

Inmutabilidad de las penas convencionales en el derecho peruano

Carlos Alberto Soto Coaguila

Universidad de Lima

303

Abstract

El presente artículo tiene por finalidad cuestionar la facultad que tienen los jueces de reducir la cláusula penal a pedido del deudor en el derecho peruano. Para ello, el autor comienza por preguntarse qué es la cláusula penal y, principalmente, qué función cumple en el tráfico patrimonial. Al respecto, concluye que las penalidades convencionales cumplen, esencialmente, una función preventiva y punitiva, y sólo en forma secundaria, pueden cumplir una función indemnizatoria o resarcitoria. La función preventiva consiste en reforzar el cumplimiento de las obligaciones. La función punitiva se presenta cuando el deudor incumple con sus obligaciones y queda obligado al pago de la penalidad pactada. En este escenario, el autor se muestra contrario a las tesis que permiten la revisión de las penalidades libre y voluntariamente pactadas, siempre que las mismas hayan sido fruto de contratos negociados, y participa de la tesis de la intangibilidad o inmutabilidad de las penas convencionales.

Sumario

- 1. Planteamiento del problema: cuando el legislador borra con una mano lo que escribió con la otra**
- 2. La cláusula penal: concepto y funciones**
 - 2.1. Concepto**
 - 2.2. Funciones de la cláusula penal**
 - a) Función punitiva o compulsiva**
 - b) Función indemnizatoria o resarcitoria**
 - c) Función resolutoria**
 - d) Función preventiva o disuasiva**
 - 2.3. Función económica de la cláusula penal**
 - 2.4. La cláusula penal en el ordenamiento jurídico peruano**
 - a) Nuestro concepto de la cláusula penal o pena convencional**
 - b) Breve análisis de la regulación de la cláusula penal en el código civil peruano de 1984**
- 3. Inmutabilidad de las penas convencionales**
- 4. A modo de conclusión**

1. Planteamiento del problema: cuando el legislador borra con una mano lo que escribió con la otra

En las transacciones comerciales es muy frecuente y hasta natural que las personas se preocupen de la forma cómo proteger mejor sus intereses que se encuentran en juego durante la negociación de un contrato. En este contexto, generalmente y en forma recíproca, se exigen garantías reales o personales, o se incorporan medios compulsivos destinados a respaldar el cumplimiento de sus obligaciones contractuales.

Estas exigencias no se fundan necesariamente en la desconfianza de un contratante respecto del otro, ya que puede ocurrir que ambos contratantes sean muy buenos amigos. Lo que sucede es que simplemente las personas –tal vez hoy más que nunca– son conscientes de que la posibilidad de un incumplimiento contractual es un factor a tomar en consideración al momento de celebrar un contrato, por lo que muchas veces optan por reforzar el cumplimiento del contrato y, en la medida de lo posible, anticipar la indemnización de los daños y perjuicios¹ mediante la inclusión de una cláusula penal.

La penalidad pactada tendrá la finalidad –entre otras funciones que veremos más adelante– de evitar que el contratante perjudicado por el incumplimiento del otro tenga que acudir al Poder Judicial para solicitar el cumplimiento del contrato o reclamar la indemnización de los daños y perjuicios sufridos, todo ello con la consecuente pérdida de tiempo y la incertidumbre del resultado del proceso, además de los múltiples costos que deberá invertir en el proceso judicial correspondiente, tales como los costos de abogados, aranceles judiciales, peritos, entre otros.

De otro lado, la inclusión de una cláusula penal en un contrato tiene la función de reforzar el cumplimiento de los acuerdos contractuales y desincentivar el incumplimiento mediante la aplicación de la pena convencional al contratante que no cumpla con su palabra empeñada. Esta la función que destacaremos en el presente trabajo.

Consiguientemente, para ambos contratantes resultará mucho más conveniente –en muchos casos, sumamente idóneo– pactar anticipadamente una solución al posible incumplimiento de alguno de ellos y de esa manera evitar los complicados procesos judiciales.

Sin embargo, esta solución –razonable y jurídicamente viable–, que se puede lograr mediante la inclusión de cláusulas penales en los contratos, no cumple su cabal cometido en el derecho peruano. Veamos qué sucede.

¹ Tradicionalmente, y hasta en forma inconsciente, nos referimos a la indemnización de daños y perjuicios, como si los daños fuesen distintos de los perjuicios; empero, si recurrimos al *Diccionario de Sinónimos y Antónimos de la Lengua Española* (Valencia: Editorial Alfredo Ortells, S.L., 1995, pp. 310 y 748), veremos que daño y perjuicio son sinónimos. Por consiguiente, se puede concluir que daño es sinónimo de perjuicio y a su vez todo perjuicio es un daño. En tal sentido, impropriamente nos referimos a la indemnización de daños y perjuicios, cuando lo correcto es aludir únicamente a la «indemnización de daños».

El Código Civil peruano de 1984 permite que las personas puedan pactar penalidades mediante la inclusión de cláusulas penales, con la finalidad de anticipar los daños y perjuicios por el incumplimiento de las obligaciones de alguno de ellos (artículo 1341) y con ello evitar –en el futuro– su discusión en los tribunales judiciales. Sin embargo, el propio *legislador permite que las penalidades puedan ser revisadas judicialmente y, por ende, reducidas por el juez cuando la pena sea manifiestamente excesiva o cuando la obligación principal hubiese sido en parte o irregularmente cumplida* (artículo 1346).

Frente a ello, podemos afirmar que el legislador borra con una mano lo que escribió con la otra, ya que por un lado permite que se pacten penalidades convencionales y, por otro lado, permite la reducción judicial de la penalidad, con lo cual la función compulsiva de la cláusula penal se desnaturaliza.

A lo largo del presente trabajo analizaremos la regulación de la cláusula penal en el Código Civil y las funciones jurídico-económicas que cumple. Una vez delimitadas las funciones y la utilidad de las cláusulas penales en los contratos cuestionaremos críticamente, y en forma positiva, la revisión de las penalidades libre y voluntariamente pactadas, anticipando desde ahora la necesidad de una reforma legislativa tendiente a dotar de plena eficacia a las penalidades contractuales con la finalidad de contribuir al fortalecimiento de la libertad de contratación en las transacciones comerciales.

2. La cláusula penal:² concepto y funciones

2.1. Concepto

Con relación al concepto de la cláusula penal, Jorge Peirano Facio³ ha escrito que «[...] no existe entre los autores uniformidad de criterio acerca de *qué* debe entenderse a ciencia cierta por cláusula penal y de *cuál* sea la naturaleza de la misma». Este autor afirma que tanto la cláusula penal como la opinión sobre su naturaleza jurídica han sufrido una evolución, debido a que «[...] la cláusula penal no constituye una categoría dogmática, sino una categoría histórica, lo que vale decir que su esencia y naturaleza se deben determinar de modo diverso, según sea el momento en que el investigador realice el estudio de las mismas».

La cláusula penal nace en el primitivo derecho romano con una finalidad *conminatoria*. Luego de ello, la cláusula penal cumpliría una función *indemnizatoria o reparadora*.

Esto puede explicar las diversas orientaciones conceptuales planteadas por la doctrina.

