
El efecto de las cláusulas penales en las decisiones de incumplimiento. Un análisis de economía conductual*

» JUAN ANTONIO GAVIRIA**

RESUMEN. Este artículo muestra cómo la economía conductual y específicamente las investigaciones empíricas basadas en sus teorías permiten analizar figuras tradicionales del derecho privado desde nuevas perspectivas. De acuerdo con este enfoque, se presenta una investigación que explica por qué los países del *civil law* imponen límites a las cláusulas penales y también cómo las cláusulas penales de bajo monto pueden incentivar incumplimientos contractuales. El artículo propone asimismo un experimento sobre cláusulas penales y presenta sus resultados. Como conclusión, se consideran otros temas de derecho privado cuyo análisis también podría enriquecerse con el aporte de la economía conductual.

PALABRAS CLAVE: cláusula penal, derecho privado, economía conductual, teoría económica estándar, incumplimiento contractual.

* Artículo de investigación asociado al proyecto de investigación 9538-12f7-37 del Grupo de Investigaciones en Derecho de la Universidad Pontificia Bolivariana (UPB), sede Medellín.

Fecha de recepción: 15 de junio de 2018. Fecha de aceptación: 5 de noviembre de 2018.

Para citar el artículo: GAVIRIA, J. A., “El efecto de las cláusulas penales en las decisiones de incumplimiento. Un análisis de economía conductual”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 36, enero-junio 2019, pp. 59-92, DOI: <https://doi.org/10.18601/01234366.n36.03>

** Universidad Pontificia Bolivariana (UPB), Medellín, Colombia; profesor y miembro del Grupo de Investigaciones en Derecho. Doctor en Derecho y LL.M., American University, the Washington College of Law, Washington, D.C., Estados Unidos. Magíster en Economía, Universidad EAFIT y en Derecho, Universidad Externado de Colombia. Abogado, UPB. Contacto: juan.gaviriag@upb.edu.co. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-9221-8642>.

The Effect of Penalty Clauses on the Breach of Contracts. An Analysis through the Lens of Behavioral Economics

ABSTRACT. This paper shows how behavioral economics and, particularly, empirical researches based on its theories allow the analysis of classic concepts of private law through new standpoints. Under this approach, this text presents a research explaining why civil law countries restrict the amount of penalty clauses and low-amount penalties might incentivize breaches of contracts. This paper also proposes an experiment on penalty clauses and analyzes its results. As concluding remarks, the text briefly mentions other topics in private law whose analysis might also be enriched by behavioral economics.

KEYWORDS: Penalty Clauses, Private Law, Behavioral Economics, Standard Economic Theory, Breach of Contract.

SUMARIO. Introducción. I. El análisis económico de las cláusulas penales. A. Las funciones económicas de las cláusulas penales. B. Límites al monto de las cláusulas penales. II. Investigaciones experimentales sobre cláusulas penales. III. Experimentos sobre la relación entre cláusulas penales e incumplimiento de contratos. Conclusiones. Referencias. Anexo 1. Cuestionarios del caso hipotético original. Anexo 2. Cuestionarios de la variante 1 del caso hipotético. Anexo 3. Cuestionarios de la variante 2 del caso hipotético.

Introducción

Las cláusulas penales cumplen diversas finalidades económicas. Para aquellas que son estimativas de perjuicios, la principal función consiste en evitar a quien sufre un incumplimiento incurrir en los costos que implica la prueba de perjuicios y arriesgarse a que, por ser ciertos perjuicios no verificables para un juez, estos no sean indemnizados. En cuanto a las cláusulas penales punitivas, aquellas que permiten cobrar tanto la suma pactada en calidad de pena como los perjuicios sufridos y probados, su función por excelencia es disuadir el incumplimiento o, en otras palabras, generar incentivos a las partes para cumplir. Lo anterior llevaría a pensar que mientras más alto sea el monto de una cláusula penal, mayor será la probabilidad de que esta cumpla sus funciones económicas. Con todo, tal monto no es ilimitado toda vez que en el *common law* solo suelen permitirse las cláusulas que estimen razonablemente los daños que un incumplimiento causaría (*liquidated damages clauses*), mientras que en el *civil law* la ley impone límites cuantitativos, además de autorizar a los jueces para que en ciertos casos puedan reducir el monto de una pena que se considere excesiva. Este control legal y judicial, común en la

práctica¹, puede incluso estar influenciado por posibles fallas cognitivas, de disposición y de capacidad de las partes que pactan una cláusula penal, según las teorías de la economía conductual. Además, la existencia de dichos límites puede llevar a que el valor de una cláusula penal no sea lo suficientemente alto para cumplir sus funciones económicas, o, en un escenario más negativo, en caso de que el monto sea bajo, la pena podría incluso eliminar la reticencia moral. Esto lleva a que determinar el valor eficiente de una cláusula penal, que no sea ni tan alto que supere los límites legales o judiciales, ni tan bajo que estimule el incumplimiento, sea una labor de gran importancia.

De acuerdo con este entendimiento, el artículo presenta una investigación empírica basada en la economía conductual que permite una mejor comprensión de la configuración normativa y de los efectos de las cláusulas penales. En particular, la metodología utilizada consiste en realizar algunos experimentos con estudiantes de derecho cuyo objetivo es determinar si las cláusulas penales, en comparación con un régimen de daños estándar, incentivan o no el incumplimiento bajo ciertos supuestos. Dos de los tres experimentos realizados no permitieron confirmar claramente esta hipótesis, pero el tercero sí.

La primera sección resume las funciones económicas de las cláusulas penales, tanto en un marco de economía tradicional como en uno de economía conductual, para luego hacer referencia a las razones por las cuales la ley y los jueces limitan su monto y, con base en ello, realizar algunas consideraciones sobre su valor óptimo o eficiente. La segunda sección resume algunos experimentos que se han llevado a cabo en otras latitudes relacionadas con el efecto que las cláusulas penales pueden tener en el incumplimiento de contratos. La tercera sección describe un experimento sobre cláusulas penales que se llevó a cabo con estudiantes colombianos y analiza sus resultados. La cuarta y última sección expone las conclusiones.

I. El análisis económico de las cláusulas penales

A. Las funciones económicas de las cláusulas penales

Las cláusulas penales suelen ser de dos tipos: estimativas de perjuicios y punitivas. Como su nombre lo indica, las primeras son aquellas que determinan *ex ante*, al momento de celebrar un contrato, la indemnización que deberá pagar una parte a la otra

1 Para laudos colombianos en los cuales un tribunal arbitral ha reducido el monto de una cláusula penal, véase *Consorcio CCIM v. Ecopetrol S.A.* (24 de noviembre de 2005) (árbitros: C. Manrique, C. Arrieta y W. Namén), *Astecnia S.A. v. Francocolombiana de Construcción Ltda.* (14 de junio de 2005) (árbitros: A. Pabón, L. Neira y J. Cárdenas), *Compañía Central de Seguros S.A. y Compañía Central de Seguros de Vida S.A. v. Maalula Ltda.* (31 de agosto de 2000) (árbitros: J. Suescún, J. P. Cárdenas y A. J. de Irisarri), e *Instituto de Mercadeo Agropecuario, IDEMA, v. Americana de Gestiones Comerciales, AMERCO Ltda.* (13 de julio de 1996) (árbitro: L. Alvarado).

en caso de incumplir dicho negocio jurídico². Tal estipulación es beneficiosa toda vez que, si bien la víctima de un incumplimiento sigue teniendo que probar ante un juez que este ocurrió, se evita el desgaste de probar los perjuicios sufridos. Ello, por supuesto, no solo genera un ahorro en los costos que implica obtener tales pruebas³, sino que también permite que la indemnización recibida sea mucho más cercana a los daños verdaderamente causados. Esto último se debe a dos razones. Primero, las partes de un contrato tienen mejor información que un juez sobre el monto de los perjuicios que causarían o sufrirían, y esto a pesar de que ellas estiman los perjuicios *ex ante* y no *ex post* como lo hace el funcionario judicial⁴. Segundo, una cláusula penal puede incluir daños cuya indemnización tanto la ley como los jueces suelen rechazar debido a que son imprevisibles⁵ o remotos, especulativos o inciertos, como es el caso de ciertos lucros cesantes o de daños de reputación o *good will*⁶.

Las cláusulas penales punitivas, por su parte, son aquellas que permiten a quien sufre un incumplimiento cobrar a la otra parte tanto la pena pactada como el monto de los perjuicios sufridos, debiendo probar estos pero no aquella⁷. Además de las ventajas ya mencionadas para las cláusulas estimativas de perjuicios, las cláusulas penales punitivas cuentan con los siguientes beneficios⁸. En primer lugar, evitan los costos de transacción requeridos para estimar con precisión los perjuicios que se sufrirían en caso de incumplimiento. Esta ventaja es obvia: salvo los límites legales a los cuales se hará referencia más adelante, la cláusula penal punitiva podría ser lo suficientemente alta para que la parte que sufra el incumplimiento tenga la seguridad de que su monto cubrirá razonablemente los perjuicios sufridos sin que haya necesidad de probar estos para poder cobrarlos, ni de desgastarse estimando razonablemente su monto al momento de celebrar el contrato. En particular, y a diferencia de la cláusula penal estimativa de perjuicios, no se hace necesario detallar todos

2 Esta sección se basa parcialmente en el análisis de las cláusulas penales que se hace en GAVIRIA, J. A., *El problema del hold-up en el derecho de los contratos - Estados Unidos, Colombia y México*, México, Porrúa, 2015, 38-49.

3 Véase HILLMAN, R. A., "The Limits of Behavioral Decision Theory in Legal Analysis: The Case of Liquidated Damages", *Cornell Law Review*, n.º 85, 2000, 717-738.

4 Véase *Wassenaar v. Panos*, 331 N.W.2d 357, 370 (Wis. 1983), y SCHWARTZ, A., "The Myth that Promisees Prefer Supracompensatory Remedies", *Yale Law Journal*, vol. 100, 1990, 369.

5 Véase FARNSWORTH, E. A., *Contracts* 7.ª ed., New York, Aspen, 2008, 820.

6 Véase HILLMAN, "The Limits of Behavioral Decision Theory in Legal Analysis", cit., 717-738; y GOETZ, C. J. y SCOTT, R. E., "Liquidated Damages, Penalties and the Just Compensation Principle: Some Notes on an Enforcement Model and a Theory of Efficient Breach", *Columbia Law Review*, n.º 77, 1977, 572. Véase también DI MATTEO, L. A., "Penalties as Rational Response to Bargaining Irrationality", *Michigan State Law Review*, 2006, 883.

7 Véase GAVIRIA, *El problema del hold-up en el derecho de los contratos*, cit., 38-49.

8 Las cláusulas penales también podrían generar efectos indeseados, como retardar la entrada a un mercado de empresas más eficientes cuando cambiar a un proveedor por otro implicase el pago de una pena mayor a la eficiencia generada por tal modificación, llevar a una situación de insolvencia a quien deba pagar su alto monto, o generar un incentivo, para quien recibiría el pago, de inducir el incumplimiento. Véase *ibid.*, 46.

los posibles tipos de incumplimiento precisando los perjuicios que cada uno genera (p. ej., para un contrato de compraventa, los perjuicios que el vendedor puede causar al comprador por la no entrega, la entrega tardía, la entrega de mala calidad, etc.)⁹.

