



El incumplimiento eficiente y la maximización económica en los contratos con cláusula penal desde la perspectiva del análisis económico del derecho.

Lucas Furszyfer – LU: 1046134

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES



Trabajo de Integración Final de ABOGACÍA

**EL INCUMPLIMIENTO EFICIENTE Y LA MAXIMIZACIÓN ECONÓMICA EN
LOS CONTRATOS CON CLÁUSULA PENAL BAJO LA PERSPECTIVA DEL
ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO**

Furszyfer Lucas Gastón LU: 1046134

Correo electrónico: lfurszyfer@uade.edu.ar

Carrera: Abogacía

Tutor: Luis Fernando Castillo Argañarás Firma tutor:

Fecha de presentación: 29-08-2016

Turno noche de cursada de Seminario de Practica Corporativa



El incumplimiento eficiente y la maximización económica en los contratos con cláusula penal desde la perspectiva del análisis económico del derecho.

Lucas Furszyfer – LU: 1046134

Abstract

En el presente trabajo de investigación desarrollaré la cláusula penal como instituto propio dentro del ordenamiento jurídico argentino y abordaré su análisis como mecanismo contractual de tutela desde distintas perspectivas económicas del derecho. Para ello, partiré del estudio del régimen jurídico aplicable, a través del desarrollo de la legislación vigente, efectuando un análisis de las disposiciones normativas del Código Civil y Comercial de la Nación, y las prescripciones que señalaba el derogado Código civil, incluyendo en dicho análisis la doctrina nacional y comparada al respecto. A los fines de abordar la cláusula penal desde una perspectiva económica, utilizaré el análisis económico del derecho para determinar el impacto que tiene en la conducta del deudor la inserción de una cláusula penal dentro de una relación contractual. A lo largo del trabajo intentaré confirmar la siguiente hipótesis: ***El monto de la cláusula penal inserta en un contrato, condiciona la conducta del deudor en cumplir o incumplir con la obligación principal.*** Para confirmar dicha hipótesis analizaré la cláusula penal bajo la perspectiva de un remedio como incentivo estipulado en los contratos, para posteriormente abordar el análisis del comportamiento del deudor de una obligación contractual con cláusula penal desde la teoría del incumplimiento eficiente y la maximización económica.



El incumplimiento eficiente y la maximización económica en los contratos con cláusula penal desde la perspectiva del análisis económico del derecho.

Lucas Furszyfer – LU: 1046134

ÍNDICE

I-Introducción.....	3
II-La stipulatio poenae en el derecho romano.....	4
III-La cláusula penal en la legislación nacional.....	6
Conceptualización.....	6
IV-Características propias de la cláusula penal como instituto jurídico.....	8
V-Objeto de la cláusula penal.....	11
VI-Clases de cláusula penal en el derecho argentino.....	11
VII-Funciones de la cláusula penal en la conducta del deudor.....	13
VIII-La cláusula penal y la prueba del incumplimiento.....	16
IX-Los efectos de la cláusula penal.....	17
X-El análisis económico del derecho.....	19
Conceptualización.....	19
XI-La cláusula penal como remedio contractual.....	21
XII-La función de la cláusula penal a través de la teoría de los juegos.....	24
XIII-La teoría del incumplimiento eficiente y la maximización económica en los contratos con cláusula penal.....	26
Conclusiones Finales.....	29
Bibliografía.....	32



El incumplimiento eficiente y la maximización económica en los contratos con cláusula penal desde la perspectiva del análisis económico del derecho.

Lucas Furszyfer – LU: 1046134

I. Introducción

En el presente trabajo de investigación buscaré desarrollar uno de los mecanismos contractuales de tutela más utilizados en la contratación como lo es la cláusula penal, realizando un análisis desde el punto de vista económico de este instituto jurídico, con el objetivo de determinar el impacto que tiene en la conducta del deudor la inserción de una cláusula penal dentro de una relación contractual.

Se intentará confirmar la siguiente hipótesis: ***El monto de la cláusula penal inserta en un contrato, condiciona la conducta del deudor en cumplir o incumplir con la obligación principal.***

Para ello, partiremos del estudio del régimen jurídico aplicable a este instituto, a través del desarrollo de la evolución histórica en derecho romano y la legislación vigente, analizando las disposiciones normativas del Código Civil y Comercial de la Nación, y a su vez, se efectuará un análisis comparativo con las prescripciones que señalaba el derogado Código civil.

Se analizará la doctrina nacional y la doctrina comparada, a los efectos de arribar a una conceptualización precisa de lo que se entiende por cláusula penal en nuestro derecho, en miras posteriormente de establecer las funciones conminatorias y resarcitorias de este instituto que impactan en la conducta del deudor ante la decisión de cumplir o incumplir la obligación principal que emerge del contrato.

Para lograr dicho propósito, utilizaremos el análisis económico del derecho, que consiste en *“la aplicación de técnicas, criterios y métodos de la economía para interpretar y examinar los institutos jurídicos”*¹. Esta rama jurídica analiza el

¹POSNER, Richard A. *El análisis económico del derecho*. 2a ed., 1a reimpr. México, D.F.: Fondo de Cultura Económica, 2013. Pág.12. ISBN 9789681685720.



El incumplimiento eficiente y la maximización económica en los contratos con cláusula penal desde la perspectiva del análisis económico del derecho.

Lucas Furszyfer – LU: 1046134

comportamiento y la toma de decisiones de las partes en un contrato y es sumamente interesante para analizar la conducta del deudor cuando se encuentra inserta dentro del contrato una cláusula penal.

El objetivo de este trabajo de investigación será analizar la cláusula penal desde el punto de vista de un remedio contractual como incentivo del cual se vale el acreedor para reforzar y asegurar el cumplimiento de la obligación y que condiciona la conducta del deudor a cumplir con el contrato para evitar la pena. A través de la teoría del incumplimiento eficiente y la maximización económica, demostraremos que el deudor de un contrato con cláusula penal tendrá en cuenta el monto de la pena al decidir si le conviene cumplir o incumplir con la obligación principal.

II. La stipulatio poenae en el derecho romano

Los orígenes de las legislaciones modernas en lo relativo a la institución de la cláusula penal, se encuentran en las disposiciones del derecho romano, en cuyo ordenamiento es preciso, por tanto, buscar las primeras raíces de nuestro instituto, que nació a la vida jurídica con el nombre de stipulatio poenae².

Los romanos denominaban stipulatio poenae a toda estipulación que tuviera por fin imponer al promitente de una promesa de prestación, una pena a favor del estipulante para el caso de que un determinado acontecimiento previsto por las parte tuviera lugar o no lo tuviera. La cláusula penal por su propia naturaleza era, según esto, solo una especie dentro de las obligaciones condicionales; y como tal no merecería tener una configuración jurídica propia. Sin embargo, las modalidades especiales con que se presentó la stipulatio poenae y las circunstancias que acompañaron su surgimiento e

²DÍEZ-PICAZO, Luis. *Estudios sobre la jurisprudencia civil*. Madrid: Ed. Tecnos, 1981. Pág.19. ISBN 8430904301.



El incumplimiento eficiente y la maximización económica en los contratos con cláusula penal desde la perspectiva del análisis económico del derecho.

Lucas Furszyfer – LU: 1046134

iniciales desenvolvimientos, hicieron que ya desde los primeros tiempos romanos ella tomara, al menos en ciertos casos, aspectos y características que desbordaron el linde de las obligaciones condicionales y que la erigieron, respecto de estas, en un instituto jurídico autónomo³.

El primitivo derecho romano no acordaba la protección de la ley a todo compromiso convencional, en el sentido de no contar las partes o el juez con los medios necesarios para imponer al deudor omiso, coactivamente si fuera necesario, el cumplimiento de su deber. Este contexto del antiguo derecho romano, fue precisamente la que determinó el nacimiento de la *stipulatio poenae*, en efecto, dicha estipulación tuvo por finalidad cubrir dos necesidades fundamentales. Por un lado, la necesidad de hallar un medio que compeliere al deudor al cumplimiento de aquellas convenciones que propiamente no dan lugar al nacimiento de un vínculo jurídico. Por otro lado, con la *stipulatio poenae* se lograba el resultado de que en caso de inejecución de la misma obligación principal, se indemnizara al acreedor mediante la percepción de una cierta suma de dinero con la finalidad de reparar los daños y perjuicios que el deudor le había causado⁴.

Desaparecido el contexto en que esta estipulación tuvo su origen, la cláusula penal subsistió básicamente en el ámbito de los contratos como medio de compulsión y como medida de la indemnización⁵.

En este mismo sentido, Pizarro y Vallespinos reconocen en los antecedentes históricos de este instituto la siguiente línea evolutiva: en una primer etapa como pena privada y con una función limitadamente resarcitoria en el derecho romano y en el

³ALTERINI, Atilio Aníbal., AMEAL, Oscar José y LÓPEZ CABANA, Roberto M. *Derecho de obligaciones: civiles y comerciales*. [2a ed. actualizada, 4a reimpr.]. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2004. Pág. 305. ISBN 9789502011417.

⁴EUGENE, Petit. *Tratado elemental de derecho romano*. Buenos Aires: Editorial Albatros, 1978. Pág. 612. ISBN 9506791325.

