

Psicoeconomía de la Cláusula Penal

Psychoeconomics of penalties clauses



Madeleine Osterling 1
Sergio García Long2

RESUMEN: Los autores analizan a la cláusula penal desde una perspectiva triple: (1) análisis legal, (2) análisis económico, y (3) análisis psicológico.

De esta manera, se estudia a la cláusula penal, y se explica los aspectos que suelen pasar desapercibidos si solo se mira a las cosas desde una perspectiva estrictamente legal.

PALABRAS CLAVES: cláusula penal, derecho comparado, economía, psicología.

ABSTRACT: The authors study penalty clauses from a triple perspective: (1) legal analysis, (2) economic analysis, and (3) psychological analysis. From this perspective, this paper studies penalty clauses, and explains the aspects that usually go unnoticed when things are looked exclusively from a legal approach.

KEY WORDS: penalty clauses - comparative law – economics - psychology.

1 Profesora de Contratos en la Facultad de Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC). Árbitro del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima. Socia del Estudio Osterling Abogados.

2 Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Especialista en Contratos, Corporativo, Fusiones y Adquisiciones, Financiamientos y Arbitraje. Autor de los libros “Un Big MAC, por favor: La cláusula MAC en fusiones y adquisiciones” (2016) y “La Función Punitiva en el Derecho Privado” (2019). Ha pertenecido a las firmas de abogados Rubio Leguía Normand, Fernández & Vargas, y Philippi Prietocarrizosa Ferrero DU & Uría. Actualmente es asociado en Vargas Pareja Abogados en la práctica de corporativo, arbitraje y minería. Ha sido Profesor Adjunto de los cursos de Derecho de las Obligaciones, Responsabilidad Civil, Análisis Económico del Derecho y Temas de Derecho Societario en la PUCP. Autor en The Crypto Legal

Introducción

La cláusula penal pasó por mucho tiempo como una institución contractual que no merecía mayor atención al no ser una disposición complicada. Siempre ha sido un monto dinerario que debe pagar el deudor en favor del acreedor ante el incumplimiento del contrato. Sin embargo, conforme se desarrollaba la doctrina, la misma evidenció que la cláusula penal tenía muchas particularidades en la práctica que hacía difícil enunciar con claridad y precisión qué es la cláusula penal y para qué sirve. Se trataba de un Frankenstein compuesto de diversas características provenientes de muchos institutos del derecho privado. Al final se enunciaba todo lo que podía hacer la cláusula penal pero no se definía con coherencia realmente qué era.

Esto es particularmente importante desde que no hay nada más práctico en el derecho contractual que el sistema de remedios contra el incumplimiento. Siendo evidente la relevancia de los remedios contractuales, resulta cuestionable que la doctrina no haya definido con precisión el aspecto más práctico del derecho contractual. Recientemente, y en un trabajo que demuestra lo que enunciamos (Fernández, 2017), se ha confirmado que se ha dicho mucho sobre la cláusula penal tanto en el Perú como en Italia, y sin embargo, mucho de lo que se ha escrito no ha sido acertado, principalmente por no diferenciar correctamente los diversos medios de tutela y los remedios específicos que ofrece el derecho privado. En específico, por no diferenciar entre la tutela resarcitoria y la sanción privada (categoría a la cual pertenece la cláusula penal).

Nuestra intención es completar este análisis legal pero no limitarnos a ello. Para completar la receta es indispensable pensar en un ingrediente fundamental que nos permitirá entender finalmente lo que es la cláusula penal: el análisis económico. Somos de la opinión que la confusión respecto al encuadramiento de la cláusula penal se debe a que los comentaristas se suelen limitar al análisis legal, necesario pero insuficiente. Es el análisis económico lo que nos permite evidenciar para qué funciona realmente la cláusula penal y cómo la

misma es usada en la práctica. Además, también se usará herramientas del análisis psicológico para evidenciar cómo se resuelven arbitrajes sobre cláusula penal cuando se pretende reducir la misma por ser manifiestamente excesiva.

Debemos comprender la importancia de combinar el análisis interdisciplinario de las instituciones contractuales. El primer tipo de análisis que debemos utilizar es –evidentemente– el legal, el cual es el monopolio de los abogados. Sin embargo, el mismo es insuficiente para responder todas las interrogantes respecto a una institución legal en concreto. Es en tales circunstancias en donde aparece como salvavidas el análisis económico, para hacernos ver lo que el derecho no está en aptitud de explicar. Pero al igual que el análisis legal, el análisis económico también tiene límites inherentes que permiten que sea coherente como disciplina. En tales casos el análisis psicológico ha probado ser un gran complemento para enfocarse en aquellos aspectos no-económicos que normalmente la economía suele pasar por alto.

En este sentido, nuestra intención interdisciplinaria es demostrar que los diversos tipos de análisis pueden ser usados de manera complementaria y no excluyente (García Long, 2016, pp. 23-24). El análisis económico no va en contra del análisis legal, y el análisis psicológico no va en contra del análisis económico. Es momento de superar este mito y utilizar el mayor número de métodos que sea posible para explicar las instituciones legales. En el presente trabajo se usará el derecho, la economía y la psicología para explicar los diversos fenómenos que rodean a la cláusula penal.

Finalmente, una aclaración. El término «*behavioral economics*» suele traducirse como «economía conductual», y es esta la traducción que se ha popularizado. Nosotros preferiríamos traducirlo como «psicoeconomía». Si bien no es momento para discutir sobre etiquetas, sí queremos precisar por qué preferimos un término en lugar del otro, y será útil para comprender a qué se dedica el *behavioral economics*.

La economía siempre es conductual. Lo que la economía hace es estudiar la conducta humana para saber cómo predecirla en base a un modelo

de racionalidad humana. Por el contrario, el *behavioral economics* también es conductual, pero para ser más preciso, es cognitiva. Se enfoca en aspectos no racionales que van más allá del modelo económico. Por ello, un término más exacto sería «economía cognitiva», para hacer referencia a la mezcla de economía y psicología. De allí que algunos autores prefieran hablar de psicoeconomía¹.

Por ello, cuando se habla de «ciencias conductuales», se incluyen tanto a la economía como la psicología pues ambos se enfocan en la conducta y en lo que motiva tal conducta, siendo que la economía se centra en la racionalidad mientras que la psicología en las emociones.

Sin embargo, el término «economía conductual» es el que se ha difundido ampliamente en castellano. Habiéndose hecho esta aclaración, entiéndase por economía conductual el uso de elementos cognitivos, pues las conductuales siempre son parte de la economía neoclásica.

I. Análisis legal

A. Remedios frente al incumplimiento versus tutela resarcitoria

En virtud del artículo 1219 del Código Civil², es el acreedor quien elige cuáles serán los remedios que utilizará ante el incumplimiento culpable de su deudor. En efecto, dicha norma inicia su redacción señalando que «Es efecto de las obligaciones autorizar al acreedor para lo siguiente...».

Dicha precisión es importante en términos de derecho comparado si tenemos en cuenta que en el Common Law la elección de cómo proceder ante el incumplimiento contractual (*breach of contract*) la tiene el propio deudor, quien decidirá si cumple (*performance*) o se libera pagando daños (*damages*). Como ha señalado Holmes, un contrato no se celebra necesariamente para cumplirlo. Uno celebra un contrato para pagar daños a menos que la prestación prometida se ejecute³.

Esto se debe a que la responsabilidad contractual en el derecho americano es objetiva, en el sentido que cualquier incumplimiento genera responsabilidad frente al acreedor. Como señala la Sección §260 (2) del Restatement (Second) of Contracts: «When performance of a duty under a contract is due, any non-performance is breach». Explica Farnsworth que «For, as every first-year law student learns, contract liability is absolute liability –that is to say, liability not based on fault. In the law of contracts, trying is not enough» (1984, pp. 3). Por tal motivo, ante cualquier incumplimiento el deudor debe pagar daños, salvo que pueda alegar exitosamente alguna excusa. Así es como se parte de la premisa que el deudor deberá pagar daños a menos que cumpla el contrato.

Este principio del derecho contractual americano es uno de los pilares de la teoría del incumplimiento eficiente (*efficient breach*): si el deudor puede liberarse del contrato pagando los daños ocasionados -desde que no puede verse compelido vía ejecución forzada (*specific performance*)-

¹ Véase a Schuldt, 2013; Walliser, 2012; Legrenzi, 2012; Pugno, 2005, Gilboa, 2009; Levinson, 1995.

² Artículo 1219.- Es efecto de las obligaciones autorizar al acreedor para lo siguiente:
 1.- Emplear las medidas legales a fin de que el deudor le procure aquello a que está obligado.
 2.- Procurarse la prestación o hacérsela procurar por otro, a costa del deudor.
 3.- Obtener del deudor la indemnización correspondiente.
 4.- Ejercer los derechos del deudor, sea en vía de acción o para asumir su defensa, con excepción de los que sean inherentes a la persona o cuando lo prohíba la ley. El acreedor para el ejercicio de los derechos mencionados en este inciso, no necesita recabar previamente autorización judicial, pero deberá hacer citar a su deudor en el juicio que promueva.
 Es posible ejercitar simultáneamente los derechos previstos en este artículo, salvo los casos de los incisos 1 y 2.

³ Holmes, 1997, pp. 995: «Nowhere is the confusion between legal and moral ideas more manifest than in the law of contract. Among other things, here again the so called primary rights and duties are invested with a mystic significance beyond what can be assigned and explained. The duty to keep a contract at common law means a prediction that you must pay damages if you do not keep it, -and nothing else. If you commit a tort, you are liable to pay a compensatory sum. If you commit a contract, you are liable to pay a compensatory sum unless the promised event comes to pass, and that is all the difference». Véase en sede nacional a Bullard, 2010.

entonces puede elegir en incumplir el contrato cuando los beneficios del incumplimiento sean mayores a sus costos. Nos ocuparemos de las críticas a la teoría del incumplimiento eficiente en la sección dedicada al análisis económico.

Por el contrario, en el Civil Law la elección la tiene el acreedor, cuya decisión dependerá de su interés y la posibilidad física en la ejecución de la prestación: (i) si el acreedor mantiene interés en la ejecución de la prestación y la misma puede ejecutarse, ante el retraso en la ejecución de la prestación el acreedor solicitará la ejecución forzada más el pago de daños moratorios (destinados a resarcir los daños derivados de la demora), por el contrario, (ii) si el acreedor no mantiene interés en la prestación al considerar el incumplimiento como uno absoluto, independientemente de la posibilidad física de ejecutar la prestación, podrá solicitar la resolución del contrato y pedir el pago de daños compensatorios (que son el equivalente económico de la prestación no ejecutada)⁴.

De esta manera, los remedios típicos que tiene el acreedor a su disposición son la ejecución forzada, la resolución del contrato y el pago de daños. En concreto, el pago del resarcimiento deberá ser liquidado por el juez o tribunal arbitral competente. El demandante que pide daños deberá probar la existencia fáctica de un daño resarcible y demostrar la cuantía del costo económico sufrido. Esto genera una oportunidad para el error judicial (Polinsky y Shavell, 1989, pp. 99): los tribunales no tienen toda la información –y es costoso que las partes provean la información necesaria– para poder cuantificar y liquidar con precisión los daños sufridos por el perjudicado y así evitar supuestos de *overcompensation* (daños mayores a los efectivamente sufridos) y *undercompensation* (daños menores a los efectivamente sufridos).

Una solución destinada a excluir dicha liquidación de la jurisdicción de los tribunales es el pacto de una cláusula penal o penalidad. En los supuestos que la cláusula penal se pacte como complemento a la ejecución forzada, estaremos ante una «cláusula penal moratoria» (por liquidar de

manera previa los daños derivados del retraso). Por otro lado, en los supuestos que la cláusula penal se pacte como complemento a la resolución del contrato, estaremos ante una «cláusula penal compensatoria» (por liquidar de manera previa los daños derivados de la inejecución total de la prestación comprometida).

Por tal motivo, se ha señalado que la principal función de la cláusula penal es la liquidación preventiva del daño (Bianca, 1994, pp. 222). La liquidación de los daños queda en manos de las partes, quienes se encuentran en mejor posición, en comparación de los tribunales debido a la asimetría informativa, para cuantificar los daños. Como veremos en la sección destinada al análisis económico, una de eficiencias de la liquidación privada de daños a través de la cláusula penal es la incorporación de daños de difícil probanza cuya probabilidad de otorgamiento por parte de los tribunales es baja. Dicha eficiencia es lograda siempre y cuando los tribunales se limiten a verificar que el supuesto de hecho regulado por la cláusula penal se ha verificado, y por ende, que procede el desencadenamiento de la penalidad sin necesidad de probar los daños efectivamente sufridos.

Una ventaja clara de pactar una cláusula penal es la reducción en los costos para liquidar los daños sufridos. Ante el pacto de una cláusula penal las partes no deben acudir a los tribunales para solicitar la cuantificación y liquidación de los daños demandados, dado que tal labor ya ha sido realizada por las mismas partes. Ello no solo permite que desde la suscripción del contrato las partes sepan cuál es el monto por daños que se pagará, sino que tal determinación hace más fácil su cobranza.

Desde la perspectiva del acreedor, es más barato cobrar daños cuando se ha pactado una penalidad. El acreedor podría compensar las penalidades devengadas con las deudas que tenga frente a su deudor, e incluso podría pactar anticipadamente una cláusula que le otorgue un mayor ámbito de compensación si pacta en contra de los requisitos

4

Al respecto y con ocasión de la cláusula penal, véase a Fernández, 2017, pp. 67-69.

legales de la compensación (por ejemplo, la posibilidad de compensar las penalidades con deudas ilíquidas).