Segundo, una cláusula penal permite a la parte deudora comunicar verosímelmente que las obligaciones contractuales serán cumplidas. En efecto, si una parte acepta pagar una altísima suma en caso de incumplimiento es porque considera que este escenario es muy improbable¹⁰. Esta promesa de cumplimiento resulta especialmente útil para empresas de creación reciente que todavía no cuentan con gran experiencia o reputación en un mercado¹¹.

Tercero, una cláusula penal punitiva funciona como una póliza de seguros que una parte emite a favor de la otra para cubrir el riesgo de incumplimiento contractual¹². Ello ocurre cuando una de las partes sufrirá una pérdida idiosincrática o subjetiva en caso de incumplimiento y la otra parte es el asegurador más eficiente o, en otras palabras, quien puede evitar el incumplimiento o “siniestro” a menor costo. En tal caso, la prima de la “póliza” sería el precio extra que una de las partes cobra por obligarse a pagar daños en exceso de las pérdidas estimadas.

Cuarto, las cláusulas penales punitivas son útiles cuando la probabilidad de que un incumplimiento contractual no sea detectado es significativa¹³. Supóngase que un comprador solo detecta las fallas de calidad o vicios ocultos en los bienes que su vendedor le suministra en uno de cada cuatro despachos, y que cada incumplimiento genera daños de \$1.000. Bajo tales supuestos, cada cuatro incumplimientos el valor de los daños ascenderá a \$4.000. Para compensar estos, se requiere que el valor de la pena para un solo contrato sea cuatro veces superior al monto de los daños causados y detectados (es decir, cuatro veces \$1.000).

Como quinta, última y posiblemente más importante función, las cláusulas penales punitivas disuaden de incumplir. Así, una cláusula penal de este tipo será de gran importancia en contratos cuyo cumplimiento es esencial para una determinada parte, como por ejemplo un contrato de suministro de materia prima escasa sin la cual la producción del comprador se paralizaría. Nótese que, a diferencia de una cláusula punitiva, una cláusula estimativa de perjuicios no será suficiente para disuadir de incurrir en incumplimiento cuando este sea lo suficientemente rentable para la otra parte, es decir, cuando el beneficio de incumplir sea superior a los perjuicios

9 Véase, en general, DE GEEST G., “Penalty Clauses and Liquidated Damages”, en *id.* (coord.), *Contract Law & Economics, Encyclopedia of Law & Economics*, vol. 6, 2.^a ed., Northampton, Edward Elgar, 2011, 148.

10 Véase HILLMAN, “The Limits of Behavioral Decision Theory in Legal Analysis”, *cit.*, 717-738.

11 *Lake River Corp. v. Carborundum Co.*, 769 F.2d 1284, 1291 (1985). Véase también CLARKSON, K. W.; MILLER, R. L. y MURIS, T. J., “Liquidated Damages v. Penalties: Sense or Non-sense”, *Wisconsin Law Review*, 1978, 367-368.

12 COOTER, R. y ULEN, T., *Law and Economics*, 3.^a ed., New York, Pearson Addison Wesley, 2000, 236 y GOETZ y SCOTT, “Liquidated Damages, Penalties and the Just Compensation Principle”, *cit.*, 580.

13 POSNER, R. A., *Economic Analysis of the Law*, 7.^a ed., New York, Aspen, 2010, 128.

pactados que debe pagar. En otras palabras, mientras más alto el valor de la pena, menor incentivo para incumplir existirá¹⁴. Con todo, la ley no suele permitir que el monto de una cláusula penal sea excesivo, como lo explicará la siguiente sección.

B. Límites al monto de las cláusulas penales

La validez de las cláusulas penales depende del sistema jurídico que las rijan. Por una parte, los países de *common law* suelen prohibir las cláusulas penales punitivas, pero no las estimativas de perjuicios, de conformidad con la premisa de que el derecho de contratos debe ser sancionatorio y no punitivo; es decir, los remedios deben poner a quien sufre un incumplimiento en la misma situación en la que esta habría estado si el contrato se hubiera cumplido, pero no en una situación mejor¹⁵. Así, por ejemplo, el artículo 2-718(1) del código de comercio uniforme de Estados Unidos establece que las cláusulas de daños liquidados (*liquidated damages clauses*), aquellas que estiman razonablemente el valor de los perjuicios resultantes de un incumplimiento contractual, son válidas, pero no así las cláusulas penales (*penalty clauses*), las cuales estipulan el pago de sumas adicionales a los perjuicios causados¹⁶.

Por otra parte, los países de *civil law* suelen permitir las cláusulas penales, aunque no de manera tan liberal como lo hacían los códigos decimonónicos¹⁷. En efecto, es común que tales legislaciones fijen límites cuantitativos a las cláusulas penales cuando las obligaciones que se incumplen son determinables en dinero o, en el caso contrario, que permitan a los jueces reducir un monto que se considere excesivo con base en criterios como la equidad o el interés que se tiene en el cumplimiento del contrato. Tal es el caso, por ejemplo, de los artículos 1601 c.c. y 867 c.co. de Colombia, respectivamente.

Una pregunta que salta a la vista es por qué existen tales límites, a pesar de que estos reducen la funcionalidad económica de las cláusulas penales; por ejemplo, disminuyen su capacidad de disuadir de incurrir en incumplimiento. *A priori*, son razones de justicia las que motivan tales restricciones. En particular, parecen ser deseables normas imperativas que eviten que una parte con gran poder de negociación

14 Véase *Lake River Corp. v. Carborundum Co.*, 769 F.2d 1284, 1291 (1985).

15 Véase FARNSWORTH, *Contracts*, cit., 820 y Restatement (Second) of Contracts § 356 comentario a. No obstante, la prohibición de las cláusulas penales sigue siendo uno de los grandes misterios de la teoría económica del *common law*. Véase POSNER, R. A., "Some Uses and Abuses of Economics in Law", *University of Chicago Law Review*, vol. 46, n.º 1979, 281-306 y RUBIN, P. H., "Unenforceable Contracts: Penalty Clauses and Specific Performance", *Journal of Legal Studies*, n.º 10, 1981, 237.

16 La sección 2-718(1) señala: "*Damages for breach by either party may be liquidated in the agreement but only at an amount which is reasonable in light of the anticipated or actual harm caused by the breach, the difficulties of proof of loss, and the inconvenience or non-feasibility of otherwise obtaining an adequate remedy. A term fixing unreasonably large liquidated damages is void as a penalty*".

17 Véase el artículo 1152 del Código de Napoleón (Francia). Véase, en general, DÍAZ, S., *La cláusula penal*, Madrid, Reus, 2011, 1.

exija en sus contratos la estipulación de cláusulas penales que operen exclusivamente a su favor y cuyos montos sean tan altos que incluso la motiven a inducir incumplimientos. En últimas, la lógica detrás de la limitación de las cláusulas penales es similar a la que subyace a las normas sobre cláusulas abusivas o leoninas.

La economía conductual, sin embargo, aporta explicaciones que podrían ser más convincentes. Según Melvin Eisenberg, el verdadero motivo para que las cláusulas penales sean objeto de escrutinio judicial es el hecho de que quienes las pactan son personas que, como todos los seres humanos, están sujetas a: (i) una racionalidad limitada o fallas cognitivas, (ii) fallas de disposición y (iii) fallas de capacidad¹⁸. Cada una de estas fallas se explica a continuación.

Racionalidad limitada significa que la capacidad mental del ser humano es limitada y, por lo tanto, este no puede analizar todas las consecuencias futuras de sus actos¹⁹. En el tema que nos ocupa, las partes de un contrato no tienen la capacidad para imaginar, al momento de su celebración, todos los escenarios de la naturaleza o posibles incumplimientos que pueden ocasionar o sufrir y, de tal manera, la forma en que una cláusula penal podría operar en contra o favor de ellas²⁰. Adicionalmente, y dado que los recursos cognitivos son escasos y que, por ende, deben usarse de forma eficiente, podría no tener mucha justificación esforzarse en la redacción de una cláusula penal, ya que los beneficios de hacerlo, que solo se materializarían en el caso poco frecuente de que el contrato se incumpla, suelen ser muy inferiores a sus costos de negociación y redacción, que siempre existirán²¹. Supóngase, por ejemplo, que el costo de redacción de una cláusula penal es de \$100 (que incluye el riesgo de que su propuesta frustre la realización del negocio jurídico) y que el beneficio de pactarla se valora en \$300, pero que tal utilidad solo existirá en caso de que una de las partes incumpla el contrato, lo cual ocurrirá con una probabilidad del 10%²². En tal caso, el costo de \$100 será superior al beneficio esperado de \$30 (\$300 x 10%).

Aunque es verdad que la racionalidad limitada afecta el entendimiento de las consecuencias futuras de todas las cláusulas de un contrato, y no solo de las cláusulas

18 EISENBERG, M., "Behavioral Economics and Contract Law", en ZAMIR, E. y TEICHMAN, D. (coords.), *The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law*, New York, Oxford University Press, 2014, 438-464.

19 SIMON, H., *Models of Man: Social and Rational - Mathematical Essays on Rational Human Behavior in a Social Setting*, New York, Wiley, 1957.

20 Con todo, tal análisis no está exento de críticas. Robert A. Hillman acepta que tales fallas cognitivas existen pero que, al mismo tiempo, otros sesgos y heurísticas podrían implicar que las partes sí valoran sus cláusulas penales y que invierten un considerable tiempo negociándolas y detallándolas, sin que al final sea claro cuál efecto prevalece. Véase HILLMAN, "The Limits of Behavioral Decision Theory in Legal Analysis", cit., 737.

21 EISENBERG, "Behavioral Economics and Contract Law", cit.

22 En sentido estricto, los beneficios de una cláusula penal no solo se materializan cuando hay incumplimiento, caso en el cual tal estipulación sirve para compensar los daños e incluso para recibir una suma de dinero adicional, sino también cuando el contrato se cumple y ello sucede, al menos en parte, debido a los incentivos generados por la cláusula penal. Pero para facilitar el análisis y este ejemplo se ha hecho abstracción de esto último.

las penales, pareciera que las personas entendiesen más fácilmente términos como cantidad y precio, que además suelen ser esenciales para el contrato, y con más dificultad otros conceptos como los relacionados con los posibles incumplimientos y los daños que estos pueden generar²³.

Si bien estas fallas cognitivas podrían explicar, en la perspectiva de la economía conductual, los límites legales a las cláusulas penales o la facultad que se otorga a los jueces para moderar su monto, así como la tendencia de estos a revisar de manera estricta dichas estipulaciones²⁴, no necesariamente justifican tales restricciones. De hecho, Robert A. Hillman formula varias críticas a la posibilidad de que la racionalidad limitada sea razón suficiente para restringir la operatividad de las cláusulas penales. En primer lugar, la poca atención que las partes de un contrato presten a una cláusula penal, o a cualquier otra cláusula en un contrato, no debería ser razón suficiente para que tal estipulación se deje de aplicar o para que se aplique de manera restringida, a menos que se haya presentado fuerza u otro vicio del consentimiento²⁵. El propio Hillman señala que si, a pesar de la poca atención prestada durante su negociación, las cláusulas que estiman daños son rutinariamente ejecutadas a través de procesos judiciales, las partes serán cada vez más conscientes de la importancia de las mismas y sus habilidades cognitivas mejorarán²⁶.