En el derecho alemán, Ludwing Enneccerus, denominando pena convencional a la cláusula penal, expresa que ella es «[...] una prestación, generalmente de carácter pecuniario, que *el deudor*

² La expresión «cláusula» alude a un pacto o estipulación de un contrato; sin embargo, la expresión más idónea, desde nuestra perspectiva, es la de «pena o penalidad convencional».

*promete como pena al acreedor para el caso de que no cumpla su obligación o no la cumpla del modo pertinente».*⁴

En el derecho francés, Louis Josserand sostiene que «La *cláusula penal* es aquella por la cual las partes fijan de antemano la suma que tendrá que pagar el deudor si no ejecuta su obligación o si la ejecuta tardíamente».⁵

En la doctrina española, Luis Díez-Picazo menciona que «Se denomina “pena convencional” a aquella prestación que el deudor se compromete a satisfacer al acreedor para el caso de incumplimiento o de cumplimiento defectuoso o retrasado de la obligación principal».⁶

Francesco Messineo comentando y analizando el Código Civil italiano de 1942, escribe que «La *cláusula penal* es una *promesa accesoria* de un contratante, aceptada por la contraparte, que importa la obligación de efectuar una prestación determinada a *título de pena (o multa)* para el caso de *incumplimiento injustificado* de la obligación que nace del contrato [...]».⁷

Aída Kemelmajer, al analizar la legislación argentina, concluye que la cláusula penal «[...] es un negocio jurídico o una convención o estipulación accesoria por la cual una persona, a fin de reforzar el cumplimiento de la obligación, se compromete a satisfacer cierta prestación indemnizatoria si no cumple lo debido o lo hace tardía o irregularmente».⁸ En el mismo sentido, Jorge Mosset Iturraspe afirma que «La cláusula penal, como su nombre lo indica, es una “pena” de origen convencional, a la cual se somete el sujeto pasivo de un deber jurídico, con la finalidad de reforzar o garantizar el cumplimiento de dicho deber».⁹

En el derecho peruano, Felipe Osterling Parodi, sostiene que por medio de la cláusula penal «Los contratantes pueden fijar convencional y anteladamente a la fecha de vencimiento de la obligación el monto de los daños y perjuicios que corresponderán al acreedor en caso de que el deudor incumpla tal obligación».¹⁰ Para Carlos Cárdenas Quirós, la cláusula penal —cuya expresión más adecuada para este autor es la de pena obligacional—, es el «[...] mecanismo compulsivo derivado de una relación obligatoria constituido por una prestación de dar, hacer o no hacer que el deudor (o un tercero, según algunos autores o legislaciones, y aun el acreedor en ciertos casos —cuando por ejemplo no colabora con el deudor a fin de que éste verifique la ejecución de la prestación a su cargo, violando el deber de colaboración—) se obliga a ejecutar (a

³ Cf. PEIRANO FACIO, Jorge. *La cláusula penal*. 2.^a ed. Bogotá: Editorial Temis Librería, 1982, p. 105.

⁴ Cf. ENNECCERUS, Ludwig. *Derecho de Obligaciones*. Vol. I. Traducción de 35.^a ed. alemana por Blas Pérez Gonzáles y José Alguer. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1954, p. 187.

⁵ Cf. JOSSERAND, Louis. *Derecho Civil*. Tomo II, vol. I. Traducción de Santiago Cunchillos y Manterola. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, Bosch y Cia. Editores, 1950, p. 518.

⁶ Cf. DIEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Vol. II: Las relaciones obligatorias. 5.^a ed. Madrid: Editorial Civitas, S.A., 1996, pp. 397-398.

⁷ Cf. MESSINEO, Francesco. *Doctrina General del Contrato*. Tomo I. Traducción de Fontanarro, Sentís Melendo y Volterra. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1986, p. 218.

⁸ Cf. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *La cláusula penal*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1981, p. 17.

⁹ Cf. MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Medios compulsivos en Derecho privado*. Buenos Aires: EDIAR Sociedad Anónima Editora, 1978, p. 71.

¹⁰ Cf. OSTERLING PARODI, Felipe. «Obligaciones con cláusula penal». En *Libro Homenaje a Mario Alzamora Valdez*. Lima: Cultural Cuzco S.A. Editores, 1998, p. 301.

favor del acreedor, de un tercero o de un deudor –si el acreedor contraviene el deber de colaboración–) en el supuesto de inexecución total o de cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación principal».¹¹

En la Exposición de Motivos del Código Civil peruano de 1984 se afirma categóricamente que «La cláusula penal, legislada en los artículos 1341 a 1350, se concibe como una relación obligacional destinada a que las partes fijen la reparación para el caso de incumplimiento».¹²

Sin perjuicio de lo expresado por Felipe Osterling Parodi en la Exposición de Motivos del Código Civil, consideramos que el Código peruano no define propiamente la figura de la cláusula penal, sino que únicamente describe los efectos de la misma, al disponer en el artículo 1341 que «El pacto por el que se acuerda que, en caso incumplimiento, uno de los contratantes queda obligado al pago de una penalidad, tiene el efecto de limitar el resarcimiento a esta prestación y a que se devuelva la contraprestación, si la hubiere; salvo que se haya estipulado la indemnización del daño ulterior. En este último caso, el deudor deberá pagar el íntegro de la penalidad, pero ésta se computa como parte de los daños y perjuicios si fueran mayores».

Como podemos apreciar, las definiciones y conceptos esbozados están íntimamente ligados a las funciones que cumple o puede cumplir la cláusula penal, por lo que resulta necesario analizar tales funciones, a efecto de poder comprender la esencia y la razón de ser de la cláusula penal.

2.2. Funciones de la cláusula penal

Desde el ámbito jurídico, la cláusula penal puede cumplir las siguientes funciones:

- (i) punitoria o compulsiva,
- (ii) indemnizatoria o resarcitoria,
- (iii) resolutoria, y
- (iv) preventiva o disuasiva.

Veamos cada una de ellas.

a) Función punitoria o compulsiva

Según esta función la penalidad pactada constituye una sanción, una pena privada que recae en el deudor por el incumplimiento de su obligación.

¹¹ Cf. CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. *Estudios de Derecho Privado I*. Lima: Ediciones Jurídicas, 1994, p. 349, nota a pie de página 1.

¹² Cf. la *Exposición de Motivos y Comentarios al Libro VI del Código Civil (Las Obligaciones)*, realizada por Felipe Osterling Parodi con la colaboración de Carlos Cárdenas Quirós, contenida en la obra *La exposición de motivos y comentarios del Código Civil*, compilada por Delia Revoredo. Lima: OKURA S.A., 1985, p. 463. También puede consultarse OSTERLING PARODI, Felipe. *Obligaciones*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999, p. 224.

