

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
ESCUELA ACADÉMICO PROFESIONAL DE DERECHO



TESIS:

*“REDUCCIÓN DEL MONTO DE LA CLÁUSULA PENAL:
DESNATURALIZACIÓN A SUS FUNCIONES Y UNA PROPUESTA
DE LOS LINEAMIENTOS A SEGUIR PARA REDUCIR ÉSTA”*

PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE:

ABOGADA

PRESENTADO POR LA BACHILLER:

CARMEN LISSET ALFARO DÁVALOS

ASESOR:

DR. REYNALDO MARIO TANTALEÁN ODAR

CAJAMARCA, PERÚ

2017

COPYRIGHT © 2017 by
Carmen Lisset Alfaro Dávalos
Todos los derechos reservados

A:

Dios y a mi madre.

AGRADECIMIENTO

Agradezco a Dios por las bendiciones recibidas cada día y por darme la oportunidad de estudiar una carrera tan importante para la sociedad, pues gracias al derecho se puede mantener la paz social en justicia.

A mi madre Celia Dávalos López, por su apoyo incondicional y palabras de aliento para perseverar hasta el final y no dejarme vencer ante las dificultades que se me presentaron.

A don Luis Alberto Valencia Calderón, porque siempre confío en mí y en mis capacidades como profesional.

Al doctor Reynaldo Mario Tantaleán Odar por su asesoramiento, paciencia y apoyo constante, el cual me permitió obtener este resultado, fruto de casi todo un año de investigación.

Gracias a todos.

(..) Debo y tengo que perseguir mi derecho, cueste lo que cueste; si no lo hago, no sólo abandono ese derecho, sino el derecho.

- **Rodolf Von Ihering-**

TABLA DE CONTENIDO

Ítem	página
Capítulo I: Aspectos Metodológicos	1
Capítulo II: Marco Teórico	13
La Cláusula Penal: Aspectos Generales	13
I. Antecedentes Teóricos de la Investigación	13
II. Fundamento Teórico o Bases Teóricas y Revisión de Literatura Precedente	15
1. Funciones de la Cláusula Penal.....	15
1.1. Función compulsiva y aflictiva	15
1.2. Función indemnizatoria.....	17
1.3. Función ambivalente	18
1.4. Función de simplificación probatoria.....	19
1.5. Función Punitiva	20
1.6. Función Moratoria.....	20
1.7. Función Resolutoria.....	21
2. Definición.....	22
3. Características de la Cláusula Penal	24
3.1. Es Accesorio	24
3.2. Es preventiva.....	27
3.3. Es subsidiaria	28
3.4. Es Condicional	29
4. Elementos de la cláusula penal como negocio jurídico	30
4.1. Los sujetos	30
4.2. La Expresión de la Voluntad	36

4.3. El Objeto	37
4.4. La Fuente	42
Capítulo III: Mutabilidad e Inmutabilidad de la Cláusula Penal.....	43
I. Evolución Histórica y Legislación Comparada.....	43
II. Evolución de la Regulación de la Cláusula Penal en el Sistema Jurídico Peruano	46
2.1. Código Civil de 1852	46
2.2. Código Civil de 1936	48
2.3. Código Civil de 1984	49
Capítulo IV: La Cláusula Penal en el Marco del Código Civil Peruano de 1984.....	53
I. Momento en el que se estipula la Cláusula Penal	53
II. Accesoriedad de la Cláusula Penal	54
III. Clases de Cláusula Penal	56
3.1. Cláusula Penal Compensatoria	56
3.2. Cláusula Penal Moratoria	56
IV. Exigibilidad de la Cláusula Penal	56
Capítulo V: Fundamento para la reducción de la pena ante el incumplimiento de la obligación.....	59
I. Reducción de la Cláusula Penal por los Jueces.....	59
II. Desnaturalización a las funciones de la Cláusula Penal.....	63
2.1. No se cumple con la función compulsiva de la cláusula penal.....	63
2.2. No se cumple con la función de simplificación probatoria	64
2.3. No se cumple con la función indemnizatoria.....	65

Capítulo VI: Criterios que se adoptan para reducir la penalidad en el sistema jurídico peruano 67

- I. Criterios adoptados por la doctrina para reducir el monto de la cláusula penal .. 69
 - 1.1. Desigualdad entre las partes contratantes..... 69
 - 1.2. Equidad 70
- II. Análisis de casos y criterios adoptados por la jurisprudencia nacional para reducir el monto de la penalidad 70
 - 2.1. Revisión de Sentencias 70
- III. Criterios adoptados por la jurisprudencia nacional para reducir el monto de la cláusula penal y una apreciación de los lineamientos que deberían adoptarse para revisar la penalidad en base a criterios objetivos 75
 - 3.1. Pena manifiestamente excesiva 75
 - 3.2. Abuso del Derecho 76

Capítulo VII: Propuesta de implementación de criterios para reducir el monto de la cláusula penal en los contratos civiles 79

- I. Criterios a tener en cuenta para proceder a la reducción de la cláusula penal ... 79
 - 1.1. Penalidad superior al monto de la obligación principal 80
 - 1.2. Desproporcionalidad de la pena convenida..... 87

Conclusiones 91

Recomendaciones 93

Lista de Referencias 94

LISTA DE ABREVIATURAS Y SIGLAS USADAS

- Art.	Artículo
- C.C.	Código Civil
- C.C. de 1852	Código Civil Peruano de 1852
- C.C. de 1936	Código Civil Peruano de 1936
- C.C. de 1984	Código Civil Peruano de 1984
- C.C. de Brasil	Código Civil de Brasil del 2002
- C.C. de 1916	Código Civil de Brasil de 1916
- T.P.	Título Preliminar

GLOSARIO O DEFINICIÓN DE TÉRMINOS

- ✓ **Contrato:** Según el artículo 1351° del Código Civil Peruano, el contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial.

- ✓ **Cláusula penal:** Es el pacto accesorio a un contrato, consistente en una prestación prometida por el deudor al acreedor, para el caso de incumplimiento de su obligación o de cumplimiento tardío, parcial o defectuoso por causa imputable a él, sin tener en cuenta el daño efectivamente sufrido (Torres Vásquez 2014, 1131).

- ✓ **Inmutabilidad de la pena:** La cláusula penal es una pena aplicable al deudor en caso de incumplimiento o cumplimiento inexacto, sin que el acreedor pruebe los daños sufridos, por lo que no podrá ser mayor ni menor a lo pactado.

- ✓ **Mutabilidad relativa de la pena:** El juez, a solicitud del deudor puede reducir el monto de la penalidad convenida por los contratantes.

- ✓ **Desnaturalización:** Desvirtuar la naturaleza de la cláusula penal.

RESUMEN

Un tema de suma controversia es el de la mutabilidad e inmutabilidad de la cláusula penal, por cuanto en el artículo 1346º del Código Civil se faculta al juez, a solicitud del deudor, reducir equitativamente la pena cuando sea manifiestamente excesiva o cuando la obligación principal hubiese sido en parte o irregularmente cumplida. Así, se considera que al otorgarle tal facultad al juez, se estaría desnaturalizando la cláusula penal, pues se entraría a la probanza de la existencia y cuantía de daños y perjuicios, impidiendo que la penalidad se constituya en un medio conminatorio eficaz para compeler al deudor a cumplir con la obligación principal.

En esa línea, con la reducción de la cláusula penal se estaría sustituyendo lo convenido libremente por las partes, por un complejo y costoso proceso en el que resultará inevitable que se discuta y pruebe la existencia de los daños y perjuicios sufridos producto del incumplimiento, obligando así a los jueces civiles a pronunciarse en base a las pruebas aportadas por las partes, ya que, en ausencia de éstas, podrían incurrir en arbitrariedades.

Ahora bien, ante las diferentes tesis que surgen sobre la mutabilidad e inmutabilidad de la pena, cabe señalar que, por la misma naturaleza de la cláusula penal, ésta debería ser inmutable; no obstante, por criterios de justicia y equidad se ha establecido la posibilidad de su revisión.

En ese sentido, en la presente investigación se analizará la desnaturalización de las funciones de la cláusula penal producto de su reducción y se propondrán los criterios

que los jueces deben adoptar para reducir el monto de la penalidad en los contratos civiles en base a criterios objetivos y no meramente subjetivos.

ABSTRACT

The mutability and immutability of the penal clause is a matter of great controversy. The article 1346 of the Civil Code empowers the judge, at the request of the debtor, to reduce the penalty when it is manifestly excessive or when the principal obligation would have been in part or irregularly fulfilled. Thus, it is considered that by giving such power to the judge, the penal clause would be distorted, since it would be based on the existence and amount of damages, preventing the penalty constitutes an effective means threatening to compel the debtor to fulfill the principal obligation.

In this line, the reduction of the penalty clause will be replaced as freely agreed by the parties, by a complex and costly process that will result inevitably be discussed and proves the existence of damages suffered as a result of the breach, forcing to the civil judges can pronounce on the basis of the evidence provided by the parties, since in the absence of these, they could incur arbitrariness.

However, given the different thesis that arise on the mutability and immutability of penalty, it should be noted that by the very nature of the penalty, it should be immutable; Nevertheless by criteria of justice and equity has been established the possibility of its revision.

In this sense, the present research will analyze the distortion of the functions of the penal clause resulting from its reduction and will propose the criteria that the judges must adopt to reduce the amount of the penalty in the civil contracts based on objective criteria and not merely subjective.

INTRODUCCIÓN

La reducción del monto de la cláusula penal, es un tema para nada pacífico, pues permitir la revisión de la penalidad, implica desnaturalizar sus funciones, entre ellas la de prefijación de daños y perjuicios, de simplificación probatoria, de compulsión, entre otras, funciones en cuyo mérito las partes han pactado libremente, en atención a su autonomía de libertad.

Otro problema de suma importancia, está constituido por los criterios que adoptan los jueces para reducir el monto de la penalidad convenida, toda vez que tanto de la doctrina como de la jurisprudencia se advierte que los órganos jurisdiccionales resuelven en base a criterios meramente subjetivos, sin atender a los medios probatorios ofrecidos por las partes para establecer la posible desproporción entre la pena convenida y los daños y perjuicios verdaderamente sufridos por el acreedor ante el incumplimiento de la obligación, siendo necesario que se opten criterios objetivos a fin de evitar incurrir en arbitrariedades que perjudiquen al acreedor.

Por tanto, en la presente investigación se realizará un análisis sobre la desnaturalización de las funciones de la cláusula penal y se propondrán criterios objetivos que los jueces deben adoptar para reducir el monto de la penalidad.

Es así que, en el primer capítulo se detallarán los aspectos metodológicos empleados en la presente investigación; en tanto, en el segundo capítulo se darán a conocer los aspectos más importantes sobre la cláusula penal.

En el tercer capítulo, se tratará la controversia que existe respecto a la mutabilidad e inmutabilidad de la cláusula penal, tanto en el ámbito nacional como en los sistemas jurídicos extranjeros.

En el capítulo cuarto, se muestra el tratamiento que se da a la cláusula penal en el marco del Código Civil peruano de 1984, tal como el momento de su estipulación, accesoriedad, exigibilidad y clases de cláusula penal.

El quinto capítulo versa sobre el fundamento para reducir la cláusula penal ante el incumplimiento de la obligación principal y se demuestra la desnaturalización a sus funciones como consecuencia de su reducción.

En el capítulo sexto, se darán a conocer cuáles son los criterios que los jueces civiles adoptan para reducir el monto de la penalidad convenido libremente por las partes; y finalmente en el capítulo séptimo se propondrán criterios de naturaleza objetiva a fin de proceder a la reducción del monto de la cláusula penal.

CAPÍTULO I

ASPECTOS METODOLÓGICOS

I. **TÍTULO:** Reducción del monto de la cláusula penal: Desnaturalización a sus funciones y una propuesta de los lineamientos a seguir para reducir ésta.

II. **ÁREA:** Derecho Civil de obligaciones.

III. **PLANTEAMIENTO Y DESCRIPCIÓN DE LA SITUACIÓN PROBLEMÁTICA**

En el marco de un Estado Social de Derecho como el nuestro, la autonomía privada cobra vital importancia; sin embargo, aún existen algunas figuras en las que esta autonomía se ve limitada, ya sea en razón de intereses sociales o en protección de la parte más débil. En este contexto, en el Libro de Obligaciones, el Código Civil peruano de 1984 regula la figura de reducción de la cláusula penal por parte del juez, cuando esta deviene en excesiva.

Cabe precisar que el tema de las obligaciones con cláusula penal, está regulado en el Libro VI de Obligaciones del Código Civil y está legislada en los artículos 1341 a 1350, concibiéndose a la misma como “una relación obligacional destinada a que las partes fijen una reparación en caso de incumplimiento de la obligación”. Este incumplimiento puede ser total, parcial o irregular; no obstante, aunque la figura no necesita que se pruebe el daño, la exigibilidad de la cláusula

penal requiere que la inejecución total, parcial o irregular de la obligación, obedezca a causas imputables al deudor -sea por dolo o por culpa-, salvo pacto en contrario.

Si bien el Código Civil peruano regula distintos aspectos de la cláusula penal, tales como su concepto, oportunidad en que debe estipularse, su clasificación; el tema que merece más atención es el de la mutabilidad o inmutabilidad de la cláusula penal, toda vez que en el artículo 1346, se faculta al juez, “a solicitud del deudor, reducir equitativamente la pena cuando sea manifiestamente excesiva o cuando la obligación principal hubiese sido en parte o irregularmente cumplida”.

Al respecto surgen una serie de controversias, pues se considera que al otorgarle tal facultad al juez, se está limitando la autonomía privada, además se entraría a la probanza de la existencia y cuantía de daños y perjuicios, desnaturalizando así a la institución, toda vez que esta tiene como funciones fijar una indemnización anticipada de los posibles daños y perjuicios que pudiera ocasionar el incumplimiento de la obligación, así como evitar entrar al debate probatorio de daños y perjuicios; asimismo la institución no logra constituirse en un medio conminatorio eficaz para compeler al deudor a cumplir sus obligaciones.

En ese sentido, al permitir la revisión judicial de la penalidad a través de su reducción, la cláusula penal deja de cumplir las funciones por las cuales las partes han decidido incorporarla en el contrato, restándole utilidad, por lo que deben establecerse criterios que permitan la reducción del monto de la cláusula penal en casos excepcionales y no aplicándola como regla.