En segundo lugar, un juez que revisa estrictamente una cláusula penal debido a las posibles fallas cognitivas de quienes la estipularon puede estar cometiendo el mismo error que trata de corregir. Para empezar, este juez tiene todavía más dificultades que las partes para entender la funcionalidad de dicha cláusula; al fin y al cabo, es un tercero que no fue parte de un negocio jurídico que usualmente se celebró mucho tiempo atrás. Aunado a ello, y debido al sesgo de retrospectiva, un juez revisa una cláusula penal solo cuando el contrato se ha incumplido y se ha desatado un litigio, lo que puede llevarlo a calcular erróneamente la capacidad de las partes al momento de negociar los términos de su contrato y a infravalorar las funciones económicas que estas pudieron tener en cuenta a la hora de pactar una cláusula penal

23 HILLMAN, “The Limits of Behavioral Decision Theory in Legal Analysis”, cit.

24 Véase *ibíd.*, 737 (“*Judges exuberantly police agreed damages in part because of their perception of the planning parties’ cognitive limitations*”). Hillman también aduce, como razón adicional para el estricto control de las cláusulas penales, la aversión que se suele tener hacia las penas y hacia pagos grandes en materia contractual (“*People’s aversion to penalties and windfalls also undoubtedly enhances the judicial appetite for devouring agreed damages clauses*”. *Ibíd.*). De todas maneras, téngase en cuenta que dicho intenso control judicial es mayor en los países de *common law*, donde las cláusulas punitivas están prohibidas y los jueces revisan que una denominada cláusula de daños liquidados, que sí están permitidas, no sea en realidad una pena con otro nombre. En cambio, el control en los países de *civil law*, donde la ley se limita a restringir el monto de las cláusulas penales, puede ser menos intenso.

25 HILLMAN, “The Limits of Behavioral Decision Theory in Legal Analysis”, cit., 733.

26 *Ibíd.*, 733-734.

y de estimar su monto²⁷. En particular, una pena de valor alto, que *ex ante* era razonable por el riesgo de incumplimiento que asumía una parte y porque solo tal valor la indujo a celebrar el contrato, podría parecer excesiva *ex post*, al analizar un determinado incumplimiento que pudo ser sin culpa y que generó mínimos perjuicios²⁸.

Otro sesgo, el de representatividad, puede igualmente llevar a los jueces a recordar con más facilidad cláusulas penales abusivas o de monto exagerado en contraste con penas razonables que funcionaron bien; y esto puede inducirlos a considerar que las primeras son mucho más frecuentes que las segundas, así ello no sea cierto²⁹. De hecho, los jueces suelen analizar las cláusulas penales cuando hay incumplimiento, y por lo tanto un litigio, pero no cuando las partes honran sus obligaciones contractuales, aunque esto puede obedecer a que una determinada cláusula penal alineó los intereses de las partes y redujo los incentivos para incumplir.

Un segundo factor para que las cláusulas penales sean objeto de un intenso escrutinio judicial son las fallas de disposición³⁰. Las partes de un contrato suelen ser víctimas de un sesgo de optimismo o estar rodeadas por un velo de esperanza³¹, creyendo que su incumplimiento es menos probable de lo real, con lo cual prefieren dedicar el preciado tiempo de negociación a otro tipo de estipulaciones³². Así, en el ejemplo presentado unos párrafos atrás, la probabilidad real de incumplimiento sería del 10%, pero la estimada por las partes podría ser menor, dígase del 5%, con lo cual la brecha entre los costos y los beneficios de acordar una cláusula penal se amplía. En consecuencia, la de por sí poca deliberación de las cláusulas penales se reduce aún más. Este sesgo de optimismo puede llevar a que no haya mayor reticencia a aceptar en la etapa de celebración de un negocio jurídico una cláusula penal

27 Véase, en general, JOLLS, C. et al., “A Behavioral Approach to Law and Economics”, *Stanford Law Review*, n.º 50, 1998, 1471, 1543.

28 Véase KAPLAN, PH. R., Note, “A Critique of the Penalty Limitation on Liquidated Damages”, *Southern California Law Review*, n.º 50, 1977, 1055-1072 (“contending that courts fail to assume that ‘parties have capitalized the risk of breach and included this value in the price’”). Véase también GAVIRIA, *El problema del hold-up en el derecho de los contratos*, cit., 120-128 (mostrando evidencia según la cual los árbitros colombianos usualmente reducen el monto de las cláusulas penales).

29 KURAN, T. y SUNSTEIN, C., “Availability Cascades and Risk Regulation”, *Stanford Law Review*, n.º 51, 1999, 683, 765. Véase también HILLMAN, “The Limits of Behavioral Decision Theory in Legal Analysis”, cit., 736-737 (“Moreover, judges probably fail to account for their own cognitive biases, such as their tendency to remember outrageous agreed damages clauses and to believe too optimistically that they are not susceptible to the hindsight bias or the framing effect”).

30 EISENBERG, “Behavioral Economics and Contract Law”, cit., 438-464. Véase también HILLMAN, “The Limits of Behavioral Decision Theory in Legal Analysis”, cit., 736 (“courts generalize that parties do not negotiate agreed remedies provisions. Instead, courts believe that promisors share an ‘illusion of hope’ that nothing will go wrong and consequently fail to bargain adequately over remedial provisions”).

31 En palabras de Robert A. Hillman, “illusions of hope”. HILLMAN, “The Limits of Behavioral Decision Theory in Legal Analysis”, cit., 734-735.

32 *Ibid.*, 737 (“Judges believe that parties at the bargaining stage are generally too optimistic that nothing will go wrong and therefore devote their limited bargaining energies and abilities to other issues”).

de valor alto, toda vez que este se ajusta a la baja probabilidad de incumplimiento, y que luego, cuando este escenario se haga realidad (lo improbable es posible), con una probabilidad del 100% el monto de la pena se ajustará, alegando que es excesiva ante un juez³³.

En tercer y último lugar, las partes de un contrato suelen tener fallas de capacidad³⁴. Es decir, suelen tomar la evidencia presente como una muestra indebidamente representativa del futuro, valorando así más los beneficios del cumplimiento, que se obtienen desde que el contrato se firma, que los costos del incumplimiento, que, además de improbables, se observan lejanos en el horizonte³⁵. En palabras más simples, las partes de un contrato no desean dilatar el comienzo de la ejecución de un contrato, y la obtención de los beneficios que este genera, con la negociación de una cláusula que, si acaso, será útil en un tiempo distante.

Como resultado de estas tres limitaciones cognitivas que llevan a los contratantes a estipular cláusulas penales sin ser verdaderamente conscientes de sus efectos, la ley implícitamente pareciera haber adoptado una solución de compromiso: permitir las cláusulas penales pero limitar su monto. Tal limitación lleva a preguntarse cuál es el valor eficiente de una cláusula penal, interrogante que dista de ser sencillo por dos motivos. Por una parte, un valor muy alto, además de que difícilmente será aceptado por la contraparte, posiblemente será superior a los límites legales o excesivo para un juez. Por otro lado, un valor muy bajo cumplirá fácilmente los requisitos legales pero no solo reducirá notoriamente las funciones económicas de la cláusula penal, como incluir en su monto perjuicios que rara vez los jueces reconocen o indicar a la contraparte la voluntad de cumplir a cabalidad el contrato³⁶, sino que paradójicamente puede incentivar el incumplimiento al eliminar la reticencia moral de quien debe pagar la pena.

En ausencia de una cláusula penal, algunas empresas podrían decidir cumplir íntegramente un contrato así surjan, con posterioridad a su celebración, oportunidades de incumplimiento eficiente, como sería el caso de un tercero que ofrece un mayor precio por un bien que es escaso. Tal comportamiento podría obedecer a razones morales (creer que el cumplimiento es lo correcto sin importar sus efectos económicos) o reputacionales (temor a adquirir fama de contratante poco respetuoso de sus pactos y, por ende, a perder futuros negocios)³⁷. Dejando de lado el tema reputacional, un contrato que estipule una cláusula penal de monto bajo podría eliminar la reticencia moral de quien pondera la decisión de incumplir, al considerar que la pena que paga

33 Ibid., 717-738.

34 EISENBERG, "Behavioral Economics and Contract Law", cit., 438-464.

35 Ibid.

36 Ibid.

37 Ibid. Véase también WILKINSON-RYAN, T. y BARON, T., "Moral Judgment and Moral Heuristics in Breach of Contract", *Journal of Empirical Legal Studies*, vol. 6, n.º 2, 2009, 405-423 (presentando evidencia empírica según la cual las personas creen que incumplir intencionalmente un contrato es inmoral en sí mismo).

le da ese derecho. La siguiente sección resume investigaciones empíricas según las cuales las cláusulas penales de bajo monto podrían incentivar el incumplimiento de contratos, al menos en comparación con negocios jurídicos similares que no incluyen este tipo de estipulaciones y cuyo incumplimiento está sujeto a las reglas supletivas sobre indemnización de daños y perjuicios.

II. Investigaciones experimentales sobre cláusulas penales

Este artículo no presenta evidencia experimental sobre las razones que podrían motivar a un legislador a imponer límites a una cláusula penal. El autor no conoce experimentos sobre este tema y, de hecho, su formulación sería compleja. En contraste, sí se indican a continuación algunos estudios empíricos que corroboran la teoría consistente en que una cláusula penal de monto bajo puede incentivar el incumplimiento de un contrato antes que disuadirlo. Wilkinson-Ryan y Baron, luego de encuestar a un número significativo de participantes, encontraron que las partes de un contrato son más estrictas en la conciliación de daños resultantes de un incumplimiento cuando los perjuicios son estimados *a posteriori* en comparación con un caso, el de las cláusulas penales, en el cual se estiman *a priori*³⁸. Como segunda ilustración, Feldman y Teichman hicieron experimentos con algunos estudiantes que les permitieron concluir que la decisión de cumplir o no un contrato era frecuentemente motivada por consideraciones morales³⁹.

En un tercer estudio, Wilkinson-Ryan presenta evidencia experimental según la cual las personas están más dispuestas a explotar oportunidades de incumplimiento eficiente cuando un contrato incluye una cláusula de daños liquidados o estimativa de perjuicios en comparación con un escenario en el cual los daños deben ser determinados y probados en un litigio⁴⁰. En otras palabras, la forma como las partes de un contrato ven su incumplimiento depende de cómo los daños se estipulan. La importancia de este estudio y su similitud con el experimento que se propondrá en el presente texto ameritan un resumen más detallado⁴¹.

En un escenario del experimento, los participantes deben suponer que son los dueños de un restaurante y que están considerando alquilarlo por una noche y para una fiesta privada a los Wilsons por un valor de \$1.000, que será pagado el día del evento. El valor del canon es muy favorable toda vez que el precio que se cobra por el arriendo de lugares similares es de \$2.000. El arrendador ofrece un costo más

38 Ibid.

39 FELDMAN, Y. y TEICHMAN, D., "Are All Contractual Obligations Created Equal?", *Georgia Law Review*, n.º 100, 2011, 5-52.