Esta función –concebida en el derecho romano (*stipulatio poenae*)–, en palabras de Jorge Mosset Iturraspe,¹³ ha recobrado vigencia en el derecho moderno. El Código Civil francés expresa en su artículo 1126 que la cláusula penal sirve para asegurar la ejecución de las convenciones. Sin embargo, la doctrina francesa ha relegado esta función sosteniendo que por regla general en el derecho moderno todas las convenciones son obligatorias por sí mismas y la ejecutabilidad de las obligaciones lícitas está garantizada por la ley.¹⁴

Un importante sector de la doctrina denomina *compulsiva* a esta función, tal es el caso del recordado maestro Guillermo A. Borda cuando escribe que la cláusula penal tiene la función de «[...] compulsar a los deudores a cumplir con sus obligaciones, ante la amenaza de una sanción por lo común más gravosa [...]».¹⁵ Por su parte, Aída Kemelmajer de Carlucci sostiene que la cláusula penal «Como pena se dirige a castigar una conducta antijurídica asegurando de esta manera el cumplimiento de la obligación».¹⁶

b) Función indemnizatoria o resarcitoria

De acuerdo con la función indemnizatoria o resarcitoria, «[...] la cláusula penal está destinada exclusivamente a limitar el resarcimiento de los daños que pueden originarse en el incumplimiento de la obligación».¹⁷ No obstante, la pena pactada se debe como indemnización haya o no haya sufrido daños el acreedor. El hecho de que el acreedor no sufra daños por el incumplimiento, pero debido a una penalidad pactada reciba la indemnización, puede resultar cuestionable desde la óptica del moderno derecho de daños, donde se afirma que no hay responsabilidad –y por ende indemnización– sin daño. Por ello la cláusula penal no siempre cumpliría con esta función.

Al respecto, el maestro Guillermo A. Borda ha escrito que considerar a la cláusula penal como una indemnización propiamente dicha es un error, ya que «[...] la indemnización debe tener una adecuación lo más perfecta posible a los daños sufridos por el acreedor, en tanto que la cláusula penal se fija arbitrariamente, es casi siempre mayor que los daños y, finalmente, se debe, aunque el acreedor no hubiera sufrido perjuicio alguno como consecuencia del incumplimiento».¹⁸

De alguna manera, la función indemnizatoria o resarcitoria de la cláusula penal se encuentra en el artículo 1341 del Código Civil peruano, cuando dispone que la cláusula penal es el pacto por el que se acuerda que, en caso de incumplimiento, uno de los contratantes queda obligado al pago de una penalidad y que *dicha penalidad tiene el efecto de limitar el resarcimiento a esta prestación y a que se le devuelva la contraprestación*. Nótese que la penalidad pactada sirve para indemnizar los daños y perjuicios que cause el incumplimiento del deudor.

¹³ Cf. MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Op. cit.*, p. 78.

¹⁴ Cf. *Ibid.*, *loc.cit.*

¹⁵ Cf. BORDA, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones I*. 5.^a ed. actualizada y ampliada. Buenos Aires: Editorial Perrot, 1983, p. 197.

¹⁶ Cf. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *Op. cit.*, p. 3.

¹⁷ Cf. *Ibid.*, p. 6.

¹⁸ Cf. BORDA, Guillermo A. *Op. cit.*, p. 197.

c) Función resolutoria

Es sabido que ante el incumplimiento de una obligación contractual el acreedor puede solicitar su cumplimiento o la resolución del contrato. En efecto, el artículo 1428 del Código Civil peruano refiriéndose al supuesto de los contratos con prestaciones recíprocas prescribe que *cuando alguna de las partes falta al cumplimiento de su prestación, la otra parte puede solicitar el cumplimiento o la resolución del contrato y, en uno u otro caso, la indemnización de daños y perjuicios*.

Según el Código Civil peruano, mediante la resolución se deja sin efecto un contrato válido por causal sobreviniente a su celebración, causal que en este caso sería el incumplimiento de las obligaciones a cargo del deudor.

Sin perjuicio de la facultad que tiene todo contratante de resolver el contrato ante el incumplimiento del deudor por medio de la institución jurídica de la resolución, un sector de la doctrina considera que también puede llegarse a la resolución por la vía de la ejecución de la cláusula penal.¹⁹

Comentando la legislación argentina, Jorge Mosset Iturraspe, señala que «[...] la posibilidad de extinguir el contrato, como resultas de la ocurrencia de un hecho, el incumplimiento, aparece acordada al acreedor bajo la forma de una “opción”; el art. 659 (del Código Civil argentino) nos dice que, “a su arbitrio”, podrá pedir el cumplimiento de la obligación o la pena, “una de las dos cosas”; y agrega, interpretando *a contrario sensu*, que con el pago de la pena se entiende extinguida la obligación y, por ende, el contrato que le sirve de causa-fuente».²⁰ En consecuencia, en virtud de la exigibilidad que tiene el acreedor de la penalidad pactada en caso de incumplimiento del deudor, la relación contractual se extingue, por lo que la cláusula penal encierra implícitamente la función resolutoria.

Tal función no se encuentra contemplada en el Código Civil peruano, pues *no existe el derecho de opción* a que alude el artículo 659²¹ del Código Civil argentino. Por el contrario, el artículo 1342 del Código civil peruano permite que en las *penalidades pactadas para el caso de mora o en seguridad de un pacto determinado, el acreedor tiene derecho para exigir, además de la penalidad, el cumplimiento de la obligación*. Así, podemos concluir que la solicitud de la penalidad pactada no resuelve el contrato, ya que conforme lo dispone el artículo 1342 está permitido que el contratante fiel —el que ha cumplido— exija a su contraparte infiel el cumplimiento de la prestación y al mismo tiempo, también exija el pago de la penalidad que ya se ha generado por causa de dicho incumplimiento.

¹⁹ Cf. MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Op. cit.*, p. 81.

²⁰ Cf. *Ibid.*, pp. 81-82.

²¹ «Artículo 659.- Pero el acreedor no podrá pedir el cumplimiento de la obligación y la pena, sino una de las dos cosas, a su arbitrio, a menos que aparezca haberse estipulado la pena por el simple retardo, o que se haya estipulado que por el pago de la pena no se entienda extinguida la obligación principal».

No obstante, la solución en nuestro Código de Comercio, vigente desde 1902, es distinta. El artículo 56²² del vetusto texto legislativo dispone que en los contratos mercantiles que contengan cláusulas penales que fijen pena de indemnización contra el que no cumpliere con sus obligaciones, la parte perjudicada podrá exigir el cumplimiento del contrato por los medios de derecho o la pena pactada; pero, utilizando una de estas dos acciones, quedará extinguida la otra, a no mediar pacto en contrario. Por consiguiente, realizando una interpretación *a contrario sensu*, como lo advierte Jorge Mosset Iturraspe, con el pago de la penalidad se extingue la obligación y, por ende, el contrato que le sirve de causa-fuente. Así, la penalidad podría cumplir una función resolutoria, pero únicamente en los contratos mercantiles regulados por el Código de Comercio peruano; salvo que los contratantes hayan pactado lo contrario, es decir, que el ejercicio de cualquiera de las acciones contempladas en el artículo 56 del Código de Comercio no extinguirá la otra acción.

Nosotros somos de la opinión que la cláusula penal no cumple una función resolutoria, ya que el acreedor podría solicitar tanto el cumplimiento de la obligación como el pago de la penalidad pactada.

d) Función preventiva o disuasiva

Esta función no ha sido desarrollada explícitamente por la doctrina civilista, pero desde nuestro punto de vista es la más importante de todas.