⁵PIZARRO, Ramón D. y VALLESPINOS, Carlos G. *Instituciones de derecho privado: obligaciones*. Buenos Aires: Hammurabi, 1999. 3 v. Pág. 48. ISBN 9789508910394.



El incumplimiento eficiente y la maximización económica en los contratos con cláusula penal desde la perspectiva del análisis económico del derecho.

Lucas Furszyfer – LU: 1046134

antiguo derecho hispánico, en un segundo estadio principalmente como cláusula de evaluación convencional anticipada de los daños y con función limitadamente punitiva en el antiguo derecho francés, y finalmente como una institución mixta que participa igualmente de los caracteres punitivos y resarcitorios, en el Código Civil francés y en la mayor parte de las legislaciones de nuestro tiempo⁶.

III. La cláusula penal en la legislación nacional

Conceptualización

El instituto jurídico de la cláusula penal se encuentra regulado en el Libro Tercero de los Derechos personales, Título I, Capítulo tercero, Sección quinta, dentro del capítulo dedicado a las clases de obligaciones y luego de cuatro secciones que las clasifican en relación a su prestación, en los artículos 790 a 803 del Código civil y comercial de la nación. En términos generales, recepta una regulación legal análoga a la existente en los artículos 652 a 666 del Código civil.

Es preciso señalar que el deudor posee diversos medios para conminar al deudor a cumplir con la obligación y asegurarse el cumplimiento de lo pactado. Estos medios se definen como instrumentos jurídicos, de origen legal o contractual, con que cuenta el acreedor para asegurar el cumplimiento voluntario de la obligación por parte del deudor⁷. Es por ello que la cláusula penal se encuentra dentro de estos medios.

La definición de este instituto jurídico esta dado por el artículo 790 del Código civil y comercial de la nación, el cual establece *“La cláusula penal es aquella por la cual una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena o multa en caso de retardar o de no ejecutar la obligación.”* Se trata de una reproducción normativa idéntica a la del artículo 652 del código civil.

⁶PIZARRO, Ramón D. y VALLESPINOS, Carlos G. Ibid. Pág. 49.

⁷BORDA, Guillermo A. *Manual de obligaciones*. 11a ed. actualizada. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2003. Pág. 175. ISBN 9789502015217.



El incumplimiento eficiente y la maximización económica en los contratos con cláusula penal desde la perspectiva del análisis económico del derecho.

Lucas Furszyfer – LU: 1046134

A los efectos otorgarle contenido a la definición establecida en el código civil y comercial de la nación, la doctrina ha esbozado sus propias definiciones en relación a este instituto jurídico.

Alterini sostiene que la cláusula penal *“es un instituto polivalente que proporcional al deudor un incentivo para la conducta debida y a la vez sirve para fijar de antemano el monto de la indemnización en caso de incumplimiento”*⁸.

En un sentido análogo, Aída Kemelmajer de Carlucci señala que *“La cláusula penal es un negocio jurídico o una convención o estipulación accesoria por la cual una persona, a fin de reforzar el cumplimiento de la obligación, se compromete a satisfacer cierta prestación indemnizatoria si no cumple lo debido o lo hace tardía o irregularmente”*⁹.

A su vez, Pizarro y Vallespinos aclaran que *“se trata de una estipulación de carácter accesorio, que tiene por finalidad asegurar el cumplimiento de la relación principal, mediante la imposición de una pena privada a la que se somete una persona en caso de operar el incumplimiento de aquélla. Presenta, desde ese punto de vista, una indudable función compulsiva, ante la amenaza que implica la procedencia de la penalidad en caso de inejecución absoluta o relativa de la prestación adeudada”*¹⁰.

Afirmando una misma perspectiva que los autores anteriores, Mosset Iturraspe esboza que *“La cláusula penal, como su nombre lo indica, es una pena de origen convencional, a la cual se somete el sujeto pasivo de un deber jurídico, con la finalidad de reforzar o garantizar el cumplimiento de dicho deber”*¹¹.

⁸ALTERINI, Atilio Aníbal; AMEAL, Oscar José; LÓPEZ CABANA, Roberto. Op.cit. Pág. 293.

⁹KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída Rosa. *La cláusula penal: su régimen jurídico en el derecho civil, comercial, laboral, administrativo, tributario, internacional y procesal*. Buenos Aires: Depalma, 1981. Pág.17. ISBN 9502010523.

¹⁰PIZARRO, Ramón D. y VALLESPINOS, Carlos G. Op.cit. Pág. 50.

¹¹MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Medios compulsivos en Derecho privado*. Buenos Aires: Ediar, 1978. Pág. 71. ISBN 9507271546950727166.

El incumplimiento eficiente y la maximización económica en los contratos con cláusula penal desde la perspectiva del análisis económico del derecho.

Lucas Furszyfer – LU: 1046134

En la doctrina comparada, el español Castán Tobeñas define a la cláusula penal como *“una obligación accesoria que las partes agregan a una obligación principal al objeto de asegurar el cumplimiento de esta, imponiendo a cargo del deudor una prestación especial para el caso de que incumpla su obligación o no la cumpla de modo adecuado”*¹². De acuerdo a las definiciones anteriormente esbozadas, observamos que la cláusula penal es una institución compleja, ya que se materializa tanto como un medio de compulsión como de reparación convencional de daños. En este sentido, se observa una doble función de la cláusula penal. Por un lado, una función compulsiva, que se inserta con el fin de asegurar el cumplimiento de la prestación principal. Por otro lado una función resarcitoria, cuya finalidad será la de fijar anticipadamente el importe de los daños por el incumplimiento de la obligación principal.

La función compulsiva, implica que su contenido gravoso, ejerce una especie de presión psicológica sobre el deudor para que éste cumpla de manera voluntaria la obligación. La resarcitoria, importa una forma práctica de determinar a priori el importe de los daños y perjuicios que derivan del incumplimiento¹³.

IV. Características propias de la cláusula penal como instituto jurídico

En cuanto a las características que presenta la cláusula penal, cabe señalar las siguientes:

- **Voluntaria:** La cláusula penal surge de la voluntad de las partes y es por ellas exclusivamente que se encuentra incluida dentro de la relación contractual. Es oportuno señalar el artículo 958 del nuevo código civil y comercial, ya que determina que *“las partes son libres para celebrar un contrato y determinar su contenido, dentro de los límites impuestos por la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres”*. En este sentido, señala Aída Kemelmajer de Carlucci

¹²TOBEÑAS, José Castán. *Derecho de obligaciones: Las particulares relaciones obligatorias*. Madrid: Reus, 1981. Pág. 171. ISBN 8429014152.

¹³ALTERINI, Atilio Anibal; AMEAL, Oscar José; LÓPEZ CABANA, Roberto. Op.cit. Pág. 337.

El incumplimiento eficiente y la maximización económica en los contratos con cláusula penal desde la perspectiva del análisis económico del derecho.

Lucas Furszyfer – LU: 1046134

que *“la manifestación de voluntad debe ser clara e indubitable, no pudiendo aplicarse sobre la base de deducciones o inferida de voluntades presuntas”*¹⁴.

- **Accesoría:** Conforme al artículo 802 del CCyC, la cláusula penal siempre accede a una obligación principal. En idénticos términos se expresa el artículo 524 del código civil. En palabras de Lorenzetti *“la cláusula penal se acuerda para garantizar el cumplimiento de la obligación principal y por este motivo, la nulidad o extinción de la obligación principal causa la nulidad o extinción, respectivamente, de la cláusula mencionada. Sin embargo, la nulidad o extinción de esta última, no afecta a la obligación principal”*¹⁵.
- **Es de interpretación restrictiva:** En este sentido señala Pizarro *“que debe ser expresamente convenida por las partes y no se presumirá como inserta a menos que este textualmente en el contrato. No se podrá alegar que se conformó de forma implícita, ni se admitirá la incorporación de la misma, a un contrato, de forma análoga”*¹⁶.
- **Condiciona:** Dado que es de aplicación solo en caso de producirse el acontecimiento futuro e incierto de incumplimiento de la obligación principal por parte del deudor. El incumplimiento es el hecho condicionante. En efecto, la operatividad de la cláusula penal está sujeta a la condición de que el deudor incumpla o cumpla de forma irregular con la obligación principal establecida en la relación contractual¹⁷.
- **Subsidiaria:** En palabras de Alterini referidas a este aspecto, *“el objeto de la obligación lo constituye la prestación debida, la cláusula penal sólo se aplica para el caso de incumplimiento de ésta última, es decir reemplaza la prestación incumplida”*¹⁸. De ello deriva que, el pago de la pena por parte del deudor, no es causal para eximirse de cumplir la obligación, salvo en caso que el contrato lo estipule de manera explícita o que se trate de una obligación de hacer. Si se configura alguno de los dos requisitos anteriores, el deudor podrá exonerarse

¹⁴KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída. Op cit. Pág.32.

¹⁵LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado de los contratos*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 1999-2000. 3 v. Pág. 390. ISBN 9789507272325.

¹⁶PIZARRO, Ramón D. y VALLESPINOS, Carlos G. Op.cit. Pág. 52.

¹⁷BORDA, Guillermo. Op.cit. Pág. 181.