40 WILKINSON-RYAN, T., "Do Liquidated Damages Encourage Breach? A Psychological Experiment", *Michigan Law Review*, vol. 108, 2010, 633-675.

41 Ver también WINTER, H., *Issues in Law and Economics*, Chicago, University of Chicago Press, 2017, 212-213.

bajo porque su costo marginal es \$0, teniendo en cuenta que el restaurante no abrirá sus puertas al público si no celebra el contrato. Así pues, los \$1.000 de ingreso son equivalentes a la utilidad. En una versión del experimento, utilizada con la mitad de los participantes, el contrato incluye una cláusula de daños liquidados según la cual los Wilsons recibirán un pago de \$1.000 si el restaurante no está disponible para los arrendatarios en la noche del evento, sin importar la razón. Tal cifra es una buena aproximación a los perjuicios reales que tal incumplimiento causaría (recuérdese que el precio pactado fue de \$1.000 y que el canon de arrendamiento de locales similares es de \$2.000). En la otra versión del experimento, utilizada con la otra mitad de los estudiantes, el contrato no incluye dicha cláusula de daños liquidados, aunque se asume que un juez estimaría los perjuicios en \$1.000. Al fin y al cabo, ese sería el precio adicional que tendrían que pagar para rentar otro lugar en la fecha elegida. Dos semanas antes de la fiesta de los Wilsons, el arrendador se entera de que una conocida banda de rock está interesada en alquilar el restaurante esa misma noche para hacer allí una fiesta luego de finalizado un concierto en un lugar muy cercano. Se les pregunta entonces a los estudiantes, que asumen el papel del arrendador, cuál sería el monto mínimo que debería ofrecer la banda de rock para aceptar su oferta y, como consecuencia, incumplir el contrato con los Wilsons. Los participantes en ambos escenarios (con y sin cláusula de daños liquidados) conocen que como los Wilsons serían informados con suficiente antelación del incumplimiento (dos semanas), estos podrían reservar otro lugar por \$2.000, para un sobre precio de \$1.000, que sería cubierto con la indemnización pagada. Es decir, y para ambas versiones del experimento, para los Wilsons sería indiferente, desde el punto de vista económico, el cumplimiento del contrato o su incumplimiento con un pago de \$1.000.

El estudio experimental de Tess Wilkinson-Ryan asume: (i) que mientras más difícil le resulte a una persona incumplir el contrato con los Wilsons, mayor precio requerirá de la banda de rock, y (ii) que la cláusula de daños liquidados tendrá el efecto de reducir ese disgusto por incumplir, con lo cual el precio promedio debería ser menor que en el escenario en que las partes no liquidaron los daños⁴². En palabras de la autora:

Liquidated damages are a means of making the sanction for breach explicit within a contract. Decision researchers have found experimental evidence that, when social norms are in conflict with efficiency incentives, a more explicit structure leads to more self-interested behavior. Even when the law of contracts is arguably clear itself on the legal remedy for breach, moral intuition differentiates between a background law like the rule of expectation damages and an obligation to pay damages included as a clause in the body of the contract. When parties stipulate damages, they clarify

42 Véase WILKINSON-RYAN, "Do Liquidated Damages Encourage Breach?", cit., 633-675.

*the respective expectations of the parties, permitting efficient breach without repudiation of the mutual understanding*⁴³.

Los resultados del experimento soportan su predicción: el precio mínimo exigido a la banda de rock cuando el contrato incluye una cláusula de daños liquidados es de \$2.800, mientras que cuando el contrato carece de dicha cláusula y simplemente se rige por los daños que señala la ley dicho precio es de \$3.900. Ello sugiere que las partes están más dispuestas a incumplir un contrato que incluye una cláusula de daños liquidados en comparación con uno que no contiene tal cláusula. Los resultados también parecerían indicar que la famosa frase del juez Oliver Wendell Holmes (“*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*”) es más cierta cuando se estipula una cláusula de daños liquidados que cuando ello no sucede⁴⁴.

El experimento no terminó allí sino que introdujo una variante en la cual la cláusula pactada en la versión A ya no era de daños liquidados sino una cláusula penal (asumiendo que esta fuese válida bajo la ley aplicable). Recuérdese que en el derecho estadounidense las cláusulas de daños liquidados son aquellas que estiman razonablemente el valor de los perjuicios, mientras que las cláusulas penales, que no suelen ser válidas, fijan un valor más alto que dichos perjuicios. Así, la mitad de los participantes fue informada de que el contrato incluía una cláusula penal por valor de \$1.100, mientras que para los demás participantes el contrato no incluía ni cláusula penal ni cláusula de daños liquidados, sino que se regía por las reglas de los daños de expectativa; es decir, el juez fijaría como daños aquella suma que se debería pagar al contratante que sufre el incumplimiento para que este se encuentre tan bien como si el contrato se hubiera cumplido (monto que en el caso analizado es de \$1.000).

Obsérvese que el efecto de pactar una cláusula penal y no una cláusula de daños liquidados consiste en que ahora es más costoso incumplir el contrato cuando dicha cláusula se pacta (\$1.100), en comparación con el escenario tradicional de daños de expectativa (\$1.000), lo que sugeriría *a priori* que las partes tendrían un menor incentivo para incumplir cuando dicha cláusula penal se ha pactado. Pero los resultados indican que, por el contrario, los precios requeridos para incumplir son menores cuando se pacta la cláusula penal (\$3.000) que cuando ello no sucede (\$3.700). Así, los \$700 de diferencia sugieren que las partes que celebran un contrato que estipula una cláusula penal están más dispuestos a incumplirlo en comparación con quienes celebran un contrato sin dicha cláusula a pesar de que en el primer caso el incumplimiento resulte más costoso.

Así las cosas, si un sistema legal quiere favorecer el incumplimiento eficiente (como el estadounidense), siendo la moral un posible obstáculo para ello, debería estimular tanto las cláusulas de daños liquidados (cosa que hace) como las penales

43 *Ibíd.*, 636.

44 WENDELL HOLMES, O., *The Path of the Law*, New York, Martino Fine Books, 2012, 1.

(cosa que no hace). Si no desea estimular el incumplimiento eficiente (como parecería ser el caso colombiano)⁴⁵, no debería incentivar tanto las cláusulas penales, ya sean estimativas de perjuicios o verdaderamente punitivas, o al menos debería mantener los límites a su monto o las facultades que se le dan al juez para reducirlas⁴⁶.

Pero quizás el estudio más llamativo sobre la relación entre penas e incumplimientos fue el realizado por Gneezy y Rusticini y apropiadamente titulado “A Fine Is a Price”⁴⁷. Gneezy y Rusticini analizaron la hora en que los padres recogían a sus hijos en diez centros de cuidado infantil de Haifa (Israel). Durante las primeras tres semanas, los centros llevaban registros pero no imponían multas a los padres que recogían a sus niños luego del cierre (4:00 p.m.). Al iniciar la cuarta semana, seis centros seleccionados aleatoriamente introdujeron una multa de 2.5 dólares por niño y por diez minutos o más de tardanza. Desde la semana 16 y hasta la 20, la multa fue removida. El número y duración de las llegadas tardías se incrementó dramáticamente en los centros que impusieron las multas, sin que su remoción disminuyera significativamente tal cifra. En contraste, el número de padres que llegaban tarde permaneció relativamente constante en el grupo de control. Este estudio, aplicado a las cláusulas penales, sugiere que penas de bajo monto pueden terminar siendo el precio que las partes pagan para eliminar la reticencia moral que usualmente ocasiona incumplir un contrato.

En síntesis, estipular el monto eficiente de una cláusula penal es una labor que requiere una alta precisión jurídica y económica. En contratos de monto o complejidad baja o en transacciones cuyo incumplimiento no tiene consecuencias graves, como la venta de un bien o la prestación de un servicio que fácilmente se puede reemplazar, es posible que una cláusula penal no sea necesaria o, pactándose esta, la imprecisión en su monto no es un problema mayor. En contraste, estimar adecuadamente la cláusula penal en contratos de alta complejidad e importancia para sus partes sí puede ser la diferencia entre un futuro financiero brillante y uno difícil para una empresa. De ahí la importancia del tema.

III. Experimentos sobre la relación entre cláusulas penales e incumplimiento de contratos

Hasta ahora, este texto solo ha descrito la teoría económica sobre las cláusulas penales e investigaciones empíricas sobre estas realizadas por otros autores. Con el fin de realizar un aporte a estos estudios empíricos sobre cláusulas penales, a continuación se describe el diseño de un experimento realizado con estudiantes de derecho y se reportan y analizan sus resultados.

45 GAVIRIA, J. A., “Sobre la aplicación de la teoría del incumplimiento eficiente de contratos en el derecho colombiano”, *Revista Contexto de Derecho y Economía*, n.º 44, 2015, 37-57.

46 Cfr. art. 1599 c.c. y 1600 c.co.

47 GNEEZY, U. y RUSTICINI, A., “A Fine Is a Price”, *Journal of Legal Studies*, vol. 29, n.º 1, 2000, 1-17.

El experimento se basó en el siguiente caso hipotético: la compañía A subarrienda a la compañía B, por \$500 millones unas instalaciones con capacidad para 400 personas para un evento empresarial que se llevará a cabo entre los días 16 y 20 de octubre de 2018 en Cartagena, Colombia. En un primer escenario o versión X, que se le presentó a la mitad de los participantes, el contrato no estipuló ninguna cláusula penal. Por lo tanto, si la compañía A incumplía el contrato, el valor de los perjuicios a pagar sería el que su contraparte acreditara en un proceso. Se asumió que dichos perjuicios ascendían a \$50 millones. En un segundo escenario o versión Y, que se le planteó al resto de participantes, la compañía B manifestó la importancia que para ella tenía el evento a realizarse, razón por la cual exigió la inclusión de una cláusula penal. Por temor a que esta superase los límites legales y también porque la empresa arrendadora no aceptó un valor superior, el contrato estipuló una pena de \$50 millones, que A debería pagar a B en el caso de no cumplir su obligación de tener disponibles las instalaciones arrendadas el 16 de octubre de 2018. El contrato también estipuló que esta era una cláusula estimativa de perjuicios, es decir, que se podría cobrar en lugar de los perjuicios que se demostraren, pero no adicional a estos.