IV. FORMULACIÓN Y SISTEMATIZACIÓN DEL PROBLEMA

¿Cuáles son los criterios que deben adoptar los jueces a fin de proceder a la reducción del monto de la penalidad en los contratos civiles?

V. FUNDAMENTACIÓN

En las relaciones obligacionales, a fin de garantizar el cumplimiento de lo pactado entre las partes, éstas recurren a la fijación de una cláusula penal, para que en caso de que uno de los contratantes incumpla, quede obligado al pago de una penalidad, la misma que a decir de un sector de la doctrina cumple diversas funciones, entre ellas: función compulsiva o aflictiva, función indemnizatoria, función de simplificación probatoria, entre otras.

Es así, que existen diferentes tesis, las cuales varían en los diversos sistemas jurídicos y a lo largo de los siglos. En ese sentido, cabe precisar que esta figura nace en el derecho romano a fin de ejecutar la penalidad en las obligaciones de dar suma de dinero; por su parte el Código Francés estableció que el monto de la cláusula penal es inmutable y esa fue la doctrina que acogieron todos los Códigos del S.XIX, incluyendo el Código Peruano de 1852; sin embargo, en 1990 cuando se dicta el Código Alemán, se estipuló una norma en virtud de la cual la cláusula penal puede ser aumentada o disminuida, lo que determinó que la cláusula penal vaya perdiendo vigencia, pues para aumentarla o disminuirla, se tiene que entrar al sistema probatorio. Posteriormente con el Código Brasileño de 1916, se tiene que la cláusula penal es intangible e inmutable; no obstante, se fija como límite que no exceda el monto de la prestación principal (Osterling y Castillo, 2003)

Una cuarta teoría es la que plantea jurista español Ángel Osorio y Gallardo, cuando en 1943 es contratado para realizar un proyecto del nuevo Código Civil de Bolivia, en virtud de la cual, si no hay daños y perjuicios, no se reduce la cláusula penal, sino se extingue (Osterling y Castillo, 2003). Otro sistema, es el que plantea el Código Civil peruano de 1936, en el que se reduce la pena cuando sea manifiestamente excesiva, pero no se puede aumentar; por lo que, en el Código de 1984, se plantea una fórmula intermedia, en la que se reduce la pena cuando sea manifiestamente excesiva, pero si hay un pacto de indemnización del daño ulterior, la pena puede aumentarse, pues esta se computa como parte de los daños y perjuicios si fueran mayores (Osterling y Castillo, 2013)

Ahora bien, ante los diversos sistemas que surgen sobre la funcionalidad de la cláusula penal, se advierte que no se cuestiona a la cláusula penal, sino que lo que se cuestiona es si se debe o no reducir la pena, en tal sentido, si debe ser inmutable o no.

En consecuencia, la presente investigación se orienta a proponer los fundamentos que deben adoptar los jueces en el Perú a efectos de proceder a la reducción de la penalidad convenida por las partes, considerando que esta fue pactada de mutuo acuerdo con el objeto de resarcir a la otra en caso de incumplimiento.

VI. DELIMITACIÓN

6.1. Temática: En el presente trabajo se estudiaron los criterios doctrinarios y jurisprudenciales adoptados en el sistema jurídico peruano respecto a la

reducción de la cláusula penal en los contratos civiles ante el incumplimiento total de la obligación principal.

6.2. Temporal: Se analizaron de manera referencial, casos en los que se aplicó la reducción de la cláusula penal en los contratos civiles, resueltos desde 1990 en adelante.

6.3. Teórica: La presente investigación se enmarca en el derecho de obligaciones, específicamente en los contratos civiles con cláusula penal.

VII. LIMITACIONES

La limitación encontrada en la presente investigación es la dificultad para encontrar jurisprudencia respecto a los criterios que adoptan los jueces para reducir la cláusula penal en los contratos civiles.

VIII. FORMULACIÓN DE OBJETIVOS

8.1. Objetivo General

- Proponer los criterios que deben adoptar los jueces a fin de proceder a la reducción del monto de la penalidad en los contratos civiles.

8.2. Objetivos Específicos

- Identificar los fundamentos por los cuales los jueces reducen el monto de la cláusula penal en los contratos civiles.
- Evaluar los beneficios y perjuicios de la reducción de la cláusula penal por parte de los jueces.
- Recopilar y analizar fuentes sobre el sustento para la reducción de la cláusula penal.
- Verificar si al reducir la cláusula penal se afecta a la naturaleza jurídica de esta institución.

IX. FORMULACIÓN DE HIPÓTESIS

9.1. Hipótesis

H1: Los criterios que deben adoptar los jueces a fin de proceder a la reducción del monto de la cláusula penal en los contratos civiles son la verificación de penalidad superior al monto de la obligación principal y la desproporcionalidad de la pena convenida.

9.2. Operacionalización de Variables¹

HIPÓTESIS	VARIABLES	DEFINICIÓN	INDICADORES
<p>H1: Los criterios que deben adoptar los jueces a fin de proceder a la reducción del monto de la cláusula penal en los contratos civiles son la verificación de penalidad superior al monto de la obligación principal y la desproporcionalidad de la pena convenida.</p>	<p>Penalidad superior al monto de la obligación principal.</p>	<p>Cláusula contractual que fija una indemnización de los daños y perjuicios que devengan producto del incumplimiento y que excede el monto de la obligación principal.</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Doctrina comparada. - Legislación comparada. - Datos históricos.
	<p>Desproporción de la pena convenida.</p>	<p>Pena cuyo monto resulta desproporcional respecto a los daños y perjuicios efectivamente sufridos a consecuencia del incumplimiento de la obligación principal.</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Doctrina comparada. - Legislación comparada.

¹ La presente investigación no tiene variable dependiente e independiente, toda vez que se trata de un trabajo de tipo dogmático.

X. UNIDAD DE ANÁLISIS, UNIVERSO Y MUESTRA

Teniendo en cuenta que la presente investigación es propositiva, propiamente no tendría unidad de análisis, universo y muestra; no obstante, en un intento de cumplir con los requisitos de una investigación, tanto la unidad de análisis, universo y muestra coincidirán. Así, se analizará doctrina nacional y extranjera sobre la reducción del monto de la cláusula penal en los contratos civiles y se revisará de modo referencial algunas sentencias nacionales a efectos de observar cuáles son los criterios empleados por los jueces para proceder a la revisión de la cláusula penal. En ese sentido, se tienen los siguientes fundamentos:

- **Fundamento Doctrinario:**

- Fines de la cláusula penal.
- Reducción del monto de la cláusula penal.

- **Fundamento Legal:**

- Artículo 1346

- **Fundamento Jurisprudencial:**

- Sentencias en las que se reduce la penalidad en los contratos civiles.

XI. DISEÑO METODOLÓGICO

11.1. Tipología de la Investigación

La presente investigación es de tipo dogmático-jurídica.

Es de tipo dogmático, ya que a partir de la normativa, doctrina y jurisprudencia se apreciarán los fundamentos por los cuáles los jueces deben o no reducir el monto de la penalidad.

Es de tipo jurídica, por cuanto se analizarán las razones por las cuales el artículo 1346° del Código Civil Peruano faculta al juez reducir el monto de la cláusula penal.

11.2. Enfoque de la Investigación

El enfoque de la investigación es cualitativo dado que se emplearán métodos de recolección de datos sin medición numérica, tales como las descripciones, análisis de contenidos y jurisprudencias; a través de los cuales se buscará la dispersión o expansión de los datos recolectados para tener una visión objetiva de la realidad observada.

11.3. Alcance de la Investigación

La investigación tiene alcance propositivo, por cuanto está destinada a proponer los lineamientos y criterios que deben seguir los jueces a fin de

verificar si corresponde o no aplicar la reducción del monto de la cláusula penal en los contratos civiles.

11.4. Diseño de la Investigación

El diseño de la investigación es no experimental y transeccional.

Es no experimental, toda vez que no se manipularan las variables deliberadamente (Hernández Sampieri, Fernández Collado, & Baptista Lucio, 2006), sino que se analizó la desnaturalización de las funciones de la cláusula penal, así como los criterios adoptados por los jueces para proceder a la reducción de la penalidad, a fin de establecer que dicha reducción debe realizarse en base a criterios objetivos.

Es transeccional o transversal, pues “se recolectaron los datos en un solo momento, en un tiempo único” (Hernández, Fernández y Baptista, 2006, p. 207). Así, se recolectaron algunas sentencias en un periodo de tres meses, desde octubre del 2015 hasta enero de 2016.

La recolección de datos se realizó mediante el análisis de documentos y jurisprudencias, en los que:

- Se estudiaron los criterios por los cuales los jueces deben o no reducir el monto de la cláusula penal en los contratos civiles.
- Se determinó si la reducción de la penalidad afecta a la naturaleza jurídica de la misma.

11.5. Método de la Investigación

El método empleado es dogmático, toda vez que la presente investigación está destinada proponer los criterios que deben adoptar los jueces a fin de proceder a la reducción del monto de la cláusula penal en los contratos civiles.

11.6. Técnicas e Instrumentos de Recolección de Datos

Para la siguiente investigación se utilizaron las siguientes técnicas de recolección de datos:

11.6.1. Recopilación Documental

Se utilizaron documentos (libros, revistas, investigaciones, jurisprudencia, entre otros) a fin de obtener diversa información sobre la cláusula penal.

11.6.2. Técnica de Análisis de Contenido

Se empleó esta técnica dado que se analizó y seleccionó la información obtenida, tanto de la doctrina como de la jurisprudencia, con el objeto de determinar las razones por las cuales los jueces civiles deben o no reducir el monto de la penalidad.

11.7. Técnicas de Procesamiento de y Análisis de Datos

La técnica de análisis de datos depende de las variables, por lo que, en la presente investigación, al ser las variables cualitativas, los datos recopilados serán organizados en un archivo de documento hecho en Word.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

LA CLÁUSULA PENAL: ASPECTOS GENERALES

I. ANTECEDENTES TEÓRICOS DE LA INVESTIGACIÓN

Para realizar este proyecto de investigación se ha recurrido a la biblioteca de post grado y pre grado de la Universidad Nacional de Cajamarca, así como otras bibliotecas virtuales en las que se encontraron los siguientes trabajos de investigación:

- A.** Kemelmajer de Carlucci, A. (1981), quien en virtud de su tesis titulada “La Cláusula Penal”, desarrolla los aspectos más importantes de la cláusula penal en el derecho civil, comercial, laboral, administrativo, tributario, internacional y procesal.

- B.** Osterling Parodi, F. y Castillo Freyre, M., quienes en su artículo titulado “Obligaciones con Cláusula Penal” (2013), señalan las controversias que se suscitan en torno a la reducción de la pena, proponiendo que éstas pueden solucionarse teniendo en cuenta la funcionalidad de la cláusula penal en el marco del Código Civil Peruano de 1984; asimismo señalan que surge una problemática en cuanto a la desnaturalización de la cláusula penal, así como la presencia de éstas en los contratos con arreglo a las cláusulas generales de contratación.

- C. Osterling Parodi, F., quien en su artículo titulado “Mutabilidad o Inmutabilidad de la Cláusula Penal” (2010), desarrolla la evolución histórica en el derecho comparado de la cláusula penal, dando a conocer las tesis adoptadas por los diferentes sistemas jurídicos en cuanto a la mutabilidad e inmutabilidad de la cláusula penal, primando entre las diferentes legislaciones el sistema de inmutabilidad relativa de la pena, esto es, se permite la revisión de la penalidad en determinados supuestos.
- D. Osterling Parodi, F. y Castillo Freyre, M., los cuales en virtud de su libro “Tratado de Obligaciones” (2003), analizan a la cláusula penal en cuanto a sus funciones, exigibilidad y reducción.
- E. Rodríguez Alcalá, M. en cuyo artículo titulado “El derecho comparado en acción: La doctrina de las *“penalty clauses”* como guía para la reducción (y comprensión) de las cláusulas penales excesivas” (s.f.), invita a participar en una obra colectiva sobre remedios del acreedor ante el incumplimiento del deudor. En esta obra se señala que el eje de la figura, es la *previsibilidad*, es decir que la cláusula penal debe ser una sincera pre-estimación de los daños y perjuicios que se seguirían del incumplimiento del contrato.
- F. Soto Coágula, C., quien en su artículo titulado “La función de la cláusula penal en los contratos y la inmutabilidad de las penas convencionales” (2006) se pronuncia a favor de la inmutabilidad de las penalidades, por cuanto considera que con la reducción de la cláusula penal se estarían

revisando los acuerdos libremente pactados por las partes, los cuales se negocian y celebran paritariamente.

II. FUNDAMENTO TEÓRICO O BASES TEÓRICAS Y REVISIÓN DE LITERATURA PRECEDENTE

1. FUNCIONES DE LA CLÁUSULA PENAL

1.1. Función compulsiva y aflictiva

Compulsión es compeler, e implica fuerza para cumplir. En ese sentido, una obligación garantizada tiene mayor fuerza que aquella que no lo está.

Para Soto Coágula (2006, p. 92) esta función “constituye una sanción, una pena privada que recae en el deudor por el incumplimiento de la obligación”.

A decir de Llambias (1997, p. 125): “la cláusula penal tiene también una función compulsiva en cuanto agrega un estímulo que mueve psicológicamente al deudor a cumplir la prestación principal para eludir la pena, que puede ser harto gravosa”.

Un sector de la doctrina, considera que la cláusula penal solo cumple una función compulsiva y aflictiva, toda vez que como pena se dirige a castigar una conducta antijurídica, asegurando de esta manera el cumplimiento de la obligación por parte del deudor. Es aflictiva, en tanto el deudor esta constreñido psicológicamente al pago de la obligación principal, por cuanto sabe que, al incumplir con ésta, deberá afrontar graves consecuencias patrimoniales (Kemelmajer de Carlucci, 1981)

A decir de Kemelmajer de Carlucci (1981, pp. 3-4):

Este parece haber sido el origen del instituto en estudio, que nació en Roma bajo el nombre de *stipulatio poenae*, como una necesidad dentro de la especial estructura del sistema obligacional de la época, que otorgaba acción solo a escasas relaciones (...), ya que, en el antiguo derecho romano, la potestad judicial no había sido establecida como instrumento compulsivo de los ciudadanos a efecto de obligar a estos contra su voluntad a cumplir un hecho o abstenerse de él.