¹⁸ALTERINI, Atilio Anibal; AMEAL, Oscar José; LÓPEZ CABANA, Roberto. Op.cit. Pág. 338.

El incumplimiento eficiente y la maximización económica en los contratos con cláusula penal desde la perspectiva del análisis económico del derecho.

Lucas Furszyfer – LU: 1046134

del pago de la obligación principal pagando la pena. Por otro lado, el acreedor tendrá la posibilidad de exigir el cumplimiento de la pena o el cumplimiento de la obligación principal, pero no ambos. Sólo en el caso que el contrato lo estipule de manera explícita o que la pena se hubiere puesto a la mora, el pago de la pena no extinguirá la obligación principal¹⁹. Al respecto Borda aclara que *“el camino normal que sigue un acreedor de buena fe es reclamar el cumplimiento; y sólo en caso de que el deudor siga resistiéndose hace valer el derecho, siempre excepcional, de exigir el pago de la pena. No se ve motivo para negar la legitimidad de esta conducta”*²⁰.

- **De inmutabilidad relativa:** Antes de la sanción de la ley 17.711, la jurisprudencia de nuestros tribunales entendía que era “inmutable” y no podía ser modificada por excesivo que fuera el monto de la pena, en virtud del respeto al principio de autonomía de la voluntad consagrado en el artículo 1197 del código civil. Fue introducida con la sanción de la mencionada ley en el segundo párrafo del artículo 656 del código civil, con la finalidad de facultar a los jueces a reducir el monto de las penas excesivas. El código civil y comercial en su artículo 794, replicó la definición dada por el código civil estableciendo que *“(…)Los jueces pueden reducir las penas cuando su monto desproporcionado con la gravedad de la falta que sancionan, habida cuenta del valor de las prestaciones y demás circunstancias del caso, configuran un abusivo aprovechamiento de la situación del deudor”*. Esto determina que los jueces deberán tener en cuenta para reducir el monto de las penas la gravedad de la falta sancionada, entendiendo que una falta es grave, según el comportamiento del sujeto que actúa en su comisión, como en las consecuencias que produce. Otra de las pautas a tener en cuenta es el valor de las prestaciones, en cuanto a que el juez tendrá en cuenta si existe una desproporción entre el daño causado y la sanción acordada. Para finalizar el juez deberá tener en cuenta el abusivo aprovechamiento, implicando que

¹⁹KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída. Op.cit. Pág. 34.

²⁰BORDA, Guillermo. Op.cit. Pág. 181.

El incumplimiento eficiente y la maximización económica en los contratos con cláusula penal desde la perspectiva del análisis económico del derecho.

Lucas Furszyfer – LU: 1046134

sumadas las dos condiciones anteriores, el deudor se encuentra en una situación de extremo desamparo y debilitamiento jurídico²¹.

V. Objeto de la cláusula penal

De acuerdo a lo que determina el artículo 791 del código civil y comercial, *“la cláusula penal puede tener por objeto el pago de una suma de dinero, o cualquiera otra prestación que pueda ser objeto de las obligaciones, bien sea en beneficio del acreedor o de un tercero”*. Este artículo es coincidente con lo que establecía el artículo 653 del código civil. En efecto, queda claro que el objeto de la cláusula penal puede ser cualquier tipo de prestación, sea esta de dar, hacer o no hacer. Desde sus orígenes, usualmente la pena consistía en una suma de dinero²², de allí la defectuosa redacción normativa que al principio parece circunscribir el objeto solo a prestaciones dinerarias para luego ampliarla a todas ellas.

VI. Clases de cláusula penal en el derecho argentino

La cláusula penal puede ser moratoria o compensatoria, según el tipo de incumplimiento del que se trate remediar²³.

Aída Kemelmajer de Carlucci indica que *“la cláusula penal moratoria viene a compensar el daño moratorio, y su virtualidad surge ante ese estado jurídico del deudor”*²⁴. En este mismo sentido señala Pizarro que *“la cláusula penal moratoria es aquella constituida para subsanar las consecuencias del incumplimiento relativo de la prestación, ya sea por mora, cumplimiento defectuoso o parcial de la prestación, por lo*

²¹RIVERA, Julio César, et al. *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*. 1a ed., 1a reimpr. Buenos Aires: La Ley, 2015. 6 v. Pág. 1936. ISBN 9789870327622.

²²LLAMBÍAS, Jorge Joaquín., RAFFO BENEGAS, Patricio y SASSOT, Rafael A. *Manual de derecho civil: obligaciones*. 14a ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, impreso en 2005. Pág. 131. ISBN 9789502016504.

²³RIVERA, Julio César, et al. (ed.). Op.cit. Pág. 1394.

²⁴KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída. Op.cit. Pág. 37.



El incumplimiento eficiente y la maximización económica en los contratos con cláusula penal desde la perspectiva del análisis económico del derecho.

Lucas Furszyfer – LU: 1046134

*que la pena se acumula a la prestación principal*²⁵. De acuerdo a ello, así lo dispone el artículo 797 del código civil y comercial al determinar que “el acreedor no puede pedir el cumplimiento de la obligación y la pena, sino una de las dos cosas, a su arbitrio, a menos que se haya estipulado la pena por el simple retardo, o que se haya estipulado que por el pago de la pena no se entienda extinguida la obligación principal”. En consecuencia, se establece el principio de no acumulación entre la pena y la prestación de la obligación principal. Por otra parte, se mantienen las dos excepciones a dicho principio, de modo que se admite la acumulación entre la prestación principal y la pena derivada de una cláusula moratoria.

Con respecto a la cláusula penal compensatoria, según Borda “es la que sustituye a los daños por el incumplimiento”²⁶. En este sentido, se le atribuye la característica de ser compensatoria porque tiene por finalidad reparar las consecuencias del incumplimiento absoluto y definitivo de la prestación debida²⁷.

Pizarro y Vallespinos señalan que “se trata de una liquidación anticipada de los daños y perjuicios derivados de este incumplimiento, por lo que no cabría acumulación entre el importe de la pena y el objeto debido”²⁸. El código civil y comercial de la nación en su artículo 792 se refiere a la cláusula penal compensatoria al determinar que “(...)el deudor que no cumple la obligación en el tiempo convenido debe la pena(...)”, y en este mismo sentido, el artículo 793 aclara que “la pena o multa impuesta en la obligación suple la indemnización de los daños cuando el deudor se constituyó en mora; y el acreedor no tiene derecho a otra indemnización(...)”. En relación a lo que establecía el artículo 655 del código civil, existe una sustancial coincidencia con el código civil y comercial de la nación.

²⁵PIZARRO, Ramón D. y VALLESPINOS, Carlos G. Op.cit. Pág. 68.

²⁶BORDA, Guillermo. Op.cit. Pág. 219.

²⁷RIVERA, Julio César, et al. Op.cit. Pág. 1928.

²⁸PIZARRO, Ramón D. y VALLESPINOS, Carlos G. Op.cit. Pág. 69.



El incumplimiento eficiente y la maximización económica en los contratos con cláusula penal desde la perspectiva del análisis económico del derecho.

Lucas Furszyfer – LU: 1046134

VII. Funciones de la cláusula penal en la conducta del deudor

Bajo este título se debaten intensamente cuestiones de la mayor importancia teórica y práctica. Al momento de reseñar la evolución histórica del instituto jurídico, hemos tenido oportunidad de ver la naturaleza dual de las funciones compulsivas e indemnizatorias de la cláusula penal. Ahora tendremos oportunidad de adentrarnos en esta controversia.

En la doctrina coexisten teorías unitarias y dualistas sobre las funciones de la cláusula penal. Para la primera, se halla un solo instituto legal llamado a cumplir con varias funciones distintas entre sí. Para la segunda, se tratan en realidad de dos instituciones jurídicas diferentes, en algún grado similares por su origen voluntario, pero diferentes en cuanto a causa-fin y función económico-jurídica, entre otros²⁹.

Veamos en primer lugar a las teorías unitarias, por ser las actualmente predominantes en el derecho nacional y comparado. Para los unitarios la cláusula penal cumple, sin dudas, funciones compulsivas, para algunos también funciones resarcitorias, y para otros funciones polivalentes o mixtas³⁰.

Desde el punto de vista de las funciones compulsivas, la cláusula penal tiene por finalidad brindar al deudor incentivos adicionales para el cumplimiento de la obligación, al amenazarlo con consecuencias muy gravosas en caso de incumplimiento. Busca romper cualquier esquema de costo-beneficios al evaluar la posibilidad de incumplir voluntariamente con lo acordado³¹.

En este sentido Alterini señala que *“el instituto bajo estudio constituye una pena privada o civil cuya finalidad es determinar al deudor al cumplimiento de la obligación,*

²⁹PIRIS, Cristian Ricardo A. *Crítica a la inmutabilidad relativa de la cláusula penal en el nuevo Código Civil y Comercial argentino*. Buenos Aires: Gabilex, 2015. Pág.6. ISBN 9723868104029.

³⁰BORDA, Guillermo. Op.cit. Pág. 220.

³¹MOSSET ITURRASPE, Jorge. Op.cit. Pág. 82.



El incumplimiento eficiente y la maximización económica en los contratos con cláusula penal desde la perspectiva del análisis económico del derecho.