Acto seguido, se les informó a *todos* los participantes que, conforme se acercaba la fecha de ejecución del contrato, los sitios disponibles para eventos en Cartagena se agotaban. Esta situación de escasez llevó a que la compañía C ofreciera pagarle a la compañía A \$700 millones por utilizar a título de arrendamiento, entre el 16 y 20 de octubre de 2018, las mismas instalaciones que ya arrendadas a la compañía B. Se asumió, también, que no era posible renegociar con un precio al alza el contrato entre A y B. Si A incumplía este contrato, el valor que le debería pagar a B dependería de que se hubiera estipulado o no una cláusula penal. En el primer escenario o versión X, A tendría que pagarle a B los perjuicios que esta compañía acreditase en un litigio, que se asumieron iguales a \$50 millones, con lo cual la utilidad neta del incumplimiento sería de \$150 millones (la diferencia entre los precios que ofrecen C y B). En el segundo escenario o versión Y, A tendría que pagarle a B el monto de la cláusula penal (\$50 millones), siendo la utilidad neta resultante del incumplimiento también igual a \$150 millones (el monto de la pena se sustrae de la diferencia entre los precios que ofrecen C y B). En ambos escenarios, por lo tanto, a la compañía A le resultaría rentable incumplir. A pesar de ello, consideraciones morales y reputacionales podrían llevar a la compañía A a cumplir el contrato. Al informárseles a los participantes que la compañía A, siguiendo directrices de su junta directiva, abandonaría próximamente el negocio de arrendamiento de locales para eventos, se asumió que no había impedimentos reputacionales. Con base en tales hechos, y mediante la comparación de los resultados de ambos escenarios, el experimento buscó probar la hipótesis consistente en que el incumplimiento será más frecuente cuando el contrato estipula una cláusula penal estimativa de perjuicios de bajo monto que cuando ello no sucede, a pesar de que la utilidad neta de tal acción es menor en el primer escenario.

El número de participantes se dividió en dos grupos iguales. A un primer grupo se le informaron los hechos ya narrados para el primer escenario o versión X, aquel

cuyo contrato no estipuló cláusula penal alguna, mientras que al segundo grupo se le comunicaron los hechos del segundo escenario o versión Y, cuyo negocio jurídico sí contiene una cláusula penal. Acto seguido, se les informó a *todos* los participantes que se les pagaría una suma proporcional al beneficio obtenido por la empresa por ellos representada, que es la compañía arrendadora de las instalaciones. Por lo tanto, este pago será mayor cuando se decidan a incumplir que cuando decidan lo contrario. Es importante que los participantes reciban una retribución que dependa de las decisiones que tomen para garantizar que los resultados reflejen lo que ocurriría en la vida real⁴⁸.

Las instrucciones entregadas a los participantes del experimento se transcriben en el anexo 1.

El experimento se llevó a cabo con 48 estudiantes de Derecho de la Universidad Pontificia Bolivariana de Medellín, Colombia. 24 de ellos recibieron la versión X (sin cláusula penal estimativa de perjuicios) y los otros 24 la versión Y (con cláusula penal estimativa de perjuicios). Los resultados se muestran en la tabla 1.

Tabla 1. Número de incumplimientos en el experimento 1

Escenario	Personas que cumplen el contrato	Personas que incumplen el contrato	Total
X - Daños	12	12	24
Y - Cláusula penal	11	13	24
Total	23	25	48

Como se observa en la tabla 1, el número de personas que incumplió el contrato fue ligeramente mayor en el escenario de cláusula penal estimativa de perjuicios. Con todo, la diferencia es tan pequeña que no permite afirmar que los resultados hayan confirmado la teoría, aunque tampoco que la hayan refutado. En síntesis, los resultados no son concluyentes.

Debido a la pequeña diferencia obtenida, a que el cuestionario inicial recopilaba muy poca información de los estudiantes participantes y a que el ejercicio implicaba un alto gasto para el investigador suscrito, que no contaba con financiación, se decidió modificar el diseño del experimento, de tal manera que los hechos fuesen iguales, los estudiantes siguieran decidiendo si cumplir o no el contrato, pero sin pagarles

48 Véase ARLEN, J. y TALLEY, E. L., "Introduction to Experimental Law and Economics", en ARLEN, J. y TALLEY, E. L. (coords.), *Experimental Law and Economics*, Northampton, Edward Elgar, 2008, xxx (indicando que los pagos deben reflejar proporcionalmente las sumas que partes sofisticadas recibirían si los hechos fueran reales); CROSON, R., "Why and How to Experiment: Methodologies from Experimental Economics", *University of Illinois Law Review*, 2002, 944 (resaltando que el pago debe ser en función de las decisiones de los participantes).

remuneración alguna, y pidiéndoles a quienes decidieran cumplir que informasen cuál sería la cifra mínima a partir de la cual incumplirían, y a quienes decidieran incumplir, cuál sería la cifra máxima por la cual estarían dispuestos a cumplir. Aparte de tales modificaciones, no hubo ningún otro cambio. Los cuestionarios correspondientes a esta variante 1 del caso hipotético se transcriben en el anexo 2.

Esta segunda versión del experimento se llevó a cabo con 62 estudiantes de Derecho de la Universidad Pontificia Bolivariana de Medellín, Colombia –diferentes a quienes habían realizado la versión inicial ya referenciada–, divididos en dos grupos de 31. La tabla 2 presenta estos resultados.

Tabla 2. Número de incumplimientos en el experimento 2

Escenario	Personas que cumplen el contrato	Personas que incumplen el contrato	Total
X - Daños	12	19	31
Y - Cláusula penal	13	18	31
Total	25	37	62

De nuevo, las diferencias entre el número de personas que incumplen el contrato cuando no hay cláusula penal estimativa de perjuicios (19) y quienes sí lo hacen cuando tal cláusula se ha pactado (18) es la mínima (1). Aunque en este caso, y a diferencia del experimento anterior, es mayor el número de personas que incumplen para el régimen estándar de indemnización de daños y perjuicios. En cualquier caso, y dada tanto la pequeña muestra como la mínima diferencia entre los resultados, estos no se pueden considerar concluyentes en el sentido de confirmar o rechazar la teoría analizada.

Con todo, este segundo experimento, en comparación con el inicial, tuvo la ventaja de obtener más información sobre las decisiones tomadas. Recuérdese que a quienes decidían cumplir se les preguntaba cuál sería el valor mínimo por el cual incumplirían. Tal valor, por supuesto, debe ser superior a los \$700 millones que originalmente ofrecía la compañía C. Cuatro personas para la versión de régimen estándar de daños y 6 para la versión de cláusula penal estimativa de perjuicios afirmaron que nunca incumplirían el contrato, sin importar qué tan alto fuese el precio. Queda la inquietud de si, para un ejercicio que hubiese tenido retribución económica o en la vida real habrían opinado igual. A su vez, dos personas, ambas de la versión de cláusula penal, no contestaron lo preguntado. Para los demás participantes que decidieron cumplir, la tabla 3 muestra el promedio del precio mínimo a partir del cual incumplirían.

Tabla 3. Promedio de precio mínimo a partir del cual se incumple el contrato para quienes decidieron cumplir

Versión	Observaciones	Precio mínimo promedio
X - Daños	8	\$1.150 millones
Y - Cláusula penal	5	\$1.036 millones

A pesar de que la pequeña muestra no permite obtener conclusiones significativas desde el punto de vista estadístico, en este caso las respuestas sí coinciden con lo previsto por la teoría: el precio mínimo exigido para incumplir es menor cuando el contrato estipula una cláusula penal estimativa de perjuicios que cuando no lo hace. La diferencia entre dichas cifras, de \$114 millones, es casi el 10% de la cifra mayor. Como las muestras no son del mismo tamaño, no se puede calcular el estadístico t de la Distribución de Student, aunque se asume que por el pequeño tamaño de la muestra, los resultados no serán significativos a un bajo nivel de confianza.

A quienes decidían incumplir se les preguntó cuál sería el precio mínimo por el cual mantendrían su decisión de incumplir (o, lo que es igual, cuál sería el máximo precio por el cual cumplirían). Tal precio, necesariamente, debería estar entre \$550 millones, que es el precio ofrecido por la compañía B (\$500 millones) más los perjuicios o cláusula penal estimativa de perjuicios que habría que pagar (\$50 millones), y \$700 millones, que es el precio ofrecido inicialmente por la compañía C. Dos respuestas, ambas del tratamiento de cláusula penal, no fueron tenidas en cuenta, una porque no se contestó y la otra porque se dio un precio superior a \$700 millones. La tabla 4 muestra los promedios de las demás respuestas.

Tabla 4. Promedio de precios mínimos a partir de los cuales se incumple el contrato para quienes decidieron incumplir

Versión	Observaciones	Precio mínimo promedio
X - Daños	19	\$604.736.842
Y - Cláusula penal	16	\$603.750.000

Como se observa, los promedios son casi idénticos, aunque la cifra, como lo supone la teoría, es menor para el escenario de cláusula penal estimativa de perjuicios. Con todo, y nuevamente, el que la diferencia sea tan pequeña y el que el número de datos sea poco no permite obtener resultados estadísticamente significativos.

Debido a que realmente la decisión de cumplir o incumplir el contrato no es una variable exógena, sino que depende del precio que ofrecería la compañía C, y que

igualmente se pueden tener más datos si no se hace necesario dividir los resultados entre quienes decidieron cumplir e incumplir, se decidió hacer una tercera versión del experimento o segunda variante del caso hipotético original, de tal manera que fuera muy similar a la del ejercicio ya referenciado de Wilkinson-Ryan⁴⁹. En esta tercera versión o segunda variante no se les informa a los participantes el precio que ofrece C, sino que se les pregunta cuál sería el precio mínimo que debería ofrecer esta compañía para que decidiesen incumplir el contrato con B. A la mitad de los estudiantes, o versión X, se les informa que el régimen es el estándar de daños. A la mitad de la otra mitad, o versión Y, se les entrega un formato según el cual el contrato estipula una cláusula penal estimativa de perjuicios por valor de \$50 millones, mientras que para la segunda parte de la segunda mitad, o versión Z, la estipulación es de una cláusula penal punitiva por valor de \$100 millones. Aparte de estas modificaciones, no hay ningún otro cambio con relación a la variante 1 del caso hipotético. Los cuestionarios se transcriben en el anexo 3.

Este experimento se realizó con estudiantes de Derecho de la Universidad Pontificia Bolivariana, EAFIT, CES e ICESI en los meses de junio, julio y agosto, obteniendo los resultados que se muestran en la tabla 5.

Tabla 5. Promedio de precios mínimos a partir de los cuales se incumple el contrato

Versión	Observaciones	Precio mínimo promedio	Desviación estándar
X - Daños	33	\$711.867.753	\$167.383.276
Y - Cláusula penal estimativa perjuicios	32	\$671.208.454	\$180.529.986
Z - Cláusula penal punitiva	30	\$705.741.908	\$157.813.435

Téngase en cuenta que las tres versiones no presentan un número idéntico de datos porque fue necesario eliminar un dato de la versión Y y tres de la versión Z debido a que eran irrazonables, al corresponder a valores menores al precio que se debería cobrar al nuevo subarrendatario para que el incumplimiento con el subarrendatario original fuese eficiente aun después de pagar perjuicios.

