendio de Derecho de las Obligaciones* (Lima: Palestra, 2008), 939.

(5) Guillermo Borda, *Tratado de Derecho Civil* (Buenos Aires: Perrot, 1983), 197.



Andrés Talavera Cano

entre valores de las distintas prestaciones, sino como la equivalencia pactada y aceptada por las partes entre sus valorizaciones subjetivas y, por tanto, individuales de aquellas. Dicha equivalencia incluye la asunción de ciertos riesgos por las partes. Esa es la esencia de la autonomía de la voluntad, principio sobre el cual se construye el equilibrio contractual.

Dicha asignación permitirá que las partes asuman los riesgos que están dispuestas a adjudicarse y realicen las inversiones que consideren necesarias para evitar incurrir en responsabilidad. Al respecto, George Triantis argumenta lo siguiente:

“The contractual allocation of risks has significant efficiency consequences because it sets investment incentives for each party (resource allocation) and exploits differences in their respective risk-bearing capabilities (risk-sharing)”⁽⁶⁾.

En otras palabras, la cláusula penal se integra como parte del equilibrio contractual y ayuda no solo a establecerlo, sino también, a conservarlo. La cláusula penal vendría a ser, tal como lo señalan Robert Cooter y Thomas Ulen: “(...) El mejor remedio para el incumplimiento, asegura un compromiso óptimo con el contrato, lo que causa la formación, el desempeño y la confianza eficientes”⁽⁷⁾.

En un contrato, una de las partes puede considerar que el riesgo de incurrir en un incumplimiento por el cual deba responder es tal que la operación podría tornarse no rentable. Para solucionar aquella situación pueden establecerse límites a las indemnizaciones que podrían reclamarse en dichos casos. El instrumento contractual que permite ello es, precisamente, la fijación de penalidades sin pactar una cláusula de daño ulterior.

Este tipo de pactos son un reflejo del equilibrio contractual que las partes establecen en sus negocios y de los niveles máximos de riesgo que las partes, de manera voluntaria, han estado dispuestas a asumir.

A título de ejemplo, esta finalidad fue discutida en el caso *Discount Fabric House versus Wisconsin Telephone Company* que fue llevado ante la Corte de Apelaciones de Wisconsin. En tal caso, la empresa *Discount Fabric House* (en adelante, DFH) celebró un contrato con la *Wisconsin Telephone Company* (en adelante, WTC), a fin de que la primera pudiera colocar un anuncio en las páginas amarillas que distribuía la WTC.

En el contrato se estableció una penalidad límite a la cual podría ascender, como máximo, una indemnización por daños y perjuicios a favor de la DFH generados a raíz de errores en la publicación del referido aviso. Finalmente, el anuncio fue reproducido en la guía pero con errores tipográficos, lo cual generó daños a la imagen de la demandante. Así DFH demandó a la compañía de teléfonos y solicitó que se inaplique la cláusula penal que limitaba el resarcimiento por considerarla injusta y abusiva.

En el mencionado caso, el Tribunal falló a favor de la WTC. En la parte considerativa de la sentencia, el tribunal estableció lo siguiente:

“La negociación de una cláusula penal de este tipo no necesariamente es leonina dado que el cliente también se beneficia de ello. Dado que los costos potenciales se reducen, la oferta se expande y los consumidores se benefician. Los costos de transacción para contratar un aviso en las páginas amarillas se reducen. Por ende, *tanto la compañía de teléfonos como el cliente reciben un beneficio de las cláusulas penales que limitan los*

(6) George Triantis, “Unforeseen Contingencies. Risk Allocation in Contracts,” en *Encyclopedia of law and economics*, Boudewijn Bouckaert y Gerrit De Geest (UK: Edward Elgar), 101.

(7) Robert Cooter y Thomas Ulen, “Temas del análisis económico de la teoría de los contratos,” en *Derecho y Economía* (México DF: Fondo de Cultura Económica, 2008), 345.

Regulando la Intolerancia ante los Incumplimientos Contractuales *Regulating the Intolerance of Contractual Breaches*

daños y perjuicios reclamables. Si tal acuerdo fuera declarado leonino, los costos aumentarían y los clientes así “protegidos” encontrarían contratar más caro”⁽⁸⁾.