Lucas Furszyfer – LU: 1046134

al ponerlo bajo amenaza de una sanción en caso de inejecución. La causa-fin es conminar el cumplimiento. Al parecer el adjetivo “penal” que califica a la cláusula, en el nombre mismo de la institución, pone en evidencia su propiedad más caracterizante. La función compulsiva se demuestra con todo rigor cuando la cuantía de la pena es mayor que la prestación debida”³².

En el mismo sentido, Aída Kemelmajer de Carlucci aclara que “la idea de esta función es ejercer una presión psicológica sobre el deudor antes del incumplimiento. La cláusula penal lleva consigo un carácter afflictivo, ya que el deudor de una obligación con cláusula penal esta constreñido psicológicamente al pago de la obligación principal, porque de no cumplir con la mencionada, estará pasible a afrontar graves consecuencias patrimoniales”³³. Es por este motivo, que el acreedor buscará que se estipule un monto elevado en la cláusula penal a los efectos de que el deudor cumpla con la obligación principal fijada en el contrato.

Desde el punto de vista indemnizatorio o resarcitorio, la cláusula penal constituye una liquidación anticipada de daños, una previsión que asumen las partes en referencias a los costos que conlleva el incumplimiento. De esta manera, está llamada a cumplir una función distinta, la cual es establecer convencionalmente y de modo anticipado el monto de la indemnización en caso de incumplimiento absoluto o relativo por parte del deudor³⁴. En virtud de ello, el artículo 793 del código civil y comercial de la nación señala que *“la pena o multa impuesta en la obligación entra en lugar de la indemnización de los daños(...) y el acreedor no tiene derecho a otra indemnización, aunque pruebe que la pena no es reparación suficiente”*. Es por ello que Salvat aclara que en este caso *“la cláusula penal viene a sustituir la indemnización de los daños, y como consecuencia de ello el acreedor tiene limitado su reclamo al importe o valor de la cláusula penal”³⁵.*

³²ALTERINI, Atilio Aníbal; AMEAL, Oscar José; LÓPEZ CABANA, Roberto. Op.cit. Pág. 294.

³³KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída. Op.cit. Pág. 39.

³⁴PIRIS, Cristian Ricardo A. Op.cit. Pág. 7.

³⁵SALVAT, Raymundo M. Raymundo M. *Tratado de derecho civil argentino: obligaciones en general*. Buenos Aires: La Ley, 1946. Pág. 228. ISBN 35112104506722.



El incumplimiento eficiente y la maximización económica en los contratos con cláusula penal desde la perspectiva del análisis económico del derecho.

Lucas Furszyfer – LU: 1046134

Finalmente, dentro de la teoría unitaria la mayor parte de los autores se inclinan por entender que este instituto cumple funciones polivalentes o mixtas, y es apto para satisfacer una doble finalidad, es decir, servir como medio de compulsión para constreñir al deudor a cumplir voluntariamente con la obligación para evitar la pena y a la vez establecer de manera voluntaria y anticipada lo debido por el deudor en caso de incumplimiento absoluto o relativo de la obligación. La cláusula penal sería a la vez, pena e indemnización. También cumpliría de manera indirecta con una función de garantía³⁶.

Para las teorías dualistas, todavía minoritarias, la cláusula penal sería aquella que posee carácter estrictamente compulsivo, es decir, solo la pena privada. Otro instituto sería la *“cláusula de liquidación anticipada de daños y perjuicios, cuya finalidad es estrictamente resarcitoria”*³⁷. Ambas cláusulas son similares en su origen voluntario, pero diferentes en cuanto a su *“causa final, su función económica y jurídica, y específicamente en los parámetros que deben computarse para su interpretación y para su eventual revisión por resultar excesivas o ínfimas”*³⁸.

No obstante lo expuesto, queda claro que por cuestiones estrictamente normativas la teoría dualista no tiene aplicación en el derecho argentino. Más allá del mérito de esta teoría, la cláusula penal cumple en nuestro país un rol polivalente como hemos desarrollado, actuando bajo un rol compulsivo e indemnizatorio.

³⁶PIRIS, Cristian Ricardo A. Op.cit. Pág. 7.

³⁷PIZARRO, Ramón D. y VALLESPINOS, Carlos G. Op.cit. Pág. 55.

³⁸Ibid. Pág. 55.



El incumplimiento eficiente y la maximización económica en los contratos con cláusula penal desde la perspectiva del análisis económico del derecho.

Lucas Furszyfer – LU: 1046134

VIII. La cláusula penal y la prueba del incumplimiento

Esta cuestión se encuentra receptada en distintos artículos del código civil y comercial de la nación. Es este sentido, el artículo 794 señala que *“para pedir la pena, el acreedor no está obligado a probar que ha sufrido perjuicios, ni el deudor puede eximirse de satisfacerla, acreditando que el acreedor no sufrió perjuicio alguno”*. Es por ello que Aída Kemelmager de Carlucci menciona que *“cuando la pena se torna exigible y el acreedor hace uso de esta, lo único que se debe probar en el proceso es que haya habido un incumplimiento imputable al deudor, puesto que se considera un hecho irrelevante la existencia de un daño real y efectivo”*³⁹.

En efecto, queda en claro que a los fines de hacer valer la cláusula penal no es necesario probar la imputabilidad subjetiva del incumplimiento, y que esa presunción de responsabilidad solo puede ser desvirtuada por el deudor invocando el caso fortuito, al establecer el artículo 792 del código civil y comercial de la nación que “el deudor que no cumple la obligación en el tiempo convenido debe la pena, si no prueba la causa extraña que suprime la relación causal. La eximente del caso fortuito debe ser interpretada y aplicada restrictivamente”. Esta previsión tiene importantes diferencias con el actual art. 654 del Código Civil por cuanto, si bien establecía el mismo presupuesto para convertirse en deudor de la pena, ya que dicho artículo mencionaba que *“incurría en la pena estipulada, el deudor que no cumplía la obligación en el tiempo convenido, aunque por justas causas no hubiese podido verificarlo”*.

La doctrina entendió que justa causas eran solo motivos o pequeñas dificultades personales irrelevantes que no llegaban a roturar la relación causal⁴⁰. Esta es la razón por la que esa frase fue eliminada para incorporar expresamente que el deudor debe probar la causa extraña que suprima el nexo causal, otorgándole mayor claridad a la prueba del presupuesto objetivo.

³⁹KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída. Op.cit. Pág. 41.

⁴⁰LLAMBÍAS, Jorge Joaquín; RAFFO BENEGAS, Patricio; SASSOT, Rafael. Op.cit. Pág.135.



El incumplimiento eficiente y la maximización económica en los contratos con cláusula penal desde la perspectiva del análisis económico del derecho.

Lucas Furszyfer – LU: 1046134

En tal sentido, la nueva norma incorpora expresamente como eximente de responsabilidad a la ruptura del nexo causal entre su acción u omisión y el incumplimiento de la obligación principal. Además, introduce un criterio restrictivo para su apreciación, de modo que en caso de duda ha de estarse por la imputabilidad del incumplimiento y la consecuente aplicación de la cláusula penal.

IX. Los efectos de la cláusula penal

En relación a los efectos, el código civil y comercial en su artículo 796 indica que *“el deudor puede eximirse de cumplir la obligación con el pago de la pena únicamente si se reservó expresamente este derecho”*. Explica Lafaille que *“por una razón estrictamente jurídica el deudor, aunque se haya pactado una cláusula penal compensatoria accesoria, está obligado a cumplir con la obligación principal, y en principio, no puede pretender sustituir dicho cumplimiento con lo accesorio”*⁴¹. En el mismo sentido, aclara Cazeaux que *“como cuestión excepcional, y fundada en el principio de autonomía de la voluntad, ante el pacto expreso, el deudor puede tener la facultad de optar y pagar con el objeto de la cláusula penal”*⁴². Este artículo reproduce el mismo contenido que se estableciera en el art. 658 del Código Civil, difiriendo solo en cuanto este está concebido en términos negativos, en cuanto a que el derogado artículo señalaba que el deudor no podía eximirse de cumplir la obligación, pagando la pena, sino en el caso en que expresamente se hubiese reservado este derecho.

A los fines de complementar lo anteriormente mencionado, en su artículo 797 el código civil y comercial de la nación establece que *“el acreedor no puede pedir el cumplimiento de la obligación y la pena, sino una de las dos cosas, a su arbitrio, a*

⁴¹LAFAILLE, Héctor. *Tratado de las obligaciones*. Buenos Aires: Ediar, 1950. Pág. 221. ISBN 97898703161761.

⁴²CAZEAUX, Pedro N.; CAZEAUX, Felix A. Pedro N.; REPRESAS, Félix A. Trigo. *Compendio de derecho de las obligaciones*. 2a ed. actualizada La Ley, 2010. Pág.454. ISBN 9789505360475.

El incumplimiento eficiente y la maximización económica en los contratos con cláusula penal desde la perspectiva del análisis económico del derecho.

Lucas Furszyfer – LU: 1046134

menos que se haya estipulado la pena por el simple retardo, o que se haya estipulado que por el pago de la pena no se entienda extinguida la obligación principal”.