Desde la perspectiva del deudor, la cláusula penal otorga certeza al determinar el límite del monto dinerario que deberá pagar al acreedor ante el incumplimiento contractual. Verificado el incumplimiento se pagará el monto de la penalidad. Así de simple. Si el acreedor sufrió daños mayores no podrá solicitar el pago de un monto mayor a la penalidad, salvo que se haya pactado el resarcimiento del daño ulterior o la ley permita el pago de un monto adicional a la penalidad. Resulta evidente que para el deudor solo tiene sentido gastar en costos de negociación para definir el monto de una cláusula penal siempre que no se permita el pago de un monto mayor, de manera que ante el incumplimiento solo se pague el monto ya negociado y nada más. La asunción de costos de negociación no se justifica si luego el acreedor podrá solicitar el pago de daños mayores al monto de la penalidad ya acordada.

Debido a que la liquidación previa por parte de los contratantes está destinada a fijar los daños que deberá pagar una parte en favor de la otra, se ha señalado que la cláusula penal cumple una función incluso —a veces se señala— más importante que la función de liquidación preventiva: la función resarcitoria. Supuestamente el monto liquidado en la penalidad se paga por concepto de resarcimiento (responsabilidad civil). Otros autores señalan que la función resarcitoria debe ser complementada o incluso reemplazada por otra función: la sancionatoria. Para algunos la cláusula penal cumple tanto una función resarcitoria como sancionatoria, mientras que para otros la cláusula penal cumple solamente una función sancionatoria (además de la liquidación preventiva).

Estas discusiones respecto a las funciones de la cláusula penal no son meramente teóricas. Distinguir correctamente a los remedios en el derecho de contratos tiene un gran impacto en la práctica comercial, sobre todo al momento de decidir qué normas son aplicables a cada remedio. Veamos un ejemplo real.

En un arbitraje internacional se discutía la

procedencia de una cláusula penal moratoria en un contrato de construcción. El titular de la obra encargó al contratista la realización de cierta construcción. Una vez que la construcción se retrasó, ambas partes se culparon mutuamente los retrasos. En el contrato de construcción se había pactado una penalidad que solo cubría parte de los daños sufridos por el titular de la obra. Desde que el monto de la penalidad era muy bajo, el titular de la obra demandó el pago de la penalidad y el resarcimiento del daño ulterior (el cual no se había pactado). Cuando el contratista respondió la demanda explicó claramente que en el supuesto que el retraso le sea imputable, solo procedería el pago del monto de la penalidad, pero no un monto mayor desde que no se había pactado el daño ulterior.

Hasta ese momento del arbitraje el contratista no tenía de qué preocuparse. Para él los retrasos eran imputables al titular de la obra, y en caso el tribunal concluyese que el retraso en realidad le era imputable, el contratista ya había considerado como un pasivo el monto de la penalidad, pero nada más. Desde que no se había pactado el daño ulterior, no era posible que el tribunal arbitral fallará condenando al contratista al pago de los daños en exceso de la penalidad (los cuales eran casi cuatro veces el monto de la penalidad).

Sin embargo, el escenario cambió después que un civilista analizó el caso del titular de la obra y le recomendó ampliar su demanda para incluir una pretensión adicional: la nulidad de la penalidad por vulnerar el artículo 1328 del Código Civil, el cual señala que «Es nula toda estipulación que excluya o limite la responsabilidad por dolo o culpa inexcusable del deudor [...]». Todos sabemos que la cláusula penal limita los daños que debe pagar el deudor frente al incumplimiento, y más aún, varios autores señalan que la cláusula penal cumple una función resarcitoria. ¿Esto quiere decir que la cláusula penal vulnera el artículo 1328 de Código Civil?

Con este cambio el arbitraje se volvió más complicado para el contratista pues si la cláusula penal es nula o de alguna otra manera no es oponible o no se aplica, entonces el titular de la

obra se encontraría en posibilidad de solicitar el pago de daños en virtud de las reglas generales de la responsabilidad civil. La doctrina peruana no había aclarado este aparente problema hasta el momento del arbitraje, con lo cual el tribunal arbitral no podía guiarse por la doctrina sino por los argumentos de los abogados de las partes. ¿Cuál es la respuesta? ¿Es la cláusula penal una manifestación convencional de la responsabilidad civil? ¿O se trata de una institución diferente que no se regula por la normativa de la responsabilidad contractual?

De todos los trabajos que hemos podido revisar en el Perú sobre la cláusula penal⁵, cabe resaltar uno reciente del profesor Gastón Fernández Cruz, quien parece haber resuelto el problema del encuadramiento de la cláusula penal dentro del derecho privado.

Gastón Fernández explica que la doctrina tradicional en el derecho comparado (principalmente en Italia) se ha equivocado al considerar que la cláusula penal cumple una función resarcitoria, lo cual es lo mismo que considerar a la penalidad como un pacto convencional de responsabilidad civil. «Durante gran parte del siglo XX, la problemática de la cláusula penal ha sido abordada por muchos como un tipo de remedio consensual expresivo de la tutela resarcitoria» -explica Gastón Fernández- «bajo la confusión de esta forma de tutela con la función de «liquidación preventiva y global (omnicomprensiva) del daño eventual»; reconociéndosele a la cláusula penal –por no ser, se dice, la función resarcitoria su única función– una función dual o «ambivalente». Más aún, en la doctrina tradicional del Derecho Continental, autores de reconocido prestigio y versados en el conocimiento de la responsabilidad civil, han defendido la prelación de la función resarcitoria dentro de las funciones de la cláusula penal» (2017, pp. 21-22).

Lo que hace Gastón Fernández es explicar que no es lo mismo hablar de la tutela resarcitoria (responsabilidad civil) que hablar de otras formas

de tutelas, aquellas contra el incumplimiento contractual como lo es la pena privada (entre sus especies la cláusula penal). La responsabilidad civil es una tutela contra el daño resarcible, en donde debe cumplirse con el principio de reparación integral por el cual no se puede resarcir ni más ni menos que los daños sufridos. El objetivo es colocar a la parte perjudica en la posición que se encontraría de no haber ocurrido daño alguno. Si esto es así, la parte perjudicada no puede recibir más del daño que ha sufrido, o en otras palabras, no puede recibir un beneficio con ocasión del incumplimiento contractual.

Además, para que proceda el pago de un monto dinerario por concepto de resarcimiento debe seguirse un método, que consiste en el análisis de los elementos de la responsabilidad civil: que exista un hecho y daño, que entre ambos exista una relación de causalidad (y así encontramos al autor del daño), y finalmente, que pueda aplicarse un criterio de imputación (y así encontramos al responsable civil). Este análisis es ajeno al pago de una cláusula penal.

Habiendo internalizado las ideas precedentes, resulta claro que la cláusula penal es algo distinto a la tutela resarcitoria. Si bien la cuantía de la penalidad es un monto que se otorga *con ocasión de un daño*, la misma no se otorga *por concepto* de resarcimiento, por las siguientes razones (Fernández, 2017, pp. 61-62): (a) la tutela resarcitoria gira en torno al daño, por lo cual, para que se desencadene debe ocurrir en los hechos y probarse la existencia de un daño, y los requisitos del mismo para convertirse en un daño resarcible, mientras que la cláusula penal se paga sin probar daño alguno porque gira en torno al incumplimiento contractual, (b) la tutela resarcitoria busca restituir el *status quo* generado por el daño, lo cual se logra con la reparación integral del mismo, lo cual no ocurre con la cláusula penal cuyo monto se otorga independientemente del daño ocurrido, el cual podría ser menor, igual o mayor a los daños efectivos, y (c) mientras que en la tutela resarcitoria está prohibido que la parte perjudicada

5 Véase a Espinoza, 2017; Espinoza, 2014; Cárdenas, 1994; Cárdenas, 2011; Osterling y Castillo, 2016; Gutiérrez y Rebaiza, 2004; Martínez, 1997; Soto, 2016; Pereyra, 2017.

se enriquezca con el resarcimiento (porque solo se le otorga el equivalente económico al daño sufrido), mediante la cláusula penal el acreedor podría terminar recibiendo un monto superior al daño real e incluso cobrar la penalidad sin haber sufrido daños en lo absoluto, pues la probanza del daño no es requisito para que proceda el pago de la penalidad.

Para Gastón Fernández, entonces, es claro que la cláusula penal no cumple una función resarcitoria. No es lo mismo la tutela resarcitoria que la tutela contra el incumplimiento. El incumplimiento no necesariamente puede generar un daño, incluso puede generar un beneficio (solo pensemos en el *efficient breach*). Por ende, la reacción del derecho privado contra el «incumplimiento» no es el mismo que frente al «daño». Recordemos nuevamente la eficiencia de la cláusula penal: permite a las partes negociar –cuando pueden negociar a bajos costos- quién deberá soportar el costo económico de un *eventual daño* y cuál será la cuantía del mismo. La elección es simple: o se opta por una disposición convencional o que opta por las reglas ordinarias de la responsabilidad civil.

Habiendo hecho esta distinción, Gastón Fernández explica que la función sancionatoria «constituye la principal función de la cláusula penal, que a su vez se complementa con la de «liquidación anticipada y global de daños eventuales y futuros» a favor del acreedor [...]» (2017, pp. 59-60). El monto dinerario que se otorga por concepto de cláusula penal no sería un supuesto de resarcimiento, sino que dicho monto se paga por concepto de sanción para disuadir el incumplimiento.

Nuevamente, la importancia práctica de distinguir entre los diferentes medios de tutela es la aplicación del régimen legal correspondiente. «[...] una vez que las partes de un contrato pacten la aplicación de una cláusula penal, resultarán aplicables las reglas particulares de la penalidad en tanto tutela contra el incumplimiento, no así las reglas de la tutela resarcitoria» (Fernández, 2017, pp. 64), entre las cuales se encuentra el artículo 1328 del Código Civil.

Entonces la cláusula penal es un remedio distinto al pago de daños por concepto de responsabilidad

civil. La penalidad se otorga ante la eventualidad de un futuro daño, cuyo daño no debe probarse precisamente porque se trata de un supuesto eventual: se paga el monto de la penalidad independientemente de la prueba del daño, con lo cual, es posible pagar el monto de una penalidad incluso cuando no ocurre un daño (esto, con independencia de la reducción de la pena).

Desde que la cláusula penal es distinta al resarcimiento, sería recomendable corregir la redacción del artículo 1341 del Código Civil, inspirado en el artículo 1382 del Código Civil italiano. Ambas codificaciones indican que la penalidad *limita* el resarcimiento, con lo cual, no queda claro que la penalidad es algo distinto al resarcimiento, sino algo que se confunde con el mismo. Por el contrario, el artículo 1152 del Código Civil español señala que la penalidad *sustituye* al resarcimiento, mientras que el artículo 6:92 del Código Civil holandés señala que la penalidad *reemplaza* al monto dinerario que se otorgaría en virtud de las normas generales. En estos casos sí queda claro que la penalidad es algo distinto al resarcimiento. Si las partes liquidan previamente un monto dinerario, es porque no tendrá sentido liquidarlo con posterioridad. Entonces, el pacto previo de una penalidad excluye la acción por resarcimiento (respecto al supuesto de hecho regulado en la penalidad).

Por otro lado, a diferencia de la posición de Gastón Fernández, quien excluye a la función compensatoria al ser la penalidad diferente al resarcimiento, acá consideramos que la función compensatoria sí tiene un lugar en la cláusula penal. Es cierto que la penalidad es distinta al resarcimiento, pero de esto no se puede concluir que la función compensatoria no pueda existir en la penalidad pues la función compensatoria no es exclusiva del resarcimiento. Es cierto que la función compensatoria es típica del resarcimiento, pero la misma también puede presentarse en otras instituciones jurídicas, aunque sea de manera contingente.

Si el deudor debe pagar una penalidad mayor al monto que correspondería por resarcimiento, es claro que la penalidad será principalmente punitiva.

Pero si se paga una penalidad inferior al monto que correspondería por daños, allí no se puede señalar que no exista una función compensatoria. Tan compensatoria es la penalidad que sería infra-compensatoria. Esto es así pues la compensación o punición no se verifica al momento del pacto de la penalidad sino al momento de incumplimiento, pues es con el incumplimiento en que recién se puede conocer el monto de los daños. Solo tendrá naturaleza punitiva los montos dinerarios extra-compensatorios, esto es, por encima del resarcimiento. Entonces, la penalidad podrá ser punitiva y/o compensatoria, y esto dependerá de la relación del monto de la penalidad con los daños reales.

Resulta interesante advertir que el mismo problema de distinción de remedios también existe en el derecho anglosajón. En el sistema americano existen los *liquidated damages* y los *penalties*. El primero es un pacto por el cual se liquida convencionalmente un monto dinerario por concepto de daños, en donde sí se señala expresamente –conforme al comentario a) de la Sección §356 del Restatement (Second) of Contracts- que dicho monto dinerario debe cumplir con el principio de compensación (*principle of compensation*); mientras que el segundo es un pacto que liquida un monto dinerario superior a los daños actuales o anticipados y que vulnera el principio de compensación. La consecuencia práctica de tal distinción es simple: los *liquidated damages* son pactos válidos que se ejecutan mientras que los *penalties* no. En este sentido, el término «cláusula penal» o «penalidad» que se usa en el Civil Law se traduce como «*liquidated damages*» y no como «*penalty*», y mucho menos como «*penalty clause*»⁶. En el Common Law solo se ejecutan los pactos que han sido razonablemente liquidados por las partes.

Ante esta realidad, y confundiendo los diversos

remedies, se ha pretendido calificar como *penalties* a ciertos pactos por el cual se liquidaba un monto dinerario pero que no se pacta realmente como *liquidated damages*. Un caso en concreto lo encontramos en los *termination fees* (también conocidos como *break-up fees*), estandarizados en los contratos de fusiones y adquisiciones.

Un *termination fee* le otorga al vendedor de una empresa el derecho a dejar sin efecto el contrato, en cualquier momento y sin alegación de causa, con el simple pago del *fee* pactado, mientras que un *reverse termination fee* le otorga al comprador el mismo derecho. Si bien es cierto que en los contratos se suele señalar expresamente que –por ejemplo, en el caso del *reverse termination fee*- el *fee* pactado es el único remedio en favor del vendedor y que la misma limita la responsabilidad (*liability*) del comprador, esto no quiere decir que estemos ante una manifestación de los *liquidated damages*, de lo contrario, se tendría que admitir que a los *termination fees* se le aplica el principio de compensación, y en consecuencia, no se ejecutarían los *termination fees* que sean considerados como *penalties* al representar un monto superior a los daños anticipados o reales⁷.