Como lo predice la teoría y en sintonía con el experimento de Wilkinson-Ryan⁵⁰, el precio promedio que se le exige a la compañía C para contratar con ellos e incumplir el contrato con la compañía B es mayor en la versión X, que se basa en el régimen de daños supletivo, que en las versiones Y y Z, que incluyen cláusulas

49 Véase WILKINSON-RYAN, "Do Liquidated Damages Encourage Breach?", cit., 633-675.

50 Véase *ibíd.*

penales. También coherente con la teoría, el precio exigido a dicha compañía C es mayor cuando la cláusula penal es punitiva (caso en el cual hay que pagar una mayor cifra a la compañía B: \$50 millones más) que cuando dicha cláusula es estimativa de perjuicios. Con todo, se observa que la diferencia en el precio mínimo para incumplir entre las versiones Y –cláusula estimativa de perjuicios– y Z –cláusula punitiva– (\$34.544.454) es menor a los \$50 millones de más que se deben pagar en este último caso por ser tal cláusula penal adicional a los perjuicios. Es decir, los participantes de la versión Z no están “cobrando” ese mayor valor como un precio adicional exigido a la compañía C, lo que sugiere que la cláusula penal punitiva reduce la reticencia a incumplir en un grado todavía mayor que el de la cláusula penal estimativa de perjuicios.

Los resultados también muestran cómo, independientemente de la versión del experimento, los participantes tienen cierta reticencia al incumplimiento⁵¹. En efecto, para las versiones X y Y, el incumplimiento es eficiente a partir de un precio de \$550.000.001 (precio pactado con B de \$500 millones más perjuicios de \$50 millones), mientras que para la versión Z el incumplimiento es eficiente a partir de \$600.000.001 (precio pactado con B de \$500 millones más perjuicios totales de \$100 millones). A pesar de ello, los precios mínimos promedio a partir de los cuales se está dispuesto a incumplir son superiores a tales cifras “racionales”: \$161.867.752, \$121.208.453 y \$105.741.907 para los tratamientos X, Y y Z, respectivamente (las cifras anteriores se obtienen sustrayendo el precio mínimo a partir del cual es rentable el incumplimiento de los precios mínimos promedio informados por los participantes).

Conclusiones

Dada la metodología basada en experimentos en que se basa el artículo, esta sección se subdivide en dos apartados, uno con las conclusiones empíricas y otro con las teóricas.

1. Conclusiones empíricas

La versión original del experimento arrojó resultados interesantes pero no concluyentes toda vez que la muestra fue pequeña (48 personas), que la diferencia entre los resultados para las versiones de régimen de daños estándar y de cláusula penal estimativa fue mínima, y que no se recolectó ningún dato adicional a la decisión de cumplir o no el contrato. La variante 1 del experimento presentó las ventajas de contar con un número ligeramente mayor de participantes (62) y de recolectar no solo información sobre la decisión de cumplir o no, sino también sobre el precio mínimo a partir del cual se incumpliría. En cuanto a la decisión de cumplir o no el contrato, los resultados tampoco son concluyentes por la pequeña diferencia entre estos para am-

51 Véase también WINTER, *Issues in Law and Economics*, cit., 215-216.

bas versiones, mientras que para los precios mínimos y de conformidad con la teoría sí se encontró que estos eran menores cuando el contrato estipulaba una cláusula penal estimativa de perjuicios, en comparación con el régimen de daños estándar.

La variante 2 del experimento, que contó con el mayor número de participantes (95), confirmó las predicciones de la teoría económica. En efecto, el precio mínimo promedio a partir del cual los participantes decidían incumplir fue menor para el escenario en el cual se estipuló una cláusula penal estimativa de perjuicios que para la versión de daños estándar. En cuanto a la versión Z sobre cláusula penal punitiva, dicho precio mínimo promedio también fue menor al obtenido en la versión estándar pero mayor al resultante en el escenario Y con cláusula penal estimativa de perjuicios. Con todo, la diferencia en el precio entre las versiones Y y Z fue menor que el mayor valor que el contratante incumplido debe pagar en este último caso, lo que sugiere que la cláusula penal punitiva reduce todavía más la reticencia moral a incumplir un contrato. A propósito de tal reticencia, esta existe por supuesto en la versión de daños estándar, pero también subsiste en las dos versiones sobre cláusulas penales toda vez que los precios mínimos exigidos a la compañía C eran mayores que aquellos que hubieran permitido un incumplimiento eficiente.

En síntesis, y con base no solo en los experimentos realizados sino en la literatura referenciada sobre su efecto en las decisiones de incumplimiento contractual, una cláusula penal cuyo monto sea bajo o inadecuado podría generar incentivos inadecuados. En efecto, y en vez de cumplir su principal función, cual es disuadir de incurrir en incumplimiento, tal cláusula podría incentivar este al eliminar la reticencia moral a no ser fiel a las obligaciones contractuales adquiridas.

En consideraciones más genéricas, y con el fin de que las decisiones de los participantes sean lo más cercanas posibles a las que se tomarían en la vida real, el experimento ideal es aquel en el que se le paga a los participantes una suma proporcional al resultado económico que generan sus decisiones. Por razones financieras, ello solo fue posible para la versión original. A pesar de ello, los resultados de las dos variantes también son valiosos para el avance de los estudios experimentales en derecho y economía y para contribuir a una literatura sobre el tema que no se limite a los estudios dogmáticos sino que cada vez tenga un mayor componente empírico.

2. Conclusiones teóricas

Las futuras investigaciones deberán precisar el papel que debe jugar la economía conductual en el análisis del derecho de contratos. En gran medida, el impacto de esta rama de la economía puede ser positivo al permitir comprender con mayor claridad las razones por las cuales las partes de un contrato pactan ciertas cláusulas o toman determinadas decisiones, como las relacionadas con cumplir o no las obligaciones asumidas. Tal análisis, por supuesto, se puede extender a temas del derecho de contratos diferentes al estudio sobre las cláusulas penales y el incumplimiento y así mismo a otros aspectos del derecho privado.

De manera más general, la economía conductual puede hacer grandes aportes a los estudios legales, sin que su alcance se limite al derecho contractual o al privado⁵². Análisis teóricos y empíricos como el realizado en el presente artículo para un tema de contratación mercantil pueden tener lugar en diversas áreas del derecho, como el administrativo, el tributario, el societario o el penal, por mencionar solo unos pocos ejemplos. Tales análisis no solo permitirán ver las normas jurídicas bajo ángulos diferentes, permitiendo precisar su eficiencia o eficacia, sino que también serán muy útiles para el diseño e implementación de reformas legislativas.

Sin perjuicio de tales beneficios, este artículo no debe terminar sin antes hacer una breve mención de los peligros de un énfasis excesivo en la economía conductual a la hora de estudiar el derecho. Utilizando uno de los términos más difundidos de esta disciplina, hay que evitar un sesgo de optimismo en cuanto a su potencial. En el ámbito de las cláusulas penales, por ejemplo, un escrutinio judicial intenso de estas bajo el argumento de que sus partes fueron víctimas de fallas cognitivas, de disposición y de capacidad durante su negociación genera varias inquietudes. Por ejemplo, ¿hasta qué punto los jueces pueden utilizar argumentos de un área como la psicología, que no es aquella en la que son expertos, para limitar o restringir el alcance de estipulaciones contractuales libremente acordadas por las partes? Ello implicaría cierto paternalismo judicial, que no por bien intencionado sería siempre bienvenido. De manera más general, ello podría implicar el riesgo de que los jueces encontraran en la racionalidad limitada de las partes una excusa para interferir y controlar todo tipo de estipulación contractual, con la consiguiente afectación de la certeza y predictibilidad que los negocios jurídicos requieren y del derecho privado, cuya esencia es la libertad de contratación que permite a las personas decidir el rumbo de sus negocios sin que el Estado, a través de sus jueces, interfiera⁵³. En cualquier caso, este autor espera que los beneficios de una aplicación de la economía conductual al derecho sean muy superiores a sus riesgos, y que estos últimos sean adecuadamente controlados por académicos, juristas, jueces y abogados practicantes.

Referencias

ARLEN, J. y TALLEY, E. L., “Introduction to Experimental Law and Economics”, en ARLEN, J. y TALLEY, E. L. (coords.), *Experimental Law and Economics*, Northampton, Edward Elgar, 2008.

CLARKSON, K. W.; MILLER, R. L. y MURIS, T., “Liquidated Damages v. Penalties: Sense or Non-sense”, *Wisconsin Law Review*, 1978, 351-390.

52 Véase, en general, KOROBKIN, R., “What Comes after Victory for Behavioral Law and Economics?”, *University of Illinois Law Review*, 2011, 1653-1674.

53 Véase HILLMAN, “The Limits of Behavioral Decision Theory in Legal Analysis”, cit., 735.

- COOTER, R. y ULEN, T., *Law & Economics*, 6.^a ed., New York, Pearson, 2013.
- CROSON, R., “Why and How to Experiment: Methodologies from Experimental Economics”, *University of Illinois Law Review*, 2002, 921-946.
- DE GEEST, G., “Penalty Clauses and Liquidated Damages”, en *id.* (coord.), *Contract Law & Economics, Encyclopedia of Law & Economics*, vol. 6, 2.^a ed., Northampton, Edward Elgar, 2011.
- DI MATTEO, L., “Penalties as Rational Response to Bargaining Irrationality”, *Michigan State Law Review*, 2006, 883-908.
- DÍAZ, S., *La cláusula penal*, Madrid, Reus, 2011.
- EISENBERG, M., “Behavioral Economics and Contract Law”, en ZAMIR, E. y TEICHMAN, D. (eds.), *The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law*, New York, Oxford University Press, 2014.
- FARNSWORTH, E. A., *Contracts* 7.^a ed., New York, Aspen, 2008.
- FELDMAN, Y. y TEICHMAN, D., “Are All Contractual Obligations Created Equal?”, *Georgia Law Review*, n.º 100, 2011, 5-52.
- GAVIRIA, J. A., *El problema del hold-up en el derecho de los contratos - Estados Unidos, Colombia y México*, Ciudad de México, Porrúa, 2015.
- GAVIRIA, J. A., “Sobre la aplicación de la teoría del incumplimiento eficiente de contratos en el derecho colombiano”, *Revista Contexto de Derecho y Economía*, n.º 44, 2015, 37-57.
- GNEEZY, U. y RUSTICINI, A., “A Fine Is a Price”, *Journal of Legal Studies*, vol. 29, n.º 1, 2000, 1-17.
- GOETZ, C. J. y SCOTT, R. E., “Liquidated Damages, Penalties and the Just Compensation Principle: Some Notes on an Enforcement Model and a Theory of Efficient Breach”, *Columbia Law Review*, n.º 77, 1977, 554-594.
- HILLMAN, R. A., “The Limits of Behavioral Decision Theory in Legal Analysis: The Case of Liquidated Damages”, *Cornell Law Review*, n.º 85, 2000, 717-738.
- JOLLS, C. et al., “A Behavioral Approach to Law and Economics”, *Stanford Law Review*, n.º 50, 1998, 1471-1550.