Cuando dos contratantes incorporan una cláusula penal en su contrato, no lo hacen para que uno u otro se beneficie con la penalidad pactada, sino con la *finalidad de reforzar el cumplimiento de su contrato y consecuentemente evitar el incumplimiento de las obligaciones asumidas por cada uno de ellos*, por lo que la inclusión de una cláusula penal al momento de contraer la obligación o en acto posterior a ella, tiene por finalidad desincentivar un posible incumplimiento de las obligaciones.

El uso de las cláusulas penales en el ejercicio y práctica profesional confirman lo expresado.

Con una visión realista, y cuya opinión compartimos plenamente, José Puig Brutau ha escrito en la década de los cincuenta lo siguiente:

«Aunque la cláusula penal puede responder a más de una finalidad, su función más peculiar es la de estimular al deudor al cumplimiento de la obligación. Puede parecer contradictorio que el deudor prometa una ampliación de su deuda para el caso de incumplimiento; es decir, podría afirmarse que es incongruente cifrar la sanción de no cumplir lo menos en la obligación de tener que cumplir lo más, pues con ello tal vez aumentarán las probabilidades del incumplimiento. Pero ello tiene una explicación perfectamente natural. Precisamente la posibilidad de ser ejecutado por más de lo

²² «Artículo 56º.-Contratos con cláusula penal.

En el contrato mercantil en que se fijare pena de indemnización contra el que no lo cumpliere, la parte perjudicada podrá exigir el cumplimiento del contrato por los medios de derecho o pena prescrita; pero, utilizando una de estas dos acciones, quedará extinguida la otra, a no mediar pacto en contrario».

originariamente debido puede ejercer una eficaz presión sobre la voluntad de cumplir del deudor. Incluso puede lograrse que el procedimiento sea proporcionalmente menos costoso. La cláusula penal ha de usarse de manera que aumente el interés del deudor en evitar la ejecución porque ésta tendría un alcance superior al que normalmente correspondería al incumplimiento de la obligación principal sin dicha garantía.

Toda responsabilidad por incumplimiento sobre el patrimonio del obligado ejerce una presión superior al importe estricto de la prestación debida, pues al mismo deben sumarse los posibles daños y perjuicios, los intereses de demora, las costas judiciales, etc. Si esta ampliación de responsabilidad ya se produce en todo caso como resultado del incumplimiento, cabe preguntar si las partes pueden haberla convenido de antemano para que se exija como una obligación accesoria al sobrevenir el incumplimiento».²³

Al respecto, reiteramos que cuando se pacta una cláusula penal no se busca el enriquecimiento de uno de los contratantes o el empobrecimiento del otro, ni menos se piensa en función de anticipación de daños y perjuicios. Lo que persiguen los contratantes, las personas de carne y hueso, es reforzar el cumplimiento del contrato, evitar el incumplimiento. Su preocupación está centrada en ver la forma de cómo se incentiva, jurídicamente, al cumplimiento de los acuerdos contractuales, y la cláusula penal es una forma idónea para tal cometido.

Dentro de esta perspectiva, Jorge López Santa María advierte que «La *cláusula penal* sirve para acrecentar la responsabilidad del deudor si éste no cumple íntegra y oportunamente la obligación principal».²⁴

A modo de ejemplo analicemos las cláusulas penales en un contrato de arrendamiento:

Cuando se celebra un contrato de arrendamiento, el arrendador –normalmente el contratante que se ve perjudicado por el incumplimiento del arrendatario– busca la forma de que al vencimiento del contrato de arrendamiento el arrendatario le devuelva inmediatamente el bien arrendado y que éste, desde luego, se encuentre en buen estado.

¿Cómo se puede lograr que los arrendatarios cumplan con entregar los bienes recibidos en arrendamiento al vencimiento del contrato?

Una forma es la solicitud, al momento de contratar, de sumas de dinero al arrendatario en calidad de garantía que serán devueltas por el arrendador al momento de recibir el departamento. Estos montos, generalmente, sirven para cubrir posibles deterioros que haya sufrido el bien por culpa del arrendatario. La solicitud de sumas de dinero se conocen en el medio inmobiliario como el 2 por 1, 3 por 1, etc., que significa: si usted toma en arrendamiento un bien, por ejemplo un departamento, tiene que dar en garantía el

²³ Cf. PUIG BRUTAU, José. *Fundamentos de Derecho Civil. Derecho de las obligaciones*. Tomo I, vol. II. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1959, p. 472.

²⁴ Cf. LOPEZ SANTA MARÍA, Jorge. *Obligaciones y contratos frente a la inflación*. Segunda edición. Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1978, p. 69.

equivalente a 2 ó 3 meses de la renta pactada. Sin embargo, este mecanismo no funciona, ya que normalmente sucede que durante la ejecución del contrato de arrendamiento el arrendatario incumple o se retrasa en el pago de la renta, con lo cual se pide al arrendador que se haga pago con la garantía entregada al momento de celebrar el contrato, y por lo que, en la práctica, al finalizar el contrato de arrendamiento ya no existe la mencionada garantía.

El otro mecanismo para presionar a los arrendatarios a que cumplan con devolver el bien arrendado es la inclusión de cláusulas penales. Normalmente las penalidades pactadas están referidas a los casos en que el arrendatario no cumpla con devolver el bien arrendado en la fecha del vencimiento del contrato de arrendamiento o cuando éste se resuelva; en tales supuestos el arrendatario estará sujeto al pago de una penalidad al arrendador de una determinada obligación, generalmente una suma de dinero, asumamos que se pacta US\$ 20.00 como penalidad por cada día de retraso, en la devolución del bien arrendado.

Si por ejemplo, la renta mensual pactada por el arrendamiento es de US\$ 250.00, y el arrendatario –al vencimiento del contrato– no cumple con devolver el bien y sólo transcurrido un mes lo devuelve al arrendador, en aplicación estricta de la cláusula penal el arrendatario estaría obligado al pago de una penalidad de US\$ 20.00 por cada día de retraso lo que multiplicado por un mes nos da un total de US\$ 600.00 como penalidad. Como se puede apreciar, la penalidad que debe pagar el arrendatario infiel es más del doble de la renta pactada.

En este contexto, tal vez algunas personas –con muy buena intención– dirán que si el arrendatario se demoró un mes en entregar el bien, lo justo es que pague el importe de un mes de renta, es decir US\$ 250.00, pues resulta injusto y excesivo que pague US\$ 600.00. Sin embargo, no compartimos tal razonamiento.

Cuando el arrendador pacta una cláusula penal lo que desea y busca es que el arrendatario cumpla con sus obligaciones, en este caso, que cumpla con devolver el bien arrendado en la fecha convenida. El arrendador, no piensa ni desea beneficiarse con la penalidad, tampoco desea que el arrendatario se perjudique, lo que busca es recuperar la posesión del bien de su propiedad; todo lo cual se va a lograr en forma eficiente si se pacta una cláusula penal que desanime a los arrendatarios inescrupulosos a que permanezcan en posesión del bien más allá del plazo pactado en el contrato de arrendamiento.