1.2. Función indemnizatoria

Se sostiene que la cláusula penal tiene una función de prefijación o liquidación de los daños y perjuicios, que se originan ante el incumplimiento de las obligaciones contraídas entre los contratantes. En ese orden de ideas, se ha definido a la cláusula penal como "la convención accesoria que determina de antemano los daños e intereses que el deudor deberá pagar, sea por falta de ejecución de la obligación principal, sea por el simple retardo" (Frédéric Murlon citado por Kemelmajer de Carlucci 1981, p. 6)

Para Espín Alba citado por Gutiérrez Camacho y Rebaza González (2010, p. 821) "la función indemnizatoria debe ser apreciada como el avalúo anticipado de los daños y perjuicios que el incumplimiento pudiera causar", es decir, es la penalidad convenida y no los daños y perjuicios realmente causados la que deberá considerarse como monto indemnizatorio a pagar. Así, las partes fijan de forma previa los posibles daños que el acreedor pudiera sufrir, sustituyendo a una futura indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento de la obligación.

Al respecto, Mazzaresé citado por Gutiérrez Camacho y Rebaza González, sostiene que "esta función no se refiere tanto a la reintegración pecuniaria del daño, sino más bien a una técnica negocial

de satisfacción del derecho violado, aunque no se haya causado lesión patrimonial” (2010, p. 821)

En consecuencia, para esta posición, la cláusula penal estaría destinada a limitar el resarcimiento de los daños y perjuicios que pueden originarse ante el incumplimiento de la obligación principal.

Cabe precisar que cuando la cláusula penal cumple la función indemnizatoria, ésta se limita a reparar los perjuicios que pudieran originarse como consecuencia del incumplimiento de la obligación, esto es, se trata de un pacto convencional por anticipado y que se liquida ante el incumplimiento de la obligación.

1.3. Función ambivalente

Se señala que es un criterio predominante otorgar a la cláusula penal ambas funciones: la de ser conminatoria y además indemnizatoria.

A decir de Kemelmajer de Carlucci (1981, p. 7), “esta tesis intermedia fue brillantemente expuesta por Huguenev, siguiendo el pensamiento de Cosack y Crome”.

1.4. Función de simplificación probatoria

Un sector de la doctrina considera que la función más importante de la cláusula penal sería la simplificación probatoria; esto es, “el acreedor puede exigir el cumplimiento de la cláusula penal sin probar el daño y no se debe si el deudor prueba que no se ha producido perjuicio alguno” (Kemelmajer de Carlucci, 1981, p. 13). En ese sentido, constituiría “un pacto relativo a la carga de la prueba del daño” (Kemelmajer de Carlucci, 1981, p. 13)

Para Kemelmajer de Carlucci (1981), esta función encuentra sustento en que al haberse efectuado una valuación convencional y anticipada de los posibles daños y perjuicios que ocasionaría el incumplimiento de la obligación o su cumplimiento irregular, tal convención tendría por efecto suprimir el debate probatorio acerca de la existencia y cuantía del daño. En consecuencia, no será necesario discutir la indemnización, pudiendo el acreedor reclamar directamente la cuantía prefijada.

En tal virtud, para esta función, se presenta un pacto relativo a la carga de la prueba del daño, pues el acreedor podrá exigir el cumplimiento de la cláusula penal sin necesidad de probar la existencia del daño, ni su cuantía. Lo que hace que la utilidad de esta función sea innegable, toda vez que la probanza de la existencia de los daños y de

su cuantía constituye uno de los aspectos más complejos en la indemnización por daños (Kemelmajer de Carlucci, 1981)

1.5. Función punitiva

Se entiende a esta institución como una sanción que ha de sufrir el deudor en caso que no cumpla debidamente su obligación.

Se trata de una función excepcional, y que sólo operará cuando así se haya convenido, de ahí que esta función se encuentre en estrecha relación con la facultad que tienen los contratantes de pactar penas privadas para los supuestos de incumplimiento. De este modo, los particulares generan un mecanismo que fortalece el vínculo obligacional.

1.6. Función moratoria

Esta función aparece cuando la cláusula penal ha sido convenida con el expreso propósito de reparar el daño proveniente de la mora del deudor. En este caso, la cláusula penal constituye una liquidación anticipada del daño por el retraso. Dicha pretensión será compatible con el pago de la obligación principal, pudiendo exigirse de manera acumulativa, lo cual ocurre cuando la pena convencional sustituye mediante pacto a la indemnización por mora.

1.7. Función Resolutoria

Para Ferreiro y Lacruz Berdejo citados por Gutiérrez Camacho y Rebaza González (2010, p. 824):

La función resolutoria tiene por finalidad sustituir la prestación principal incumplida, lo que determina que, si el acreedor perjudicado decidiera ejecutar la penalidad pactada, ya no podría subsistir la obligación principal; es decir, el deudor no podría continuar obligado a cumplir la prestación principal por encontrar sea extinguida.

Este supuesto configuraría un caso semejante a la resolución contractual, toda vez que la finalidad de la penalidad sería dejar sin efecto un contrato por el incumplimiento de la obligación.

Sin embargo, aun cuando la ejecución de la penalidad podría describirse como un acto de efectos similares a los de la resolución, no siempre tendrá ese carácter, pues tal como lo señala Kemelmajer de Carlucci (1981), el incumplimiento de una obligación no siempre implica que el acreedor ha decidido resolver el contrato, como lo es el caso de la penalidad moratoria.

2. DEFINICIÓN

Pothier (s.f., p. 207) señala que la cláusula penal es aquella que “nace de una convención en virtud de la cual una persona, para asegurar la ejecución de un primer compromiso, se obliga, en forma de pena, a alguna cosa en caso de inejecución de ese compromiso”.

Por su parte Mazzaresse (citado por Espinoza Espinoza, 2014, p. 222) define a la cláusula penal como:

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 con lo debido o lo hace tardía o irregularmente.

A decir De Felipe Osterling Parodi y Castillo Freyre (s.f., pp. 1-2):

La cláusula penal es la estipulación en un contrato que se refiere a la pena o penalidad convenida para el caso de incumplimiento y podría definirse a grandes rasgos como un pacto anticipado de indemnización, pues en ella se dispone que, si el deudor incumple, tendrá que pagar una indemnización de daños y perjuicios, cuyo monto también se especifica en el contrato.

Para Endeman (citado por Gutiérrez Camacho y Rebaza González, 2010, pp. 819-820):

La pena convencional es una prestación determinada, prometida por el deudor al acreedor, para el caso de incumplimiento de su obligación o para el caso de cumplimiento no regular. Su fin consiste tanto en ofrecer al acreedor un medio conminativo severo contra el deudor, especialmente para disuadirle de adoptar un proceder contrario a lo prometido, cuanto también consiste en descargar al acreedor de la estimación de su petición por razón de los perjuicios. La prestación prometida es pena, en cuanto de antemano importa un interés ya estimado.

El Código Civil Peruano de 1984, en su artículo 1341°, define a la cláusula penal como:

El pacto por el que se acuerda que, en caso de incumplimiento, uno de los contratantes queda obligado al pago de una penalidad, tiene el efecto de limitar el resarcimiento a esta prestación y a que se devuelva la contraprestación, si la hubiere; salvo que se haya estipulado la indemnización del daño ulterior.

3. CARACTERÍSTICAS DE LA CLÁUSULA PENAL

3.1. Es Accesorio

Existe una obligación principal y otra accesoria, cuando una es la razón de la existencia de la otra, siendo contraída para asegurar el cumplimiento de una obligación principal, como es el caso de la cláusula penal.

A decir de Wayar (2007, p. 89), la cláusula penal “es accesoria pues está añadida a una obligación principal, cuyo cumplimiento pretende presionar psicológicamente al deudor (función compulsoria) o, en defecto de cumplimiento, busca indemnizar al acreedor (función indemnizatoria)”.

El carácter accesorio de la cláusula penal se advierte tanto en su constitución, exigibilidad y extinción. Así, Feliu Rey (2014, p. 175), señala:

En su constitución porque garantiza o refuerza el cumplimiento de la obligación principal; en su exigibilidad, porque nace la obligación contenida en ella en el momento en que se incumple la obligación principal (...); y en su extinción, porque la nulidad de la obligación principal lleva consigo la de la cláusula penal y no al revés.

Sanz Viola (1994, p. 23), manifiesta respecto a la accesoriedad de la cláusula penal que:

Esta exige siempre la existencia de una obligación principal a la que garantiza, por lo que nos encontraríamos con dos obligaciones: la obligación principal y la obligación accesorio o penalidad, la cual es exigible ante el incumplimiento o cumplimiento irregular de la primera.

Para calificar a la cláusula penal como accesorio, basta advertir si ella puede o no tener existencia propia, esto es, sin existencia de la obligación que garantiza, lo que no ocurre, toda vez que ésta depende de la existencia de la obligación principal, por lo que se concluye que la cláusula penal resulta ser una obligación accesorio (Osterling Parodi y Castillo Freyre, 2003)

En nuestro sistema legal peruano, el carácter accesorio de la cláusula penal se manifiesta en el artículo 1345° del Código Civil Peruano de 1984, el cual prescribe: “La nulidad de cláusula penal no origina la de la obligación principal”.

En ese sentido, la cláusula penal es una estipulación accesorio, que tiene función garantista, dado que su existencia sólo es posible luego del surgimiento de la obligación principal.

3.1.1. Consecuencias de la Accesoriedad de la Cláusula Penal

Kemelmajer de Carlucci (1981, p. 64). manifiesta que:

La [...] nulidad o anulabilidad de la obligación principal traerá aparejada la misma invalidez de la accesoria. Es decir, si se trata de una nulidad o anulabilidad relativa, la cláusula penal adolecerá de la misma sanción y, en consecuencia, siguiendo la suerte de la principal, podrá ser confirmada si cesan los vicios que atacaban a esta última.

La accesoriadad de la cláusula penal, se encuentra estipulada en el tercer párrafo del artículo 224° del Código Civil Peruano, en virtud del cual: “la nulidad de la obligación principal conlleva la de las obligaciones accesorias, pero la nulidad de estas no origina la de la obligación principal”.

En ese sentido, si la nulidad solo afecta a la cláusula penal, la obligación principal sigue manteniendo plena validez, aun cuando la cláusula penal sea nula, pues si bien lo accesorio sigue la suerte de lo principal, lo principal necesariamente no tendría que seguir la suerte de lo accesorio.

3.2. Es Preventiva

Se sostiene que la cláusula penal es preventiva, por cuanto ella se pacta porque “los sujetos intervinientes prevén de antemano la posibilidad del eventual incumplimiento” (Kemelmajer de Carlucci, 1981, p. 86)

Cabe precisar que esta característica no es exclusiva de la cláusula penal, sino que aparece en todas las convenciones accesorias asegurativas, como pueden ser las fianzas, las hipotecas, etc.

En esa línea, Pedro León (citado por Wayar 2007, p. 90) considera que la cláusula penal es preventiva “porque -por su naturaleza- la inserción de la cláusula está indicando que las partes han previsto de antemano la posibilidad de un incumplimiento y han querido ponerse a cubierto”.

Del artículo 1341° del Código Civil Peruano de 1984, se advierte el carácter preventivo de la cláusula penal, pues se entiende que ésta se estipula cuando “los sujetos contratantes prevén por anticipado la posibilidad de incumplimiento” (Osterling Parodi y Castillo Freyre, 2003, p. 2644)

3.3. Es Subsidiaria

Para Kemelmajer de Carlucci: la cláusula penal tiene este carácter “porque el objeto del contrato es siempre la obligación principal, entrando solo en su lugar por el incumplimiento imputable y a opción del acreedor” (1981, p. 86)

Para Wayar, la cláusula penal es subsidiaria porque:

El interés del acreedor tiene por objeto específico, siempre, el de la obligación principal; sólo cuando la obtención de ese específico objeto se torna imposible o cuando se pierde interés en él, en subsidio, el acreedor puede optar por la cláusula penal (...) (2007, p. 90)

A decir de Osterling Parodi y Castillo Freyre (2003, p. 2646):

La subsidiariedad de la cláusula penal debe entenderse como un aspecto distinto de su accesoriedad. La cláusula penal es accesorio de la obligación principal, en tanto no puede existir sin esta última; y es subsidiaria de dicha obligación porque no puede intentar exigirse su cumplimiento sin que se haya incumplido la obligación principal.

En consecuencia, la cláusula penal es subsidiaria por cuanto solo se puede exigir ante el incumplimiento o cumplimiento defectuoso de la obligación principal.

3.4. Es Condicional

Para Llambias (1997, p. 127) la cláusula penal “es condicional, porque su efectividad está subordinada a la inejecución de la prestación principal”.

Kemelmajer de Carlucci (1981, p.85) señala que:

Lo condicional está en la eficacia de la cláusula penal, y no en la obligación a que ella accede, la cual será o no condicional según tenga o no elementos accidentales; o sea, si la principal es pura y simple seguirá siéndolo, aunque a ella acceda una cláusula penal.

En esa línea de ideas, Cazeaux y Trigo Represas (citados por Osterling Parodi y Castillo Freyre, 2003, p. 2642) manifiestan que “la obligación principal no debe considerarse condicional porque contenga una pena convencional, sino que será o no condicional según que contenga o no condiciones”.

En el derecho nacional, el carácter condicional de la cláusula penal, se infiere de lo prescrito en el artículo 1341° del Código Civil Peruano, en virtud del cual:

El pacto por el que se acuerda que, en caso de incumplimiento, uno de los contratantes queda obligado al pago de una penalidad, tiene el efecto de limitar el resarcimiento a esta prestación y a que se devuelva la contraprestación, si la hubiere; salvo que se haya estipulado la indemnización del daño ulterior.

En ese sentido, la cláusula penal solo sería exigible ante el incumplimiento de la obligación principal o cuando esta se haya cumplido en forma parcial, tardía o defectuosa, es decir, tras verificarse la condición a la que la cláusula penal estaría subordinada.

4. ELEMENTOS DE LA CLÁUSULA PENAL COMO NEGOCIO JURÍDICO

4.1. Los Sujetos

Para Espinoza Espinoza (2014, p. 233): “El carácter de pacto de la cláusula penal lleva a considerar una estructura subjetivamente bilateral”, debiendo existir identidad entre los sujetos del contrato y los sujetos de la cláusula penal, pues ésta no se puede pactar a cargo de un tercero (Espinoza Espinoza, 2014)

Lobato de Blas (citado por Osterling Parodi y Castillo Freyre, 2003, p. 2530) señala que:

Al configurarse la cláusula penal como una obligación que constituye un vínculo o relación jurídica es necesario que medien en ella un sujeto activo o acreedor (*creditor, reus stipulandi*), que tiene derecho a exigir y recibir la prestación, y un sujeto pasivo o deudor (*debitor, reus promittendi*), sobre el cual pesa el deber de ejecutarla.