Sin embargo, uno de los autores más importantes en fusiones y adquisiciones en el derecho americano y profesor de Harvard Law School, ha explicado que los *termination fees* no son iguales a los *liquidated damages* al consistir en remedios distintos. Mientras que los primeros son remedios para terminar el contrato (al tratarse de derechos de salida), los segundos son remedios que se desencadenan ante el incumplimiento. En efecto, John Coates IV señala que «Such fees are different than liquidated damages clauses, which represent contractually agreed remedies for breach, as opposed to termination» (2015, pp. 12, nota 54).

⁶ Respecto a la confusión que se puede generar por la terminología que se usa en ambos sistemas jurídicos, véase a Pejovic, 2001, pp. 826: «The common law terms “liquidated damages” and “penalties” may cause confusion in civil law, especially in French law, because the French term “*clause penale*” and the English term “penalty clause” seem to be similar, but they have very different meanings. *Clause penale* specifies the sum of money which is recoverable by the creditor if the debtor fails to perform his obligations. The amount specified by *clause penale* should correspond to the estimated loss suffered by the innocent party. Hence, the correct English translation of *clause penale* is “liquidated damages clause” and not “penalty clause”».

⁷ Para una discusión al respecto, véase a Swett, 1999.

Distinguir correctamente a los remedios es indispensable para definir las reglas que serán aplicables. Las reglas del resarcimiento no aplican a la cláusula penal, así como las reglas de los *liquidated damages* no aplican a los *termination fees*.

Sin perjuicio de considerar al estudio de Gastón Fernández como uno de los pocos trabajos que logra explicar qué es realmente la cláusula penal en el derecho privado y cuáles son las normas legales que se aplican a la misma, aún faltan dos ingredientes para completar el entendimiento total de qué es la penalidad: el análisis económico y la distinción entre indemnización versus resarcimiento.

A manera de resumen, desde la economía la cláusula penal funciona como un seguro. La utilidad del análisis económico es que nos permite descubrir cómo funcionan realmente en la práctica los institutos legales, entre ellos, los contractuales. Entiéndase que no se trata de distinguir entre una cláusula penal «legal» y una cláusula penal «económica». El objetivo es demostrar que el análisis económico nos permite evidenciar cómo la cláusula penal es utilizada funcionalmente para conseguir los resultados que se logran a través de otra institución legal como lo es el seguro.

Esta funcionalidad es rechazada por Gastón Fernández, quien considera que la cláusula penal solo debería desencadenarse ante el incumplimiento contractual, pero no ante cualquier tipo de incumplimiento, sino frente a uno *imputable* al deudor. Sin perjuicio que el artículo 1343 del Código Civil señala que es requisito para el pago de la penalidad el incumplimiento imputable al deudor «salvo pacto en contrario» (lo que admite el pacto de una penalidad *objetiva* que se desencadene ante la simple inejecución de la prestación incluso por causa no imputable), el autor señala que tal disposición legal debería corregirse en una próxima oportunidad al tratarse de un grave error conceptual⁸.

Como indica Gastón Fernández: «No hay duda, en nuestra opinión, de la claridad del texto legislativo; y por ello consideramos que en el Perú puede pactarse una penalidad para cubrir un evento de causa no imputable a las partes. Empero, consideramos que esto constituye un *grave error conceptual* que debe ser corregido en una futura reforma del Código Civil peruano, dado que ello tuerce groseramente la naturaleza propia de la cláusula penal que no debiera ser admisible para cubrir supuestos ajenos a su tipicidad, en la medida que este instituto, en su causa típica, reconoce una supuesto de hecho sancionatorio justamente antitético a la causa no imputable. Como ya hemos indicado precedentemente, es perfectamente posible y lícito que las partes puedan pactar una cláusula atípica y regular los efectos que ellas desean cubrir ante el suceso de una causa no imputable, sobre la base de la autonomía privada, pero ella no debería ser encuadrable bajo la figura típica de la cláusula penal» (2017, pp. 59).

No estamos de acuerdo con tales reflexiones. Pensemos en un ejemplo. Supongamos que el acreedor necesita un bien no fungible que debe enviar en un barco. Si el bien no llega el día lunes antes de la 3:00 pm (hora en que sale el barco), entonces el bien no le sirve al acreedor pues no podrá embarcarlo. Por tal motivo el acreedor necesita de un deudor que firme un contrato y se obligue a la entrega del bien en el tiempo y modo pactado, pero desde que el deudor siempre podrá incumplir, el contrato mismo es insuficiente. Siendo que el acreedor es adverso al riesgo y que estaría dispuesto a pagar un monto adicional siempre y cuando pueda eliminar dicho riesgo, resulta útil que se pueda incluir en el contrato una penalidad lo suficientemente alta que se desencadene ante el simple incumplimiento en la entrega del bien (sea por culpa imputable o no). Si el deudor es indiferente al riesgo (e incluso amante del mismo), no tendrá problema para asegurar al acreedor concediéndole una penalidad alta a cambio de un precio mayor.

Así es como la penalidad se equipara

⁸ Recordemos que en la última revisión del Código Civil de 1984, Gastón Fernández fue el Presidente de la Comisión respectiva.

funcionalmente a un seguro. El deudor asume un riesgo —el riesgo de no entrega del bien— a cambio de una prima (un mayor precio); en caso el bien no se entregue, el deudor mantendrá indemne al acreedor (con el pago de la penalidad). El pacto de una penalidad de este tipo induce al deudor a realizar todo lo posible para entregar el bien, desde que es el deudor quien se encuentra en mejor posición para controlar los riesgos que le impidan entregar el bien, y por tal motivo, asume el riesgo de incumplimiento sea por causa imputable o no imputable. Con este pacto se incrementa el valor del contrato pues el acreedor paga por una seguridad absoluta y el deudor logra conseguir un mejor precio.

La penalidad como un seguro puede ser pactada en el Perú conforme a lo señalado en el artículo 1343 del Código Civil. Se trataría de una penalidad objetiva que podría manifestarse de la siguiente manera: (a) como una penalidad que prescinde de la probanza de la culpa pero que admite la probanza de la causa no imputable para evitar el pago de la misma, o (b) como una penalidad que se pacta para cubrir incluso un incumplimiento por causa no imputable (caso fortuito o fuerza mayor).

Quienes estén familiarizados con la práctica arbitral, podrán confirmar que es común el pacto de cláusulas penales objetivas que se desencadenan ante el mero incumplimiento, sea por causa imputable al deudor o por causa no imputable.

La equiparación de la penalidad a un seguro permite desenterrar aquella función a veces ignorada de la cláusula penal: la distribución de riesgos. Al prescindir la cláusula penal de la existencia del daño y de su probanza, las partes distribuyen riesgos en virtud del monto pactado por concepto de penalidad. El acreedor asumirá los mayores daños que pueda sufrir por encima de la penalidad (salvo el pacto del daño ulterior) mientras que el deudor asumirá el mayor costo de la penalidad si el acreedor no sufre daños o sufre daños menores al monto pactado. Así es como se explica claramente cómo la cláusula penal es diferente al resarcimiento. Si agregamos la función de distribución de riesgos a la función liquidatoria y a la función sancionatoria, entonces

es evidente que la cláusula penal objetiva no es una cláusula atípica, por el contrario, es una cláusula que demuestra la verdadera utilidad de la cláusula penal.

B. Liquidaciones contractuales: resarcimiento versus indemnización

Gastón Fernández no comparte la distinción entre «indemnización» y «resarcimiento», y por ello no la emplea cuando describe a la cláusula penal. Como ha señalado con ocasión de la distinción entre la tutela resarcitoria y la tutela restitutoria: «[...] en el Perú el vocablo *indemnización* está asentado en su uso como expresión de la tutela resarcitoria (de allí la reconocida expresión “indemnización de daños y perjuicios”) —continúa Gastón Fernández— «Empero, resulta cierto también que al haberse incorporado el vocablo *indemnización* con un uso indistinto en la codificación civil peruana para cubrir diversas hipótesis de restitución diversas al resarcimiento, debe reconocerse como posible el sustento del significado polisémico de este término[...]» (2015, pp. 402-403).

Siendo que la coherencia teórica es algo que se puede encontrar en el trabajo de Gastón Fernández, el autor no necesita de tal distinción para explicar correctamente que la responsabilidad civil es distinta la cláusula penal. Sin embargo, resulta útil para el adecuado entendimiento y diferenciación de los diversos remedios, reconocer la importancia práctica, y no solo teórica, de diferenciar entre los supuestos de «resarcimiento» (en donde se paga un monto dinerario por concepto de responsabilidad civil) de los supuestos de «indemnización» (en donde se paga un monto dinerario por cualquier otro título —legal o convencional— distinto a la responsabilidad civil). En otras palabras, la cláusula penal es un supuesto de indemnización —de fuente convencional— diferente al resarcimiento.

El resultado de un accidente es la creación de una víctima. Esta víctima ha sufrido daños y buscará del responsable el pago de un monto dinerario equivalente a los daños sufridos. En estos casos se activa la tutela resarcitoria que permite a la víctima demandar por daños y perjuicios. Para ello la víctima debe probar la concurrencia de los elementos de la responsabilidad civil: daño,

hecho generador, relación de causalidad y criterio de imputación. Adicionalmente la víctima deberá probar que el daño que ha sufrido es un daño resarcible. Finalmente será un juez o árbitro quien liquidará la cuantía del daño y ordenará el pago del mismo por concepto de responsabilidad civil. Como ya se ha indicado, el monto que se condene a pagar deberá ser el equivalente económico de los daños reales y efectivamente sufridos, ni más ni menos.

Por otro lado, existen supuestos en donde se paga un monto dinerario determinado sin tener en cuenta los daños efectivamente sufridos. En este sentido, el monto que se otorgará no cumple necesariamente con el principio de reparación integral del daño, siendo normal que el daño solo se repare en parte. Esto ocurre, por ejemplo, en las expropiaciones o en la indemnización por despido arbitrario. En estos casos estamos ante supuestos de indemnizaciones y no de responsabilidad civil (resarcimiento)⁹.

En el caso del accidente estamos ante el «resarcimiento» como supuesto de responsabilidad civil (extracontractual), mientras que en los demás casos estamos ante la «indemnización» en donde el monto dinerario se otorga por un título distinto, sea la ley o el pacto.

La distinción es aún más clara en los contratos de seguro (cuya función, precisamente, intenta imitar la cláusula penal). El asegurador asume un riesgo y se obliga a mantener indemne al asegurado de manera parcial o total. En este caso no estamos ante la aplicación de la responsabilidad civil sino ante la ejecución de un pacto de indemnización,

cuya cuantificación es determinada por las partes y cuyo monto deberá ser pagado por el asegurador en favor del asegurado en caso se materialice la contingencia (el accidente). No se necesita probar de ningún criterio de imputación (lo cual es indispensable en un supuesto de responsabilidad civil) dado que el monto dinerario se paga ante la simple ocurrencia de la contingencia y porque así se pactó en el contrato.

Esta distinción entre indemnización y resarcimiento es reconocida tanto en el derecho comparado¹⁰ como en la doctrina nacional¹¹. En esta oportunidad nos interesa reconocer aquellos montos dinerarios que no son supuestos de responsabilidad civil y que tienen como título la autonomía de las partes. Estas son las liquidaciones contractuales. El principal efecto de esta distinción es la exclusión de un remedio por el otro, y en consecuencia, la no aplicación del régimen legal de responsabilidad contractual a los supuestos de liquidaciones contractuales.

Las partes pueden elegir entre acudir a la vía ordinaria y reclamar el pago de daños en vía judicial o arbitral (para lo cual deben probar todos los elementos de la responsabilidad civil y la cuantía del daño), o alternativamente pueden pactar previamente un monto dinerario que deberá pagarse ante la ocurrencia de un *eventual* daño, independientemente de que el mismo ocurra y de su posterior liquidación. De esta manera las partes asumen costos *ex ante* (costos de transacción que consisten en pactar un monto dinerario) para no asumir mayores costos *ex post* (costos de litigio para la determinación de la procedencia del pago

⁹ Para mayores supuestos de indemnización –diferente al resarcimiento– en el derecho peruano, véase a León, 2007, pp. 501-502: «La indemnización se presenta en infinidad de supuestos: en las transferencias coactivas de derechos reales (en la expropiación o en la constitución de servidumbre legal de paso, por ejemplo), en el campo de los seguros privados (donde las sumas pagadas por las aseguradoras son de antemano estipuladas mediante contrato, y no necesariamente cubren, a la larga, el monto exacto de los daños sufridos), en el derecho laboral (donde las cantidades a abonar a los trabajadores, en caso de despido injustificado, por ejemplo, se liquidan en un mayor o menor número de remuneraciones, conforme a un método de cálculo señalado en nuestra legislación del sector), o en el caso de los llamados “actos lícitos dañosos”, como el que se presenta cuando alguien ocasiona daños a bienes ajenos para conjurar peligros actuales o inminentes».

¹⁰ Scognamiglio, 2010, pp. 31: «La nozione di indennità in senso ampio intesa può riferirsi a tutte le fattispecie in cui il soggetto è tenuto ad una prestazione in danaro in considerazione del sacrificio, diminuzione o lesione, dell'altrui interesse... in diritto civile per certe forme di compensazione del pregiudizio, distinte da quella tipica del risarcimento nonché per talune fattispecie caratteristiche di responsabilità»; Salvi, 1998, pp. 205-206.

¹¹ Véase a León, 2004; León, 2007; Morales, 2004; Morales, 2011; Beltrán, 2010.

de algún monto dinerario y su cuantía). Si los costos *ex ante* son menores que los costos *ex post*, la liquidación contractual es eficiente.