Señala Alterini que *“cuando se esta en presencia de una cláusula penal compensatoria, el acreedor no puede pretender la prestación principal y la penalidad, pero la ley le permite elegir uno u otra, ya que ante el incumplimiento aquel que sufrió los perjuicios tiene la facultad de buscar el mejor resarcimiento”*⁴³. En un sentido análogo, LLambias aclara que *“en razón del principio de no acumulación y del carácter subsidiario de la cláusula penal, el acreedor no puede acumular el importe de la pena a la percepción de la prestación principal. Producida la inejecución del deudor, el acreedor goza del derecho de optar entre exigir el cumplimiento específico de la prestación o bien atenerse al importe de la pena”*⁴⁴.

El mismo artículo 797 estipula que dicho principio no es absoluto, y admite la acumulación, por excepción si se trata de una pena moratoria o si las partes han convenido que el pago de la pena no extinga la obligación principal. Debemos tener en cuenta que más allá de determinados cambios gramaticales, el contenido de esta disposición coincide en lo sustancial con el artículo 659 del Código Civil.

Explica Borda que *“la regla de que solo se puede demandar una de las prestaciones sufre una excepción cuando la cláusula penal es moratoria, es decir, esta pactada para el único caso de retardo imputable al deudor. En ese caso solamente supe a los daños derivados de la mora, mientras que resta la prestación principal que es el verdadero objeto de la obligación”*⁴⁵. Agregando a dicha definición, Cazeaux indica que *“la otra excepción se produce cuando las partes han acordado que ante el incumplimiento el deudor debe cumplir la prestación y la cláusula penal. Se trata, por una vez más, de aplicar el principio de autonomía de la voluntad, y estarse a lo que se ha convenido”*⁴⁶.

⁴³ALTERINI, Atilio Aníbal; AMEAL, Oscar José; LÓPEZ CABANA, Roberto. Op.cit. Pág. 338.

⁴⁴LLAMBÍAS, Jorge Joaquín; RAFFO BENEGAS, Patricio; SASSOT, Rafael. Op.cit. Pág. 137.

⁴⁵BORDA, Guillermo. Op.cit. Pág. 226.

⁴⁶CAZEAUX, Pedro N.; CAZEAUX, Felix A. Pedro N.; REPRESAS, Félix A. Trigo. Op.cit. Pág. 456.



El incumplimiento eficiente y la maximización económica en los contratos con cláusula penal desde la perspectiva del análisis económico del derecho.

Lucas Furszyfer – LU: 1046134

X. El análisis económico del derecho

Como se ha mencionado al principio del trabajo de investigación, utilizaremos el método del análisis económico del derecho para estudiar la conducta las partes en un contrato donde se encuentra inserta una cláusula penal, con la finalidad de establecer si el monto de la pena condiciona la conducta del deudor en cumplir o incumplir con la obligación principal.

Conceptualización

En los últimos tiempos, las relaciones entre el Derecho y la Economía se han ampliado, hacia un sustancial movimiento que ha contribuido no sólo a redefinir los fundamentos del estudio del Derecho sino a decisivas implicaciones respecto de la consideración del ambiente legal en la construcción de la teoría económica. Para Samuelson *“la economía es la ciencia de la elección racional en un mundo donde los recursos son limitados en relación con las necesidades humanas”*⁴⁷. En palabras de Robbins, *“es la ciencia que estudia el comportamiento humano como relación entre fines y medios escasos que tienen usos alternativos”*⁴⁸.

Habiendo establecido el concepto básico de Economía, Posner señala que *“el análisis económico del derecho determina la aplicación de técnicas, criterios y métodos de la economía para interpretar y examinar los institutos jurídicos. En este sentido, nos permite acercar desde la lógica de la teoría económica, alternativas para tratar las relaciones jurídicas”*⁴⁹. En un sentido análogo, Kluger aclara que *“es una nueva mirada acerca del derecho, a partir de la economía, de la que utiliza leyes, principios, metodología e instituciones, que proyecta sobre materiales u objetos*

⁴⁷SAMUELSON, Paul A, et al. *Economía: con aplicaciones a Latinoamérica*. Mexico D.F: McGrawHill, 2010. Pág. 7. ISBN 9786071503336.

⁴⁸ROBBINS, L; VILLEGAS, D. *Ensayo sobre la naturaleza y significación de la ciencia económica*. México D.F: Fondo de cultura económica, 1994. Pág. 9. ISBN 9788483227725.

⁴⁹POSNER, Richard A. Op.cit. Pág. 12.



El incumplimiento eficiente y la maximización económica en los contratos con cláusula penal desde la perspectiva del análisis económico del derecho.

Lucas Furszyfer – LU: 1046134

proprios del derecho”⁵⁰. Complementando dicha definición, Nieto señala que “el AED queda bien descrito como la aplicación de la teoría económica, y específicamente la teoría macroeconómica neoclásica, al análisis y la explicación del sistema jurídico”⁵¹.

En palabras de COASE “*El estatus científico del Análisis Económico parte del individualismo metodológico, es decir, de las elecciones que haría el individuo a fin de maximizar su utilidad; se vale de las reglas de la economía para predecir esa conducta; construye un modelo sobre esas premisas y a partir de ello obtiene un poderoso instrumento de análisis modélico para el estudio de situaciones empíricas*”⁵².

El mercado no es otra cosa que intercambio de derechos de propiedad y esto supone la existencia de relaciones contractuales y, por lo tanto, de un sistema legal que facilite o entorpezca estos contratos⁵³. El análisis económico concibe al individuo como hombre económico, es decir, como agente racional maximizador de su bienestar, en un contexto caracterizado por la escasez de recursos. En muchas ocasiones, los individuos en relación con el Derecho se comportan como agentes racionales maximizadores de su bienestar. La causa de ello es que los individuos responden a incentivos, es decir, que si su entorno cambia de tal modo que pueden mejorar su nivel de bienestar modificando sus pautas de conducta, éstos también lo harán. En tanto las normas jurídicas supongan variaciones del entorno, los individuos variarán su comportamiento, en función de lo que requiera la maximización de su bienestar.

Es por ello que este método se convierte en una herramienta efectiva para analizar las conductas de las partes en una relación contractual con cláusula penal, con la finalidad de establecer si el monto de la cláusula penal inserta en un contrato, determina la conducta del deudor en cumplir o incumplir con la obligación principal.

⁵⁰KLUGER, Viviana. *El Análisis económico del Derecho*. Buenos Aires: Heliasta, 2006. Pág. 9. ISBN 9872051127468.

⁵¹NIETO, Rafael Nery. *Notas sobre Análisis económico del derecho: Una mirada desde América Latina*. Mexico D.F.: *Derecho y Humanidades*, 2004. Pág.123. ISBN 9786073222822.

⁵²COASE, Ronald. *La empresa, el mercado y la ley*. Madrid: Alianza, 1994. Pág.18. ISBN 9788420668093.

⁵³Ibid. Pág. 19.



El incumplimiento eficiente y la maximización económica en los contratos con cláusula penal desde la perspectiva del análisis económico del derecho.

Lucas Furszyfer – LU: 1046134

XI. La cláusula penal como remedio contractual

Los contratos nacen del consentimiento de las partes, que es reconocido como fuente de las obligaciones por el ordenamiento jurídico a través del principio de la autonomía de la voluntad. De esta forma, en la medida que el consentimiento sea libre y espontáneo vincula a las partes, lo que se evidencia a través del segundo principio fundamental de los contratos, que es el principio de la fuerza obligatoria del contrato (*pacta sunt servanda*)⁵⁴.

Señala Lehmann que *"es posible precisar que el análisis económico, estructura el contrato sobre las expectativas del acreedor y, especialmente, sobre las expectativas de las partes. De esta forma, el incumplimiento de una promesa afecta las expectativas que se tuvieron al contratar, y éstas son la causa de todo contrato, incluso, de la mera liberalidad"*⁵⁵. Éste es un punto de especial interés para entender la inserción de una cláusula penal dentro de una relación contractual, utilizando el acreedor un instituto que provee el ordenamiento jurídico con la finalidad de asegurar o reforzar el cumplimiento de la obligación principal.

Hace ya más de treinta años que en la doctrina norteamericana viene discutiéndose sobre los llamados remedios contractuales. Éstos son, en sencillas palabras, las soluciones que provee el sistema jurídico ante el incumplimiento contractual⁵⁶. La discusión académica que se ha generado alrededor suyo, gira, principalmente, en

⁵⁴LEHMANN, Rodrigo Barcia. *Los efectos de las obligaciones desde la perspectiva del análisis económico del derecho*. Revista Ius et Praxis Universidad de Talca, [en línea], 1998, Pág.135. [Consulta: 14 jul. 2016] En: <http://www.udp.cl/descargas/facultades_carreras/derecho/pdf/investigaciones/Cuadernos_de_analisis_Coleccion_Derecho_Privado/numero1/efectos_barcia.PDF>. ISSN 07180233.

⁵⁵Ibid. Pág. 136.

⁵⁶BULLARD GONZALEZ, Alfredo. *Derecho y economía. El análisis económico de las instituciones legales*. 2° Edición. Lima: Ed. Palestra, 2010. Pág. 258. ISBN 9789972224188.



El incumplimiento eficiente y la maximización económica en los contratos con cláusula penal desde la perspectiva del análisis económico del derecho.