Como en todas las obligaciones, se requiere que los sujetos estén determinados o que su determinación sea posible y que tengan capacidad. En esa línea, en cuanto a la cláusula penal, se requiere que los sujetos tengan la misma capacidad que para contraer la obligación principal.

4.1.1. Obligados al pago

4.1.1.1. Deudor

Es evidente, tal como lo manifiesta Kemelmajer de Carlucci (1981, p. 31), “que el mismo deudor de la obligación principal puede someterse al pago de la pena en los casos de incumplimiento, cumplimiento irregular o tardío”.

4.1.1.2. Acreedor

Cabe precisar que el acreedor de la obligación principal, también puede ser el sujeto pasivo de la cláusula penal, pues las relaciones obligacionales exigen la colaboración de ambas partes. Por tanto, puede pactarse una cláusula penal para los casos de incumplimiento por el acreedor del deber de colaboración (Kemelmajer de Carlucci, 1981)

4.1.1.3. Terceros

Para Enneccerus citado por Kemelmajer de Carlucci, “en este caso no existe clausula penal sino fianza” (1981, p. 32)

En esa misma línea, Bustamante Alsina (citado por Osterling Parodi y Castillo Freyre, 2003, p. 2536) “considera que cuando un tercero se obliga mediante una cláusula penal, la situación jurídica de este es análoga a la de un fiador que limita su responsabilidad al monto de la pena estipulada”.

Ahora bien, por lo señalado *ut supra*, puede existir determinados casos en los que sobrevenga la duda de si nos encontramos ante una fianza o una cláusula penal, para lo cual cabe citar lo señalado por Kemelmajer de Carlucci para quien es importante “desentrañar la voluntad de las partes a fin de determinar cuál fue la figura querida” (1981, p. 330)

En ese mismo sentido, en criterio que compartimos, es imperioso señalar lo establecido por Castillo Freyre y Osterling Parodi (2003, p. 2536), para quienes:

En caso de duda insoluble debería entenderse como que se ha constituido una fianza y no una cláusula penal, en la medida que el Derecho, por lo general, ante la duda insoluble sobre si se trata de una figura u otra, debe optar por aquella que resulta de mayor frecuencia entre los contratantes; y, sin duda, es mucho más común una fianza que una cláusula penal en donde es un tercero, y no el deudor, quien deba ejecutar la prestación.

4.1.1.4. Beneficiarios

Por lo general, la cláusula penal se estipula en favor del acreedor; no obstante, ello no impide que se pueda beneficiar a un tercero (Kemelmajer de Carlucci, 1981)

Ahora bien, en virtud del artículo 1457º del Código Civil peruano, el cual prescribe: “Por el contrato en favor de tercero, el promitente se obliga frente al estipulante a cumplir una prestación en beneficio de tercera persona. El estipulante debe tener interés propio en la celebración del contrato”, hace suponer que no existiría impedimento para que se pacte una cláusula penal en favor de un tercero.

En consecuencia, consideramos, al igual que los autores citados, que la cláusula penal puede estipularse en favor de un tercero, toda vez que nuestro ordenamiento jurídico contempla la posibilidad de cumplir una prestación en favor de una tercera persona; no obstante, coincidimos con Castillo Freyre y Osterling Parodi en el sentido de que se pueden presentar los siguientes supuestos:

- Que el contrato, en su integridad, se haya pactado en favor del tercero, por lo que éste sería beneficiario tanto de la obligación principal como de cláusula penal o prestación accesoria (...) (2003, p. 2558)

- Que el estipulante y el promitente, no pacten la integridad del contrato en favor del tercero, sino que la obligación principal se constituya a favor del estipulante y la cláusula penal se constituya a favor del tercero (2003, p. 2559)

Al respecto Llambias (1997, p. 129) sostiene que:

Cuando se pacta el beneficio de la pena a favor de un tercero, éste no lo adquiere en el momento del incumplimiento del deudor, sino luego de la opción del acreedor en el sentido de hacer efectiva la pena, pues debe tenerse presente que aquél puede elegir el cumplimiento específico o *in natura* de la obligación, si resulta factible.

En ese sentido, teniendo en cuenta que el tercero adquiere derecho a la cláusula penal después que el acreedor decide aplicar ésta, resulta imperioso distinguir entre la validez de la cláusula penal en favor de tercero y su eficacia, ya que la penalidad nace con la celebración de la obligación principal entre estipulante y promitente; pero adquiere eficacia, en tanto el tercero se encuentre en aptitud de reclamarla.

4.2. La Expresión de la Voluntad

Para Kemelmajer de Carlucci (1981, pp. 34-35), “se habla de expresión de la voluntad y no de consentimiento, porque la cláusula penal surge de la manifestación unilateral de voluntad”, la misma que, según criterio mayoritario, debe ser clara e indubitable, no pudiendo aplicarse sobre la base de deducciones, pues la cláusula penal es de interpretación estricta.

Por otro lado, Von Thur (citado por Osterling Parodi y Castillo Freyre 2003, p. 2565) manifiesta que:

[...] Si para pactar una cláusula penal es necesario, naturalmente, una manifestación de voluntad, no se exige que

ésta sea necesariamente expresa, sino que puede resultar implícita e incluso tácita si por la función de lo pactado se descubre una auténtica finalidad penal.

Así, compartiendo esta línea argumentativa Colmo (citado por Osterling Parodi y Castillo Freyre 2003, p. 2566) manifiesta que: “la cláusula penal, como cualquier otra manifestación de voluntad, puede ser tácita; sin embargo, esto último no es frecuente ni recomendable, dado que puede ocasionar dificultades”.

En consecuencia, se puede concluir que si bien para pactar una cláusula penal no es necesario establecerla expresando determinadas palabras, por cuanto en nuestro ordenamiento jurídico no se establece “fórmula sacramental” (Osterling Parodi y Castillo Freyre, 2003, p. 2564); no obstante, lo más adecuado sería que la cláusula penal se indique de manera inequívoca, a fin de no dejar la menor duda de que ella se ha convenido, toda vez que es “una imposición de carácter gravoso en perjuicio del deudor” (Osterling Parodi y Castillo Freyre, 2003, p. 2564).

4.3. El Objeto

“Como toda prestación, debe ser posible, patrimonialmente valorable (aunque el interés del acreedor no lo sea), determinable y lícita” (Kemelmajer de Carlucci, 1981, p. 35)

Para Llambias (1997, p. 129):

Cualquier clase de prestación puede constituir el objeto de una cláusula penal, se trate de la entrega de una cosa cierta o incierta, de una suma de dinero, de un hecho o de una abstención, pues siendo la obligación penal una clase abstracta de obligaciones, se rige por los principios que gobiernan el género (obligaciones), a que pertenece. De ahí que el objeto de la pena deba ser: posible, determinable, susceptible de apreciación pecuniaria y legítimo.

En ese sentido, es menester tener presente lo prescrito en el artículo 140º, inciso 2 del Código Civil Peruano, en virtud del cual, “el acto jurídico consiste en la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas, y que requiere para su validez contar con un objeto física y jurídicamente posible”, así como lo establecido en el artículo 219º, inciso 3, del Código acotado, según el cual: “El acto jurídico es nulo cuando su objeto sea física o jurídicamente imposible o cuando este fuese indeterminable.” Por tanto, la cláusula penal para ser un acto jurídico válido, debe contar con un objeto física y jurídicamente posible, determinado o susceptible de determinación posterior.

4.3.1. Posibilidad del objeto

Para Osterling Parodi y Castillo Freyre (2003, p. 2481):
“la posibilidad, proviene del principio de que nadie puede estar obligado a lo imposible”. Este principio es recogido en el artículo 140° del Código Civil Peruano en virtud del cual: “el objeto de la cláusula penal se encuentra limitado, naturalmente, por las condiciones generales que ha de reunir toda prestación, debiendo ser física y jurídicamente posible”

4.3.2. Licitud del Objeto

En atención a las finalidades de la cláusula penal, se afirma que “siendo antijurídico que una persona sea coaccionada por medios ilícitos, la cláusula penal, para ser válida, debe ser lícita en sí misma” (Kemelmajer de Carlucci , 1981, p. 36)

El requisito de licitud del objeto de las obligaciones, como bien lo señalan Osterling Parodi y Castillo Freyre, “se refiere a que la conducta en que consiste la prestación no debe encontrarse prohibida por la ley, ni ser contraria a las buenas costumbres o al orden público” (Osterling Parodi y Castillo Freyre, 2003, p. 2482)

En tal virtud, cabe precisar que el principio de licitud del objeto se encuentra regulado por el artículo V del T.P del C.C. de 1984, el cual prescribe: “Es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres”; asimismo, también se encuentra estipulado por los artículos 140°, inciso 3, y 219°, inciso 4 del acotado Código, por lo que la cláusula penal no puede ser contraria a la ley, al orden público o a las buenas costumbres.

4.3.3. Determinación o determinabilidad del objeto

Teniendo en cuenta que la cláusula penal, debe reunir los caracteres esenciales que debe contener toda prestación, su objeto debe cumplir con el requisito de determinación o de determinabilidad.

En ese sentido, es imperioso citar los criterios establecidos por Felipe Osterling y Castillo Freyre (2003, pp. 2484 - 2485) para determinar la prestación, los cuales son:

- Que las partes pacten la prestación de común acuerdo.
- Que se fije sobre la base de elementos objetivos.
- Que se establezca a partir de elementos subjetivos.

4.3.4. La patrimonialidad del objeto

Si bien, en la legislación peruana, la patrimonialidad de la prestación no es un requisito directo en la normativa del Derecho de Obligaciones, de una interpretación sistemática, se tiene que la patrimonialidad debe estar presente en la prestación (Osterling Parodi y Castillo Freyre, 2003). En consecuencia, al aplicarse los requisitos de las obligaciones al objeto de la cláusula penal, la patrimonialidad constituye una característica básica de ésta.

Respecto a la patrimonialidad de la prestación, Osterling Parodi y Castillo Freyre (2003, p. 164), sostienen:

Que (...) se establecerá en función a un criterio objetivo, y se hará teniendo en cuenta lo que un determinado ordenamiento jurídico y social considera como patrimonial, entendiendo lo patrimonial como el sacrificio económico que una persona promedio haría para satisfacer un interés, de acuerdo con circunstancias de tiempo y lugar.

4.4. La Fuente

A decir de Llambias (1997, 129):

La cláusula penal tiene como causa o título el contrato del que forma parte: como su nombre lo indica, es una cláusula del contrato. Pero el presupuesto de hecho que hace nacer la obligación de la pena es el incumplimiento del deudor.

Si bien se considera que la cláusula penal puede tener su origen en la convención, existe discrepancia si esta es la única fuente o si puede nacer de la voluntad unilateral, de la ley y de la sentencia judicial (Kemelmajer de Carlucci, 1981); sin embargo, consideramos que la convención es su única fuente, pues la cláusula nace del contenido de la voluntad negocial.

CAPÍTULO III

MUTABILIDAD E INMUTABILIDAD DE LA CLÁUSULA PENAL

I. EVOLUCIÓN HISTÓRICA Y LEGISLACIÓN COMPARADA

La cláusula penal se originó en el antiguo derecho romano, donde se le conoció con el nombre de “*stipulatio penae*” (o *stipulatio poenae*) (Torres Vásquez 2014, p. 1133) a fin de establecer “una reparación pecuniaria por el incumplimiento de las obligaciones” (Osterling Parodi s.f., p. 306)

Cabe precisar que, en el antiguo derecho romano, sólo gozaban de fuerza obligatoria, las obligaciones de dar sumas de dinero, en tanto las obligaciones de dar, de hacer y de no hacer, no eran susceptibles de exigir compulsivamente (Torres Vásquez, 2014). Asimismo, los jueces, no se encontraban facultados para fijar una indemnización en caso de incumplimiento, por lo que la *stipulatio penae* surgió para solucionar la deficiencia del sistema, pues ésta se estipulaba con el objeto de que el acreedor tenga la posibilidad de exigir el pago de una indemnización en caso de que el deudor incumpliera su obligación de dar, de hacer o de no hacer (Torres Vásquez, 2014)

En este periodo, la cláusula penal era inmutable; no obstante, existía una limitación que consistía en que la cláusula penal no podía ser utilizada para encubrir un pacto de intereses usurarios, caso en el cual, la cláusula penal podía ser susceptible de ser modificada, ello no porque su naturaleza lo exigiera así, sino

porque ésta atentaba contra una norma de orden público (Osterling Parodi y Castillo Freyre, 2003)

Posteriormente, tal como lo señala Torres Vásquez (2014, p. 1134):

Cuando en el Derecho romano se reconoció la exigibilidad de todo tipo de obligaciones, mediante la ejecución de los bienes del deudor, se continuó empleando la cláusula penal con la que se libraba al acreedor de la carga de la prueba y se evitaba el riesgo del arbitrio judicial en la estimación del daño.

Ahora bien, Pothier (citado por Soto Coágula, 2005, p. 16), consideraba que la cláusula penal podía ser reducida cuando “la pena exceda los daños y perjuicios que el incumplimiento del deudor ha ocasionado”; sin embargo, en la elaboración del Código Napoleón, su doctrina no prevaleció, pues este era excesivamente respetuoso de la autonomía de la voluntad. Así, el Código francés regula la fórmula de que “el contrato es ley para las partes” (Osterling Parodi, s.f., p. 307), por lo que no se concedió a los jueces la facultad de modificar el monto de la cláusula penal.

En el derecho germánico se consagraba la regla de la inmutabilidad de la cláusula penal, aceptando la revisión de la pena, solo cuando ésta disfrazaba un pacto de intereses usurarios; no obstante con el Código Civil Alemán del año 1900 y con el Código Federal Suizo de 1911, se permite modificar la penalidad estipulada, tanto para aumentarla como para reducirla ya sea a solicitud del acreedor o del deudor (Osterling Parodi, 2010), optando así por la mutabilidad de la pena estipulada.

Si bien diferentes legislaciones permitirían la revisión de la pena para aumentarla o reducirla, ningún sistema optó por suprimir la pena en el caso de que se probara que el acreedor no ha sufrido daños o perjuicios; no obstante, Angel Ossorio, autor del anteproyecto de Código Civil boliviano, considera que si no hubiera daños y perjuicios, la cláusula penal no podrá ser exigible, pues ésta se estipularía a fin de sustituir una indemnización de daños y perjuicios, evitando así, demostrar la cuantía del perjuicio (Osterling Parodi, s.f.)