- KAPLAN, PH. R., Note, "A Critique of the Penalty Limitation on Liquidated Damages", *Southern California Law Review*, n.º 50, 1977, 1055-1072.
- KOROBKIN, R., "What Comes after Victory for Behavioral Law and Economics?", *University of Illinois Law Review*, 2011, 1653-1674.
- KURAN, T. y SUNSTEIN, C., "Availability Cascades and Risk Regulation", *Stanford Law Review*, n.º 51, 1999, 683-768.
- POSNER, R. A., *Economic Analysis of the Law*, 7.^a ed., New York, Aspen, 2010.
- POSNER, R. A., "Some Uses and Abuses of Economics in Law", *University of Chicago Law Review*, vol. 46, n.º 2, 1979, 281-306.
- RUBIN, P. H., "Unenforceable Contracts: Penalty Clauses and Specific Performance", *Journal of Legal Studies*, n.º 10, 1981, 237-247.
- SCHWARTZ, A., "The Myth that Promisees Prefer Supracompensatory Remedies", *Yale Law Journal*, vol. 100, n.º 2, 1990, 369-407.
- SIMON, H., *Models of Man: Social and Rational - Mathematical Essays on Rational Human Behavior in a Social Setting*, New York, Wiley, 1957.
- WENDELL HOLMES, O., *The Path of the Law*, New York, Martino Fine Books, 2012.
- WILKINSON-RYAN, T., "Do Liquidated Damages Encourage Breach? A Psychological Experiment", *Michigan Law Review*, vol. 108, 2010, 633-671.
- WILKINSON-RYAN, T. y BARON, J., "Moral Judgment and Moral Heuristics in Breach of Contract", *Journal of Empirical Legal Studies*, n.º 6, 2009, 405-423.
- WINTER, H., *Issues in Law and Economics*, Chicago, University of Chicago Press, 2017.

Jurisprudencia

- Lake River Corp. v. Carborundum Co.*, 769 F.2d 1284, 1291 (1985).
- Wassenaar v. Panos*, 331 N.W.2d 357, 370 (Wis. 1983).

Anexo 1. Cuestionarios del caso hipotético original

Caso hipotético original - Versión X (régimen de daños estándar)

La compañía A, que es arrendataria de unas instalaciones con capacidad para 400 personas en el mejor sector de Cartagena, Colombia, subarrenda legalmente estas a la compañía B, por \$500 millones, para un evento empresarial que se llevará a cabo entre los días 16 y 20 de octubre de 2018 en dicha ciudad. El contrato no estipula ninguna cláusula penal. Por lo tanto, si la compañía A incumple el contrato, el valor de los perjuicios a pagar será el que su contraparte acredite en un proceso. Se asume que dichos perjuicios ascienden a \$50 millones. No es posible que B exija el cumplimiento específico del contrato (obligación *in natura*).

Conforme se acerca la fecha de ejecución del contrato, los sitios disponibles para eventos en Cartagena se agotan. Tal situación lleva a que la compañía C ofrezca pagarle a la compañía A \$700 millones por utilizar a título de arrendamiento, entre los días 16 y 20 de octubre de 2018, las mismas instalaciones que fueron ya arrendadas a la compañía B. Suponga que cumplir el contrato celebrado con B le reportará a la compañía A una ganancia neta de \$0 (los costos del arrendamiento son iguales al ingreso). En cambio, si se incumple este contrato, A tendría que pagarle a B los perjuicios que esta compañía acredite en un litigio, que se asumen iguales a \$50 millones, con lo cual la utilidad neta del incumplimiento sería de \$150 millones (la diferencia entre los precios que ofrecen C y B menos el valor de los perjuicios). Podría, pues, ser rentable incumplir. A pesar de ello, consideraciones morales podrían llevar a la compañía A a cumplir el contrato. Al informárseles a los participantes que la compañía A, siguiendo directrices de su junta directiva, abandonará próximamente el negocio de arrendamiento de locales para eventos, se asume que no hay impedimentos reputacionales.

Recuérdese que el beneficio neto de incumplir el contrato es de \$150 millones, mientras que el beneficio de cumplirlo es de \$0. Hipotéticamente, al ejecutivo que tome la decisión se le pagaría como salario variable un 10% de dicho beneficio, que equivaldría a \$15 millones en caso de incumplimiento eficiente. Si ese ejecutivo decide cumplir el contrato original, se le daría un bono de \$6 millones por hacer lo moralmente correcto. Pero esas cifras son impagables en este experimento. Por eso, en este ejercicio, y asumiendo que usted fuera el gerente, el investigador le pagará a usted \$50.000 si decide incumplir el contrato y \$20.000 si decide cumplirlo.

¿Cuál es su decisión?

Cumplir el contrato con B _____

Incumplir el contrato con B _____

Caso hipotético original cláusula penal - Versión Y (cláusula penal)

La compañía A, que es arrendataria de unas instalaciones con capacidad para 400 personas en el mejor sector de Cartagena, Colombia, subarrenda legalmente estas a la compañía B, por \$500 millones, para un evento empresarial que se llevará a cabo entre los días 16 y 20 de octubre de 2018 en dicha ciudad. La compañía B manifiesta la importancia que para ella tiene el evento a realizarse, razón por la cual exige la inclusión de una cláusula penal. Por temor a que esta supere los límites legales, y también porque la empresa arrendadora no acepta un valor superior sin exigir un mayor precio, el contrato estipula una pena de \$50 millones, que A deberá pagar a B si no cumple su obligación de tener disponibles las instalaciones arrendadas el 16 de octubre de 2018. El contrato también estipula que esta es una cláusula penal estimatoria de perjuicios, es decir, que no se pueden cobrar otras sumas por perjuicios así se demuestre que estos son mayores, y que tampoco se puede cobrar ninguna pena adicional. No es posible que B exija el cumplimiento específico del contrato (obligación *in natura*).

Conforme se acerca la fecha de ejecución del contrato, los sitios disponibles para eventos en Cartagena se agotan. Tal situación lleva a que la compañía C ofrezca pagarle a la compañía A \$700 millones por utilizar a título de arrendamiento, entre los días 16 y 20 de octubre de 2018, las mismas instalaciones que fueron ya arrendadas a la compañía B. Suponga que cumplir el contrato celebrado con B le reportará a la compañía A una ganancia neta de \$0 (los costos del arrendamiento son iguales al ingreso). En cambio, si se incumple este contrato, A tendría que pagarle a B el monto de la cláusula penal (\$50 millones), siendo la utilidad neta resultante del incumplimiento igual a \$150 millones (el monto de la cláusula penal se sustrae de la diferencia entre los precios que ofrecen C y B). Suponga, además, que cumplir el contrato celebrado con B le reportará a la compañía A una ganancia neta de \$0. Podría ser rentable incumplir. A pesar de ello, consideraciones morales podrían llevar a la compañía A a cumplir el contrato. Al informársele a los participantes que la compañía A, siguiendo directrices de su junta directiva, abandonará próximamente el negocio de arrendamiento de locales para eventos, se asume que no hay impedimentos reputacionales.

Recuérdese que el beneficio neto de incumplir el contrato es de \$150 millones mientras que el beneficio de cumplirlo es de \$0. Hipotéticamente, al ejecutivo que tome la decisión se le pagaría como salario variable un 10% de dicho beneficio, que equivaldría a \$15 millones en caso de incumplimiento eficiente. Si ese ejecutivo decide cumplir el contrato original, se le daría un bono de \$6 millones por hacer lo moralmente correcto. Pero esas cifras son impagables en este experimento. Por eso, en este ejercicio, y asumiendo que usted fuera el gerente, el investigador le pagará a usted \$50.000 si decide incumplir el contrato y \$20.000 si decide cumplirlo.

¿Cuál es su decisión?

Cumplir el contrato con B _____

Incumplir el contrato con B _____

Anexo 2. Cuestionarios de la variante 1 del caso hipotético

Variante 1 del caso hipotético - Versión X (régimen de daños estándar)

La compañía A, que es arrendataria de unas instalaciones con capacidad para 400 personas en Cartagena, Colombia, subarrenda legalmente estas a la compañía B, por \$500 millones, para un evento empresarial a realizarse entre el 16 y 20 de octubre de 2018 en dicha ciudad. El contrato no estipula ninguna cláusula penal. Por lo tanto, si la compañía A incumple el contrato, el valor de los perjuicios a pagar será el que su contraparte acredite en un proceso. Asuma que dichos perjuicios ascienden a \$50 millones. B no puede exigir el cumplimiento específico del contrato (obligación *in natura*).

Conforme se acerca la fecha de ejecución del contrato, los sitios disponibles para eventos en Cartagena se agotan. Tal situación lleva a que la compañía C ofrezca pagarle a la compañía A \$700 millones por utilizar a título de arrendamiento, entre el 16 y el 20 de octubre de 2018, las mismas instalaciones que fueron ya arrendadas a la compañía B. Suponga que cumplir el contrato celebrado con B le reportará a la compañía A una ganancia neta de \$0 (los costos del arrendamiento son iguales al ingreso, lo que se debe a que inicialmente sí se esperaba obtener alguna ganancia pero luego se incrementaron los costos de arriendo y tenencia del local y por ello esta se redujo a \$0). En cambio, si se incumple este contrato, A tendría que pagarle a B los perjuicios que esta compañía acredite en un litigio, que se asumen iguales a \$50 millones, con lo cual la utilidad neta del incumplimiento será de \$150 millones (la diferencia entre los precios que ofrecen C y B menos el valor de los perjuicios). Podría, pues, ser rentable incumplir. Al informárseles a los participantes que la compañía A, siguiendo directrices de su junta directiva, abandonará próximamente el negocio de arrendamiento de locales para eventos, se asume que no hay impedimentos reputacionales.

Recuerde que el beneficio neto de incumplir el contrato es de \$150 millones, mientras que el beneficio de cumplirlo es de \$0. Si se decide incumplir, el gerente estará cumpliendo con su deber de maximizar el patrimonio o utilidad de los accionistas de la empresa que dirige. Si, por el contrario, el gerente decide cumplir el contrato original, podría estar haciendo lo moralmente correcto. Usted es el gerente.

¿Cuál es su decisión?

Cumplir el contrato con B _____

Incumplir el contrato con B _____

Si usted decidió incumplir el contrato, por favor indique cuál sería el precio máximo que debería haber ofrecido C para que usted hubiese decidido lo contrario (cumplir). En otras palabras, a partir de qué precio (descendiente) usted decide pasar de incum-

plir el contrato a cumplirlo. Debe ser un precio menor que \$700 millones y mayor que \$500 millones. Si usted decidió cumplir, por favor no responda nada.

Su precio máximo para cumplir: _____.

Si usted decidió cumplir el contrato, ¿cuál sería el precio mínimo que debería haber ofrecido la compañía C para que usted hubiese decidido lo contrario (incumplir)? En otras palabras, ¿a partir de qué precio (ascendente) usted decide pasar de cumplir el contrato a incumplirlo? Debe ser un precio mayor que \$700 millones. Si usted decidió cumplir el contrato, por favor no responda nada.

Su precio mínimo para incumplir: _____.

Variante 1 del caso hipotético - Versión Y (cláusula penal)

La compañía A, que es arrendataria de unas instalaciones con capacidad para 400 personas en Cartagena, Colombia, subarrenda legalmente estas a la compañía B, por \$500 millones, para un evento empresarial que se llevará a cabo entre el 16 y 20 de octubre de 2018 en dicha ciudad. La compañía B manifiesta la importancia que para ella tiene el evento a realizarse, razón por la cual exige la inclusión de una cláusula penal. Por temor a que esta supere los límites legales, y también porque la empresa arrendadora no acepta un valor superior sin exigir un mayor precio, el contrato estipula una pena de \$50 millones, que A deberá pagar a B si no cumple su obligación de tener disponibles las instalaciones arrendadas el 16 de octubre de 2018. El contrato también estipula que esta es una cláusula penal estimatoria de perjuicios, es decir, que no se pueden cobrar otras sumas por perjuicios así se demuestre que estos son mayores, y que tampoco se puede cobrar ninguna pena adicional. B no puede exigir el cumplimiento específico del contrato (obligación *in natura*).