El derecho contractual regula supuestos de liquidaciones contractuales que las partes pueden pactar en sus contratos, e incluso, el Código Civil contiene normas que permiten distinguir claramente entre estas liquidaciones contractuales (indemnizaciones) y la responsabilidad civil (resarcimientos). Si las partes han pactado expresamente un remedio que contiene una liquidación contractual, están excluyendo la aplicación de la tutela resarcitoria, y en consecuencia, la aplicación del régimen legal de responsabilidad contractual.

Gastón Fernández llega a la misma conclusión cuando distingue a la cláusula penal de la tutela resarcitoria: «Si las partes de un contrato establecen la aplicación de una cláusula penal, ante el incumplimiento de una obligación asegurada por la penalidad no resultará de aplicación la tutela resarcitoria contractual regulada en los artículos 1314 y siguientes del Código Civil, sino la tutela privada acordada por las partes bajo los cánones de pena privada conforme a las reglas particulares de la cláusula penal contenidas en los artículos 1341 y siguientes del Código Civil peruano» (2017, pp. 63).

El Código Civil regula expresamente dos supuestos de liquidaciones contractuales que demuestran lo que estamos afirmando: (1) las arras confirmatorias, y (2) la cláusula penal.

En las arras confirmatorias, con la celebración del contrato una parte entrega a la contraparte un monto dinerario (las arras). Si la parte que entregó el monto dinerario acordado luego incumple el contrato, la contraparte tendrá derecho a mantener el monto dinerario como compensación. Por el contrario, si la parte que incumple es quien recibió el monto dinerario, deberá pagar a su contraparte el doble de lo recibido.

¿Cómo se diferencia legalmente a las arras

confirmatorias (liquidación contractual) de la responsabilidad civil? El artículo 1479 del Código Civil señala que si la parte que no incumple el contrato quiere renunciar al ejercicio de las arras, podrá hacerlo y demandar la resolución del contrato y pedir el pago de daños y perjuicios según las normas generales de la responsabilidad civil¹².

En otras palabras, la regulación legal de las arras confirmatorias demuestra que nuestro Código Civil distingue entre las liquidaciones contractuales y los supuestos de responsabilidad civil. En caso se pacten arras, se deberán ejecutar las arras y si la parte ya no quiere ejercer las arras, podrá rechazarlas y acudir a la tutela resarcitoria. O se ejecuta la liquidación contractual o se acude a la tutela resarcitoria.

Lo mismo ocurre con la cláusula penal. Se trata de una liquidación convencional que se paga ante el incumplimiento de una obligación independientemente de la probanza del daño, tanto es así que la penalidad limita el resarcimiento al monto pactado como penalidad, de manera que el acreedor no puede exigir un monto mayor al pactado en la penalidad en caso los daños efectivamente sufridos sean mayores (salvo que se haya pactado el resarcimiento del daño ulterior).

Otro supuesto convencional de liquidación contractual que no está regulada expresamente en el Código Civil son los *termination fees*, que consisten en derechos de salida a cambio del pago del *fee* pactado. Si en el Perú se pactan estos remedios, no podría aplicarse, por ejemplo, el artículo 1328 del Código Civil para pretender la nulidad del *fee*, ni mucho menos podría alegarse al artículo 1346 para pretender la reducción del *fee*. Nuevamente, distinguir los remedios es importante a efectos prácticos para no aplicar el régimen legal equivocado.

Como vemos, reconocer la distinción entre indemnización y resarcimiento es muy útil para distinguir los diversos remedios que se encuentran

12

Artículo 1479.- Si la parte que no ha incumplido la obligación prefiere demandar la ejecución o la resolución del contrato, la indemnización de daños y perjuicios se regula por las normas generales.

en el derecho privado. Por pacto, podemos encontrar distintos supuestos de liquidaciones convencionales a los cuales no se les puede aplicar el régimen legal de responsabilidad contractual. Entre ellas tenemos a la cláusula penal.

Habiendo explicado el instituto de la cláusula penal, procedemos a explicar el régimen legal peruano.

C. La cláusula penal en el Perú

La cláusula penal se encuentra regulada de manera general en el artículo 1341 del Código Civil, el cual señala lo siguiente:

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.

Desde un inicio la norma señala cuál es uno de los presupuestos generales de la penalidad: el incumplimiento contractual. La penalidad se devenga ante la ocurrencia de una situación de incumplimiento, el cual tiene que encontrarse expresamente detallado en el contrato. La redacción de la cláusula penal debe cumplir con el principio de literalidad, por el cual, la penalidad solo se devengará cuando el supuesto de hecho regulado por la penalidad ocurra en los hechos. Una redacción general implicará la asunción de mayores costos de verificación tanto por las partes como por los tribunales.

La función de liquidación de la penalidad queda evidenciada cuando la norma señala que tal pacto «tiene el efecto de limitar el resarcimiento a esta prestación [la de dar una suma de dinero por concepto de pago de la penalidad]». La fijación previa de un monto por concepto de daños implica imponer un límite a los daños que deba pagar el deudor, y la imposición de este límite es posible

desde que la misma es permitida por una norma expresa. Entonces, si el acreedor pretende el pago de daños derivados del incumplimiento, los mismos se limitarán al monto pactado. Esa es la regla general.

Sin embargo, la norma permite una excepción: el pacto del daño ulterior. La gran utilidad de las penalidades es el límite que impone, no solo por otorgar seguridad al deudor sino también por otorgar liquidez en favor del acreedor. Ello permite que las partes –quienes cuentan con mayor información sobre sus expectativas contractuales– puedan distribuir e internalizar los riesgos referidos a los daños que puedan devengarse.

Al pactarse un monto previo, el acreedor asume el riesgo de ocurrencia de daños mayores (que no podrá cobrar) y el deudor asume el riesgo de ocasionar daños menores (que no podrá usar como excusa para negarse al pago de la totalidad del monto pactado por penalidad). Así se cumple con la función de distribución eficiente de riesgos entre las partes. No importa la cuantía de los daños efectivamente sufridos pues solo se pagará el monto pactado por penalidad.

Esto guarda coherencia con el artículo 1343, el cual señala –como regla general– que para exigir la penalidad no es necesario probar los daños efectivamente devengados:

Artículo 1343.- Para exigir la pena no es necesario que el acreedor pruebe los daños y perjuicios sufridos. Sin embargo, ella sólo puede exigirse cuando el incumplimiento obedece a causa imputable al deudor, salvo pacto en contrario.

Las partes internalizan el riesgo de ocurrencia de daños mayores o menores y pactan un monto determinado. Esto nos lleva a un resultado eficiente. Sin embargo, existe la posibilidad de destruir tal eficiencia y solicitar daños mayores si se pactó el resarcimiento del daño ulterior. El artículo 1341 señala que la 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». La inclusión de tal pacto permite

al acreedor exigir la penalidad y demandar en la vía ordinaria la liquidación de los mayores daños sufridos. En este caso, como señala la norma, la penalidad «se computa como parte de los daños y perjuicios si fueran mayores».

Si en un contrato se pactó como penalidad por incumplimiento definitivo un monto de \$10,000 y no se estipuló el resarcimiento del daño ulterior, el acreedor solo podrá cobrar daños hasta el monto de \$10,000. El acreedor no tiene la posibilidad de solicitar daños mayores probando que la penalidad es baja y el deudor no tiene la posibilidad de pagar daños menores probando que la penalidad es alta. No interesará que las partes prueben la cuantificación de los daños reales.

Sin embargo, si el acreedor incorporó el resarcimiento del daño ulterior, en caso haya sufrido daños efectivos por \$30,000, podrá cobrar la penalidad hasta el monto de \$10,000 y demandar en la vía ordinaria el pago del saldo por \$20,000. En este supuesto adquiere importancia la prueba de todo el daño sufrido: si el acreedor logra probar que ha sufrido daños mayores al monto pactado por penalidad, el tribunal deberá ordenar el pago del saldo.

Debemos tener en cuenta que la excepción a la cuantificación de los daños reales no solo se presenta cuando se ha pactado el resarcimiento del daño ulterior, sino también cuando las partes solicitan la aplicación del artículo 1346 para la reducción equitativa de la pena:

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.

Dicha norma no solo es una excepción a la no necesidad de probar daños, sino también a la eficiencia que generan las penalidades como límite a la responsabilidad del deudor. Podría ocurrir que las partes, en virtud a sus expectativas contractuales, hayan incorporado en el contrato una penalidad por un monto de \$2'000,000. Si la regla fuese una absoluta por el cual las partes

no pueden pretender pagar daños menores ni mayores, verificado el supuesto de hecho de la penalidad, la misma se pagaría en su integridad. Fin de la discusión.

Sin embargo, el Código Civil no solo regula una excepción en favor del acreedor (el pacto del daño ulterior) sino que introduce una excepción en favor del deudor que le permite litigar con el fin de cuestionar el monto que él mismo pactó y que ahora pretende desconocer, a efecto de pagar un monto dinerario menor.

El artículo 1346 incentiva el oportunismo y los comportamientos estratégicos. En general, ¿por qué las partes gastarían en costos de transacción para llegar a un acuerdo respecto al monto de una penalidad que luego el deudor podrá desconocer? Es cierto que la cláusula penal, al tener una función punitiva, debe cumplir con el principio constitucional de proporcionalidad que aplica a todo tipo de sanción. Esto se materializa con la existencia del artículo 1346. Sin embargo, dicha revisión judicial debe ser excepcional y no debe permitir que cualquier penalidad sea sujeta a revisión, sobre todo si tenemos en cuenta que se trata de un monto dinerario determinado por acuerdo de ambas partes.

La asunción de costos de transacción tiene sentido si se compensan con la reducción de los costos de verificación y costos de litigio. La redacción específica y detallada de una cláusula contractual tiene lógica económica si tales costos asumidos permitirán una reducción en los costos de verificación y los costos de litigio. Por el contrario, la redacción vaga y general de una cláusula contractual tiene lógica económica si tal ahorro en costos de transacción se justifica porque las partes están dispuestas a asumir mayores costos de verificación y mayores costos de litigio. Dicha eficiencia es lo que justifica la diferencia entre reglas (regulación específica) y estándares (regulación general) (Schäfer, 2006).

Por ello, tiene sentido que las partes asuman los costos de redactar una cláusula penal que especifique con claridad el supuesto de hecho (el tipo de incumplimiento) y la consecuencia jurídica (el monto liquidado), solo si el devengo de

la penalidad podrá realizarse a bajo costo. Ello a su vez evita que las partes incurran en costos de verificación y de litigio. Pero si el deudor tendrá la posibilidad de desconocer el monto que ha pactado y solicitar la reducción de la penalidad, los costos de verificación y de litigio se incrementan. Incluso, aunque la penalidad sea clara y con ello se puedan evitar los costos de verificación, el deudor tendrá incentivos para demandar la reducción de la penalidad e imponer sobre el acreedor la asunción de costos de litigio que no debería asumir. Tengamos en cuenta que los tribunales arbitrales suelen señalar en sus laudos que «las posiciones de las partes han sido razonables, y en consecuencia, ambas asumirán en partes iguales los costos del arbitraje».

Si el artículo 1346 no es aplicado de manera restrictiva, será una vía para generar ineficiencias al amparar litigios estratégicos y oportunistas. Desde una perspectiva económica, la reducción de la penalidad debería eliminarse. Desde una perspectiva legal, toda sanción debe ser proporcional y debe estar sujeta a una eventual revisión en caso de desproporción. Pero la cláusula penal es una sanción particular pues su cuantía no es determinada por un tercero ni por la ley, sino por las mismas partes. Si ellas mismas definen el monto, entonces no debería proceder ningún tipo de revisión. En todo caso, el artículo 1346 debe ser aplicado de la manera más restrictiva y excepcional que sea posible.

Finalmente, tenemos al artículo 1342 del Código Civil que señala lo siguiente:

Artículo 1342.- Cuando la cláusula penal se estipula para el caso de mora o en seguridad de un pacto determinado, el acreedor tiene derecho para exigir, además de la penalidad, el cumplimiento de la obligación.

Existen tres tipos de penalidades: (1) por incumplimiento total, (2) por retraso, y (3) en seguridad de un pacto determinado (*in terrorem*). La primera se encuentra regulada en el artículo 1341 mientras que las otras dos en el artículo 1342.

En la penalidad por incumplimiento total, la penalidad reemplaza a la ejecución forzada. Entonces, no procede la ejecución de la prestación. Solo puede exigirse la ejecución forzada más el pago de la penalidad si estamos ante un retraso, pues en tal caso la prestación se ejecuta, aunque tardía, y la penalidad tiene la función de compensar ese retraso. Mientras que la penalidad por incumplimiento total pretende garantizar la responsabilidad del deudor (fijando *ex ante* un monto dinerario), la penalidad por retraso busca garantizar el cumplimiento pues el deudor no se libera pagando la penalidad, sino que debe pagar tanto la pena como ejecutar la prestación incumplida (Díaz, 2011, pp. 56-57).

La regla en el derecho comparado es que las codificaciones civiles regulan expresamente una norma que indica que no es posible exigir, junto con la pena, la ejecución forzada, salvo que se trate de una penalidad por retraso.

Por otro lado, la penalidad en seguridad de un pacto determinado es un híbrido, pues no es una penalidad por retraso, y sin embargo, se puede pedir el pago de la misma más la ejecución forzada. En la práctica, el artículo 1342 permitirá que se pacte una penalidad alta y que ante un incumplimiento (sea cual fuese el tipo de incumplimiento), se pueda pedir la ejecución forzada y el pago de un monto dinerario (que puede ser alto).

Esta penalidad podría ser pactada en seguridad de ciertos pactos como los pactos de confidencialidad, exclusividad o no competencia. En estos casos, por la naturaleza de tales pactos, lo que se pretende es que los mismos se mantengan inalienables. Si se pacta confidencialidad, el objetivo es que ninguna información se filtre a algún tercero. Si se pacta exclusividad, es para que las partes garanticen que no negociarán con terceros. Si se pacta no competencia, es para garantizar la lealtad. Si se incumplen estos pactos, entonces el incumplimiento puede ser considerado como uno definitivo (no estamos ante el caso de la prestación de dar un bien en donde el mismo puede entregarse aunque con retraso). Para garantizar la inalienabilidad de estos pactos, se puede pactar una penalidad alta. Pero la novedad

es que junto al cobro de la penalidad, se puede solicitar la ejecución forzada (para evitar que el pacto se siga incumpliendo).