Con una fórmula intermedia, el Código Civil brasileño de 1916 estipulaba que el juez no estaba facultado para reducir la penalidad, pero ésta no podía exceder a la obligación principal; sin embargo, con el Código Brasileño de 2002, se establece la posibilidad de reducir la penalidad cuando ésta sea manifiestamente excesiva, conservándose el principio de que la pena no exceda el monto de la obligación principal (Osterling Parodi 2010). En ese sentido, finalmente se optó por la tesis de la mutabilidad de la cláusula penal.

II. EVOLUCIÓN DE LA REGULACIÓN DE LA CLÁUSULA PENAL EN EL SISTEMA JURÍDICO PERUANO

2.1. Código Civil de 1852

Este Código, adoptando la tesis del Código de Napoleón prescribía:

"Artículo 1275: Si se estipuló el pago de cierta cantidad por daños e intereses, para el caso de no cumplirse el contrato, deberá observarse lo pactado".

De lo establecido en este artículo, se advierte que el Código Civil de 1852 consagraba el principio de inmutabilidad de la pena, pues regía el principio del respeto de la autonomía de voluntad.

La Comisión Reformadora del Código Civil de 1852, establecía en su Proyecto lo siguiente:

"Artículo 1213.- El juez modificará equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiese sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor".

"Artículo 1214.- Para exigir la pena convencional no es necesario que el acreedor alegue perjuicio.

El deudor no puede eximirse de cumplirla bajo pretexto de ser excesiva".

"Artículo 1217.- *El valor de la pena impuesta no puede exceder al de la obligación principal".*

Manuel Augusto Olaechea (citado por Gutiérrez Camacho y Rebaza González, 2010, p. 848) sostuvo que:

Esta fórmula intermedia pone a salvo la función primaria de la cláusula penal, cuyo doble fin jurídico es impedir la arbitrariedad judicial y suprimir las dificultades procesales de carácter probatorio sobre la estimación de los daños y perjuicios. Al propio tiempo, esta fórmula reprime el abuso, eliminando el riesgo frecuente de que las estipulaciones contractuales puedan ser en algún caso fuente de enriquecimiento injusto para alguna de las partes.

Ahora bien, de los citados artículos se aprecia que en principio se permite la reducción judicial de la cláusula penal en caso de cumplimiento parcial o irregular de la obligación principal, lo cual se justifica, pues si la obligación ha sido cumplida en cierta parte sería arbitrario que se pretenda cobrar la penalidad en su totalidad. Por otro lado, al consignarse que el deudor no puede solicitar la reducción de la penalidad alegando su excesividad, se pretende salvaguardar la naturaleza de la cláusula penal; asimismo se establece un límite al monto de las cláusulas penales, esto es, que no

excedan el valor de la obligación principal, con lo que se evita estipular cláusulas abusivas. Sin embargo, esta propuesta no fue adoptada por la Comisión Revisora del Proyecto de Código Civil de 1936.

2.2. Código Civil de 1936

Entre los artículos que regulan la cláusula penal en el Código Civil de 1936, tenemos:

"Artículo 1224.- Para exigir la pena convencional no es necesario que el acreedor alegue perjuicio".

"Artículo 1227.- El juez reducirá equitativamente la pena cuando sea manifiestamente excesiva, o cuando la obligación principal hubiese sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor".

En tal virtud, se tiene que el sistema adoptado por este Código es el de la inmutabilidad relativa, pues permite la revisión de la cláusula penal por parte de los jueces.

2.3. Código Civil de 1984

En el vigente Código se regula la cláusula penal desde el art. 1341º al 1350º, siendo necesario a efectos de la presente investigación hacer alusión a los siguientes artículos:

- **Artículo 1341º**, el cual prescribe:

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

Esta norma, tuvo influencia del Código Civil Italiano de 1942 cuyo artículo 1382º en forma similar establece:

La cláusula por la que se convenga que en caso de incumplimiento o de retardo en el cumplimiento uno de los contratantes quedará obligado a efectuar determinada prestación, tiene efecto de limitar el resarcimiento a la prestación prometida, si no se hubiera convenido la resarcibilidad del daño ulterior.

Como se advierte, en ambos artículos se admiten dos situaciones: Que no se pacte una indemnización por daño ulterior, así como la posibilidad de que se convenga estipular indemnización por daño ulterior, lo que significa que “si el acreedor considera que la penalidad no resarce los daños y perjuicios que le ha irrogado el deudor por su incumplimiento, puede accionar contra él y exigir un monto adicional a la penalidad estipulada” (Osterling Parodi 2010, p. 11)

Asimismo, de este artículo se advierte que en nuestro ordenamiento jurídico la cláusula penal cumple una función indemnizatoria, esto es, de prefijación de los posibles daños y perjuicios que podría sufrir el acreedor producto del incumplimiento de la obligación principal por parte del deudor.

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

En virtud de este artículo se hace evidente la función de simplificación probatoria, así como la función indemnizatoria, pues para exigir la cláusula penal no se considera necesario que el acreedor demuestre los daños y perjuicios sufridos como

consecuencia del incumplimiento de la obligación principal, toda vez que la cláusula penal se fija como una indemnización anticipada de daños y perjuicios.

En consecuencia, tal como señala Soto Coágula (2005, p. 15):

Esta es una excepción a la regla general de que todo sujeto que exija el pago de una indemnización está obligado a acreditar los daños sufridos y determinar la cuantía de los mismos. Tratándose de una penalidad contractual, no se requiere demostrar ni probar los daños, ya que los sujetos, al momento de obligarse, han convenido por anticipado el monto de los daños y perjuicios limitando el resarcimiento a esta prestación.

- **Artículo 1346**, según el cual: “El juez, a solicitud del deudor, puede reducir equitativamente la pena cuando sea manifiestamente excesiva o cuando la obligación principal hubiese sido en parte o irregularmente cumplida”.

Esta norma, es otro de los artículos de nuestro Código Civil que tiene influencia del C. C. Italiano de 1942, en cuyo artículo 1384° se regula la reducción de la pena en los siguientes términos:

La pena podrá ser disminuida equitativamente por el juez, si la obligación principal hubiera sido ejecutada en parte o si el monto de la pena fuese manifiestamente excesivo, teniendo siempre en consideración el interés que el acreedor tenía en el cumplimiento.

Del citado artículo, se advierte que el ordenamiento jurídico peruano se adhiere al sistema de inmutabilidad relativa permitiendo la reducción de la pena estipulada libremente por las partes, desnaturalizándose así las funciones inherentes a la cláusula penal.

CAPÍTULO IV

LA CLÁUSULA PENAL EN EL MARCO DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO DE 1984

I. MOMENTO EN EL QUE SE ESTIPULA LA CLÁUSULA PENAL

Según el artículo 1344° del Código Civil Peruano: “La cláusula penal puede ser estipulada conjuntamente con la obligación o por acto posterior”.

Es ese sentido, la penalidad puede estipularse juntamente con el contrato que da lugar al nacimiento de la obligación principal o con posterioridad al nacimiento de la obligación, pero siempre antes de la inejecución de la misma, ello, luego de que medie la conformidad del deudor.

Tal como señalan Gutiérrez Camacho y Rebaza González (2010, p. 838):

Dicho precepto resulta plenamente justificado, habida cuenta que las partes pueden prever, al momento de contraer una obligación, que los daños que pudieran derivarse de su incumplimiento sean indemnizados mediante una pena obligacional. No obstante, nada impide que dicho pacto se estipule con posterioridad al nacimiento de la obligación; con la salvedad de que el momento en que se estipule la pena deberá preceder siempre a la inejecución.

En tal virtud, teniendo en cuenta la naturaleza indemnizatoria de fijación anticipada de los daños derivados del incumplimiento, así como al carácter compulsivo inherente a esta institución, no resultaría posible que el nacimiento de la pena se produzca cuando el contrato ya ha sido incumplido, pues una vez inejecutada la obligación, ya no tendría objeto establecer un mecanismo compulsivo para su cumplimiento, ni tampoco fijar anticipadamente los daños ya originados, por lo que, de ocurrir dicho supuesto, lejos de constituir una cláusula penal, este tipo de pacto se asemejaría más a una transacción sobre los daños derivados y perjuicios derivados de un incumplimiento ya verificado.

Finalmente, cabe precisar que no es posible pactar penalidades de obligaciones futuras, por el carácter accesorio de esta figura. Por tanto, toda cláusula penal de obligación futura será nula, salvo que se pacte sujeta a la condición suspensiva de que surja la obligación que garantizará.

II. ACCESORIEDAD DE LA CLÁUSULA PENAL

La accesoriidad de la cláusula penal está contemplada en el artículo 1345° del Código Civil, el cual prescribe: “La nulidad de la cláusula penal no origina la de la obligación principal”.

Si bien esta norma no establece taxativamente el carácter accesorio de la cláusula penal, realizando una interpretación basada en la naturaleza de la pena obligacional, se advierte que se establece la accesoriidad de la cláusula penal

respecto de la obligación principal al considerarse que la nulidad de la obligación principal conlleva la nulidad de la cláusula penal.

Ahora bien, se considera que si bien la cláusula penal es accesoria, ello no le resta autonomía. En ese sentido, Marini (citado por Gutiérrez Camacho y Rebaza González, 2010, p. 840) sostiene que “La cláusula penal es un negocio autónomo pero accesorio respecto de un negocio principal distinto”, esto es, que tienen distinta naturaleza.

Esta postura encuentra justificación en la función compulsiva e indemnizatoria² de la cláusula penal, por tanto “puede afirmarse entonces que la cláusula penal no es una simple cláusula que forma parte de un negocio, sino que constituye un negocio autónomo, contando con un esquema causal propio; aunque vinculado al contrato que garantiza” (De Luca citado por Gutiérrez Camacho y Rebaza González, 2010, p. 840)

No obstante, cabe resaltar que esta autonomía no escapa de las consecuencias derivadas de su naturaleza accesoria, toda vez que la nulidad de la obligación principal conlleva a la nulidad de la pena.

²De fijación anticipada de los daños derivados de la inexecución de la obligación principal.

III. CLASES DE CLÁUSULA PENAL

3.1. Cláusula Penal Compensatoria

Es aquella “que se estipula para el caso de incumplimiento total, definitivo” (Torres Vásquez, 2014, p. 1144). En este caso el acreedor, producto del incumplimiento de la obligación por parte del deudor solicitará el pago de la penalidad.

3.2. Cláusula Penal Moratoria

Esta se estipula “para el caso de retardo en el cumplimiento”(Torres Vásquez 2014, 1144), facultándose al acreedor solicitar acumulativamente el cumplimiento de la obligación principal como el pago de la cláusula penal.

IV. EXIGIBILIDAD DE LA CLÁUSULA PENAL

Se consideran como condiciones generales para aplicar una cláusula penal: “la existencia de una obligación principal válida, dado la naturaleza de la cláusula penal como medida de garantía para el cumplimiento de las obligaciones y la validez de la pena estipulada” (Osterling Parodi y Castillo Freyre, 2008, p. 944)

Además, se deben configurar cualquiera de las siguientes condiciones:

a. Incumplimiento total, parcial, defectuoso, fuera de tiempo o de lugar de la obligación principal

Se podrá exigir la cláusula penal “cuando el deudor no ejecuta voluntariamente la prestación y no sea posible compelerlo al cumplimiento forzado ni tampoco hacerla ejecutar por un tercero” (Torres Vásquez, 2014, p. 1144).

b. Constitución en mora del deudor

Un requisito de exigibilidad de la pena moratoria es que el deudor se encuentre en mora por intimación o mora automática conforme a lo dispuesto en los artículos 1333° y 1343°. Así, “cuando el deudor es constituido en mora por el incumplimiento de la obligación principal, automáticamente se derivan las consecuencias moratorias penales” (Osterling Parodi y Castillo Freyre, 2008, p. 946).

c. Incumplimiento imputable al deudor

El acreedor puede exigir el cumplimiento de la penalidad pactada cuando el deudor no ejecuta la obligación principal por causa imputable a éste, ya sea porque actuó con dolo o culpa o porque la ley atribuye tal imputabilidad (Soto Coáguila, 2006).

A decir de Torres Vásquez (2014, p. 1145):

Para que la cláusula penal sea exigible, es necesario que la inejecución de la obligación principal sea imputable al deudor, es decir, que medie dolo, culpa inexcusable o culpa leve del mismo (art. 1321). Si el incumplimiento de la obligación principal se debiera a un caso fortuito o fuerza mayor, la obligación penal no es exigible.

El art. 1343º del C.C. consagra expresamente que la pena “solo puede exigirse cuando el incumplimiento obedece a causa imputable al deudor salvo pacto en contrario”. En ese sentido, para que se pueda exigir la cláusula penal es necesario requisito de imputabilidad del deudor, salvo “que se pacte la cláusula penal para los casos en que el incumplimiento o cumplimiento defectuoso haya sido sin culpa de éste” (Osterling Parodi y Castillo Freyre, 2008, p. 948)

CAPÍTULO V

FUNDAMENTO PARA LA REDUCCIÓN DE LA PENA ANTE EL INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN

I. REDUCCIÓN DE LA CLÁUSULA PENAL POR LOS JUECES

Según lo prescrito en el artículo 1343° del C.C.: “para exigir la cláusula penal no es necesario que el acreedor pruebe los daños y perjuicios sufridos (...)”, por lo que una característica esencial de la cláusula penal sería que para exigirla no es necesario entrar a probar la existencia del daño o de su cuantía.

En ese sentido, se advierte que esta norma constituye una excepción a la regla general del artículo 1331° del Código Civil, en virtud del cual: “la prueba de los daños y perjuicios y de su cuantía también corresponden al perjudicado por la inejecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso”, pues la cláusula penal implica la fijación anticipada de pérdidas y daños, por lo que no sería necesario que el acreedor alegue y compruebe el perjuicio, toda vez que el deudor no podría pretender liberarse de la penalidad demostrando que dicho daño no ha existido (Osterling Parodi y Castillo Freyre, 2003)

A decir de Llambias (1997, p. 135): “Ni la efectiva existencia del daño que provoca al acreedor el incumplimiento de la obligación principal, ni menos la prueba de dicho daño, son requisitos de la pretensión de la pena”. Lo que implica que las

partes deben cumplir con el pago de la penalidad en atención a la autonomía de voluntad con la que pactaron la pena.