En este ejemplo, puede observarse claramente la función preventiva de la cláusula penal, la cual consideramos es una función esencial. Prevenir el incumplimiento del contrato e incentivar su cumplimiento es algo casi natural que buscan los contratantes cuando se vinculan jurídicamente.

2.3. Función económica de la cláusula penal

La cláusula penal no solo cumple funciones jurídicas, sino que también cumple una importante función económica. Mediante la estipulación de penalidades los contratantes disminuyen los costos de transacción o los costos de contratar, es decir, los costos de tener que acudir a los tribunales para solicitar la indemnización de daños y perjuicios, ya que por la vía de la inclusión de cláusulas penales en los contratos, los contratantes pueden pactar anticipadamente los daños y perjuicios que deberá pagar el contratante infiel. Debemos precisar que la función indemnizatoria, si bien no es esencial de la cláusula penal, resulta un mecanismo útil para evitar demandas de daños y perjuicios.

Por otro lado, el acreedor se ve liberado de la carga probatoria de los daños y perjuicios sufridos, ya que frente al incumplimiento lo único que solicitará es la ejecución de la penalidad, lo cual desde luego es más beneficioso y menos costoso para el acreedor.

Del mismo modo, las penalidades convencionales generan un mecanismo de autocumplimiento, aunque sea forzado por la pena convenida, de los acuerdos contractuales, lo cual es altamente beneficioso para el tráfico patrimonial.

2.4. La cláusula penal en el ordenamiento jurídico peruano

a) Nuestro concepto de la cláusula penal o pena convencional

Antes de analizar la forma cómo el legislador peruano ha regulado la cláusula penal, debemos definirla. Como hemos podido apreciar, en doctrina no existe un concepto uniforme de la cláusula penal y ello se debe fundamentalmente a que cada autor pone de relieve en su concepto alguna de las funciones de la cláusula penal, es decir, define a esta figura tomando como base la función que ella cumple.

El Código Civil peruano tampoco define a la cláusula penal. El artículo 1341 del Código Civil peruano regula los efectos que la cláusula penal produce, estableciendo que *el pacto por el cual 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 (...)*.

Desde nuestra perspectiva, la cláusula penal debe cumplir *esencialmente* las siguientes funciones:

- (i) preventiva o disuasiva, y
- (ii) punitiva o sancionadora.

Partiendo de las funciones esenciales podemos afirmar que la cláusula penal *es la prestación – de dar, de hacer o de no hacer – libremente pactada con el carácter de pena convencional, con la finalidad de reforzar el cumplimiento de las obligaciones y que en caso de incumplimiento total o de cumplimiento*

parcial, tardío o defectuoso de la obligación principal, el deudor estará obligado al pago de la penalidad pactada.

Adicionalmente, la cláusula penal *puede* cumplir una función indemnizatoria o resarcitoria cuando el incumplimiento del deudor cause un daño al acreedor. En este caso, el acreedor ya no tendrá que acudir a los tribunales para solicitar la indemnización de los daños y perjuicios sufridos, con las complicaciones y costos que ello implica, pues únicamente estará obligado a probar los daños y determinar la cuantía de los mismos. Mediante la estipulación de penas convencionales, si el acreedor sufre daños como consecuencia del incumplimiento de su deudor, la penalidad pactada será la indemnización de los daños causados.

Respecto a la función indemnizatoria o resarcitoria, debemos precisar que ella no es una función esencial de la cláusula penal, ya que de serlo tendríamos que concluir que todo incumplimiento por parte del deudor ocasiona un daño y consecuentemente la cláusula penal sirve para anticipar los daños y perjuicios. Tal afirmación no es del todo cierta, ya que un incumplimiento puede que no ocasione ningún daño o que el *quantum* del daño sea mínimo frente a la penalidad pactada. En estos casos, la cláusula penal no está orientada fundamentalmente a indemnizar los daños y perjuicios.

Recordemos que los daños que se pueden causar son daños patrimoniales y daños extrapatrimoniales. Los daños patrimoniales están constituidos por el daño emergente y el lucro cesante; y los extrapatrimoniales por el daño a la persona o daño moral. Bajo este criterio de clasificación de los daños ¿es posible calcular los daños extrapatrimoniales?, ¿es posible calcular anticipadamente los daños morales que puede sufrir una persona y, por tanto, pactar una pena convencional que cumpla una función indemnizatoria para el caso de incumplimiento? Sin lugar a dudas, ello es imposible. Si una vez ocurrido un daño es bastante complicado calcular los daños, ¿cómo realizar un cálculo anticipado? Este breve análisis, nos permite concluir que definitivamente la cláusula penal no cumple una función indemnizatoria o resarcitoria.

En conclusión, la cláusula penal, llamada también pena convencional o pena obligacional, es un pacto por el cual se refuerza el cumplimiento de las obligaciones, desincentivando el incumplimiento de las obligaciones y fomentando, por el contrario, el comportamiento leal y diligente de los contratantes. Del mismo modo, por medio de una cláusula penal se permite que se anticipen los daños y perjuicios, cuando el incumplimiento del deudor ocasione daños al acreedor.

b) Breve análisis de la regulación de la cláusula penal en el Código Civil peruano de 1984

La legislación peruana no sólo regula el uso de la cláusula penal para los supuestos de incumplimiento total de la obligación (artículo 1341), sino también para convenir los daños y perjuicios en caso de mora o de incumplimiento de un pacto determinado. Cuando se pactan cláusulas penales en casos de mora o de seguridad de un pacto determinado, si el deudor incurre en mora o incumple una determinada obligación, el acreedor tiene derecho para exigir tanto la penalidad pactada como el cumplimiento de la obligación (artículo 1342).

La estipulación de cláusulas penales puede realizarse conjuntamente con la obligación principal o en acto posterior; es decir, la penalidad puede pactarse al momento de celebrar el contrato o durante su ejecución.

En este contexto, *¿es posible pactar una cláusula penal con anterioridad a la realización de un contrato?* Creemos que ello no es posible, debido al *carácter accesorio* de la cláusula penal. Según el artículo 1345 del Código Civil peruano la nulidad de la cláusula penal no origina la nulidad de la obligación principal. De esta norma se puede deducir que la cláusula penal tiene una naturaleza de *accesoriedad*, ya que existe en razón de una obligación principal. Esta característica ha sido precisada por la jurisprudencia peruana al disponer que «La cláusula penal constituye un pacto accesorio de una obligación principal».²⁵

A este carácter accesorio, Felipe Osterling Parodi agrega que la cláusula penal también es una estipulación subsidiaria y condicional. Según este autor, «La cláusula penal es subsidiaria porque no sustituye a la obligación principal; ella no permite al deudor liberarse de la obligación prometiendo cumplir la pena. [...] Se trata de una medida de seguridad del cumplimiento de la obligación principal, que la acompaña no la reemplaza». Respecto al carácter condicional, Osterling afirma que «[...] para exigirla se requiere que el deudor incumpla la obligación principal; y este incumplimiento es un hecho futuro e incierto del que depende su exigibilidad».²⁶ Respecto al carácter condicional, debemos precisar que ello no debe entenderse como que la cláusula penal al ser condicional es una modalidad del acto jurídico,²⁷ sino únicamente de que el pago de la penalidad pactada está supeditada al incumplimiento de la obligación o a mora del deudor, según se haya pactado.