Al tratarse de una penalidad «en seguridad de un pacto determinado», para que la penalidad cumpla su función, el monto de la pena debe ser lo suficientemente alto para disuadir el incumplimiento. Y esto tiene una clara función punitiva, no solo por el alto monto de la pena, sino porque a la misma se le puede acumular la ejecución forzada. De esta manera, este tipo de penalidad, legalmente reconocida en el Perú, funciona como los *punitive damages* americanos.

Si bien es cierto que a tal penalidad le es aplicable el artículo 1346, el cual regula la reducción de la pena, la misma solo puede ser reducida en supuestos excepcionales y siempre respetando el carácter punitivo de la penalidad, de manera que nunca se puede reducir la penalidad hasta igualar al monto que correspondería por resarcimiento. El monto de la penalidad siempre deberá ser extra-compensatoria en respeto de la función punitiva.

D. Limitaciones a la responsabilidad del deudor

Una de las principales normas que debemos tener en cuenta al momento de pactar una penalidad es la eventual aplicación del artículo 1328 del Código Civil. Por definición, la penalidad, al permitir una liquidación previa por las partes, es un límite de los daños que el deudor tendrá que pagar por el incumplimiento, siendo innecesaria la prueba de daños para cobrar el íntegro de la penalidad.

El artículo 1328 señala que será nulo todo pacto en contrario que pretenda limitar o excluir los daños que deberá pagar el deudor en caso de incumplimiento por culpa grave o dolo:

Artículo 1328.- Es nula toda estipulación que excluya o limite la responsabilidad por

dolo o culpa inexcusable del deudor o de los terceros de quien éste se valga.

También es nulo cualquier pacto de exoneración o de limitación de responsabilidad para los casos en que el deudor o dichos terceros violen obligaciones derivadas de normas de orden público.

Dicha norma se complementa con el artículo 1321, por el cual, el deudor responderá hasta los daños previsibles cuando haya incumplido con culpa leve, y hasta los daños imprevisibles cuando haya incumplido con culpa grave o dolo¹³.

En consecuencia, mediante pacto entre las partes se podría limitar o excluir la responsabilidad del deudor por culpa leve (para que responda por menores daños previsibles o por ningún monto) pero no se podría limitar ni excluir en caso de culpa grave o dolo (siempre se responderá por los daños previsibles e imprevisibles en su totalidad).

Consideramos que el estándar impuesto por el legislador peruano es muy alto y que debería permitirse el pacto entre las partes para limitar o excluir los daños incluso frente a incumplimientos por culpa grave. En la experiencia americana, hay jurisdicciones que otorgan validez a los pactos limitativos de responsabilidad por *gross negligence* (equivalente a la culpa grave), excluyendo solamente las limitaciones en caso de *fraud* (equivalente al dolo).

Una posición doctrinaria señala que si queremos ser coherentes con la regulación del Código Civil sobre las penalidades y las prohibiciones a las limitaciones por incumplimiento contractual, se debe concluir que en el Perú las cláusulas penales solo podrán pactarse en caso de culpa leve, incluso cuando el contrato no señale nada al respecto (Espinoza, 2014, pp. 235-236; Espinoza, 2017, pp. 338). Tal regulación tiene grandes implicancias prácticas.

13

Artículo 1321.- Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve.

El resarcimiento por la inexecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inexecución.

Si la inexecución o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación, obedecieran a culpa leve, el resarcimiento se limita al daño que podía preverse al tiempo en que ella fue contraída.

Supongamos que la empresa A y B han suscrito un contrato de construcción en donde se ha incorporado una penalidad alta en caso de incumplimiento de la prestación principal. Dicha penalidad representa el monto máximo por el cual el deudor será responsable.

Podemos identificar dos incentivos en el deudor: (i) un primer incentivo para no realizar inversiones que aseguren el cumplimiento del contrato (*moral hazard*), y (ii) un segundo incentivo para el incumplimiento eficiente, en caso los beneficios del incumplimiento sean mayores a los costos (en este caso, el monto de la penalidad).

En el supuesto que la prestación principal se incumpla, si el acreedor sufrió daños mayores solo podrá exigir el pago de la penalidad si en el contrato no se pactó el resarcimiento del daño ulterior. Debido a que el deudor ha tenido los incentivos para incumplir, lo más probable es que ese incumplimiento haya sido por culpa grave o dolo y que haya generado mayores daños que los previstos por las partes. ¿Qué alternativa tiene el acreedor ante la ausencia del pacto del daño ulterior? Podría alegar la aplicación del artículo 1328 para señalar que la cláusula penal no es aplicable al caso en concreto porque el deudor incumplió con culpa grave o dolo. En tal supuesto, a pesar de no haberse pactado el resarcimiento del daño ulterior, el acreedor podría cobrar los mayores daños sufridos pues no aplicaría la penalidad en lo absoluto. Bajo esta hipótesis, siempre podría atacarse la ejecutabilidad de las penalidades, lo cual es indeseable.

Por ello, consideramos que el artículo 1328 del Código Civil no puede alegarse contra la cláusula penal. La primera lectura que debe hacerse es una estrictamente legal. El artículo 1328 prohíbe que las partes pacten límites a la responsabilidad del deudor. En primer lugar, la cláusula penal no es un supuesto de responsabilidad civil. Entonces,

el artículo 1328 no aplica. Se trata de regímenes distintos. En segundo lugar, el artículo 1328 prohíbe a las partes limitar convencionalmente la responsabilidad, lo cual no es obstáculo para que la ley pueda disponer límites. Si el artículo 1341 dice que la cláusula penal limita el resarcimiento, entonces dicho límite es válido pues el mismo está siendo reconocido expresamente por una ley.

II. Análisis Económico

A. Civil Law versus Common Law

Los dos grandes sistemas jurídicos son el Civil Law y el Common Law. Con el surgimiento del Law & Economics, ambos sistemas entraron en batalla para determinar cuál era el sistema más eficiente. Dado que el análisis de eficiencia se realizó teniendo como laboratorio al derecho americano, no es raro encontrar autores que señalan que el Common Law es más eficiente que el Civil Law¹⁴, sin perjuicio que el Law & Economics también pueda aplicarse a ordenamientos civilistas¹⁵.

A pesar de la supuesta superioridad del derecho americano, la literatura ha reconocido de manera expresa la superioridad del Civil Law frente al Common Law en ciertos temas, como lo son: (1) los remedios ante el incumplimiento contractual, (2) la responsabilidad precontractual, y (3) el pacto de penalidades. Tanto la literatura del derecho comparado como la económica han reconocido – en los 3 supuestos mencionados- que la opción civilista es más eficiente que la anglosajona.

Respecto a los remedios frente al incumplimiento, en el Common Law existe el viejo debate *specific performance* versus *damages*¹⁶. Se ha cuestionado la opción del sistema americano de otorgar al deudor la posibilidad de elegir entre el cumplimiento del contrato o su incumplimiento compensando los daños sufridos por la contraparte. Se parte de la premisa que si los *damages* son un

14 Véase a Rubin, 1977; Priest, 1977.

15 Mattei y Pardolesi, 1991; Pardolesi y Bellantuono, 2000.

16 Para una revisión del debate en el derecho americano, véase a Kronman, 1978; Schwartz, 1979; Ulen, 1984; Eisenberg, 2005; Shavell, 2006.

equivalente económico del *performance*, entonces el acreedor será indiferente entre la ejecución del contrato o el pago de daños. Entonces la regla es la procedencia de *damages*. Si una parte quiere asegurarse la procedencia de la ejecución forzada, debe pactarla como tal.

Sin embargo, la literatura americana ha precisado que existen casos (por ejemplo, frente a bienes únicos) en donde los tribunales no deberán permitir que las partes se retiren del contrato pagando daños, por ser tal opción ineficiente. En tales casos, la ejecución forzada (*specific performance*) es la opción eficiente pues los daños son inadecuados ante bienes no fungibles.

Este no es un inconveniente en el Civil Law, en donde se encuentra expresamente reconocida la posibilidad de solicitar la ejecución forzada. Además, su procedencia queda a elección del acreedor y no del deudor.

Respecto a la responsabilidad precontractual, en el Civil Law se admite el pago de daños en caso las tratativas se hayan roto de mala fe y habiéndose generado confianza legítima en la celebración del contrato en cuestión. Por el contrario, en el Common Law se parte de la perspectiva aleatoria de las tratativas (Farnsworth, 1987, pp. 221). Uno no sabe si de las tratativas se concluirá un contrato o no. Dado que las partes se encuentran en una posición adversarial, en cualquier momento podrían terminarse las negociaciones. Entonces sería contraproducente que un contratante tenga que pagarle los daños al otro en caso las tratativas se terminen. Muestra de ello es que la buena fe precontractual no existe de manera general en el Common Law (García Long, 2017, pp. 116).

Eventualmente podría aplicarse un remedio en concreto (como el *promissory estoppel*), para que un contratante pueda pedir daños al otro. Pero la regla general es que mientras no se cierre un contrato, las partes no se deben nada entre ellas. Esta perspectiva *all-or-nothing* ha sido cuestionada por su ineficiencia (Ben-Shahar, 2010, pp. 989; García Long, 2018, pp. 245-246).

Finalmente, también se cuestiona la eficiencia de la regulación en el derecho comparado respecto a las penalidades. Mientras que en el Common Law se ha creado la distinción entre *liquidated damages* y *penalties*¹⁷, en el Civil Law existe únicamente el concepto de cláusula penal (o penalidad). Los *liquidated damages* son pactos válidos al cumplir con el principio de compensación, mientras que los *penalties* son nulos al cumplir funciones disuasivas o sancionatorias. Por el contrario, la cláusula penal es un pacto válido que puede contener en su cuantía un monto extra-compensatorio. Se ha señalado que el régimen del Civil Law es más eficiente (Mattei, 1995).

B. Liquidated damages versus penalties

Por *liquidated damages* se conoce a aquellas estimaciones razonables que realizan las partes sobre los daños anticipados o reales que pueda sufrir el acreedor ante el incumplimiento contractual, mientras que en los *penalty clauses* la estimación de los daños anticipados o reales no es razonable al consistir en un monto mayor.

Dicha diferencia es importante pues en la experiencia anglosajona se rechaza la ejecución de los *penalties* al ser considerados como nulos. En efecto, la sección 356 del Restatement (Second) of Contracts señala lo siguiente:

(1) 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 of loss. A term fixing unreasonably large liquidated damages is unenforceable on grounds of public policy as a penalty.

(2) A term in a bond providing for an amount of money as a penalty for non-occurrence of the condition of the bond is unenforceable on grounds of public policy to the extent that the amount exceeds the loss caused by such non-occurrence.

De esta manera, solo se ejecutarán las sumas pactadas que sean iguales o menores a una

17

Para una explicación histórica de la distinción, véase el primer capítulo de Halson, 2018.

estimación razonable de los daños efectivamente sufridos¹⁸. Adicionalmente, el Restatement señala que las estimaciones convencionales se aplican allí donde los daños son de difícil probanza.

La opción americana solo admite que los *liquidated damages* tengan carácter resarcitorio. Las liquidaciones convencionales que sean *in terrorem* son rechazadas.

En el Civil Law, y en el Perú, dicha diferencia no existe. Mientras que en el derecho americano existen dos cláusulas (una que se ejecuta, *liquidated damages*, y otra que no, *penalties*), en el Civil Law tenemos una sola cláusula conocida como cláusula penal o penalidad. Con ello, debe entenderse que la traducción correcta del término cláusula penal al inglés es *liquidated damages* y no *penalty*. Esta clara diferencia del tratamiento de las liquidaciones convencionales en el Civil Law y Common Law ha sido ampliamente discutida principalmente por los abogados comparatistas¹⁹.

Como es evidente, la principal diferencia práctica que podemos identificar entre ambos sistemas es que las cláusulas penales siempre se deberán ejecutar. Un tribunal peruano no podría señalar que la liquidación de las partes no es razonable y disponer la no ejecución de la penalidad. Sin embargo, lo que sí pueden hacer los jueces y árbitros, en virtud del artículo 1346 del Código Civil peruano, es reducir las penalidades que consideren manifiestamente excesivas. Entonces, los *penalties* no se ejecutarán mientras que las cláusulas penales sí se ejecutarán, y en el peor de los casos, se ejecutarán reducidas a petición de parte.

Esta distinción no solo ha llamado la atención de

los comparatistas, sino también de los académicos dedicados al análisis económico del derecho. La literatura económica ha criticado duramente la no ejecución de los *penalties* por ser ineficiente e intervencionista al vulnerar el pacto entre las partes. Como critica Posner: «That refusal, which apparently promotes inefficiency, remains a major unexplained puzzle in the economic theory of common law» (1979, pp. 290).

Resulta interesante indicar que desde la psicología se han propuesto argumentos para justificar la regla en contra de los *penalties*. Dado que las personas suelen cometer errores al momento de hacer cálculos y anticipar contingencias, se asume que las partes podrían equivocarse al momento de realizar liquidaciones contractuales. Estos errores se corregirían con la regla que considera nula a los *penalties* (Baffi, 2013).

Si bien es cierto que la racionalidad es limitada, consideramos que las limitaciones cognitivas no son tales como para justificar la nulidad de un pacto contractual. Sobre todo, si estamos ante contratos comerciales, las partes contarán con suficiente asesoría legal para asumir que saben lo que están pactando²⁰.

En virtud de la autonomía privada, la regla debe ser que se asume que lo pactado en el contrato representa la correcta evaluación de las partes. Eventualmente el derecho podría regular reglas para ayudar a las partes a redactar mejores cláusulas contractuales, pero resulta extremo que la política legal se incline por la nulidad de los pactos simplemente porque en algunos casos las partes podrían equivocarse.