Por otro lado, Emiliani Román (citado por Osterling Parodi y Castillo Freyre, 2003, p. 2699) señala que:

La cláusula penal presenta diversas ventajas de orden práctico, ante las cuales se encuentra el que libera al acreedor de la carga de la prueba de la existencia de los perjuicios, puesto que las partes lo han reconocido previamente desde el momento en que los evaluaron. Por lo mismo, el deudor no podrá alegar su inexistencia, ni que el acreedor reportó beneficio de la inejecución; y agrega que con la misma lógica no debería admitirse que el acreedor desconozca la cláusula penal para poder reclamar la indemnización de perjuicios cuando le pareciere que aquella es exigua o inconveniente, pues esto lo coloca en pie de igualdad con el deudor cuando se le niega el derecho a demostrar la inexistencia de los perjuicios o los beneficios del incumplimiento.

Por su parte, Kemelmajer de Carlucci (1981, p. 423), señala que:

La fijación de una cláusula penal releva al acreedor de la prueba del daño efectivamente sufrido, porque si el deudor pudiera eximirse de satisfacer la pena probando que el acreedor no ha sufrido daños, se habría hecho de la cláusula penal una estipulación completamente inútil.

Para Osterling Parodi y Castillo Freyre (2003, p. 2701): (...) “la cláusula penal tiene, dentro de sus funciones, aquella de simplificación probatoria, vale decir, que no resultará necesario que el acreedor pruebe la existencia de daños y perjuicios para poder reclamar la cláusula penal, ya que la misma constituye su valorización anticipada”. Asimismo, señalan que: (...) “dentro de la ley peruana es posible que el deudor exija la reducción de la penalidad y que, por tanto, el tema de la entidad de los daños y perjuicios termine siendo materia probatoria” (Osterling Parodi y Castillo Freyre, 2003, p. 2701)

Como se señaló *ut supra*, una de las finalidades de estipular la cláusula penal es evitar el debate sobre la existencia de los perjuicios y su cuantía, por lo que conceder a los jueces la facultad de reducir el monto de la cláusula penal en los contratos civiles, implica en algunos casos abrir la controversia sobre la existencia de los daños y perjuicios, así como de su monto por el incumplimiento o cumplimiento defectuoso de la obligación principal.

En ese sentido, la reducción por parte de los jueces del monto de la cláusula penal, desnaturalizaría la naturaleza de esta figura, pues tal como lo precisa Osterling Parodi y Castillo Freyre (2013, p. 12), la reducción de la penalidad:

Sustituye el pacto libremente concertado por las partes, por un juicio complejo y costoso en que se objeta ese pacto, pues si la pena debe ser razonablemente proporcional al daño sufrido por el acreedor, a la gravedad de la falta, a los intereses en juego y a la propia situación de las partes, es

inevitable que se discuta y pruebe la existencia de los perjuicios y su cuantía.

Por tanto, los jueces están obligados a pronunciarse de acuerdo a las pruebas aportadas por las partes, pues en ausencia de éstas, mal podrían reducir la indemnización prefijada contractualmente (Osterling Parodi y Castillo Freyre, 2013)

Cabe precisar que si bien, con la reducción de la cláusula penal se pretende evitar el abuso del derecho, pues el deudor como parte débil de la relación jurídica se encontraría en una situación de desventaja respecto del acreedor; en los contratos civiles, en los que existe paridad entre las partes, no siempre se configura tal hecho, ante lo cual el deudor valiéndose de la posibilidad de reducir el monto de la penalidad convenida, incumpla con la obligación o la cumpla defectuosamente. En ese sentido, mal haríamos en considerar como una regla que el deudor siempre es la parte débil de la relación contractual, por lo que al permitir la revisión de la pena estamos en cierto modo restringiendo el principio de autonomía de libertad, pues las partes, en igualdad de condiciones, pactan una penalidad a fin de garantizar el cumplimiento de la obligación principal.

II. DESNATURALIZACIÓN A LAS FUNCIONES DE LA CLÁUSULA PENAL

2.1. No se cumple con la función compulsiva de la cláusula penal.

Una de las principales funciones de la cláusula penal es la compulsiva, la misma que constituiría una sanación para el deudor en caso de incumplimiento de la obligación. En ese sentido Kemelmajer de Carlucci (1981, p. 3), señala que la cláusula penal “como pena se dirige a castigar una conducta antijurídica asegurando de esta manera el cumplimiento de la obligación”

Ahora bien, esta función está estipulada en el artículo 1341º del Código Civil peruano vigente que describe a la cláusula penal como “un pacto por el cual en caso de incumplimiento el deudor está obligado al pago de una penalidad”; no obstante, el mismo legislador reconoce en el artículo 1346º del acotado Código, la posibilidad de reducir el monto de la penalidad en caso ésta resulte manifiestamente excesiva, relativizando de esta manera la función compulsiva de la cláusula penal, la misma que fue pactada libremente por las partes a fin de garantizar el cumplimiento de la obligación principal.

En ese sentido, consideramos que permitir la reducción del monto de la cláusula penal, desnatura su función compulsiva, pues no tendría el efecto conminatorio previsto para que, si llegado el caso de incumplimiento de la obligación se tuviese la plena “seguridad de contar

con su importe” (Osterling Parodi, 2010, p. 16), sino que desde el principio se pensaría en la revisión y apreciación judicial.

2.2. No se cumple con la función de simplificación probatoria.

Otra de las razones por la que se pacta la cláusula penal, obedece a su función de simplificación probatoria, esto es, evitar entrar a un posible debate de los daños y perjuicios sufridos, así como de su cuantía.

Esta función es regulada por el artículo 1343º del Código Civil peruano, el cual prescribe: “Para exigir la pena no es necesario que el acreedor pruebe los daños y perjuicios sufridos. Sin embargo, ella solo puede exigirse cuando el incumplimiento obedece a causa imputable al deudor, salvo pacto en contrario”.

Como se advierte esta función encuentra su sustento en el hecho que se han prefijado los posibles daños y perjuicios que puede originar el incumplimiento de la obligación o su cumplimiento regular, a efectos de evitar entrar al debate judicial sobre la existencia de tales daños y perjuicios como de su monto.

En esa línea, para reducir el monto de la penalidad cuando esta resulta ser manifiestamente excesiva, implica que el deudor debe probar

que los daños y perjuicios efectivamente sufridos producto del incumplimiento de la obligación se encuentran por debajo del monto estipulado como penalidad, y si bien se apreciaría que es el deudor quien tiene la carga de probar; no obstante, un acreedor diligente ante la posibilidad de que se reduzca el monto de la cláusula penal también entrará en el ámbito probatorio a fin de demostrar que los daños y perjuicios sufridos se corresponden con la penalidad pactada. En consecuencia, se desnaturaliza la función de simplificación probatoria, pues se incurre en lo que precisamente se pensó evitar al momento de pactar la cláusula penal, que es entrar al debate sobre los daños y perjuicios sufridos, así como su monto, lo que conlleva a que las partes tengan que solventar los costos y costas que generan el inicio de un proceso judicial.

2.3. No se cumple con la función indemnizatoria

Conforme a lo regulado en el artículo 1341º del Código Civil, la cláusula penal tiene una función indemnizatoria, es decir de prefijación o liquidación de los daños y perjuicios producidos ante el incumplimiento de la obligación, así este artículo prescribe: “El pacto por el que se acuerda que, en caso de incumplimiento, uno de los contratantes queda obligado al pago de una penalidad, tiene el efecto de limitar el resarcimiento a esta prestación y a que se devuelva la contraprestación”.

En ese sentido, “la penalidad pactada sirve para indemnizar los daños y perjuicios que cause el incumplimiento del deudor” (Soto Coágula, 2005, p. 7)

En esa línea, al permitir la reducción del monto de la cláusula penal esta función se ve desnaturalizada, por cuanto este tiene el efecto de limitar el resarcimiento de los posibles daños y perjuicios que se originan producto del incumplimiento de la obligación

CAPÍTULO VI

CRITERIOS QUE SE ADOPTAN PARA REDUCIR LA PENALIDAD EN EL SISTEMA JURÍDICO PERUANO

I. CRITERIOS ADOPTADOS POR LA DOCTRINA PARA REDUCIR EL MONTO DE LA CLÁUSULA PENAL

1.1. Desigualdad entre las partes contratantes

Uno de los criterios adoptados tanto por la doctrina como por la jurisprudencia para reducir la cláusula penal, es considerar que existe desigualdad entre acreedor y deudor, concibiendo a éste último como la parte débil de la relación obligacional, criterio que bien puede ser adoptado en la contratación moderna, esto es, en los contratos sujetos a cláusulas generales de contratación, como son los contratos por adhesión, en los que es evidente la desigualdad existente entre el acreedor, quien viene a ser la gran empresa o empresario que goza del poder económico y el deudor que se constituye en la parte débil por ser el ciudadano común y silvestre que tiene que sujetarse a las condiciones o cláusulas estipuladas en el contrato por el acreedor, dando lugar a lo que se conoce como contrato asimétrico, “en el cual la asimetría (informativa, de poder negocial, de poder impositivo) no está referida solo al consumidor, sino también a la pequeña empresa, y más en general a la

parte expuesta al abuso de poder económico de la contraparte”(Alpa, 2015, p. 493)

No obstante, dicha desigualdad no constituye la regla en los contratos civiles, en los que existe paridad de partes, tanto entre acreedor y deudor, pues ambos celebran el contrato de común acuerdo y en las mismas circunstancias de decidir si contratan o no.

Ahora bien, las partes estipulan la cláusula penal a fin de reducir los riesgos que genera el incumplimiento de la obligación por cuanto “la incertidumbre respecto del cumplimiento de la contraprestación es uno de los factores que puede inducir a una persona a no contratar”(Gazmuri, 2006, p. 25) y porque consideran que estipular una cláusula penal es preferible a lo que establezca el juzgador ante el incumplimiento de la obligación, pues a través de ésta se fija una indemnización *ex ante*, lo que resulta ventajoso, toda vez que “solicitar la intervención de los tribunales posee costos importantes que la cláusula contribuye a disminuir, además de que ciertos daños resultarían difícil de probar” (Gazmuri, 2006, p. 25)

En ese sentido, consideramos que en los contratos paritarios o negociados, en los cuales las partes han pactado libremente una penalidad en atención a su autonomía privada a fin de reforzar el cumplimiento de la obligación y desincentivar que el deudor incumpla, el acreedor tiene el derecho a solicitar la penalidad pactada, sin que sea necesario acudir al órgano jurisdiccional para su revisión; sin embargo,

dado que nuestro ordenamiento jurídico se acoge al sistema de inmutabilidad relativa, sólo debe reducirse el monto de la cláusula penal cuando se configuren ciertos criterios a fin no caer en arbitrariedades que desnaturalicen aún más esta figura.

1.2. Equidad

Se pueden distinguir distintos tipos de equidad; sin embargo, para los fines de la presente investigación cabe precisar los siguientes:

1.2.1. Equidad interpretativa:

Señala Alpa (2015, p. 494) “en caso de imposibilidad de aclarar el significado del contrato, demanda al juez, en vía residual, la tarea de interpretarlo operando una armonización justa de los intereses de las partes”. En ese sentido, este tipo de equidad implica equilibrio de prestaciones.

Ahora bien, se considera que los jueces reducen la cláusula penal en atención a criterios de equidad a fin de establecer un equilibrio entre la cláusula penal y la indemnización fijada ex ante.

1.2.2. Equidad correctiva:

Este tipo de equidad implica un balance entre las prestaciones, así se considera que “se halla en el caso de reducción de la cláusula penal, que puede ser reducida conforme a la equidad del juez (...)” (Alpa, 2015, p. 495)

Al respecto, cabe precisar que, si bien se considera que un criterio para reducir el monto de la cláusula penal es la equidad, esta obedece a criterios subjetivos del juez, pues no demanda mayor análisis que la lógica del juzgador, debiendo aplicarse residualmente y no como una regla general.

II. ANÁLISIS DE CASOS Y CRITERIOS ADOPTADOS POR LA JURISPRUDENCIA NACIONAL PARA REDUCIR EL MONTO DE LA PENALIDAD

2.1. Revisión de Sentencias

2.1.1. Análisis de la Casación N° 1753-97-Lima³

En este caso, la Corte Suprema señala que: “El art. 1346 faculta al juez a reducir a pedido del deudor la penalidad pactada, **en los casos en que a su criterio resulte excesiva**, significado que esta reducción no es obligatoria y **que se procederá a ella con el**

³El Peruano, 17.11.1998, p. 2045.

único fin de fomentar el contenido ético de las relaciones contractuales⁴ (Torres Vásquez, 2014, p. 1172). Asimismo, se estableció en el considerando sexto de la citada resolución, que la reducción de la penalidad obedecía **“a una apreciación subjetiva del Magistrado”** (Osterlig parodi, 2010, p. 29)

Como se puede advertir, en este caso, el órgano jurisdiccional señala que es el criterio del juez que determina si la penalidad convenida resulta ser excesiva o no; sin embargo, consideramos que si bien no se puede obviar del criterio subjetivo del juez al valorar si la pena es excesiva, sí debe fijarse un límite a partir del cual se puede concebir como excesivo o no el monto de la penalidad, debiendo además el actuar del juez sujetarse a las pruebas aportadas por las partes.

En ese sentido, se advierte que los magistrados resolvieron con criterio de justicia y equidad, haciendo alusión explícitamente a su apreciación subjetiva, esto es, consideraron a la cláusula penal manifiestamente excesiva, sin valorar prueba alguna o realizar un análisis comparativo entre la penalidad pactada y los daños efectivamente sufridos por el acreedor producto del incumplimiento de la obligación.

⁴Negrita y subrayado nuestro.

2.1.2. Análisis de la Sentencia de fecha 20 de mayo de 1998

En dicha sentencia, la Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento de la Corte Superior de Justicia de Lima, resolvió reducir equitativamente la penalidad atendiendo a que *“el pago de US\$ 50.00 por día, en caso de incumplimiento desde la entrega de la propiedad, es excesivo”* (Osterling Parodi, 2010, p. 29)

En este caso si bien no se hace alusión explícita al criterio subjetivo del juez, resulta evidente que a fin de reducir el monto de la cláusula penal no se realizó valoración probatoria para determinar si la pena era o no excesiva.