Como ya señalamos antes, este precedente judicial muestra, precisamente, cómo se configura el equilibrio contractual y la función de determinar los niveles máximos de riesgo que las partes, de manera voluntaria, han estado dispuestas a asumir. Si la compañía de teléfono tuviera que asumir sin límite la responsabilidad por un error en la publicación de un aviso en las páginas amarillas, tendría problemas para calcular, por ejemplo, las ventas potenciales que un cliente perdería por dicho error (y que podrían configurar los daños que se le reclamarían). Si fuera forzada a asumir ese riesgo, enfrentaría un alto nivel de incertidumbre sobre las consecuencias de sus actos.

La incertidumbre generaría aversión al riesgo, y esta aversión generaría la tendencia a exagerar el costo potencial de un incumplimiento para el deudor, pues le sería difícil calcular las consecuencias. Es probable que la incertidumbre conduzca a una estimación de daños mayor a la real. Para protegerse, la compañía de teléfonos exigiría una contraprestación mayor a su contraparte. Por su parte, el cliente puede calcular el costo potencial de mejor manera y asegurarse contra éste a menor costo. El resultado es que, como señala la sentencia bajo comentario, conviene a ambas partes establecer un límite de responsabilidad.

Aplicando esta lógica económica a las cláusulas penales, podemos señalar que estas suponen un beneficio para ambas partes. Por un lado, el acreedor logra: (i) conseguir los bienes y/o servicios a un buen precio, limitando la responsabilidad de su proveedor y circunscribiéndola a los términos del contrato, evitando así el efecto de sobreestimación de costos por aversión al riesgo; y, (ii) tener un cálculo y cobro inmediato de las penalidades de parte de su deudor, pudiendo pactar incluso la posibilidad de compensar el pago de dichas penalidades en contra de los montos pendientes de pago de la contraprestación.

Asimismo, el deudor también se beneficia de este sistema de penalidades al lograr: (i) limitar su responsabilidad a los montos preestablecidos en la cláusula de penalidades; y, (ii) liberarse de los efectos negativos que sus incumplimientos puedan generar respecto a todo el negocio, que por su cuantía e importancia podrían superar ampliamente los intereses de las prestaciones que dicho deudor tenga que cumplir.

En este artículo veremos el rol que desempeñan las cláusulas penales y el pacto de daño ulterior dentro de un contrato. En ese sentido, podremos resolver preguntas como: ¿Qué tipos de cláusulas penales regula nuestro ordenamiento? y ¿Cuál es la utilidad que tiene pactar una cláusula penal con o sin pacto de daño ulterior?

2. ¿Qué tipos de cláusulas penales regula nuestro ordenamiento?

Existen dos tipos de cláusulas penales reguladas en nuestro ordenamiento: la cláusula penal compensatoria y la moratoria⁽⁹⁾.

Los dos tipos de penalidades responden a supuestos distintos, por lo que no es posible exigir tanto una penalidad compensatoria como una moratoria por el mismo hecho. Es posible, únicamente, reclamar penalidades para resarcir la mora en el cumplimiento de una prestación, o bien para resarcir que esta nunca se haya cumplido en absoluto, incumplimiento definitivo de la obligación. Una y otra son mutuamente excluyentes.

(8) Discount Fabric House *versus* Wisconsin Telephone ante la Corte de Apelaciones de Wisconsin. Sentencia del 25 de mayo de 1983.

(9) Felipe Osterling Parodi y Mario Castillo Freyre, *Compendio de Derecho de las Obligaciones*, 939.



Andrés Talavera Cano

Las penalidades compensatorias y moratorias se encuentran reguladas en los artículos 1341 y 1342, respectivamente, de nuestro Código Civil.

3. ¿Qué penaliza una penalidad compensatoria?

Las penalidades compensatorias son aquellas que sirven para resarcir los daños causados por el incumplimiento definitivo de una obligación. Son exigibles por el acreedor: (i) cuando la obligación se torna en imposible por causa imputable al deudor; o, (ii) cuando ante un incumplimiento, el acreedor pierde interés en la ejecución de la prestación y decide dejarla sin efecto, cobrando la penalidad pactada.

Las penalidades compensatorias se encuentran reguladas en el artículo 1341 del Código Civil:

“Artículo 1341.-

El pacto por el que se acuerda que, en caso de incumplimiento, uno de los contratantes queda obligado al pago de una penalidad, tiene el efecto de limitar el resarcimiento a esta prestación y a que se devuelva la contraprestación, si la hubiere; salvo que se haya estipulado la indemnización del daño ulterior. En este último caso, el deudor deberá pagar el íntegro de la penalidad, pero ésta se computa como parte de los daños y perjuicios si fueran mayores”.

Como se puede observar en el citado artículo, las cláusulas penales compensatorias, en definitiva, son un sustituto de la prestación incumplida, pues se cobran ante el incumplimiento definitivo de las obligaciones del deudor.