Por el contrario, existen mayores argumentos

18 Edlin y Schwartz, 2003, pp. 33: «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 promisee's expectation interest. The rules regulating contractual damage measures, denoted here as the "liquidated damages rules," thus prohibit penalties»; Rubin, 1981, pp. 241: «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».

19 Véase a Mattei, 1995; Miller, 2004; Hatzis, 2003; Murphy y Marsh, 1950; Pejovic, 2001; McKenna, 2008.

20 Marrow, 2001, pp. 29: «This assumption supports the general premise that contracting parties know, or should know, what they are doing and that therefore they should be responsible for their contractual obligations. A conscious failure to protect one's own

para explicar por qué los *penalties* o montos extra-compensatorios son pactos eficientes que aumentan el valor de contrato.

C. La eficiencia de los *penalties*

La eficiencia de los *penalties* puede explicarse si tenemos en cuenta lo siguiente: (i) la distribución de riesgos, (ii) la liquidación de daños de difícil probanza, (iii) el uso de los *penalties* como un seguro, y (iv) el incumplimiento eficiente.

Pensemos en el ejemplo clásico del vestido de novia. Después de largos trámites y una angustiada espera, la boda será el próximo sábado. Como el novio le prometió a la novia la boda perfecta, quiso asegurarse contra cualquier contingencia. Por ello, a pesar de que el vestido costaba \$20,000, el novio estuvo dispuesto a pagar \$30,000 siempre que la vendedora le asegurase la entrega oportuna del vestido a través del pacto de una penalidad por \$15,000. Si bien la entrega del vestido había sido acordada para una semana antes del día de la boda, lo cual permitiría que en caso de incumplimiento se pueda encontrar –aunque con dificultad– un vestido alternativo, el novio es adverso al riesgo y prefiere asumir un precio mayor con el fin de disminuir el riesgo de incumplimiento.

En primer lugar, debemos tener claro que el principal objetivo del derecho de contratos es la distribución de riesgos entre las partes. Quien se encuentra en mejor posición para evitar el incumplimiento es la vendedora. Por ello, el riesgo de incumplimiento recae por completo sobre sus hombros, lo cual se ve asegurado con el pacto de una penalidad muy alta. Como contraprestación a la no asunción del riesgo de incumplimiento por parte del novio, éste paga un precio mayor que no pagaría si tuviera que soportar dicho riesgo.

En segundo lugar, el comprador es una persona

adversa al riesgo. Los agentes económicos pueden ser adversos al riesgo, neutrales al riesgo o amantes al riesgo. Mientras que los neutrales son indiferentes, los adversos al riesgo se preocupan por invertir en reducir su exposición al riesgo y no en maximizar sus beneficios. Por su parte, lo contrario ocurre con los amantes al riesgo: están dispuestos a arriesgarse si con ello obtendrán una mayor rentabilidad.

Si a una persona se le otorga la posibilidad de elegir entre un beneficio cierto de 100 y un beneficio de 200 al 50%, si es adverso al riesgo preferirá los 100 (y así evita la incertidumbre), si es neutral al riesgo será indiferente (porque 100 es igual al beneficio esperado de $200 \cdot 50\% = 100$), y si es amante al riesgo preferirá la segunda opción (porque aunque el beneficio esperado sea de 100, si gana recibirá 200).

Para el caso de las penalidades, queda claro que el acreedor está dispuesto a asumir un mayor precio si con ello evita el riesgo de incumplimiento (está dispuesto a pagar \$30,000 en vez de \$20,000). Por su parte, el aseguramiento otorgado por el vendedor es eficiente si éste es neutral al riesgo²¹, e incluso amante al mismo.

En tercer lugar, el pacto de una penalidad alta se justifica porque la misma sirve como un seguro, al ser el vendedor quien se encuentra en mejor posición para proveer en favor de su comprador un seguro a bajo costo. Ello es eficiente por los bajos costos que tiene que asumir el vendedor a diferencia de los costos que tendría que incurrir un asegurador externo, y por la posibilidad de incorporar como parte de la penalidad daños subjetivos de difícil probanza que no serían concedidos por los tribunales²².

En las contrataciones se encuentran involucrados

self-interest is usually not grounds for judicial involvement. In other words, courts should not protect contracting parties from making a bad deal».

21 Rea, 1984, pp. 152: «If the seller is risk neutral and the buyer is risk averse, it is beneficial to both parties for the seller to insure the buyer».

22 Hatzis, 2003, pp. 390: «For economist, liquidated damages are far superior to the conventional damages awarded by the courts since they have been designed by the parties themselves»; Goetz y Scott, 1977, pp. 570: «Implementing the compensation

intereses subjetivos e idiosincráticos que otorgan valor a la transacción²³. Un vendedor podría realizar inversiones para reducir sus costos y aumentar su margen de ganancia, mientras que un comprador podría necesitar el bien por intereses estratégicos. Solo las partes saben realmente por qué contratan, y usualmente una parte no conoce todos los motivos de su contraparte. Si dicha asimetría de información se traslada a las cortes, la asimetría crecerá. Hay muchas posibilidades de que las cortes rechacen otorgar daños que consideren muy subjetivos o que simplemente no puedan probarse con éxito en el litigio.

Por ello, con la liquidación previa de un monto por concepto de penalidades se evita los costos de litigio²⁴ y de error judicial²⁵. Ante la ausencia de una cláusula penal, las cortes podrían equivocarse y otorgar daños menores a los realmente sufridos. Si a ello le añadimos los costos de litigio, no quedan dudas que la solución eficiente será el pacto de un monto previamente liquidado, sin perjuicio de que sea mayor o menor a los daños reales. Si las cortes tienen la posibilidad de no ejecutar la penalidad, como en el caso americano, o de reducir la penalidad, como en el caso europeo, el pacto de una penalidad no cumplirá su función de evitar los costos de litigio y error judicial porque una de las partes tendrá los incentivos para comportarse de manera estratégica y buscar la no ejecución o la reducción de la penalidad, según sea el caso.

En este contexto, es sencillo explicar cómo las penalidades funcionan como un seguro contra el

incumplimiento. ¿Qué le resultaba más barato al novio? ¿Contratar a un tercero para que le brinde un seguro o contratar con su misma contraparte? ¿Quién puede otorgar un seguro a menor costo? ¿Quién puede evitar a menor costo los costos de litigio y error judicial?

Para identificar al asegurador eficiente debemos tener en cuenta los costos de proveer el seguro. Estos costos incluyen: (i) la probabilidad del incumplimiento (p), (ii) el pago en favor del asegurado (R), y (iii) los costos de transacción que deberá asumir el asegurador (T). El costo total del seguro puede resumirse en la siguiente fórmula (Goetz y Scott, 1977, pp. 580):

$$C = pR + T$$

Se asume que el deudor conoce mejor el riesgo de incumplimiento al tener control sobre la conducta objeto de su prestación. De otro lado, el acreedor conoce mejor los daños que podría sufrir pues conoce el valor de sus intereses involucrados en el contrato (por ejemplo, sus pérdidas en ventas). De esta manera, el deudor sabe cuál es el riesgo de no entregar el bien (por ejemplo, una maquinaria), y su vez, el acreedor sabe cuánto perdería en producción y ventas por no contar con dicha máquina a tiempo.

Por medio de una cláusula penal las partes acuerdan un monto que refleja tanto la protección otorgada por el vendedor como los daños que sufrirá el comprador. En consecuencia, el deudor

principle is much more difficult, however, in those cases where there is a recognized market value for the promised performance, but the promisee attaches an additional idiosyncratic value to the performance. Idiosyncratic value would include any subjective or "fanciful" valuation which varied significantly from the established market value. Where the subjective utility is greater than the established market valuation, the compensation principle may require a subjective basis for the compensation payment».

23 De Geest y Wuyts, 2000, pp. 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».

24 Polinsky y Shavell, 2014, pp. 86: «A basic principle of law is that damages paid by a liable party should equal the harm caused by that party. However, this principle is not correct when account is taken of litigation costs, because they too are part of the social costs associated with an injury».

25 Polinsky y Shavell, 1989, pp. 99: «The occurrence of legal error seems inevitable since evidence brought before courts will often be incomplete or subject to misrepresentation, and since courts will sometimes misconstrue law».

puede asegurar a menor costo el incumplimiento de su prestación²⁶.

Como es evidente, el principal elemento de la fórmula no son los costos de transacción ni el monto de la penalidad, sino la probabilidad del incumplimiento. Precisamente, el vendedor es quien se encuentra en mejor posición para conocer cuál es la probabilidad de incumplimiento, y en consecuencia, puede incidir en la disminución o aumento de p . La inclusión de una penalidad alta es una señal que demuestra que las probabilidades de incumplimiento son muy bajas. Si la penalidad es de \$15,000 pero la probabilidad de incumplimiento es de 10%, el pago esperado será de \$1,500. Si el vendedor es quien tiene el control de la ejecución de la prestación, tendrá incentivos para realizar inversiones que aseguren la ejecución de la prestación, y así reducir la probabilidad de incumplimiento lo más cercano a 0. Si la probabilidad es 0, cualquier monto de la penalidad será considerado también como 0.

Tener en cuenta lo mencionado es importante a efectos de la eventual reducción de la penalidad. Una penalidad alta no necesariamente es excesivamente onerosa pues a ella hay que descontarle la probabilidad de ocurrencia. Si la probabilidad es muy baja, por más alta que sea la penalidad, los tribunales no deberían proceder con su reducción.

Finalmente, el pacto de una penalidad incluye también, como parte de la distribución de riesgos, la posibilidad del incumplimiento eficiente. Con ocasión del caso *Lake River Corporation v. Carborundum Company* (1985)²⁷, el Juez Richard A. Posner criticaba la tendencia de las cortes americanas a rechazar la ejecución de los *penalties*:

But this overlooks the earlier point that the willingness to agree to a penalty clause

is a way of making the promisor and his promise credible and may therefore be essential to inducing some value-maximizing contracts to be made. It also overlooks the more important point that the parties (always assuming they are fully competent) will, in deciding whether to include a penalty clause in their contract, weigh the gains against the costs –cost that include the possibility of discouraging an efficient breach somewhere down the road- and will include the clause only if the benefits exceed those costs as well as all other costs.

Si las partes han pactado una penalidad es porque dicho pacto representa el equilibrio económico que ellas han realizado teniendo en cuenta costos y beneficios. Dicha asignación permitirá que las partes asuman los riesgos que están dispuestas a asumir y realicen las inversiones que consideren necesarias para evitar incurrir en responsabilidad (Triantis, 2000, pp. 101).

Uno de los puntos más importantes de la sentencia citada es la relacionada al incumplimiento eficiente. Uno de los argumentos económicos empleados para criticar la ejecución de las cláusulas penales que excedan a los daños efectivos es el desincentivo al incumplimiento eficiente. Si la penalidad es muy alta, los deudores no podrán incumplir y reasignar el bien al tercero que le otorgue un uso más valioso.

Sin perjuicio de ello, el mismo Richard Posner – gran defensor del *efficient breach*- afirma en la resolución del caso citado que entre los costos que se internalizan al pactar un *penalty* se encuentra «[the] cost that include the possibility of discouraging an efficient breach somewhere down the road». Entonces, entiéndase que cuando las partes pactan una penalidad, están internalizando el costo de no poder incumplir eficientemente.

26 Goetz y Scott, 1977, pp. 583: «The preceding argument has been that non-enforcement of liquidated damages provisions has the result of inducing individuals to protect against otherwise non-recoverable losses through special third-party insurance. This is likely to be an extremely inefficient alternative since there are strong economic arguments that suggest that the vendor is the low-cost insurer against non-performance».

27 769 F.2d 1284 (1985).

Al respecto, resulta interesante mencionar que según la psicología, el pacto de *liquidated damages* podría incentivar el incumplimiento eficiente (Wilkinson-Ryan, 2010; Wilkinson-Ryan, 2012, pp. 865-866)²⁸. Para que el deudor decida incumplir, debe estar seguro de la cuantía de los daños que deberá pagar a la contraparte, y que el beneficio del incumplimiento es mayor a tales daños. Si tales daños ya han sido previamente liquidados, esto no solo le otorga mayor seguridad al deudor respecto al costo del incumplimiento, sino que el deudor se sentirá más cómodo en incumplir pues –precisamente– las partes ya habrían definido el monto de daños que deberá pagar el deudor en favor del acreedor, de manera que el deudor siente que el monto por *liquidated damages* es el monto correcto para compensar al acreedor. Entonces, el incumplimiento deja de ser moralmente ofensivo o incorrecto.

III. Análisis Psicológico

A. Atajos mentales y sesgos

El modelo neoclásico del hombre racional no tuvo en cuenta las limitaciones cognitivas que inciden en la toma de decisiones y que impiden que las personas puedan maximizar la utilidad en todos los casos (Simon, 1997, pp. 279). Nuestros recursos mentales son limitados, tal como los recursos materiales como el dinero. La memoria, el autocontrol, la capacidad de procesamiento de información, la racional, es limitada. Teniendo en cuenta que nuestro presupuesto cognitivo es limitado, las personas toman decisiones en base a reglas de oro, atajos mentales o heurísticas (*heuristic devices*).

Estos atajos son eficientes pues permiten a las personas utilizar menos recursos cognitivos. Pero a su vez, al tratarse de atajos, pueden hacer que las personas padezcan de sesgos cognitivos (Sunstein y Thaler, 2007), y así, incurran en errores sistemáticos (Kahneman, 2011, pp. 10).

Kahneman y Tversky son los responsables de describir los tres más famosos atajos mentales: (i) *representativeness heuristic* (1972, pp. 430-431)

o atajo mental de la semejanza, (ii) *availability heuristic* (1973, pp. 207-208), o atajo mental de la disponibilidad, (iii) *anchoring and adjustment heuristic* (1974, pp. 1128-1129) o atajo mental del anclaje. Estos atajos mentales son usados de manera intuitiva por el sistema rápido de nuestro cerebro.