Lucas Furszyfer – LU: 1046134

analizar las distintas reglas que existen en una relación contractual desde el punto de vista de los incentivos que generan el cumplimiento un contrato.

La relevancia para este trabajo de investigación del estudio de los remedios contractuales se juzga a la luz de la pregunta de si conviene o no cumplir un contrato, en el sentido de las consecuencias que se derivan de la eficiencia de tomar una u otra decisión.

El análisis económico del derecho centrará uno de sus ejes principales, en las expectativas que pueden llevar a aceptar tanto un cumplimiento como un incumplimiento eficiente del contrato. En este sentido, cuando se persigue evitar un incumplimiento contractual, se procede a estudiar y determinar el remedio adecuado con la finalidad de prevenir un daño. En efecto, se analizan los incentivos y los desincentivos en los contratos. Los incentivos son medidas a través de las cuales se promueve determinada conducta. En los desincentivos por su parte, se promueve que un hecho no se realice u ocurra⁵⁷. Es por ello que, a través de la cláusula penal como sanción inserta en un contrato, las partes pueden incentivar o desincentivar determinadas conductas.

Shavell desarrolla los diferentes remedios que crean incentivos diferentes para las partes en un contrato, que son los siguientes:

- El cumplimiento forzoso: el contratante insatisfecho puede exigir la realización de la prestación contractual no realizada o la terminación de la realizada parcialmente⁵⁸.
- Indemnización por daños y perjuicios positiva: Es aquella en la que el incumplidor esta obligado a indemnizar al otro contratante de modo tal que lo

⁵⁷MANRIQUE, Fernando Jesús Torres. *Análisis económico del Derecho. Derecho y Cambio Social*. Madrid: Tecnos. Pág. 15, 2007. ISBN 9884122834798.

⁵⁸SHAVELL, Steven. *Foundations of economic analysis of law*. Harvard University Press, 2009. Pág. 338. ISBN 978067422525.

El incumplimiento eficiente y la maximización económica en los contratos con cláusula penal desde la perspectiva del análisis económico del derecho.

Lucas Furszyfer – LU: 1046134

deje en la misma situación en que se hubiera hallado de haberse cumplido el contrato⁵⁹.

- Indemnización por daños y perjuicios negativa: Es la que pretende restituir a la parte perjudicada a la situación de utilidad que disfrutaba antes de celebrar el contrato pero no comprende los beneficios que la parte contratante esperaba obtener del cumplimiento del contrato⁶⁰.
- Resolución: este remedio permite resolver el contrato ante el incumplimiento del mismo⁶¹.

En un sentido análogo Cooter y Ulen clasifican a los remedios como incentivos en tres grupos: los estipulados por las partes de forma explícita en el contrato, los estipulados en cuanto al proceso correctivo y los que los tribunales proveerán en caso de incumplimiento⁶².

Afirma Schafer que *“el objetivo de estos remedios contractuales no es obligar al cumplimiento de los contratos, sino sólo requerir que cada una de las partes escoja entre el cumplimiento de acuerdo con el contrato y la compensación a la otra parte por los perjuicios resultantes del incumplimiento”*⁶³.

En este sentido y a la luz de las teorías esbozadas, jurídicamente una cláusula penal inserta en un contrato es un remedio válido para condicionar la conducta del deudor. En dicho caso, se utilizará la cláusula penal como remedio contractual para asegurar y reforzar el cumplimiento de la obligación e incentivar al deudor a que cumpla con la obligación principal. Como hemos señalado a lo largo del trabajo, con la cláusula penal se pretende compeler al cumplimiento para evitar el daño, bajo la amenaza de punir, castigar, o sancionar, si es que el incumplimiento se produce. Por otro lado se

⁵⁹Idem. Pág. 338.

⁶⁰Ibidem. Pág. 339.

⁶¹Idem. Pág. 339.

⁶²COOTER, Robert y ULEN, Thomas *Derecho y economía*. 2a ed. México, D. F.: Fondo de cultura económica, 2008. Pág. 289. Sección de obras de política y derecho. ISBN 9789681685867.

⁶³SCHAFFER, Hans-Bernard; OTT, Claus. *Manual de análisis económico del derecho civil*. Madrid: Tecnos, 1991. Pág. 148. ISBN 9788430919765.



El incumplimiento eficiente y la maximización económica en los contratos con cláusula penal desde la perspectiva del análisis económico del derecho.

Lucas Furszyfer – LU: 1046134

pretende cumplir un rol reparador, la indemnización busca dejar indemne al acreedor, es decir, sin daño, borrar los efectos negativos del incumplimiento.

XII. La función cláusula penal a través de la teoría de los juegos

La teoría de los juegos es una teoría matemática que estudia las características generales de las situaciones competitivas de manera formal y abstracta. En efecto, adquiere utilidad para tomar decisiones en casos donde dos o más personas, las cuales deben tomar una decisión, se enfrentan en un conflicto de intereses. Asumimos que un juego es cualquier situación de decisión caracterizada por una interdependencia estratégica gobernada por reglas y con un resultado definido. El resultado que obtiene un individuo en una relación contractual depende no sólo de la estrategia que elige, sino de las estrategias que eligen los otros individuos de esa relación privada guiados por sus propios intereses⁶⁴.

La solución de un juego debería indicar a cada individuo que resultado esperar y cómo alcanzarlo. En consecuencia, los participantes de un juego intentan obtener el mejor resultado para sus intereses. Por este motivo, se planteará un problema de maximización económica, en donde ambos individuos intentarán obtener los mejores beneficios y minimizar los costos, a través de la selección de estrategias⁶⁵.

La teoría de los juegos en las relaciones contractuales parte de un juego no cooperativo con las siguientes reglas:

- No existe la tutela legal para exigir el cumplimiento de lo prometido (lo que desincentivará la posibilidad de contratar)⁶⁶.

⁶⁴VON NEUMANN, John y MORGENTERN, Oskar. *Theory of games and economic behavior*. 3rd ed. New York: Science Editions J. Wiley and Sons, 2007. Pág. 22. ISBN 9780691130613.

⁶⁵STRAFFIN, Philip D. *Game theory and strategy*. New York: Mathematical Association of America, 1993. Pág. 27. ISBN 9780883856376.

⁶⁶LEHMANN, Rodrigo Barcia. Op.cit. Pág. 140.

El incumplimiento eficiente y la maximización económica en los contratos con cláusula penal desde la perspectiva del análisis económico del derecho.

Lucas Furszyfer – LU: 1046134

- El juego se produce entre dos jugadores que deben decidir si cumplir o no con las obligaciones estipuladas en el contrato⁶⁷.
- La decisión de cada jugador de cumplir o incumplir tiene una respuesta de la contraparte de cumplir o no cumplir con lo estipulado. (cooperar o no cooperar).⁶⁸

En un **juego cooperativo**, los jugadores no compiten, sino que se esfuerzan por conseguir el mismo objetivo y por lo tanto ganan o pierden en conjunto. En este tipo de juegos, los jugadores pueden realizar acuerdos previos entre ellos⁶⁹.

En un **juego no cooperativo**, los jugadores toman decisiones independientemente para su beneficio personal, lo cual no impide que en algunos casos dicha toma de decisiones pueda favorecerlos a todos, como es lo que se busca en los juegos cooperativos. En los juegos no cooperativos, los jugadores no pueden hacer acuerdos previos⁷⁰.

La tutela legal para el incumplimiento del contrato por parte del deudor se funda en la certeza. En la medida que las partes tienen certeza de que si su contraparte no cumple lo prometido, pueden recurrir a la tutela del Derecho, funcionando, de esta forma, el mercado. La justificación teórica de la tutela en los contratos obedece a la forma en que la dogmática civil ha entendido al contrato, pero desde una perspectiva del análisis económico su justificación difiere. El análisis económico del derecho suele justificar la tutela legal del contrato a través de la teoría de los juegos. Dicha teoría permite apreciar que de no existir la tutela legal, los individuos no cooperarán en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales⁷¹. Esta es la función de la cláusula penal como mecanismo de tutela que pretendo destacar. A través de la cláusula penal, se pretende que el juego no cooperativo se tome cooperativo. El fundamento de la

⁶⁷Idem. Pág. 140.

⁶⁸Idem. Pág. 140.

⁶⁹DAVIS, Morton D. *Introducción a la teoría de los juegos*. 4a ed. ampliada y rev. Madrid: Alianza, 1986. Pág. 18. ISBN 9788420624594.

⁷⁰Idem. Pág. 18.

⁷¹LEHMANN, Rodrigo Barcia. Op.cit. Pág. 141.



El incumplimiento eficiente y la maximización económica en los contratos con cláusula penal desde la perspectiva del análisis económico del derecho.

Lucas Furszyfer – LU: 1046134

pena resarcitoria en los contratos es el de otorgar un alto grado de confianza y certeza en que lo que se consintió libremente será cumplido efectivamente.