Conforme se acerca la fecha de ejecución del contrato, los sitios disponibles para eventos en Cartagena se agotan. Tal situación lleva a que la compañía C ofrezca pagarle a la compañía A \$700 millones por utilizar a título de arrendamiento, entre el 16 y el 20 de octubre de 2018, las mismas instalaciones que fueron ya arrendadas a la compañía B. Suponga que cumplir el contrato celebrado con B le reportará a la compañía A una ganancia neta de \$0 (los costos del arrendamiento son iguales al ingreso, esto debido a que inicialmente sí se esperaba obtener alguna ganancia pero luego se incrementaron los costos de arriendo y tenencia del local, y por ello esta se redujo a \$0). En cambio, si se incumple este contrato, A tendría que pagarle a B el monto de la cláusula penal (\$50 millones), siendo la utilidad neta resultante del incumplimiento igual a \$150 millones (el monto de la cláusula penal se sustrae de la diferencia entre los precios que ofrecen C y B). Suponga, además, que cumplir el contrato celebrado con B le reportará a la compañía A una ganancia neta de \$0. Podría ser rentable incumplir. Al informárseles a los participantes que la compañía A, siguiendo directrices de su junta directiva, abandonará próximamente el negocio de arrendamiento de locales para eventos, se asume que no hay impedimentos reputacionales.

Recuerde que el beneficio neto de incumplir el contrato es de \$150 millones mientras que el beneficio de cumplirlo es de \$0. Si se decide incumplir, el gerente estará cumpliendo con su deber de maximizar el patrimonio o utilidad de los accionistas de la empresa que dirige. Si, por el contrario, el gerente decide cumplir el contrato original, podría estar haciendo lo moralmente correcto. Usted es el gerente.

¿Cuál es su decisión?

Cumplir el contrato con B _____

Incumplir el contrato con B _____

Si usted decidió incumplir el contrato, ¿cuál sería el precio máximo que debería haber ofrecido C para que usted hubiese decidido lo contrario (cumplir)? En otras palabras, ¿a partir de qué precio (descendiente) usted decide pasar de incumplir el contrato a cumplirlo? Debe ser un precio menor que \$700 millones y mayor que \$500 millones. Si usted decidió cumplir, por favor no responda nada.

Su precio máximo para cumplir: _____.

Si usted decidió cumplir el contrato, por favor indique cuál sería el precio mínimo que debería haber ofrecido la compañía C para que usted hubiese decidido lo contrario (incumplir). En otras palabras, ¿a partir de qué precio (ascendente) usted decide pasar de cumplir el contrato a incumplirlo? Debe ser un precio mayor que \$700 millones. Si usted decidió cumplir el contrato, por favor no responda nada.

Su precio mínimo para incumplir: _____.

Anexo 3. Cuestionarios de la variante 2 del caso hipotético

Variante 2 del caso hipotético - Versión X (régimen estándar de daños)

La compañía A, que es arrendataria de unas instalaciones con capacidad para 400 personas en Cartagena, Colombia, subarrenda legalmente estas a la compañía B, por \$500 millones, para un evento empresarial a realizarse entre el 16 y el 20 de octubre de 2018 en dicha ciudad. El contrato no estipula ninguna cláusula penal. Por lo tanto, si la compañía A incumple el contrato, el valor de los perjuicios a pagar será el que su contraparte acredite en un proceso. Asuma que dichos perjuicios ascienden a \$50 millones. B no puede exigir el cumplimiento específico del contrato (obligación *in natura*).

Conforme se acerca la fecha de ejecución del contrato, los sitios disponibles para eventos en Cartagena se agotan. Tal situación lleva a que, dos semanas antes del evento, la compañía C esté interesada en pagarle a la compañía A una suma mayor que la ofrecida por la compañía B por utilizar a título de arrendamiento, entre el 16 y el 20 de octubre de 2018, las mismas instalaciones que fueron ya arrendadas a la compañía B. Suponga que cumplir el contrato celebrado con B le reportará a la compañía A una ganancia neta de \$0 (los costos del arrendamiento son iguales al ingreso, esto debido a que inicialmente sí se esperaba obtener alguna ganancia pero luego se incrementaron los costos de arriendo y tenencia del local, y por ello esta se redujo a \$0). En cambio, si se incumple este contrato, A tendría que pagarle a B los perjuicios que esta compañía acredite en un litigio, que se asumen iguales a \$50 millones, con lo cual la utilidad neta del incumplimiento sería igual a la diferencia entre los precios que ofrecen C y B menos el valor de los perjuicios. Estos perjuicios de \$50 millones equivalen a los daños que sufriría la compañía B al tener que conseguir, dos semanas antes del evento, otro local para las mismas fechas, o incluso tener que cambiar de fechas. Como las cifras anteriores lo indican, incumplir sería rentable. Al informárseles a los participantes que la compañía A, siguiendo directrices de su junta directiva, abandonará próximamente el negocio de arrendamiento de locales para eventos, se asume que no hay impedimentos reputacionales.

Por favor informe cuál es el precio mínimo que debe ofrecer la compañía C para que usted decida incumplir el contrato con la compañía B.

Su precio mínimo para incumplir: _____.

Variante 2 del caso hipotético - Versión Y (cláusula penal estimativa de perjuicios)

La compañía A, que es arrendataria de unas instalaciones con capacidad para 400 personas en Cartagena, Colombia, subarrenda legalmente estas a la compañía B, por \$500 millones, para un evento empresarial que se llevará a cabo entre el 16 y el 20 de octubre de 2018 en dicha ciudad. La compañía B manifiesta la importancia que para ella tiene el evento a realizarse, razón por la cual exige la inclusión de una cláusula penal. Por temor a que esta supere los límites legales, y también porque la empresa arrendadora no acepta un valor superior sin exigir un mayor precio, el contrato estipula una pena de \$50 millones, que A deberá pagar a B si no cumple su obligación de tener disponibles las instalaciones arrendadas el 16 de octubre de 2018. El contrato también estipula que esta es una cláusula penal estimativa de perjuicios, es decir, que no se pueden cobrar otras sumas por perjuicios así se demuestre que estos son mayores, y que tampoco se puede cobrar ninguna pena adicional. B no puede exigir el cumplimiento específico del contrato (obligación *in natura*).

Conforme se acerca la fecha de ejecución del contrato, los sitios disponibles para eventos en Cartagena se agotan. Tal situación lleva a que, dos semanas antes del evento, la compañía C esté interesada en pagarle a la compañía A una suma mayor que la ofrecida por la compañía B por utilizar a título de arrendamiento, entre el 16 y el 20 de octubre de 2018, las mismas instalaciones que fueron ya arrendadas a la compañía B. Suponga que cumplir el contrato celebrado con B le reportará a la compañía A una ganancia neta de \$0 (los costos del arrendamiento son iguales al ingreso, esto debido a que inicialmente sí se esperaba obtener alguna ganancia pero luego se incrementaron los costos de arriendo y tenencia del local, y por ello esta se redujo a \$0). En cambio, si se incumple este contrato, A tendría que pagarle a B el valor de la cláusula penal estimativa de perjuicios, que es igual a \$50 millones, con lo cual la utilidad neta del incumplimiento sería igual a la diferencia entre los precios que ofrecen C y B menos el valor de los perjuicios. Esta cláusula estimativa de perjuicios tiene en cuenta los daños que sufriría la compañía B al tener que conseguir, dos semanas antes del evento, otro local para las mismas fechas, o incluso tener que cambiar de fechas. Como las cifras anteriores lo indican, incumplir sería rentable. Al informárseles a los participantes que la compañía A, siguiendo directrices de su junta directiva, abandonará próximamente el negocio de arrendamiento de locales para eventos, se asume que no hay impedimentos reputacionales.

Por favor informe cuál es el precio mínimo que debe ofrecer la compañía C para que usted decida incumplir el contrato con la compañía B.

Su precio mínimo para incumplir: _____.

Variante 2 del caso hipotético - Versión Z **(cláusula penal punitiva)**

La compañía A, que es arrendataria de unas instalaciones con capacidad para 400 personas en Cartagena, Colombia, subarrenda legalmente estas a la compañía B, por \$500 millones, para un evento empresarial que se llevará a cabo entre el 16 y 20 de octubre de 2018 en dicha ciudad. La compañía B manifiesta la importancia que para ella tiene el evento a realizarse, razón por la cual exige la inclusión de una cláusula penal. Por temor a que esta supere los límites legales y también porque la empresa arrendadora no acepta un valor superior sin exigir un mayor precio, el contrato estipula una pena de \$50 millones, que A deberá pagar a B si no cumple su obligación de tener disponibles las instalaciones arrendadas el 16 de octubre de 2018. El contrato también estipula que esta es una cláusula penal punitiva, es decir, que además de ella se podrían cobrar los perjuicios que se llegaren a probar. Asuma que dichos perjuicios ascienden a \$50 millones. B no puede exigir el cumplimiento específico del contrato (obligación *in natura*).

Conforme se acerca la fecha de ejecución del contrato, los sitios disponibles para eventos en Cartagena se agotan. Tal situación lleva a que, dos semanas antes del evento, la compañía C esté interesada en pagarle a la compañía A una suma mayor que la ofrecida por la compañía B por utilizar a título de arrendamiento, entre el 16 y el 20 de octubre de 2018, las mismas instalaciones que fueron ya arrendadas a la compañía B. Suponga que cumplir el contrato celebrado con B le reportará a la compañía A una ganancia neta de \$0 (los costos del arrendamiento son iguales al ingreso, esto debido a que inicialmente sí se esperaba obtener alguna ganancia pero luego se incrementaron los costos de arriendo y tenencia del local, y por ello esta se redujo a \$0). En cambio, si se incumple este contrato, A tendría que pagarle a B el valor de la cláusula penal punitiva, que es igual a \$50 millones, más los perjuicios que se prueben, que se estiman en otros \$50 millones, con lo cual la utilidad neta del incumplimiento sería igual a la diferencia entre los precios que ofrecen C y B menos la sumatoria del valor de la cláusula penal y de los perjuicios (\$100 millones). Estos perjuicios de \$50 millones equivalen a los daños que sufriría la compañía B al tener que conseguir, dos semanas antes del evento, otro local para las mismas fechas, o incluso tener que cambiar de fechas. Como las cifras anteriores lo indican, incumplir sería rentable. Al informárseles a los participantes que la compañía A, siguiendo directrices de su junta directiva, abandonará próximamente el negocio de arrendamiento de locales para eventos, se asume que no hay impedimentos reputacionales.

Por favor informe cuál es el precio mínimo que debe ofrecer la compañía C para que usted decida incumplir el contrato con la compañía B.

Su precio mínimo para incumplir: _____.