2.1.3. Análisis de la Sentencia Expedida en el proceso signado con el Expediente N° 773-90- Junín- Corte Suprema y Expediente N° 3786-97- Lima- Corte Superior

En el primer caso se establece que:

La penalidad pactada se aplica sin que sea necesario probar los daños y perjuicios para exigir su pago, encontrándose facultado el juez para reducir equitativamente su monto, cuando sea manifiestamente excesivo o cuando la obligación principal hubiese sido en parte o irregularmente cumplida (Torres Vásquez, 2014, p. 1172).

En el segundo caso se precisó: “Tratándose de una cláusula penal, el incumplimiento de uno de los contratantes obliga al transgresor al pago de la penalidad pactada en el contrato, empero el juez puede reducir equitativamente la pena cuando sea manifiestamente excesiva” (Torres Vásquez, 2014, p. 1172).

De estos casos, se aprecia que en principio se resalta la función de simplificación probatoria de la cláusula penal al señalarse que la penalidad se aplicará sin que sea necesario probar los daños y perjuicios realmente ocasionados; sin embargo, se señala además que ésta podrá ser reducida cuando sea manifiestamente excesiva, sin que se realice un análisis comparativo entre el monto de la obligación y el de cláusula penal.

2.1.4. Análisis de la Sentencia expedida por la Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento de la Corte Superior de Justicia de Lima, con fecha 1 de octubre de 1999

En virtud de la cual, se tiene que en “un contrato de arrendamiento, cuya renta ascendía a US\$ 480.00 mensuales, se había pactado una penalidad ascendente al 15% de dicho monto por cada día de atraso en que el arrendatario no cumpliera con la desocupación del inmueble a la finalización del contrato”,

resolviéndose reducir la penalidad“ en aplicación del artículo II del Título Preliminar del Código Civil” (Osterling Parodi, 2010, p. 30)

Ahora bien, teniendo en cuenta que el II del Título Preliminar del Código Civil prescribe: “La ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusivos de un derecho. Al demandar indemnización u otra pretensión, el interesado puede solicitar las medidas cautelares apropiadas para evitar o suprimir provisionalmente el abuso”, los magistrados resuelven por reducir el monto de la penalidad a fin de prohibir el abuso del derecho, pues la Sala consideró que tal figura se configuraba con la estipulación de la cláusula penal.

De las sentencias citas *ut supra*, se advierte que los magistrados optaron por reducir el monto de la penalidad por considerarla excesiva, sin que el deudor demuestre los daños y perjuicios derivados del incumplimiento de la obligación a fin de probar que los daños efectivamente producidos estaban por debajo de la penalidad pactada, con lo que se evidencia que la reducción se realizó en base a criterios subjetivos.

III. CRITERIOS ADOPTADOS POR LA JURISPRUDENCIA NACIONAL PARA REDUCIR EL MONTO DE LA CLÁUSULA PENAL Y UNA APRECIACIÓN DE LOS LINEAMIENTOS QUE DEBERÍAN ADOPTARSE PARA REVISAR LA PENALIDAD EN BASE A CRITERIOS OBJETIVOS

3.1. Pena manifiestamente excesiva

Tal como se advierte de los casos citados, los jueces resuelven en atención al artículo 1346° de nuestro Código Civil, en virtud del cual se establece la posibilidad de reducir la cláusula penal cuando sea “manifiestamente excesiva”, lo que nos hace entender que debe existir una evidente desproporción entre la pena convenida y los daños efectivamente sufridos; sin embargo, no se ha establecido un límite para considerar si la pena resulta ser o no “excesiva”, lo que genera que los jueces resuelvan en base a criterios meramente subjetivos, sin hacer mayor análisis sobre la desproporcionalidad que pueda o no existir; por lo que resulta necesario que el legislador incluya un límite para evitar que se incurran en arbitrariedades, pues como se ha regulado a la cláusula penal en el Código de 1984, ésta cumple una función indemnizatoria.

En esa línea, a fin de determinar si el monto de la penalidad convenida es manifiestamente excesivo, el juez debe en principio tener en cuenta como límite para reducir el monto de la cláusula penal, que este exceda el monto de la obligación principal, para luego en base a este límite, valorar correctamente

los medios probatorios aportados tanto por el deudor- quien tiene la carga de probar- como las pruebas aportadas por el acreedor diligente, con lo cual se demostraría si el monto de la penalidad excede en demasía al monto de los daños y perjuicios efectivamente sufridos por el acreedor.

3.2. Abuso del Derecho

Respecto al abuso del derecho, no existe uniformidad en la doctrina y jurisprudencia sobre su fundamento; sin embargo, cabe resaltar que se coincide en que “el fundamento para reprimir el acto abusivo está en que ningún derecho es ilimitado, pues de ser así, no habría orden social posible” (Cuentas Ormachea, 1997, p. 468)

Esta figura ha sido consagrada en el artículo II del T.P. del Código Civil peruano, en virtud del cual: “La ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusivos de un derecho”, concibiéndose como un principio general del Derecho. Así, la doctrina nacional ha proporcionado los siguientes elementos de juicio (Espinoza Espinoza, 2010, p. 129):

- 1) Tiene como punto de partida una situación jurídica subjetiva.
- 2) Se trasgrede un deber jurídico genérico (buena fe, buenas costumbres, inspiradas en el valor solidaridad).
- 3) Es un acto ilícito sui géneris.
- 4) Se agravian intereses patrimoniales ajenos, no tutelados por una norma jurídica específica.

- 5) Ejercicio del derecho subjetivo de modo irregular.
- 6) No es necesario que se verifique el daño.
- 7) Su tratamiento no debe corresponder a la Responsabilidad Civil sino a la Teoría General del Derecho.

A decir de Cuentas Ormachea (1997, p. 469): “La ley no determinará cuándo se ejercita un derecho en forma abusiva. Debe ser el Juez el que en cada caso concreto, evaluando la forma y circunstancia en que se ejerce una facultad legal, dirá si hay o no abuso del derecho”; no obstante, ello no es óbice para que el juez actúe arbitrariamente sino que debe sujetarse a las normas y principios generales del derecho, tomando un criterio de equidad.

A efectos de la presente investigación, como se evidencia de los casos citados *supra*, algunos jueces optan por reducir el monto de la cláusula penal por considerar que esta constituye un abuso de derecho cuando a su entender es “manifiestamente excesiva”, resolviendo en su mayoría en base a criterios meramente subjetivos; sin embargo, si bien no se puede deslindar la valoración subjetiva de los jueces para reducir el monto de la penalidad, el órgano jurisdiccional a fin de no incurrir en arbitrariedades debe adoptar una serie de criterios objetivos, es decir, solo procederá a la reducción cuando la cláusula penal exceda el monto de la obligación principal y una vez verificada esta situación, que la pena convenida resulte manifiestamente excesiva en base a una comparación entre el monto de penalidad estipulado en el contrato y el monto de los daños y perjuicios sufridos fehacientemente por el acreedor,

todo ello en atención a la valoración que realizará el órgano jurisdiccional de las pruebas aportadas por el deudor y acreedor.

CAPÍTULO VII

PROPUESTA DE IMPLEMENTACIÓN DE CRITERIOS PARA REDUCIR EL MONTO DE LA CLÁUSULA PENAL EN LOS CONTRATOS CIVILES

I. CRITERIOS A TENER EN CUENTA PARA PROCEDER A LA REDUCCIÓN DE LA CLÁUSULA PENAL

Si bien consideramos que el monto de la cláusula penal pactado libremente por las partes, no debe reducirse pues conlleva a la desnaturalización de sus funciones, nuestro legislador ha concebido tal posibilidad, esto es, la reducción cuando la penalidad resulte manifiestamente excesiva; sin embargo, en tales casos debe tenerse en cuenta que la reducción no debe ser la regla sino la excepción y si de por sí ya se desnaturaliza la institución, el juez debe aplicar ciertos criterios a efectos de proceder a la reducción de manera objetiva, propia del juez imparcial. En ese sentido, proponemos algunos criterios que si bien no salvan la desnaturalización de la cláusula penal si permitirán que se reduzca en base a criterios objetivos.

Ahora bien, independientemente de las condiciones para la exigibilidad de la cláusula penal señaladas *ut supra*, el juez civil a fin de evitar caer en arbitrariedades y proceder objetivamente, debe tener en cuenta la configuración de los siguientes criterios:

1.1. Penalidad superior al monto de la obligación principal

Considerando que la cláusula penal se pacta como una indemnización anticipada de los daños y perjuicios que se generen producto del incumplimiento de la obligación principal, evitando así entrar al debate probatorio para demostrar dichos daños, constituye un medio que busca compeler al deudor al cumplimiento de la obligación; por lo que la reducción de la pena debe constituir la excepción y no la regla, debiéndose optar por mantener la inmutabilidad de la cláusula penal, ello con la finalidad de que se cumplan a cabalidad las funciones en mérito a las cuáles las partes de la relación obligacional decidieron pactar dicha cláusula, en consecuencia, la reducción solo procederá cuando se configuren determinados criterios.

Ahora bien, resulta obvio que el monto de la penalidad pactada sea excesivo, pues tiene como función reforzar el cumplimiento de la obligación principal y en consecuencia desincentivar que el deudor incumpla; no obstante, a efectos de proceder a la reducción de la cláusula penal, debe fijarse un límite, toda vez que permitir al juez la revisión de la pena a través de la reducción, desnaturaliza las funciones de la cláusula penal, restándole utilidad.

En ese sentido Osterling Parodi y Castillo Freyre (2013, p. 970) señalan:

La legislación contractual debe utilizar fórmulas intermedias destinadas únicamente a restringir el principio absoluto de la autonomía de la voluntad, pero no a interferir en cada contrato permitiendo su revisión. Para cautelar a los contratantes se dictan normas de orden público, relativas a la capacidad de las personas o a la libre manifestación de voluntad.

Así, consideramos que procederá la reducción del monto de la cláusula penal, siempre que este exceda el monto de la obligación principal y hasta por dicho monto, con lo cual se fija un límite que permitirá al juzgador determinar cuándo corresponde la revisión de la penalidad.

Este criterio es adoptado en base a lo estipulado en el artículo 412º del Código Civil Brasileño de 2002 aprobado mediante Ley Nº 1046 del 10 de enero de 2002, el cual, si bien permite la modificación de la cláusula penal a diferencia de lo regulado en el C.C. de 1916, mantiene el precepto de que “la penalidad no podrá exceder el monto de obligación principal”. Así como en función a lo establecido en el C.C. de México de 2002 en cuyo Artículo 7.86 establece que “La cláusula penal no puede exceder ni en valor ni en cuantía a la obligación principal”, y lo regulado en el artículo 1544º del C.C. Chileno de 2000 el cual prescribe:

Cuando por el pacto principal una de las partes se obligó a pagar una cantidad determinada, como equivalente a lo que por la otra parte debe prestarse, y la pena consiste asimismo en el pago de una cantidad determinada, podrá pedirse que se rebaje de la segunda todo lo que exceda al duplo de la primera, incluyéndose ésta en él. La disposición anterior no se aplica al mutuo ni a las obligaciones de valor inapreciable o indeterminado.

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

Ahora bien, este criterio fue adoptado por la Comisión Reformadora del Código Civil de 1852, en cuyo Artículo 1217º, prescribía "El valor de la pena impuesta no puede exceder al de la obligación principal", con la finalidad de salvaguardar en cierto modo las funciones de la cláusula penal y evitar arbitrariedades por parte del órgano jurisdiccional. Así, el doctor Augusto Olachea (citado por Osterling Parodi, s.f., p. 311), sostiene:

Se discute acerca del excesivo rigorismo de la cláusula penal, cuando la desproporción existente entre el valor económico de la prestación y la pena pactada es resaltante; y también sobre el derecho del acreedor para solicitar la agravación de la penalidad estipulada, cuando interviene a su favor una razón análoga pero inversa. Sobre el particular se observan varias tendencias legislativas.

El sistema francés sancionado por el Código Napoleón, reconoce la soberanía de las partes para fijar la amplitud de la pena convencional; y aunque el artículo 1231° del precitado Código contempla un caso de mitigación de la pena, esa ley no contradice, y antes bien confirma el principio general definido por el artículo 1226°, pues dicho artículo se refiere a la hipótesis de cumplimiento parcial de la obligación por el deudor, cuando la deficiente ejecución del compromiso aporte alguna ventaja al acreedor. Otros Códigos, como el Alemán (artículo 343°) y el Suizo de las obligaciones (artículo 161°), facultan al juez para reducir equitativamente las penas excesivas. El Código de Brasil (artículo 920°) estatuye simplemente que el valor económico de la pena no puede nunca sobrepasar al de la obligación principal". "El anteproyecto adopta la fórmula brasileña, que es ecléctica. Esta fórmula intermedia pone a salvo la función primaria de la cláusula penal cuyo doble fin jurídico es impedir la arbitrariedad judicial y suprimir las dificultades procesales de carácter probatorio sobre la estimación de los daños y perjuicios. Al propio tiempo, esta fórmula reprime el abuso, eliminando el riesgo frecuente de que las estipulaciones contractuales puedan ser en algún caso fuente de enriquecimiento injusto para algunas de las partes. Yo estimo que la solución suizo-alemana, que rechazo, sería de una peligrosidad alarmante en un medio jurídico-social tan imperfecto y mediocre como el nuestro.

Sin embargo, lo establecido en el Proyecto de Código Civil presentado por la Comisión Reformadora, no fue adoptado por la Comisión Revisora del Proyecto de Código Civil de 1936 (Osterling Parodi, s.f.), obviándose establecer un límite para que el juzgador proceda a la revisión de la penalidad.

De manera similar en el artículo 1364° del Proyecto de la Comisión encargada de la revisión del C.C. de 1936, establecía:

El monto de la cláusula penal no puede ser superior a la mitad del valor de la prestación incumplida. Si la cláusula penal se estipula para el caso de mora o en seguridad de un pacto determinado, su monto no puede ser superior a la cuarta parte del valor de la prestación. En las obligaciones de pagar sumas de dinero, el monto de la cláusula penal no puede exceder al monto de interés convencional máximo fijado por el Banco Central de Reserva del Perú. Es nulo el exceso pactado sobre los límites señalados en este artículo.