XIII. La teoría del incumplimiento eficiente y la maximización económica en los contratos con cláusula penal

La aseveración en torno a la cláusula penal como remedio contractual que incentiva al deudor al cumplimiento de sus obligaciones, presenta una relación directa con lo que se ha venido a denominar la “Teoría del Incumplimiento Eficiente”. Ésta sostiene que de cumplirse al pie de la letra todos los contratos, pudiese llevar a ineficiencias⁷². Como hemos señalado en líneas precedentes, la función primordial de los contratos en el derecho civil consiste en el cumplimiento de lo pactado (*pacta sunt servanda*). Si el derecho de contratos no tuviese como objetivo el cumplimiento, se estaría afectando la celebración de contratos y la realización de transacciones, elementos básicos del funcionamiento de nuestro sistema social. Pero en el análisis económico del derecho, se vislumbra la posibilidad de que se produzcan incumplimientos eficientes, esto es, incumplimientos que aumenten el bienestar de las partes, lo cual implica a menudo que quien incumple el contrato indemnice a la otra parte.

El incumplimiento eficiente de las obligaciones surge producto de la búsqueda de cada una de las partes intervinientes en el contrato por obtener un beneficio propio con la celebración de dicho acuerdo de voluntades⁷³. En este sentido Posner afirma que “(...)En algunos casos una parte se vería tentada a incumplir el contrato simplemente porque el beneficio del incumplimiento excede el beneficio esperado de llevar a término el contrato. Si es que el beneficio del incumplimiento también excede el

⁷²SAAVEDRA VELAZCO, Renzo E. *Apuntes comparativos sobre la teoría del incumplimiento eficiente: Incumplir, o no incumplir, he allí el dilema*. Revista Internacional Foro de Derecho Mercantil LEGIS, núm. 30, [en línea], 2011, Pág. 72. [Consulta: 18 jul. 2016] En: <https://works.bepress.com/renzo_saavedra/39/pdf>. ISSN 17940427.

⁷³BULLARD GONZALEZ, Alfredo. *Derecho y economía*. Op.cit. Pág. 319.



El incumplimiento eficiente y la maximización económica en los contratos con cláusula penal desde la perspectiva del análisis económico del derecho.

Lucas Furszyfer – LU: 1046134

beneficio esperado que recibiría la contraparte frente a la culminación del contrato y si es que el resarcimiento se encuentra limitado a la pérdida del beneficio esperado, habrá un incentivo para incumplir. Debe ser así⁷⁴.

De acuerdo a los párrafos precedentes, en determinados casos es más eficiente el incumplimiento de un contrato que su cumplimiento. El incumplimiento eficiente de un contrato se produce cuando los costos por el incumplimiento, son menores que los costos de cumplir con el contrato. Es por ello que, si esto sucediera, el comportamiento del deudor se inclinará por incumplir, ya que se encontrará en una situación mejor que si cumpliera con el contrato⁷⁵.

Explican Cooter y Ulen que el análisis económico del derecho a través de esta teoría del comportamiento buscará pronosticar como responderán los individuos ante las posibles sanciones que emergen de una relación contractual, y cuáles son los efectos de estas sanciones sobre el comportamiento de cada individuo. Esta teoría se basa en que las sanciones son como los precios, y en consecuencia los individuos responden a estas sanciones de una manera similar a como responderían a los precios en el mercado⁷⁶. En este sentido, el monto de la cláusula penal es el precio que debe pagar el deudor para incumplir el contrato.

Las afirmaciones esbozadas deben ser complementadas a la luz de la teoría de la maximización económica propuesta por el análisis económico del derecho. A través de esta teoría, se afirma que cada individuo buscará maximizar sus beneficios e incurrir en los menores costos posibles. Cooter y Ulen señalan que la maximización es *“la elección de la mejor alternativa permitida por las restricciones”*⁷⁷. En el campo contractual ello se encuentra ilustrado, por un lado, por la satisfacción del interés creditorio y, por otro lado, por la obtención del máximo beneficio a costa del menor

⁷⁴POSNER, Richard A. Op.cit. Pág. 120.

⁷⁵LEHMANN, Rodrigo Barcia. Op.cit. Pág. 142.

⁷⁶COOTER, Robert – ULEN, Thomas. Op.cit. Pág. 21.

⁷⁷Ibid. Pág. 24.



El incumplimiento eficiente y la maximización económica en los contratos con cláusula penal desde la perspectiva del análisis económico del derecho.

Lucas Furszyfer – LU: 1046134

sacrificio. Es por esta razón que el incumplimiento eficiente es tan interesante, puesto que apela a una decisión maximizadora para las partes.

De acuerdo al criterio de maximización, al estar establecido el monto de la cláusula penal en el contrato, el deudor puede efectuar el análisis de costo-beneficio con vistas a decidir si incumple o no con la obligación principal. La previsibilidad en el monto del resarcimiento de la cláusula penal condiciona la conducta del deudor y le otorga la posibilidad de tomar una decisión maximizadora para lograr un resultado eficiente a través de un análisis costo-beneficio que derive en cumplir o incumplir con la obligación principal. En este sentido, las teorías esbozadas guardan relación directa con la confirmación de la hipótesis de este trabajo. El monto de la pena condiciona la conducta del deudor en cumplir o incumplir con la obligación principal. Si el monto de la pena es mayor que el costo de cumplimiento de la obligación principal, la conducta del deudor se inclinará por cumplir el contrato. Bajo el mismo análisis, si la pena resarcitoria es menor, los costos de incumplimiento también son menores, y la conducta del deudor se inclinará por incumplir con la obligación principal.

Hemos señalado a lo largo del trabajo que a través de la función compulsiva, la cláusula penal tiene por finalidad brindar al deudor incentivos adicionales para el cumplimiento de la obligación, al amenazarlo con consecuencias muy gravosas en caso de incumplimiento. Busca romper cualquier esquema de costo-beneficios al evaluar la posibilidad de incumplir voluntariamente con lo acordado, condicionando de forma determinante la conducta del deudor. Es por ello, que el efecto que tiene la cláusula penal sobre el deudor, cuando el monto de la pena es mayor al monto del cumplimiento de la obligación, es el de constreñir psicológicamente al deudor a cumplir con lo pactado.



El incumplimiento eficiente y la maximización económica en los contratos con cláusula penal desde la perspectiva del análisis económico del derecho.

Lucas Furszyfer – LU: 1046134

XIV. Conclusiones Finales

A lo largo de este trabajo investigación hemos analizado a la cláusula penal tanto desde la perspectiva del derecho civil como desde el análisis económico del derecho.

Hemos destacado las principales características de este instituto desde su aparición en el derecho romano y analizado aquellas que refleja nuestra legislación a la luz de las principales posturas en la doctrina nacional y comparada. La hipótesis que se buscó confirmar en este trabajo fue la siguiente: ***el monto de la cláusula penal inserta en un contrato, condiciona la conducta del deudor en cumplir o incumplir con la obligación principal.***

Bajo la perspectiva del derecho civil, llegamos a la conclusión que la principal función que tiene la cláusula penal en el deudor es ejercer una presión psicológica sobre el deudor antes del incumplimiento. La cláusula penal lleva consigo un carácter aflictivo, ya que el deudor de una obligación con cláusula penal esta constreñido psicológicamente al pago de la obligación principal, porque de no cumplir con la mencionada, estará pasible a afrontar graves consecuencias patrimoniales. Es por este motivo, que el acreedor buscará que se estipule un monto elevado en la cláusula penal a los efectos de que el deudor cumpla con lo estipulado en el contrato.

Desde este punto de partida, abordamos este instituto jurídico bajo el análisis económico del derecho como un remedio estipulado en los contratos, en la medida que condiciona la conducta del deudor con la finalidad de asegurar y reforzar el cumplimiento de la obligación y lo incentiva a que cumpla con la obligación principal. Hemos destacado en todo momento que el monto de la pena era determinante en la conducta del deudor. Esta última aseveración es verdadera, ya que a través de la teoría de la maximización económica hemos demostrado que las sanciones son como los precios, y en consecuencia los individuos responden a estas sanciones de una manera similar a como responderían a los precios en el mercado. En este sentido, el



El incumplimiento eficiente y la maximización económica en los contratos con cláusula penal desde la perspectiva del análisis económico del derecho.

Lucas Furszyfer – LU: 1046134

monto de la cláusula penal es el precio que debe pagar el deudor para incumplir el contrato.

A través de la teoría del incumplimiento eficiente hemos demostrado como actúa el monto de la pena condicionando la conducta del deudor al decidir si cumple o incumple con la obligación principal. El deudor se inclinará por cumplir la obligación principal estipulada en el contrato cuando el monto de la pena establecida en la cláusula penal sea superior al monto que debería pagar si cumpliera la obligación principal. Dicho de otra manera, optará por cumplir cuando los costos por incumplimiento son mayores que los costos por el cumplimiento del contrato. Bajo el mismo análisis, el deudor se inclinará por el incumplimiento si el monto de la pena es inferior al costo del cumplimiento del contrato o a los beneficios que el deudor pudiere haber obtenido con el cumplimiento del contrato. De lo contrario, como ya hemos mencionado, el deudor optará por cumplir con lo estipulado para no caer en la pena.