Coincidimos con Osterling que la cláusula penal no puede pactarse con posterioridad al incumplimiento de la obligación,²⁸ empero nuestras razones son distintas. Para Osterling, si se produce el incumplimiento de la obligación y las partes acuerdan el monto de la indemnización de los daños y perjuicios, este acuerdo no revestirá las características de una cláusula penal, sino de una transacción. En nuestra opinión, como la cláusula penal cumple esencialmente una función preventiva y punitiva, el pacto de una penalidad con posterioridad al incumplimiento resulta absurdo, pues si la cláusula penal tiene por finalidad reforzar el cumplimiento, no tendría ningún sentido pactarla cuando ya se produjo el incumplimiento.

Cabe precisar que la cláusula penal será exigible cuando el deudor incumpla con sus obligaciones, para lo cual se requiere que la causa de incumplimiento sea imputable al deudor, bien porque actuó con dolo o culpa, o porque la ley le atribuye tal imputabilidad objetivamente como puede ocurrir en los casos de que el deudor se valga de terceros para ejecutar su prestación, en tales casos, según el artículo 1325 del Código Civil, el deudor responderá de los hechos dolosos o culposos de los terceros que haya utilizado para ejecutar su prestación.

²⁵ Cf. Expediente 272-97 de la Corte Superior de Justicia de Lima.

²⁶ Cf. OSTERLING PARODI, Felipe. *Op. cit.*, p. 303.

²⁷ Recordemos que las impropias llamadas modalidades del acto jurídico son el plazo, la condición y el cargo.

²⁸ Cf. OSTERLING PARODI, Felipe. *Op. cit.*, pp. 303-304.

Si en un contrato se pacta una cláusula penal y el deudor incumple con su obligación por causa imputable, el acreedor podrá exigir el pago de la penalidad, para lo cual no será necesario que pruebe los daños y perjuicios que ha sufrido como consecuencia del incumplimiento del deudor (artículo 1344). 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.

Respecto al carácter de la indemnización, Felipe Osterling Parodi señala que cuando la cláusula penal se ha estipulado para el caso de inexecución total de la obligación o para el caso de asegurar una obligación determinada, la penalidad es el *resarcimiento de los daños y perjuicios compensatorios*; en cambio, cuando se estipula una cláusula penal para el caso de mora, la indemnización *resarcirá los daños y perjuicios moratorios*.²⁹

Con relación a la función indemnizatoria y resarcitoria de la cláusula penal ya hemos precisado que ella no es su función esencial, ya que puede ocurrir que en algunos casos de incumplimiento de obligaciones no se cause daño al acreedor con lo cual la penalidad pactada no tendría la función de resarcir los daños. Sin embargo, nuestro Código Civil ha optado por atribuir a la cláusula penal una función de resarcimiento al señalar en el artículo 1341 que el pago de la penalidad pactada tiene el efecto de limitar el resarcimiento.

Tratándose varios deudores se debe tener en cuenta si la obligación de la cláusula penal es solidaria o mancomunada. Si la cláusula penal es solidaria, pero divisible, cada uno de los deudores está obligado al pago íntegro de la penalidad; en caso de muerte de algún codeudor, la penalidad se divide entre sus herederos en proporción a las participaciones que les corresponda en la herencia (artículo 1349). Empero, si la obligación es mancomunada, cada uno de los deudores o de los herederos del deudor, según sea el caso, está obligado a satisfacer la pena en proporción a su parte, siempre que la cláusula penal sea divisible (artículo 1347).

Cuando la cláusula penal fuera indivisible, cada uno de los deudores o, en su caso, sus herederos, está obligado al pago íntegro de la penalidad (artículo 1348).

El Código Civil también prevé la facultad de los codeudores que no fuesen culpables del incumplimiento de la obligación, pero que fueron conminados al pago de la penalidad, el derecho de exigir el pago contra el codeudor o codeudores culpables que dieron lugar a la aplicación de la penalidad (artículo 1350).

²⁹ Cf. *Ibid.*, pp. 301-302.

3. Inmutabilidad de las penas convencionales

El artículo 1346 del Código Civil peruano prescribe lo siguiente:

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

Anteriormente hemos advertido de las funciones de la cláusula penal, colocando el acento en la función preventiva o disuasiva en el sentido de que mediante la estipulación de penalidades, libre y voluntariamente acordadas por los contratantes en ejercicio de su libertad de contratación, se refuerza el cumplimiento del contrato. También hemos manifestado que las cláusulas penales pueden cumplir funciones indemnizatorias, ya que por medio de ellas se pueden anticipar los daños y perjuicios causados por el incumplimiento de las obligaciones a cargo del deudor, no teniendo el acreedor que acudir a los tribunales judiciales para solicitar la indemnización de los daños y perjuicios, y evitando afrontar un largo proceso donde mediarán pruebas, excepciones, etc., con los respectivos costos que ello importa, pues ambos contratantes han acordado que frente al incumplimiento del deudor, el acreedor únicamente solicitará el pago de la penalidad pactada.

Empero, resulta ilógico, por decir lo menos, que el legislador peruano permita que el deudor que ha incumplido su obligación o que habiéndola cumplido parcialmente, recurra al Poder Judicial para solicitar la reducción de la penalidad que él acordó y aceptó. En el fondo, este hecho no es otro que la *revisión de los acuerdos contractuales libremente acordados*, máxime en caso de haber negociado y celebrado *paritariamente* el contrato.

La inmutabilidad o revisión de las cláusulas penales es un tema muy discutido por la doctrina, por lo que un breve recuento histórico nos permitirá comprender mejor sus alcances.

En el derecho romano una nota característica de la cláusula penal era su inmutabilidad. El gran Pothier, cuyas ideas inspiraron al Código Civil francés, sostenía que la pena estipulada podía «ser reducida y moderada por el juez cuando le parezca excesiva».³⁰ Para Pothier «[...] la naturaleza de la pena es la de suplir los daños y perjuicios que podrían pretenderse por el acreedor en caso de inejecución de la obligación».³¹ Para este tratadista, cuando la pena exceda los daños y perjuicios que el incumplimiento del deudor ha ocasionado al acreedor debe reducirse, pues lo contrario atentaría contra su naturaleza. No cabe la menor duda que para Pothier la cláusula penal cumple una función indemnizatoria. Pese a la gran influencia de las ideas de Pothier en la elaboración del Código francés, su opinión sobre la reducción de la cláusula penal no fue aceptada, y ello se debe al carácter liberal y el respeto casi absoluto de la autonomía de la voluntad. Por consiguiente, el

³⁰ Cf. POTHIER, R. J. *Tratado de las Obligaciones*. Buenos Aires: Editorial Heliasta S.R.L., 1978, p. 212.