En virtud de la heurística de la representatividad, las personas no evalúan la relación entre A y B en base a datos probabilísticos, sino en virtud de qué representativo o semejante es uno en relación al otro. Esto explica los estereotipos. Si vemos a una persona con ropa cómoda y otra en saco, pensaremos que la segunda tiene un trabajo más importante que la primera, aunque Mark Zuckerberg nos demuestre lo contrario. En muchas ocasiones este atajo mental puede ser acertado, pero en otras puede llevarnos a conclusiones equivocadas.

En virtud de la heurística de la disponibilidad, las personas se ven más influenciadas por lo primero que les viene a la mente. Esto puede generar un gran impacto en cómo toman decisiones. Si ocurre un trágico accidente aéreo, y esto es ampliamente informado en los noticieros, las personas prestarán más atención a los accidentes aéreos que a los de tránsito. Esto provocará que varias personas piensen que ya no es seguro viajar en avión y optarán por viajar en carro.

Sin embargo, y de manera paradójica, esto aumenta las probabilidades de que dicha persona sufra un accidente pues es más probable sufrir un accidente de tránsito que aéreo. Pero a pesar de tal dato probabilístico, las personas suelen ignorar la estadística y se enfocan en lo primero que les viene a la mente, y esto es, el impacto del reciente accidente aéreo.

B. El atajo mental del anclaje y la reducción de la penalidad

En muchas situaciones las personas realizan estimaciones numéricas partiendo de un valor inicial que sirve como ancla. En ocasiones el ancla

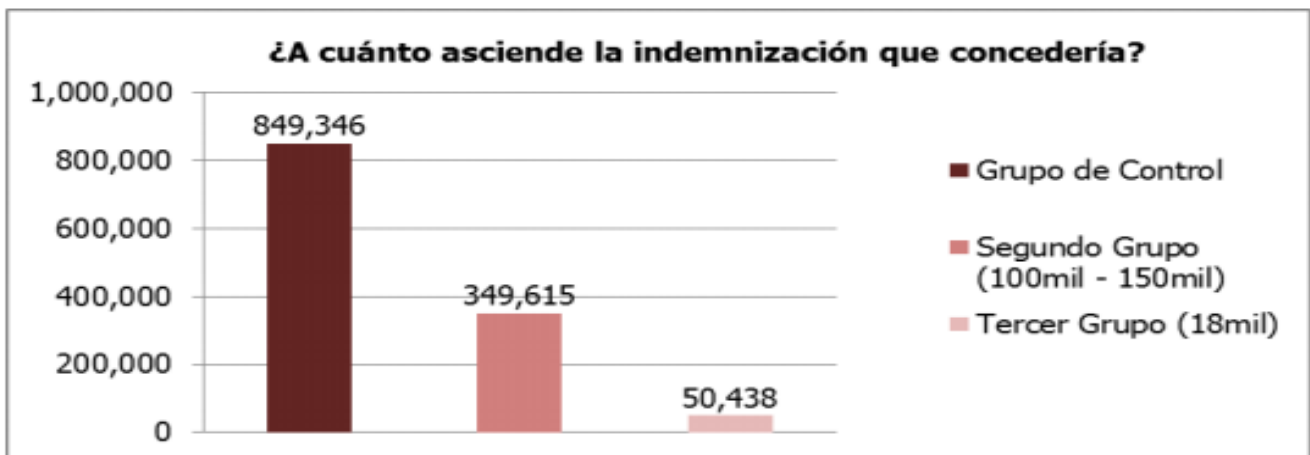
es propuesta expresamente mientras que en otras no, y lo que es más importante, el ancla suele ser un dato irrelevante que no debería ser tomado en cuenta, y a pesar de ello, influye en las respuestas de las personas. De esta manera, diversos puntos de partida producen diversas estimaciones: se parte del valor inicial y se ajusta al resultado final²⁹.

Uno de los ejemplos clásicos es el propuesto por Tversky y Kahneman. A un grupo de sujetos se le preguntó sobre la cantidad de países africanos en las naciones unidas. Para ello se usó una rueda de la fortuna. Primero se hacía rodar la rueda, el cual arrojaba un número entre el 0 y el 100. Después se preguntó a los sujetos si el número de países africanos era mayor o menor al número de la rueda de la fortuna y luego se pidió estimar un porcentaje. Los resultados demostraron que los sujetos se dejaban influenciar por números totalmente arbitrarios e irrelevantes.

Los sujetos respondieron en promedio que el porcentaje de países americanos era del 25% cuando el número que la rueda de la fortuna arrojó fue 10, mientras que el porcentaje era del 45% cuando el número arrojado fue 65 (Tversky y Kahneman, 1974, pp. 1128).

Este efecto también se ha verificado en estudios realizados a jurados³⁰ y jueces³¹. Las personas toman decisiones de manera intuitiva, sea por esa intuición que caracteriza al experto o por el uso de atajos mentales³². Así es como piensa el ser humano, y en consecuencia, los jueces.

En un estudio elaborado por Chapman y Bornstein, se propuso un caso de responsabilidad civil en donde una mujer se enfermó de cáncer por haber tomado una pastilla anticonceptiva. Los sujetos tenían que determinar la responsabilidad del centro médico y el monto de la indemnización. La única diferencia entre los sujetos era los montos demandados.



29 Véase a Tversky y Kahneman, 1974, pp. 1128; Epley y Gilovich, 2001, pp. 391; Simonson y Drolet, 2004, pp. 682; McElroy y Dowd, 2007, pp. 48; Strack y Mussweiler, 1997, pp. 437.

30 Véase a Chapman y Bornstein, 1996; Marti y Wissler, 2000.

31 Véase a Guthrie, Rachlinsky y Wistrich, 2001; Guthrie, Rachlinsky y Wistrich, 2007; English, Mussweiler y Strack, 2006.

32 Véase a Berger, 2013; Hutcheson, 1929; Kahneman y Klein, 2009.

Los sujetos fueron asignados de manera aleatoria a alguno de los siguientes anclajes (petitorios): \$100 mil, \$200 mil, \$5 millones y \$1 billón. La cuantificación de los daños fueron los esperados: mientras mayor era el petitorio, mayores eran los daños concedidos (1996, pp. 523-524).

En otro estudio realizado en nuestro país por José María de la Jara, se comprobó el efecto del anclaje en alumnos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Universidad del Pacífico y Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. A los alumnos se les propuso un caso de responsabilidad civil por violación de propiedad intelectual. Se dividieron a los alumnos en tres grupos: (1) a un primer grupo no se le brindó dato alguno respecto a la cuantificación del resarcimiento, (2) a un segundo grupo se le dijo que en casos similares, otros jueces estaban otorgando resarcimientos entre 100 y 150 mil, y (3) a un tercer grupo se le informó que una de las partes quiso arreglar y ofreció 18 mil. El objetivo era determinar el impacto de cada anclaje en la cuantificación del resarcimiento. Los resultados fueron los siguientes (2014, pp. 167):

Nuevamente, se comprobó que la tendencia en las personas es que mientras mayor sea el ancla, mayor será el monto que se cuantifica por concepto de resarcimiento.

Guthrie, Rachlinski y Wistrich realizaron una serie de interesantes estudios en donde participaron 167 jueces federales. El objetivo del estudio era comprobar que los jueces usan atajos mentales al momento de resolver casos, entre ellos, el atajo mental del anclaje. En el caso propuesto, un conductor había resultado herido debido a que los frenos del camión que manejaba fallaron. La víctima estuvo internada por varios meses y desde entonces tuvo que usar silla de ruedas. A los jueces se le preguntó: «¿how much would you award the plaintiff in compensatory damages?». Los jueces fueron asignados aleatoriamente a un grupo con ancla (Anchor) y a otro sin ancla (No Anchor).

A los jueces del grupo con ancla se les informó que el demandado había cuestionado la competencia del juez dado que la cuantía de la demanda no superaba el mínimo de \$75,000.

Teniendo en cuenta los hechos del caso, el pedido del demandante sería declarado infundado. Sin embargo, dicho dato irrelevante sirvió de ancla para los jueces al momento de determinar el monto del resarcimiento. Los jueces que no tuvieron el ancla otorgaron mayores daños que los jueces que tuvieron el ancla, llegando a otorgar casi el doble (\$1'925,000 vs \$1'000,000) (2001, pp. 791-792).

La moraleja de esta historia es la siguiente: mientras más pides, más te darán.

Uno de los aspectos más importantes a tener en cuenta es que los efectos del anclaje pueden agravarse por la regulación legal. En el Perú no solo la jurisprudencia es totalmente arbitraria en relación a los montos resarcitorios, sino que la legislación promueve los sesgos en los jueces y árbitros. Póngase atención en el siguiente artículo del Código Civil:

Artículo 1332.- Si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo el juez con valoración equitativa.

Cuando el juez no tenga parámetros claros para determinar el monto indemnizatorio, deberá usar la equidad. ¿Y qué cosa es la equidad? Es una invitación para que los jueces usen anclas al momento de resolver los montos resarcitorios. Si el demandante está pidiendo resarcimiento por la pérdida de una pierna y el pago de daño moral, ¿cómo cuantificará el juez o árbitro? Dado que no tiene parámetros objetivos, deberá usar la equidad, y dicha equidad vendrá determinada por las anclas del litigio, en ellos y el más importante, el petitorio. Recomendación para los litigantes: mientras más daños pidas, más daños te darán.

El mismo efecto se presenta en la reducción equitativa de la pena. El artículo 1346 del Código Civil señala que «El juez, a solicitud del deudor, puede reducir equitativamente la pena». Nuevamente, la equidad es el parámetro para que el juez determine la cuantía del monto dinerario que recibirá una parte. Dicha norma genera incentivos para que el deudor inicie un litigio estratégico para intentar reducir el monto de la penalidad pactada.

Es como si estuviera jugando una apuesta.

En este contexto, el anclaje produce el siguiente efecto: mientras mayor sea la penalidad, menor será la reducción que realice el juez, y en consecuencia, mayores los daños que recibirá el acreedor.

Si la penalidad es de \$1 millón, la misma podrá reducirse hasta \$800 mil, pero si la penalidad es de \$2 millones, podrá reducirse a \$1.5 millones. El monto de la penalidad representa un fuerte anclaje que determinará la reducción de la pena: resulta grotesco reducir una penalidad de \$2 millones a \$800 mil, pero no cuando la misma es de \$1 millón.

Recordemos que el monto de la penalidad es libremente pactado por las partes, de manera que el monto de la penalidad representa la estimación realizada respecto a los eventuales y futuros daños que pueda sufrir el acreedor. Entonces, se debe partir de la presunción de que el monto pactado por penalidad es el correcto. En este sentido, cualquier reducción debe ser excepcional y mínima, y esto se reconfirma con la existencia del ancla.

En este contexto la moraleja sería la siguiente: mientras más alta sea la penalidad pactada, mayores serán los daños que pueda cobrar el acreedor en caso algún tribunal reduzca la pena. Entonces, a pesar de la existencia del artículo 1346 del Código Civil, lo recomendable es pactar la penalidad más alta posible pues el monto de la penalidad funcionará como un ancla en favor del acreedor.

IV. Reflexiones finales

La psicoeconomía es útil al permitirnos ver las instituciones legales desde una perspectiva distinta. Cada disciplina es autónoma y tiene su propio método, y como tal, también tiene límites. Cuando el derecho no pueda ver más allá del derecho, la economía nos recuerda el lado racional y el impacto de los incentivos. Y cuando la economía ya no puede ver más allá de la economía, la psicología nos recuerda que las personas tenemos una racionalidad limitada y que solemos ayudarnos de atajos mentales.

La cláusula penal tiene aspectos legales que todos conocemos, y que pueden ser debatidos entre abogados. Pero existen otros aspectos que son invisibles a los ojos de los abogados. En estos casos, la psicoeconomía viene al rescate para explicar lo que es esencial pero a la vez invisible a los ojos jurídicos.

Referencias

Baffi, Enrico (2013). Efficient penalty clauses with debiasing: Lessons from cognitive psychology. En Valparaiso University Law Review, Vol. 47, No. 4, pp. 993-1017.

Ben-Shahar, Omir (2010). Pre-closing liability. En The University of Chicago Law Review, Vol. 77, pp. 977-996.

Berger, Linda L. (2013). A Revised View of the Judicial Hunch. En Legal Communication & Rhetoric: JALWD, Vol. 13, pp. 1-39.

Bianca, Massimo (1994). Diritto Civile 5. La responsabilità. Milano: Giuffrè Editore.

Bullard González, Alfredo (2010). ¿Cuándo es bueno incumplir un contrato? La teoría del incumplimiento eficiente. En Alfredo Bullard González. Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales. Segunda edición. Lima: Palestra, pp. 315-348.

Cárdenas Quirós, Carlos (1994). Reflexiones sobre la mutabilidad o inmutabilidad de la pena obligacional. En Carlos Cárdenas Quirós. Estudios de Derecho Privado (Reflexiones de un tiempo). Lima: Ediciones Jurídicas, pp. 345-422.

Cárdenas Quirós, Carlos (2011). La reforma del derecho de obligaciones en el Código Civil de 1984. En Themis, Revista de Derecho, No. 60, pp. 169-187.

Chapman, Gretchen B. y Brian H. Bornstein (1996). The More You Ask for, the More You Get: Anchoring in Personal Injury Verdicts. En Applied Cognitive Psychology, Vol. 10, pp. 519-540.