En esa línea, se advierte que en dicho proyecto al igual que el Proyecto de la Comisión Reformadora del C.C. de 1852, se fija un límite al monto de la cláusula penal, lo que permitía que el juez revise la penalidad en base a un criterio objetivo; no obstante, la Comisión Revisora, consideró que los preceptos del C.C. de 1936 debían mantenerse, pues habrían operado correctamente, dando origen a lo establecido en el artículo 1346° del actual Código (Osterling Parodi, s.f.) pese a que nuestro ordenamiento jurídico

contempla como principal función de la cláusula penal a la función indemnizatoria, por lo que León Barandiarán (citado por Soto Coáguila, 2006, p. 105) comentaba:

En realidad, con la facultad otorgada al juez, de reducir la pena, ya se ha vulnerado el principio de utilidad que la cláusula penal tiene: fijar anticipadamente los daños y perjuicios. Se sacrifica esta conveniencia en aras de un imperativo de equidad, permitiéndose la reducción. Bien, no se debe ir más allá. De otro modo, la *stipulatio poenae* quedará expuesta a ser rezagada como una existencia precaria y de fortuita eficacia.

En consecuencia, en atención a lo establecido en las legislaciones citadas, consideramos el monto de la cláusula penal puede reducirse, siempre que exceda el monto de la obligación principal y hasta dicho monto, pues este criterio objetivo permitiría fijar un límite al establecer el monto de la cláusula penal en los contratos civiles a fin de considerar si resulta ser manifiestamente excesiva, toda vez que conforme a lo prescrito en el art. 1346º del C.C. se puede reducir la cláusula penal cuando esta sea “manifiestamente excesiva”; sin embargo, no se ha determinado un límite para considerar cuando la cláusula penal se constituye en excesiva, dando lugar a que los jueces revisen el monto de la penalidad en base a criterios subjetivos, es decir, en atención a lo que su leal entender les indique que es excesivo o no, generando así que en muchas ocasiones se incurra en una serie de arbitrariedades.

Al respecto Osterling Parodi y Castillo Freyre (2013, p. 969) manifiestan:

Si la cláusula penal excede el valor de la obligación principal, sería reducida por el juez, en la misma medida en que se reduce cuando la obligación es parcial o defectuosamente cumplida. En este caso se justifica plenamente tal reducción, y eventualmente para llegar a ella, la modificación de la prestación pactada como cláusula penal y su sustitución por dinero, porque las partes habrían estipulado en contra de la ley, sabiendo de antemano que el valor de la cláusula penal excedía el valor de la obligación principal.

En tal virtud, consideramos que para proceder a la reducción de la cláusula penal debe configurarse el criterio de que la penalidad sea superior al monto de la obligación principal, pudiendo el juez revisar la pena hasta dicho monto, con lo cual en cierto modo se salvarían las funciones de la cláusula penal, pues de verificarse que la penalidad pactada libremente por las partes contratantes no excede el monto de la obligación principal, no correspondería realizar la reducción, por tanto, la cláusula penal cumpliría su función indemnizatoria y asimismo se evitaría entrar al debate probatorio, cumpliéndose así con la función de simplificación probatoria. Por otro lado, de verificarse que la penalidad excede el monto de la obligación principal, los jueces podrán reducir monto de la cláusula penal, cuando esta sea desproporcional a la cuantía de los daños y perjuicios verdaderamente

sufridos por el acreedor producto del incumplimiento total de la obligación, haciendo posible que la cláusula penal cumpla con su función indemnizatoria o de prefijación de daños y perjuicios.

3.3. Desproporcionalidad de la penalidad convenida.

Soto Coáguila (2006, p. 108) sostiene:

Con relación a las penas convencionales como medios compulsivos para garantizar el cumplimiento de los contratos, éstas deben ser elevadas por naturaleza, pues teniendo por finalidad prevenir el incumplimiento, la pena- que en el fondo no es otra cosa que una sanción, un castigo- debe ser enorme, debe agravar la situación del deudor, casi conminándolo al cumplimiento, que debiera ser espontáneo, para sea diligente y oportuno en el cumplimiento de sus obligaciones.

En esa línea, teniendo en cuenta la función de fijación anticipada de daños y perjuicios, por lo general las partes al pactar la penalidad lo hacen por un valor elevado a fin de desincentivar el incumplimiento; no obstante, nuestro ordenamiento jurídico faculta al juez la reducción de la cláusula penal cuando sea “manifiestamente excesiva”. Al respecto, tenemos que decir que si bien de la jurisprudencia nacional se advierte que los jueces civiles resuelven en base a criterios meramente subjetivos, es decir en atención a criterios de conciencia, lógica y equidad, debe considerarse que al reducirse la cláusula

penal se entra al tema de la probanza de daños y perjuicios, por lo que el juez debe realizar una labor objetiva, esto es, en atención a las pruebas aportadas no solo por el deudor sino también por el acreedor diligente, considerando además para proceder a la reducción, que la cláusula penal esta exceda el monto de la obligación principal.

En ese sentido, una vez verificado el criterio de la cláusula penal excede el monto de la obligación principal, a fin de proceder a la reducción de la penalidad correspondería en segundo término, verificar que la penalidad convenida resulta en extremo desproporcionada en relación a los daños y perjuicios efectivamente sufridos ante el incumplimiento de la obligación principal, lo que hará más seria la labor del juez, evitando que se incurran en arbitrariedades en perjuicio del acreedor que se ve afectado ante el incumplimiento de la obligación. Así, a efectos de determinar la desproporción existente entre el monto de la pena y los daños y perjuicios, el órgano jurisdiccional debe valorar previamente las pruebas aportadas por el deudor quien tiene la carga de probar que la cláusula penal resulta excesiva para cumplirla en su integridad y que por tanto correspondería la reducción, así como los medios probatorios aportados por el acreedor diligente, con las cuales probará que no debe procederse a la revisión de la penalidad de ser el caso.

Es así que, el deudor por ser quien tiene la carga de la prueba, a fin de que se proceda a la reducción de la cláusula penal, debe aportar pruebas

objetivas que creen en el juzgador la convicción de que evidentemente el incumplimiento de la obligación no generaría los daños y perjuicios prefijados como penalidad, existiendo una manifiesta desproporción entre la pena y los daños y perjuicios ocasionados ante el incumplimiento total de la obligación.

En sentido similar se pronuncia Arana de la Fuente (2009, p. 1632) para quien:

Cuando exista gran disparidad entre la suma fijada y la pérdida real sufrida por la parte perjudicada, el tribunal puede disminuir el quantum aunque, en el momento de celebrar el contrato, pareciera razonable. Dado que el propósito de la regla es controlar aquellas estipulaciones cuyo efecto resulte abusivo, el tribunal sólo puede ejercitar su poder moderador cuando esté claro que la cantidad estipulada es sustancialmente más alta que el daño real. Además, esta facultad judicial debe respetar la voluntad de las partes de establecer una medida disuasoria del incumplimiento y, por tanto, no cabe reducir el importe de la pena hasta hacerlo coincidir con la pérdida real. El tribunal deberá fijar una cantidad intermedia.

Por tanto, para determinar si la pena es excesiva o no, es necesario realizar un análisis comparativo entre el monto fijado como cláusula penal y la cuantía de los daños y perjuicios efectivamente sufridos producto del

incumplimiento total de la obligación, con clara atención a las pruebas valoradas, con lo cual se evidenciará si existe una manifiesta desproporción.

En consecuencia, independientemente de que es inevitable que el juzgador realice una apreciación subjetiva sobre la proporcionalidad de la cláusula penal, al valorarse la existencia de los daños y perjuicios así como de su monto, prima el criterio objetivo que se busca a fin de evitar que el acreedor se vea aún más perjudicado con la reducción de la cláusula penal, pues aun cuando se desnaturalicen sus funciones con la revisión, ésta solo procederá siempre y cuando se demuestre que el monto de los daños efectivamente sufridos es inferior al valor fijado como penalidad, el cual necesariamente debe ser desproporcional, logrando así la reducción en un término intermedio, pues en atención a la función indemnizatoria de la cláusula penal, mal podría hacer el juez si reduce el monto de la cláusula penal hasta el monto de los daños y perjuicios sufridos por el incumplimiento de la obligación.

CONCLUSIONES

- Nuestro ordenamiento jurídico se acoge al sistema de inmutabilidad relativa de la pena, toda vez que permite la reducción de la cláusula penal cuando ésta fuere manifiestamente excesiva o cuando la obligación principal hubiese sido en parte o irregularmente cumplida.
- La cláusula penal cumple una serie de funciones, entre las cuales cabe resaltar la función de simplificación probatoria, pues con la estipulación de la cláusula penal se pretende evitar el debate sobre la existencia de los daños y perjuicios, como de su cuantía, por lo que conceder a los jueces la facultad de revisar la penalidad, implica abrir la controversia sobre la existencia de los daños y perjuicios, así como de su monto por el incumplimiento de la obligación.
- Permitir la reducción de la cláusula penal, supone atentar contra la naturaleza de esta figura, toda vez que no cumpliría las funciones para las cuales fue creada, tales como la función compulsiva, de simplificación probatoria e indemnizatoria.
- De la jurisprudencia nacional se advierte que los jueces en su mayoría resuelven en base a criterios meramente subjetivos, atendiendo a criterios de equidad, abuso del derecho, entre otros; sin embargo, si bien no se puede deslindar la valoración subjetiva de los jueces para reducir el monto de la penalidad, con la finalidad de no incurrir en arbitrariedades se deben adoptar una serie de criterios objetivos.

- A fin de proceder a reducir el monto de la cláusula penal en base a criterios objetivos, se debe tener en cuenta que: La penalidad sea superior al monto de la obligación principal y que sea desproporcionada, siendo el juez quien debe verificar que el monto de la penalidad sea manifiestamente excesivo, en base a una valoración objetiva de las pruebas aportadas por las partes, las mismas que deben demostrar si los daños y perjuicios sufridos derivados del incumplimiento de la obligación son inferiores a la suma pactada en la cláusula penal.

RECOMENDACIONES

- Con la finalidad de no incurrir en arbitrariedades al valorar si la cláusula penal es “manifiestamente excesiva”, ya sea jurisprudencialmente o legalmente con una modificación del artículo 1346º del C.C. debe establecerse que solo se procederá a la reducción del monto de la cláusula penal, cuando supere al monto de la obligación principal y sea manifiestamente desproporcional a los daños y perjuicios efectivamente sufridos.

LISTA DE REFERENCIAS

Alpa, G. (2015). *El Contrato en General* (1ª ed.). (J. Retamozo Escobar, Trad.) Milán: Instituto Pacífico S.A.C.

Arana de la Fuente, I. (2009). *La pena convencional y su modificación judicial. En especial, la cláusula penal moratoria* (Tomo LXII), 1580- 1686. Recuperado de https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-2009-40157901686_ANUARIO_DE_DERECHO_CIVIL_La_pena_convencional_y_su_modificaci%F3n_judicial._En_especial,_la_cl%E1usula_penal_moratoria

Decreto Legislativo N° 295, de 25 de julio, *Código Civil Peruano de 1984*, § 2 (1984).

Decreto con fuerza de ley N° 1, del 30 de mayo, *Código Civil Chileno de 2000*, § 9 (2000).

Decreto N° 70, del 07 de junio, *Código Civil del Estado de México de 2002*, § 2 (2002).

Espinoza Espinoza, J. (2010). *Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas: El Ejercicio Abusivo del Derecho*. (Vol. I). Lima, Perú: Gaceta Jurídica.

Espinoza Espinoza, J. (2014). La Cláusula Penal: THE REQUIREMENT FOR LIQUIDATED DAMAGES. *THEMIS*, 66, 221-243. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/download/articulo/5081188.pdf>.

Feliu Rey, J. (2014). Cláusula penal: naturaleza de la pena, moderación judicial y su posible configuración como título ejecutivo. *ADC*.

Gazmuri, I. (Diciembre de 2006). El secreto está en la técnica: Los límites a la cláusula penal. *Revista Chilena de Derecho Privado*, 7, 19-50. Recuperado de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=370838866002>

Gutiérrez Camacho, W., y Rebaza Gonzáles, A. (2010). *Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas: Obligaciones con Cláusula penal*. (Vol. VI). Lima, Perú: Gaceta Jurídica.

Hernández Sampiere, R., Fernández Collado, C., y Baptista Lucio, P. (2006). *Metodología de la Investigación*. México: Mc Graw Hill.

Kemelmajer de Carlucci , A. (1981). *La Cláusula Penal*. Buenos Aires, Argentina: Ediciones DEPALMA.

Ley Nº 26.994, del 08 de octubre, *Código Civil y Comercial de la Nación de Argentina*, § 5 (2014).

Llambias, J., Benegas, P. R., y Sassot, R. A. (1997). *Manual de Derecho Civil* (11ª Edición ed.). Buenos Aires: Editorial PERROT.

Osterling Parodi, F. (Febrero de 2010). Mutabilidad o Inmutabilidad de la Cláusula Penal. *Osterling Abogados*, 1-32. Recuperado el 15 de Diciembre de 2015, de <http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/Mutabilidad%20o%20Inmutabilidad%20de%20la%20Cl%C3%A1usula%20Penal.pdf>

Osterling Parodi, F. (s.f.). Obligaciones con Cláusula Penal. *Osterling Abogados*, 301-322. Recuperado el 20 de Junio de 2016, de <http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/Obligaciones%20con%20clausula%20penal.pdf>

Osterling Parodi, F., y Castillo Freyre, M. (2003). *Tratado de Obligaciones* (Vol. XVI). Lima, Perú: Fondo Editorial.

Osterling Parodi, F., y Castillo Freyre, M. (2008). *Compendio de Derecho de las Obligaciones* (1ª ed.). Lima, Perú: Palestra Editores.

Osterling Parodi, F., y Castillo Freyre, M. (Mayo de 2013). Obligaciones con Cláusula Penal. *Revista de Investigación Jurídica*, 1- 22. Recuperado de <http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/clausula%20penal.pdf>

Pothier, R. (1839). *Tratado de Las Obligaciones*. Barcelona, España.

Sanz Viola, A. M. (1994). *La Cláusula Penal en el Código Civil*. (J. M. Editor, Ed.) España.

Soto Coaguila, C. A. (2005). Inmutabilidad de las penas convencionales en el derecho peruano. *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, 1-25. Recuperado de <http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/79696/103944>.

Soto Coágula, C. A. (2006). La función de la cláusula penal en los contratos y la inmutabilidad de las penas convencionales. *Revista Chilena de Derecho Privado*, 6, 87-111. Recuperado de <http://www.redalyc.org/pdf/3708/370840819004.pdf>.

Torres Vásquez, A. (2014). *Teoría General de las Obligaciones* (Vol. II). Lima: Instituto Pacífico S.A.C.

Wayar, E. (2007). *Derecho Civil de Obligaciones* (2ª ed., Vol. II). Buenos Aires, Argentina: LEXISNEXIS ARGENTINA S.A.