³¹ Cf. *Ibid.*, *loc.cit.*

Código francés no concedió a los jueces la facultad de revisar y, en su caso, reducir la cláusula penal.³²

El Código Civil alemán, conocido también como el BGB, siguió un camino distinto al Código francés, pues permitió la modificación de la pena a petición del deudor. Al respecto, Enneccerus sostiene que «Como quiera que no es raro que las penas convencionales desproporcionadamente elevadas lleven a una injusta opresión del deudor, el C.c. ha dispuesto que *la pena convencional desproporcionadamente elevada, ya vencida, pero aun no pagada, puede ser reducida a un importe prudencial* a petición del deudor (§ 343)».³³ Esta facultad de modificación concedida a los jueces por el Código Civil alemán, no se aplica para las penas convencionales que un comerciante haya prometido en la explotación de su comercio (Código de Comercio, § 348). El Código Civil alemán no solo faculta a los jueces para disminuir la pena, sino también para aumentarla cuando sea diminuta.

Por su parte, el Código Civil italiano dispone en su artículo 1384 que «El monto de la pena puede ser reducida equitativamente por el juez si la obligación principal ha sido ejecutada en parte, o si es manifiestamente excesivo, siempre teniendo en cuenta el interés que el acreedor tenía en el cumplimiento». Como explica Messineo,³⁴ «[...] el deudor no puede exigir una reducción de la penal; sólo el juez –y únicamente en los casos en que el deudor haya cumplido en parte, o que el monto de la pena sea *manifiestamente excesivo* (es decir, adquiera un carácter usurario), tiene la facultad de reducirla *equitativamente*, tomando, sin embargo, en cuenta el interés del acreedor en el cumplimiento». El propio Messineo, agrega que al «[...] juez no se le atribuye ningún poder en el caso de *penal insuficiente*».

Con las diferencias propias de cada ordenamiento jurídico, podemos señalar que todas permiten la revisión de las penalidades convencionales.

Una solución distinta es la que adoptó el Código Civil brasileño de 1916, que en su artículo 920 atribuyó el carácter de intangible de la cláusula penal, pero siempre y cuando la pena no exceda a la obligación principal. El Código de Brasil impuso un límite a la estipulación de las penas convencionales: la obligación principal. Pero, éste Código fue derogado por un nuevo Código Civil vigente desde enero de 2003. El novísimo texto dispone en su artículo 412 que el valor de la pena convencional no podrá exceder a la obligación principal; del mismo modo mediante el artículo 413 dispone que la penalidad sea reducida equitativamente por el juez cuando la obligación haya sido cumplida en parte o cuando la pena sea manifiestamente excesiva, para lo cual se tendrá en cuenta la naturaleza y la finalidad del negocio jurídico. El moderno Código brasileño permite la reducción de la pena.

³² Cabe precisar que desde 1804 hasta 1975, el Código francés respeto las penalidades contractuales, pero el 9 de julio de 1975 mediante la ley 75-597 se modificó el Código Civil francés para permitir que los jueces modifiquen las penas cuando su importe sea excesivo o insignificante.

³³ Cf. ENNECCERUS, Ludwig. *Derecho de Obligaciones*. Vol. I: Doctrina General. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1954, p. 191.

³⁴ Cf. MESSINEO, Francesco. *Doctrina general del contrato*. Tomo I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa - América, 1986, p. 220.

La mutabilidad o inmutabilidad de la cláusula penal en la codificación peruana no ha sido uniforme en uno u otro sentido. El Código Civil de 1852 siguió los lineamientos y principios del Código Civil francés y contempló la inmutabilidad de la cláusula penal y el respeto de los acuerdos contractuales de la siguiente manera:

“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.”

Respecto al Código Civil de 1936, este facultó, mejor dicho impuso la obligación, a los jueces de reducir la pena cuando fuese manifiestamente excesiva, o cuando la obligación hubiese sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor (artículo 1227). Esta norma, hay que decirlo, no fue propuesta por la Comisión que redactó el Código Civil de 1936, sino que fue introducida por la Comisión Revisora –como es costumbre en nuestro país–. La propuesta original de la Comisión Reformadora consignaba en el proyecto los siguientes artículos:

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

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.”

El codificador de 1936, tomando en cuenta los avances de la doctrina y de la legislación de entonces, esbozó un proyecto que, en primer lugar, imponía un límite legal a las penas convencionales: la obligación principal; del mismo modo precisaba el carácter intangible de la pena, señalando que el deudor no podía negarse a su cumplimiento alegando que la pena era excesiva. Excepcionalmente, el codificador de 1936 permitió la reducción de la cláusula penal cuando la obligación principal se hubiese cumplido en parte o cuando se haya cumplido irregularmente.

Debemos advertir que para los codificadores de 1936 la cláusula penal sigue cumpliendo una función indemnizatoria. El maestro León Barandiarán, comentando el artículo 1227 del Código Civil de 1936, expresaba: «En realidad, con la facultad otorgada al juez, de reducir la pena, ya se ha vulnerado el principio de la utilidad que la cláusula tiene: fijar anteladamente 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».³⁵

Por su parte, el vigente Código Civil de 1984 permite que los deudores puedan solicitar al juez la revisión y consecuente reducción de las penas convencionales cuando la pena sea manifiestamente excesiva o cuando la obligación principal hubiese sido en parte o irregularmente

³⁵ Citado por Carlos CÁRDENAS QUIRÓS, en *Estudios de Derecho privado I. Op. cit.*, pp. 411-412.

cumplida (artículo 1346). Como en la redacción del Código Civil de 1936, el Proyecto elaborado por la Comisión Reformadora del Código civil de 1984 fue modificado por la Comisión Revisora. La Comisión Reformadora, adoptando el principio del Código brasileño de 1916, diseñó el siguiente texto:

“Artículo 1364.- 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 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 el 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.

Artículo 1365.- El juez sólo podrá reducir la pena en caso de incumplimiento irregular o parcial aceptado por el acreedor.”

Según anota Felipe Osterling, la Comisión Revisora «consideró que la regla contenida en el artículo 1227 del Código Civil de 1936 había operado idóneamente y que, por tanto, ella debía subsistir en el nuevo Código. Sin embargo, la Comisión Revisora aceptó que la reducción equitativa de la pena no operara de oficio — como ocurría en el Código Civil de 1936— sino tan sólo a solicitud del deudor».³⁶

Luego de este breve recuento histórico, donde advertimos que la cláusula penal se debate entre la inmutabilidad y la mutabilidad, es conveniente preguntarnos si *la cláusula penal, o mejor dicho, si las penalidades convencionales deben revisarse en sede judicial y, en su caso, reducirse el monto de la pena.*

Partiendo de la función esencial de la cláusula penal: su carácter preventivo, respondemos negativamente la pregunta formulada; es decir, somos partidarios del respeto de los acuerdos contractuales y contrarios a la desnaturalización de la cláusula penal.

Si mediante la inclusión de cláusulas penales en los contratos, los contratantes buscan reforzar el cumplimiento de sus obligaciones y prevenir su posible incumplimiento, resulta contraproducente que el deudor infiel que ha incumplido con sus obligaciones y que faltó a su palabra empeñada, acuda al juez para solicitar la reducción de la pena.

Los argumentos que se esgrimen para permitir la revisión de las penalidades convencionales pueden resumirse en los siguientes:

- i) Que el deudor es la parte débil de la relación obligacional.

³⁶ Cf. OSTERLING PARODI, Felipe. *Op. cit.*, pp. 312-313.