4. ¿Qué penaliza una penalidad moratoria?

La cláusula penal moratoria, se encuentra regulada de la siguiente manera en el artículo 1342 del Código Civil:

“Artículo 1342.-

Cuando la cláusula penal se estipula para el caso de mora o en seguridad en un pacto determinado el acreedor tiene derecho para exigir, además de la penalidad, el cumplimiento de la obligación”.

Como puede apreciarse, estas penalidades son aquellas que resarcen los daños causados por la mora en el cumplimiento de una obligación, por causa imputable al deudor. Presuponen que el cumplimiento, efectivamente, se realice, pero con retraso.

En definitiva, las penalidades moratorias son el sustituto de los daños y perjuicios ocasionados por el retraso en el cumplimiento de la prestación. La existencia de este tipo de penalidades, a diferencia de las compensatorias, evidencia que el acreedor aún tiene interés en la ejecución del contrato. Ello se debe a que, como explicamos y se desprende de la norma citada, este tipo de cláusulas resarce la demora en la ejecución de las obligaciones y no el incumplimiento definitivo de una obligación.

5. ¿Qué es el pacto de daño ulterior?

El pacto de daño ulterior se presenta cuando el deudor, durante la negociación, acepta la responsabilidad de pagar daños superiores a los liquidados en la cláusula. En ese caso, la cláusula no constituye un auténtico límite, sino un mecanismo que facilita la liquidación. El deudor ha aceptado asumir costos mayores (pues se ha considerado con capacidad de preverlos o siente que tiene un adecuado control de los riesgos).

Una cláusula penal que reconoce la indemnización por daño ulterior significa un equilibrio contractual totalmente diferente al que arroja una cláusula que no lo reconoce.

El pacto de daño ulterior se encuentra establecido en el artículo 1341 del Código Civil, el cual aplica tanto para penalidades compensatorias como para penalidades moratorias. En este artículo se establece lo siguiente:

Regulando la Intolerancia ante los Incumplimientos Contractuales *Regulating the Intolerance of Contractual Breaches*

“Artículo 1341.-

El pacto por el que se acuerda que, en caso de incumplimiento, uno de los contratantes queda obligado al pago de una penalidad, tiene el efecto de limitar el resarcimiento a esta prestación y a que se devuelva la contraprestación, si la hubiere; *salvo que se haya estipulado la indemnización del daño ulterior. En este último caso, el deudor deberá pagar el íntegro de la penalidad, pero ésta se computa como parte de los daños y perjuicios si fueran mayores.*”

De acuerdo con lo establecido en dicha norma, el pacto de daño ulterior permite que, si en los hechos los daños causados son mayores a las penalidades pactadas, pueda reclamarse la diferencia como daños y perjuicios.

Como señalamos, cuando las partes pactan una cláusula penal, el acreedor tiene derecho a reclamar el monto de la penalidad, sin importar si la cuantía de los daños efectivamente generados es mayor o menor a la pre-liquidada, conforme al sistema de cálculo establecido en la cláusula penal.

Así, el acreedor evita las demoras en la determinación del monto, y, puede gestionar un cobro inmediato a través de una simple operación matemática. Por otro lado, el deudor limita su responsabilidad al monto pre-liquidado sin tener que responder por los daños y perjuicios que podrían haberse generado efectivamente como producto de sus incumplimientos.

Como se desprende de lo mencionado, la regla establecida en nuestro Código Civil es que la cláusula penal, sea compensatoria o moratoria, debe ser pagada independientemente del monto de los daños que el incumplimiento podría haber generado. Solo el pacto de daño ulterior puede modificar esta regla y permitir que, cuando los daños sean mayores al monto de la penalidad, el acreedor tenga derecho a cobrarlos a título de una indemnización por daños y perjuicios.

6. ¿Cuál es la utilidad de las cláusulas penales?

Las cláusulas penales sirven para facilitar o evitar la discusión y prueba de la existencia y monto de los daños.

Basta el incumplimiento imputable de alguna prestación para que quien incumple se encuentre obligado al pago de la penalidad convenida.

Ello implica que el acreedor tiene derecho a cobrar la penalidad pactada sin tener en cuenta el monto de los daños, efectivamente, causados. Para efectos del pago de la penalidad es, en principio, irrelevante si los daños son menores o mayores al monto de esta.