Coates IV, John C. (2015). M&A Contracts: Purposes, Types, Regulation, and Patterns of

- Practice. En *The European Corporate Governance Institute, Working Papers Series in Law, Law Working Paper N° 292/2015*, pp. 1-34.
- De Geest, Gerrit y Filip Wuyts (2000). Penalty Clauses and Liquidated Damages. En Bouckaert, Boudewijn y Gerrit De Geest (eds). *Encyclopedia of law and economics, Vol III. General Contract Law*. UK: Edward Elgar, pp. 141-161.
- De la Jara, José María (2014). Condenando por intuición: El cerebro del juez en la determinación del daño y del factor de atribución. En *Forseti*, No. 2, pp. 146-174.
- Díaz Alabart, Silvia (2011). *La Cláusula Penal*. Madrid: Reus.
- Edlin, Aaron S. y Alan Schwartz (2003). Optimal Penalties in Contracts. En *Chicago-Kent Law Review*, Vol. 78, pp. 33-54.
- Eisenberg, Melvin A. (2005). Actual and Virtual Specific Performance, the Theory of Efficient Breach, and the Indifference Principle in Contract Law. En *California Law Review*, Vol. 93, No. 4, pp. 975-1050.
- Englich, Birte; Mussweiler, Thomas y Fritz Strack (2006). Playing Dice with Criminal Sentences: The Influence of Irrelevant Anchors on Experts' Judicial Decision Making. En *Personality and Social Psychology Bulletin*, Vol. 32, No. 2, pp. 188 y ss.
- Epley, Nicholas y Thomas Gilovich (2001). Putting Adjustment Back in the Anchoring and Adjustment Heuristic: Differential Processing of Self-Generated and Experimenter-Provider Anchors. En *Psychological Science*, Vol. 12, No. 5, pp. 391-396.
- Espinoza Espinoza, Juan (2014). La cláusula penal. En *Themis, Revista de Derecho*, N° 66, pp. 221-243.
- Espinoza Espinoza, Juan (2017). *Introducción al Derecho de las Obligaciones*. Lima: Instituto Pacífico.
- Farnsworth, E. Allan (1984). On trying to keep one's promises: The duty of best efforts in contract law. En *University of Pittsburgh Law Review*, Vol. 46, No. 1, pp. 1-20.
- Farnsworth, E. Allan (1987). Precontractual Liability and Preliminary Agreements: Fair Dealing and Failed Negotiations. En *Columbia Law Review*, Vol. 87, No. 2, pp. 217-294.
- Fernández Cruz, Gastón (2017). *La cláusula penal. Tutela contra el incumplimiento vs. Tutela resarcitoria. La problemática de su encuadramiento*. Lima: ARA Editores, 2017.
- García Long, Sergio (2016). *Un Big MAC, por favor: La cláusula MAC en fusiones y adquisiciones*. Lima: Facultad de Derecho de la PUCP.
- García Long, Sergio (2017). La muerte de la buena fe: reflexiones en torno al rol de la buena fe en el derecho comparado. En *Actualidad Civil*, No. 37, pp. 113-134.
- García Long, Sergio (2018). ¿Casados, comprometidos o solo amigos? En Carlos Soto Coaguila (coord). *Fusiones y Adquisiciones*. Lima: Instituto Pacífico.
- Gilboa, Itzhak (2009). *Theory of decision under uncertainty*. New York: Cambridge University Press.
- Goetz, Charles J. y Robert E. Scott (1977). Liquidated damages, penalties and the just compensation principle: Some notes on an enforcement model and a theory of efficient breach. En *Columbia Law Review*, Vol. 77, No. 4, pp. 554-594.
- Guthrie, Chris; Rachlinsky, Jeffrey J. y Andrew J. Wistrich (2001). Inside the Judicial Mind. En *Cornell Law Review*, Vol. 86, pp. 777-830.
- Guthrie, Chris; Rachlinsky, Jeffrey J. y Andrew J. Wistrich (2007). Blinking on the Bench: How Judges Decide Cases. En *Cornell Law Review*, Vol. 93, pp. 1-43.
- Gutiérrez Camacho, Walter y Alfonso Rebaza González. Artículo 1341 del Código Civil. En *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*.

- Tomo VI. Derecho de las Obligaciones. Lima: Gaceta Jurídica, 2004, pp. 1103-1115.
- Halson, Roger (2018). Liquidated damages and penalty clauses. Oxford: Oxford University Press.
- Hatzis, Aristides N. (2003). Having the cake and eating it too: efficient penalty clauses in Common and Civil contract law. En *International Review of Law and Economics*, Vol. 22, pp. 381-406.
- Holmes, Oliver Wendell (1997). The Path of the Law. En *Harvard Law Review*, Vol. 110, No. 5, pp. 991-1009.
- Hutcheson, Joseph C. (1929). Judgment Intuitive: The Function of the "Hunch" in Judicial Decision. En *Cornell Law Review*, Vol. 14, pp. 274-288.
- Kahneman, Daniel. *Thinking, Fast and Slow*. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2011.
- Kahneman, Daniel y Gary Klein (2009). Conditions for Intuitive Expertise. En *American Psychologist*, Vol. 64, No. 6, pp. 515-526.
- Kronman, Anthony (1978). Specific Performance. En *The University of Chicago Law Review*, Vol. 45, No. 2, pp. 351-382.
- Legrenzi, Paolo (2012). *Psicoeconomía de la vida cotidiana*. Barcelona: Crítica.
- León, Leysser L. (2004). La importancia del derecho comparado en la reforma del código civil y en la formación de una verdadera escuela de civilistas peruanos. A propósito de la modernización del derecho de obligaciones en Alemania (*Schuldrechtsmodernisierung*). En Leysser L. León. *El sentido de la codificación civil*. Lima: Palestra, pp. 141-247.
- León, Leysser L. (2007). Incapacidad de discernimiento e "indemnización equitativa". En Leysser L. León. *La Responsabilidad Civil. Líneas Fundamentales y Nuevas Perspectivas*. Segunda edición. Lima: Juristas Editores, pp. 461-531.
- Levinson, Marc (1995). Dismal science grabs a couch. En *Newsweek*, 10 de abril.
- Malhotra, Deepak (2012). Great deal, terrible contract: The case for negotiator involvement in the contracting phase. En Barry M. Goldman y Debra L. Shapiro (eds). *The Psychology of negotiations in the 21st century workplace. New challenges and new solutions*. New York: Routledge.
- Marrow, Paul Bennett (2001). The unconscionability of a liquidated damage clause: A practical application of behavioral decision theory. En *Pace Law Review*, Vol. 22, No. 1, pp. 27-104.
- Marti, Mollie W. y Rosell L. Wissler (2000). Be Careful What You Ask For: The Effect of Anchors on Personal Injury Damages Awards. En *Journal of Experimental Psychology*, Vol. 6, No. 2, pp. 91-103.
- Martínez Coco, Elvira (1997). La cláusula penal y la capitalización de intereses. En Elvira Martínez Coco. *Ensayos de Derecho Civil I*. Lima: Editorial San Marcos, 1997, pp. 156-170.
- Mattei, Ugo (1995). The Comparative Law and Economics of Penalty Clauses in Contract. En *American Journal of Comparative Law*, Vol. 43, No. 3, pp. 427-444.
- Mattei, Ugo y Roberto Pardolesi (1991). Law and Economics in Civil Law Countries: A Comparative Approach. En *International Review of Law and Economics*, Vol. 11, pp. 265-275.
- McElroy, Todd y Keith Dowd (2007). Susceptibility to Anchoring Effects: How Openness-to-experience influences responses to anchoring cues. En *Judgment and Decision Making*, Vol. 2, No. 1, pp. 48-53.
- McKenna, J. Frank (2008). Liquidated Damages and Penalty Clauses: A Civil Law versus Common Law Comparison. En *The Critical Path*, ReedSmith, pp. 1-6.
- Miller, Lucinda (2004). Penalty Clauses in England and France: A Comparative Study. En *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 53, No. 1, pp. 79-106.
- Morales Hervias, Rómulo (2004). ¿Indemnización

- por la no realización del hecho del tercero o resarcimiento por incumplimiento de la promesa del hecho del tercero? En *Derecho PUC, Revista de Derecho de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, No. 57.
- Morales Hervias, Rómulo (2011). Resarcimiento del daño moral y del daño a la persona vs. Indemnización del desequilibrio económico a favor del cónyuge débil en el Tercer Pleno Casatorio. En *Diálogo con la Jurisprudencia*, N° 153.
- Murphy, Edward J. y Norman S. Marsh (1950). Penal Clauses in Contracts: A Comparative Study. En *Journal of Comparative Legislation and International Law*, Vol. 32, No. ¾, pp. 66-73.
- Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre (2016). La funcionalidad de la cláusula penal. En *Ius et Praxis*, No. 47, pp. 29-46.
- Pardolesi, Roberto y Giuseppe Bellantuono (2000). Law and Economics in Italy. En Boudewijn Bouckaert y Gerrit de Geest (eds). *Encyclopedia of Law and Economics. Volume I. The History and Methodology of Law and Economics*. Cheltenham: Edward Elgar, 2000, pp. 244-261.
- Pejovic, Caslav (2001). Civil Law and Common Law: Two Different Path Leading to the Same Goal. En *Victoria University of Wellington Law Review*, Vol. 32, No. 3, pp. 817-842.
- Pereyra Zaplana, Augusto Emilio (2017). La cláusula penal en el Derecho Civil peruano y la *liquidated damages* y la *penalty clause* en el *Common Law* de los Estados Unidos de América. En *Actualidad Civil*, No. 36.
- Polinsky, A. Mitchell y Steven Shavell (1989). Legal Error, Litigation, and the Incentive to Obey the Law. En *Journal of Law, Economics, and Organization*, Vol. 5, No. 1, 1989, pp. 99-108.
- Polinsky, A. Mitchell y Steven Shavell (2014). Costly litigation and optimal damages. En *International Review of Law and Economics*, Vol 37, pp. 86-89.
- Posner, Richard A. (1979). Some uses and abuses of economics in law. En *The University of Chicago Law Review*, Vol. 46, No. 2, pp. 281-306.
- Priest, George L. (1977). The Common Law Process and the Selection of Efficient Rules. En *The Journal of Legal Studies*, Vol. 6, No. 1, pp. 65-82.
- Pugno, Maurizio (2005). Capabilities, the self, and well-being: A research in psycho-economics. En University of Trento, Discussion Paper No. 18, pp. 1-32.
- Rea, Samuel A. Jr. (1984). Efficiency Implications of Penalties and Liquidated Damages. En *The Journal of Legal Studies*, Vol. 13, No. 1, pp. 147-167.
- Rubin, Paul H. (1977). Why is the Common Law Efficient? En *The Journal of Legal Studies*, Vol. 6, No. 1, pp. 51-63.
- Rubin, Paul H. (1981). Unenforceable Contracts: Penalty Clauses and Specific Performance. En *The Journal of Legal Studies*, Vol. 10, No. 2, pp. 237-247.
- Salvi, Cesare (1998). *La responsabilità civile*. Milán: Giuffrè.
- Schäfer, Hans-Bernd (2006). Rules versus standards in rich and poor countries: Precise legal norms as substitutes for human capital in low-income countries. En *Supreme Court Economic Review*, Vol. 14, pp. 113-134.
- Schuldt, Jürgen (2013). *Civilización del desperdicio. Psicoeconomía del consumidor*. Lima: Fondo Editorial de la Universidad Pacífico.
- Scognamiglio, Renato (2010). *Responsabilità civile e danno*. Torino: Giappichelli Editore.
- Simon, Herbert A. (1997). Behavioral Economics. En Herbert A. Simon. *Models of Bounded Rationality. Volume 3. Empirically Grounded Economic Reason*. Cambridge: The MIT Press, 1997.
- Schwartz, Alan (1979). The Case for Specific Performance. En *The Yale Law Journal*, Vol. 89, No. 2, pp. 271-306.
- Shavell, Steven (2006). Specific Performance

- versus Damages for Breach of Contract: An Economic Analysis. En *Texas Law Review*, Vol. 84, No. 4, pp. 831-876.
- Simonson, Itamar y Aimee Drolet (2004). Anchoring Effects on Consumers' Willingness-to-Pay and Willingness-to-Accept. En *Journal of Consumer Research*, Vol. 31, No. 3, pp. 681-690.
- Smith, Vernon (1991). Rational Choice: The Contrast between Economics and Psychology. En *Journal of Political Economy*, Vol. 99, No. 4, pp. 877-897.
- Soto Coaguila, Carlos (2016). Cláusula penal: función e inmutabilidad de las penalidades libremente pactadas. En Carlos Soto Coaguila (director). *Incumplimiento contractual. Acciones del acreedor contra el deudor*. Lima: Editorial Jurídica Jurivec, pp. 447-478.
- Strack, Fritz y Thomas Mussweiler (1997). Explaining the Enigmatic Anchoring Effect: Mechanisms of Selective Accessibility. En *Journal of Personality and Social Psychology*, Vol. 73, No. 3, pp. 437-446.
- Sunstein, Cass R. y Richard H. Thaler. *A Behavioral Approach to Law and Economics*. En Cass R. Sunstein (ed). *Behavioral Law & Economics*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.
- Swett, Thomas A. (1999). Merger Terminations after Bell Atlantic: Applying a Liquidated Damages Analysis to Termination Fees Provisions. En *University of Colorado Law Review*, Vol. 70, pp. 341-385.
- Triantis, George G. (2000). Unforeseen Contingencies. Risk Allocation in Contracts. En Bouckaert, Boudewijn y Gerrit De Geest (eds). *Encyclopedia of law and economics*. UK: Edward Elgar, pp.
- Tversky, Amos y Daniel Kahneman (1972). Subjective Probability: A Judgment of Representativeness. En *Cognitive Psychology*, Vol. 3, pp. 430-454.
- Tversky, Amos y Daniel Kahneman (1973). Availability: A Heuristic for Judging Frequency and Probability. En *Cognitive Psychology*, Vol. 5, pp. 207-232
- Tversky, Amos y Daniel Kahneman (1974). Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases. En *Science*, Vol. 185, No. 4157, pp. 1124-1131.
- Ulen, Thomas (1984). The Efficiency of Specific Performance: Toward a Unified Theory of Contract Remedies. En *Michigan Law Review*, Vol. 83, No. 2, pp. 341-403.
- Walliser, Bernard (2012). From psycho-economics to neuro-economics. En *Recherches Économiques de Louvain / Louvain Economic Review*, Vol. 78, No. 3/4, pp. 13-28.
- Wilkinson-Ryan, Tess (2010). Do liquidated damages encourage breach? An psychological experiment. En *Michigan Law Review*, Vol. 118, No. 5, pp. 633-671.
- Wilkinson-Ryan, Tess (2012). Legal promise and psychological contract. En *Wake Forest Law Review*, Vol. 47, No. 4, pp. 843-873.