Debemos tener en cuenta que el análisis económico del derecho es el único método que nos permitió llegar a las afirmaciones precedentes, ya que cuando hemos analizado la cláusula penal bajo la perspectiva del derecho civil, señalamos que el deudor no podía eximirse de cumplir con la obligación principal con el pago de la pena, salvo que se haya reservado expresamente ese derecho. Bajo este método, se logró evaluar rigurosamente los efectos económicos producidos por la inserción de una cláusula penal en una relación contractual y en consecuencia, analizar la conducta del deudor ex antes, a diferencia del derecho civil que la analiza ex post.

Si bien no fue objeto de análisis en este trabajo, observamos como funcionaba la estipulación de una cláusula penal en un contrato a la luz de la teoría de los juegos, utilizándose como mecanismo de tutela para convertir el juego que por naturaleza es no cooperativo en cooperativo. Lo cierto es que la teoría de la maximización económica controvierde este enfoque que se le pretende dar desde la teoría de los juegos, en la medida que el monto de la pena condiciona la conducta del deudor en cumplir o incumplir con la obligación principal.



El incumplimiento eficiente y la maximización económica en los contratos con cláusula penal desde la perspectiva del análisis económico del derecho.

Lucas Furszyfer – LU: 1046134

Los individuos en relación con el Derecho se comportan como agentes racionales maximizadores de su bienestar en un contexto caracterizado por la escasez de recursos. En tanto las normas jurídicas supongan variaciones en el contrato, los individuos variarán su comportamiento, en función de lo que requiera la maximización de su bienestar. Por lo tanto, como hemos señalado, las partes como agentes racionales buscarán maximizar sus beneficios a costa del menor sacrificio y por consiguiente, el monto de la cláusula penal será determinante para observar si se trata de un juego cooperativo o si seguiremos estando frente a un juego no cooperativo.



El incumplimiento eficiente y la maximización económica en los contratos con cláusula penal desde la perspectiva del análisis económico del derecho.

Lucas Furszyfer – LU: 1046134

Bibliografía

- ALTERINI, Atilio Aníbal., AMEAL, Oscar José y LÓPEZ CABANA, Roberto M. *Derecho de obligaciones: civiles y comerciales*. [2a ed. actualizada, 4a reimpr.]. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2004. 917 p. ISBN 9789502011417.
- BORDA, Guillermo A. *Manual de obligaciones*. 11a ed. actualizada. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2003. 629 p. ISBN 9789502015217.
- BULLARD GONZALEZ, Alfredo. *Derecho y economía. El análisis económico de las instituciones legales*. 2° Edición. Lima: Ed. Palestra, 2010. 1293 pp. ISBN 9789972224188.
- CAZEAUX, Pedro N.; CAZEAUX, Felix A. Pedro N.; REPRESAS, Félix A. Trigo. *Compendio de derecho de las obligaciones*. 2a ed. actualizada La Ley, 2010. 678 p. ISBN 9789505360475.
- COASE, Ronald. *La empresa, el mercado y la ley*. Madrid: Alianza, 1994. 224 p. ISBN 9788420668093.
- COOTER, Robert y ULEN, Thomas *Derecho y economía*. 2a ed. México, D. F.: Fondo de cultura económica, 2008. 772 p. Sección de obras de política y derecho. ISBN 9789681685867.
- DAVIS, Morton D. *Introducción a la teoría de los juegos*. 4a ed. ampliada y rev. Madrid: Alianza, 1986. 250 p. Alianza universidad ciencias sociales. ISBN 9788420624594.
- DÍEZ-PICAZO, Luis. *Estudios sobre la jurisprudencia civil*. Madrid: Ed. Tecnos, 1981. 384 p. ISBN 8430904301.
- EUGENE, Petit. *Tratado elemental de derecho romano*. Buenos aires: Editorial Albatros, 1978. 715 p. ISBN 9506791325.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída Rosa. *La cláusula penal: su régimen jurídico en el derecho civil, comercial, laboral, administrativo, tributario, internacional y procesal*. Buenos Aires: Depalma, 1981. 619 p. ISBN 9502010523.
- KLUGER, Viviana. *El Análisis económico del Derecho*. Buenos Aires: Heliasta, 2006. 332 p. ISBN 9872051127468.
- LAFAILLE, Héctor. *Tratado de las obligaciones*. Buenos Aires: Ediar, 1950. 591 p. ISBN 97898703161761.



El incumplimiento eficiente y la maximización económica en los contratos con cláusula penal desde la perspectiva del análisis económico del derecho.

Lucas Furszyfer – LU: 1046134

- LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado de los contratos*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 1999-2000. 3 v. 766 p. ISBN 9789507272325.
- LLAMBÍAS, Jorge Joaquín., RAFFO BENEGAS, Patricio y SASSOT, Rafael A. *Manual de derecho civil: obligaciones*. 14a ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, impreso en 2005. 789 p. ISBN 9789502016504.
- MANRIQUE, Fernando Jesús Torres. *Análisis económico del Derecho. Derecho y Cambio Social*. Madrid: Tecnos, 212 p , 2007. ISBN 9884122834798.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Medios compulsivos en Derecho privado*. Buenos Aires: Ediar, 1978. 227 p. ISBN 9507271546950727166.
- NIETO, Rafael Nery. *Notas sobre Análisis económico del derecho: Una mirada desde América Latina*. Mexico D.F: *Derecho y Humanidades*, 2004. 140 p. ISBN 9786073222822.
- PIRIS, Cristian Ricardo A. *Crítica a la inmutabilidad relativa de la cláusula penal en el nuevo Código Civil y Comercial argentino*. Buenos Aires: Gabilex, 2015. 208 p. ISBN 9723868104029.
- PIZARRO, Ramón D. y VALLESPINOS, Carlos G. *Instituciones de derecho privado: obligaciones*. Buenos Aires: Hammurabi, 1999. 3 v. 306 p. ISBN 9789508910394.
- POSNER, Richard A. *El análisis económico del derecho*. 2a ed., 1a reimpr. México, D.F.: Fondo de Cultura Económica, 2013. 1120 p. Política y derecho. ISBN 9789681685720.
- RIVERA, Julio César, et al. *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*. 1a ed., 1a reimpr. Buenos Aires: La Ley, 2015. 6 v. 6328 p. ISBN 9789870327622.
- ROBBINS, L; VILLEGAS, D. *Ensayo sobre la naturaleza y significación de la ciencia económica*. México D.F: Fondo de cultura económica, 1994. 114 p. ISBN 9788483227725.
- ROMP, Graham. *Game theory: introduction and applications*. Oxford: Oxford University Press, 1997. 284 p. ISBN 9780198775027.
- SALVAT, Raymundo M. Raymundo M. *Tratado de derecho civil argentino: obligaciones en general*. Buenos Aires: La Ley, 1946. 602 p. ISBN 35112104506722.



El incumplimiento eficiente y la maximización económica en los contratos con cláusula penal desde la perspectiva del análisis económico del derecho.

Lucas Furszyfer – LU: 1046134

- SAMUELSON, Paul A, et al. *Economía: con aplicaciones a Latinoamérica*. Mexico D.F: McGrawHill, 2010. 754 p. ISBN 9786071503336.
- SCHAFER, Hans-Bernard; OTT, Claus. *Manual de análisis económico del derecho civil*. Madrid: Tecnos, 1991. 542 p. ISBN 9788430919765.
- SHAVELL, Steven. *Foundations of economic analysis of law*. Harvard University Press, 2009. 198 p. ISBN 978067422525.
- STRAFFIN, Philip D. *Game theory and strategy*. New York: Mathematical Association of America, 1993. 244 p. New mathematical library. ISBN 9780883856376.
- TOBEÑAS, José Castán. *Derecho de obligaciones: Las particulares relaciones obligatorias*. Madrid: Reus, 1981. 828 p. ISBN 8429014152.
- VON NEUMANN, John y MORGENSTERN, Oskar. *Theory of games and economic behavior*. 3rd ed. New York: Science Editions J. Wiley and Sons, 2007. 776 p. ISBN 9780691130613.

Revistas jurídicas online

LEHMANN, Rodrigo Barcia. *Los efectos de las obligaciones desde la perspectiva del análisis económico del derecho*. Revista *Ius et Praxis* Universidad de Talca, [en línea], 1998, pp. 130-145. [Consulta: 14 jul. 2016] En: <http://www.udp.cl/descargas/facultades_carreras/derecho/pdf/investigaciones/Cuadernos_de_analisis_Coleccion_Derecho_Privado/numero1/efectos_barcia.PDF>. ISSN 07180233.

SAAVEDRA VELAZCO, Renzo E. *Apuntes comparativos sobre la teoría del incumplimiento eficiente: Incumplir, o no incumplir, he allí el dilema*. Revista Internacional Foro de Derecho Mercantil LEGIS, núm. 30, [en línea], 2011, pp. 69-93. [Consulta: 18 jul. 2016] En: <https://works.bepress.com/renzo_saavedra/39/pdf>. ISSN 17940427.

Legislación

- *Código Civil de la República Argentina*. 4a ed. Buenos Aires: Legis Argentina, 2007. 1558 p. ISBN 9789871221196.



El incumplimiento eficiente y la maximización económica en los contratos con cláusula penal desde la perspectiva del análisis económico del derecho.

Lucas Furszyfer – LU: 1046134

- *Código Civil y Comercial de la Nación*. Buenos Aires: Cámara de Diputados de la Nación, impreso en 2015. 710 p. ISBN 9789872234782.