El objetivo específico de estas cláusulas es claro desde el punto de vista económico. Al establecer con precisión la consecuencia del retraso en el cumplimiento, eliminan la necesidad de determinación (por el juez o el árbitro) del monto a ser indemnizado posteriormente. Al respecto, Charles Goetz señala que:

“This hypothesis is based on the assumption that liquidated damages provisions will (1) reduce transaction costs where the parties determine that the costs of negotiation are less than the expected costs of litigation upon breach; and, (2) reduce the error costs produced upon breach when the promise is denied recovery for his non-provable idiosyncratic value”⁽¹⁰⁾.

Las cláusulas penales evitan o reducen la necesidad de litigar y, simultáneamente, reducen la incertidumbre de las partes.

Estas cláusulas (conocidas en otros sistemas, como el anglosajón, como *liquidated damages clause* o cláusula de daños liquidados, al constituir una verdadera liquidación anticipada de daños) parten del supuesto de que son las partes las que mejor pueden prever qué monto será una compensación adecuada. Al acreedor le permite negociar un monto

(10) Charles Goetz y Robert Scott, “Liquidated damages, penalties and the just compensation principle: Some notes on an enforcement model and a theory of efficient breach,” *Columbia Law Review* 4 (1977): 578.



Andrés Talavera Cano

que considera una reparación idónea, de la mano con un desincentivo efectivo al incumplimiento. Del lado del deudor, le permite limitar su riesgo al reclamo de montos que no puede calcular o soportar.

Desde esa perspectiva, si el deudor tuviera que compensar cualquier monto, trasladaría ese riesgo al precio que cobra al acreedor, lo que significaría un incremento del mismo. Por eso se dice, correctamente, que los límites de una cláusula penal no solo benefician el interés del deudor, sino que benefician al acreedor con términos contractuales más beneficiosos en la negociación del contrato (una menor contraprestación).

7. Las penalidades y una necesaria distinción entre el *Common Law* y el *Civil Law*

Para concluir con el análisis de las cláusulas penales propuesto en el presente artículo, resulta interesante hacer una breve mención de la regulación de éstas en el *Common Law* y *Civil Law*. En el derecho anglosajón se diferencia entre *liquidated damages clauses* y *penalties*. Dicha distinción es importante desde que en la experiencia anglosajona aún se rechaza que la ejecución de los *liquidated damages* sean considerados como *penalties* (al no ser una liquidación razonable de los daños previsibles). En efecto, la sección 356 (1) del *Restatement (Second) of Contracts* señala lo siguiente:

“Damages for breach by either party may be liquidated in the agreement but only at an amount that is reasonable in the light of the anticipated or actual loss caused by the breach and the difficulties of proof or loss. A term fixing unreasonably large liquidated damages is unenforceable on grounds of public policy as a penalty”.

De esta manera, solo se ejecutarán las sumas pactadas que sean iguales o menores a una estimación razonable de los daños efectivamente sufridos. Edlin y Schwartz sostienen que:

“The law also permits parties to specify in their contract the sum the promisor must pay on breach: the specified sum is permitted to fall below, but cannot exceed, a reasonable ex ante estimation of the promise’s expectation interest.

The rules regulating contractual damage measures, denoted here as the ‘liquidated damages rules’, thus prohibit penalties”⁽¹¹⁾.

De igual manera, Paul Rubin señala que:

“A contract may include a clause specifying the amount to be paid by the performing party in the event of breach. However, this payment cannot be more than the cost of the breach to the paying party. If the payment specified is larger than this cost, the courts will generally hold that the payment is a penalty and will not enforce the agreement”⁽¹²⁾.

En el *Civil Law*, dicha diferencia no existe. Las cláusulas penales siempre se deberán ejecutar. Lo que sí pueden hacer los jueces y árbitros, en virtud del artículo 1346 del Código Civil peruano, es reducir las penalidades que consideren excesivamente onerosas:

“Artículo 1346.-

El juez, a solicitud del deudor, puede reducir equitativamente la pena cuando sea manifiestamente excesiva o cuando la obligación principal hubiese sido en parte o irregularmente cumplida”.

Si bien en la práctica, un régimen de *liquidated damages* y *penalties* frente a uno de cláusula penal con reducción equitativa, pueden ser similares, la gran diferencia es que los *penalties* no se ejecutarán, mientras que las cláusulas penales, en el peor de los casos, se ejecutarán reducidas a petición de parte.

“(…) Los tribunales hablan de ‘daños liquidados’ cuando se estipulan daños que no excedan el perjuicio efectivo (o una estimación previa razonable de ese daño) causado por un incumplimiento. La tradición del derecho común hace cumplir el pago de

(11) Aaron Edlin y Alan Schwartz, “Optimal Penalties in Contracts,” *Chicago-Kent Law Review* 78 (2003), 33.

(12) Paul Rubin “Unenforceable Contracts: Penalty Clauses and Specific Performance,” *The Journal of Legal Studies* 2 (1981): 241.

Regulando la Intolerancia ante los Incumplimientos Contractuales *Regulating the Intolerance of Contractual Breaches*

daños liquidados y niega el cumplimiento forzoso de los castigos. En cambio, los tribunales de los países de derecho civil tienden a no objetar los castigos como tal (...) se muestran más dispuestos a hacer cumplir los castigos contractuales o a reducirlos sin descartarlos⁽¹³⁾.

8. Reflexiones finales

Se asume que el deudor conoce mejor el riesgo del incumplimiento al tener control sobre la conducta objeto de su pretensión. De otro lado, el acreedor conoce mejor los daños que podría sufrir, pues conoce el valor de los intereses protegidos por el cumplimiento de la prestación (por ejemplo: sus pérdidas de ventas).

Así, un deudor sabe cuál es el riesgo de no entregar de un bien (por ejemplo: una maquinaria); y, el acreedor, cuánto perdería en producción y ventas por no contar con dicha maquinaria. Por ello, mediante una negociación ambos intereses pueden llegar a un equilibrio, a través del pacto de un monto a ser resarcido, por ejemplo, en caso de atraso.

En efecto, ante la ausencia de pacto de una cláusula penal, el acreedor tendría que demandar al deudor el pago de los daños en la vía ordinaria, los cuales suelen limitarse como regla al interés positivo. El objetivo es colocar al acreedor en la posición que se encontraría de haberse ejecutado el contrato. De esta manera, el resarcimiento es el equivalente económico al cumplimiento del contrato. Debido a tal equivalencia, al acreedor le es

indiferente si el deudor ejecuta la prestación debida o el pago de daños.

Sin embargo, muchas veces las partes tienen intereses idiosincráticos y personales que, mayormente, no encuentran cobertura en la liquidación de daños y perjuicios por su difícil probanza. Una alternativa sería dejar expresa constancia de tal particularidad en el contrato y pactar una penalidad que, por definición, puede incluir de manera *ex ante* daños de difícil probanza⁽¹⁴⁾.

Dado que es el acreedor quien mejor conoce cómo se vería afectado en caso de incumplimiento, la cláusula penal le permite liquidar de manera previa un monto que incluya tanto el interés positivo como cualquier otra adicional que un juez no pueda apreciar⁽¹⁵⁾. De esta manera, si la liquidación de daños *ex ante* es más barata que la liquidación *ex post* que podrían realizar los tribunales; entonces, es eficiente el pacto de una penalidad que incluya el resarcimiento de aquellos daños que las partes están en mejor posición de identificar a bajo costo.

Las partes no solo estarían distribuyendo los riesgos de un eventual incumplimiento, sino también estarían evitando los costos de litigar e incluso de enfrentar posibles casos de errores judiciales o arbitrales. Esto no solo favorece al deudor, al poder incluir en la penalidad aquellos daños de difícil probanza; también favorece al acreedor al poder limitar su responsabilidad, estableciendo como límite el monto pactado por concepto de penalidad.

Penalizar los incumplimientos permite una asignación eficiente de los riesgos en un contrato, asegurando y conservando el equilibrio contractual que las partes tuvieron en mente y plasmaron en su regulación contractual. El uso inteligente de las penalidades permitirá salvaguardar y mantener el equilibrio económico de los contratos, manteniendo así la rentabilidad de las operaciones comerciales que se forjen a través de ellos. 

(13) Robert Cooter y Thomas Uhlen, "Temas del análisis económico de la teoría de los contratos," 366.

(14) Samuel A. Jr Rea, "Efficiency Implications of Penalties and Liquidated Damages," *The Journal of Legal Studies* 1 (1984): 148. "Another consideration is the difficulty in measuring or proving a loss. Courts are more likely to enforce damage clauses when measurement is difficult".

(15) Gerrit De Geest y Filip Wuyts, "Penalty Clauses and Liquidated Damages," en *Encyclopedia of law and economics*, Boudewijn Bouckaert y Gerrit De Geest, Vol. 3 (UK: Edward Elgar), 142: "In addition, liquidated damages are meant to compensate fully for losses, including subjective and other hard to prove losses. It is possible that courts mistakenly consider liquidated damages to be penalty clauses because they underestimate subjective costs. Yet, from an analytical point of view these clauses should be seen as liquidated damages".