- ii) Que la pena sea manifiestamente excesiva.
- iii) Que el deudor haya tenido la intención de cumplir, lo cual se demuestra mediante el cumplimiento parcial o irregular.
- iv) Que resulta injusto que el acreedor se beneficie con la pena, cuando no ha sufrido daños o cuando los daños son inferiores a la pena pactada.

La premisa de que el deudor es la parte débil de la relación obligacional es un mito, pero no una realidad. La idea de la «parte débil» en la relación contractual, denominada también como el «débil jurídico», es un axioma que se viene arrastrando desde el Derecho romano. En el Digesto, Labeón y Paulo sostienen que cualquier oscuridad o ambigüedad de los pactos en el contrato de compraventa, debían interpretarse en contra del vendedor.³⁷ De este axioma, convertido en casi todo un principio general del Derecho que ha influido en la doctrina y legislación de los países de tradición jurídica romano-germánica, han surgido dos sub-principios: el *interpretatio contra stipulatorem*³⁸ y el *favor debitoris*.³⁹

Afirmar que el deudor es la parte débil de la relación obligatoria es equivocado, ya que, por ejemplo, en un contrato de compraventa es deudor tanto el comprador como el vendedor, con lo cual ambos serían débiles, por lo que habría que preguntarse quién es el fuerte. Casi en forma instintiva se dice que el comprador es la parte débil, nada más absurdo. Si una persona natural acude a comprar panetones a un supermercado, entonces será la parte débil frente al fuerte empresario; pero si el que acude a comprar los panetones es una empresa minera, ¿podemos decir que es una parte débil? Desde luego que no. Entonces, el deudor no puede ser calificado *per se* como la parte débil.

En el ámbito de la contratación masiva o predispuesta se afirma que la parte débil es el consumidor que no tiene la posibilidad de discutir las condiciones redactadas unilateralmente por el empresario o proveedor. En este caso, la preformulación de los contratos por una de las partes –productores o empresarios– que normalmente ostentan un poder económico y de información superior al de los clientes y consumidores, les concede una superioridad al momento de contratar, ya que pueden imponer sus condiciones. Pero nuevamente, un consumidor puede ser un campesino como un reconocido abogado.

³⁷ Labeón, en el D. 18,1,21 escribe que «[...] ante la oscuridad de un pacto antes que al comprador, debe perjudicar al vendedor, que lo ha expresado, pues pudo haberlo expresado con claridad desde el primer momento» y Paulo, en el D. 50, 17,172 afirma que «En la compraventa, el pacto ambiguo debe interpretarse en contra del vendedor».

³⁸ El principio *interpretatio contra stipulatorem* sentencia que «[...] cuando en las estipulaciones se duda que es lo que se haya hecho, las palabras han de ser interpretadas en contra del estipulante» (Véase: DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato en general*. Tomo III. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1993, p. 252).

³⁹ Por el principio *favor debitoris* se entiende que cuando la cláusula o convención sea ambigua o dudosa, entonces deberá interpretarse en favor del deudor o quién haya contraído la obligación. En suma, esta regla «[...] tiene como eje la idea de ayudar a la parte más débil, que se supone sea el deudor, apoyándose en un criterio de benignidad» y aplicándola, la interpretación de las cláusulas dudosas en los contratos celebrados sobre la base de cláusulas generales de contratación (CGC) deben favorecer al deudor o débil jurídico que no ha elaborado las CGC (Véase: DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *Op. cit.*, tomo III, p. 254).

Creemos que no podemos seguir asimilando al deudor como la parte débil de la relación contractual. En todo caso, cuando se contrata hay personas que tienen mayor información que otras, contratantes que tienen mayor experiencia o simplemente mayores habilidades que sus contrapartes.

El rol del Derecho, en nuestra sociedad, debe estar orientado a que exista una igualdad jurídica. Empero, si existe una desigualdad, entonces el Estado debe preocuparse por igualar a los sujetos de la relación contractual para que no sólo sean iguales ante la ley sino que, además, su situación jurídica y los efectos derivados de los contratos que celebren sean equilibrados. En el Derecho ya existe un conjunto de figuras jurídicas tendientes a moderar la falta equidad o injusticias, tales como la buena fe, la equidad, la lesión, el abuso de derecho, entre otras.

Por tanto, el deudor no puede ser tratado con privilegios frente a su acreedor. La Ley debe tratar a todos por igual.

Ahora, respecto a la reducción de la pena porque es manifiestamente excesiva, enorme o desproporcionada frente a la obligación principal, debemos decir que ello es natural. Si los contratantes pactan una penalidad diminuta, no serviría para nada, pues no reforzaría ningún cumplimiento de obligaciones. Si, por ejemplo, los contratantes celebran un contrato de arrendamiento con una renta mensual de US\$ 200.00 e incorporan una cláusula penal de una US\$ 1.00 por cada día de retraso en el caso de que el arrendatario no devuelva el bien al finalizar el contrato, es natural que el arrendatario no tendrá ningún incentivo para devolver el departamento, por el contrario podría optar por quedarse más tiempo en el departamento ya que si se demora 30 días en devolver el inmueble arrendado, la pena que deberá pagar será de US\$ 30.00. Indudablemente esto es una injusticia para el acreedor. ¿Podría afirmarse que el pobre deudor (arrendatario infiel) es una parte débil? Claro que no. Tampoco se podría pactar como pena un monto no superior a la obligación principal –en este caso sería la renta mensual que es de US\$ 200.00–, ya que al arrendatario le dará igual quedarse en posesión del bien y pagar al finalizar el mes la suma de US\$ 200.00 como penalidad y a la vez como renta mensual. Nada más ilógico. En consecuencia, las penalidades que se pacten siempre serán enormes, y ello porque la naturaleza de la pena convencional es reforzar el cumplimiento de las obligaciones y desincentivar el incumplimiento de parte del deudor.

Cabe recordar que los contratos son obligatorios sin necesidad de que exista una cláusula penal. Es decir, cuando se celebra voluntariamente un contrato, las partes contratantes están obligadas a su fiel cumplimiento, sin necesidad de que existan penas convencionales. Y ante el incumplimiento de cualquiera de ellos, el otro contratante tiene expedito su derecho para solicitar el cumplimiento, resolver el contrato o pedir la indemnización de los daños, sin necesidad de que exista una pena convencional en el contrato. Los contratantes están obligados a cumplir con sus obligaciones por el solo hecho de haberse comprometido a ello y porque el Estado garantiza el cumplimiento otorgando la acción correspondiente al acreedor perjudicado.

Sin embargo, la realidad es distinta. La realidad comercial nos demuestra que en muchas ocasiones las personas no honran su palabra, no cumplen con sus obligaciones. En estos casos, es natural que se preocupen por evitar los incumplimientos, que busquen la manera de reducir los riesgos de un incumplimiento y que por el contrario, se preocupen por el cumplimiento oportuno. Para el logro de tales objetivos, existen diversos mecanismos jurídicos, denominados por la doctrina como *medios compulsivos*, que permiten reforzar el cumplimiento de las obligaciones y los contratos. Estos medios compulsivos son las arras penales, la excepción de incumplimiento, el derecho de retención y las penas convencionales. A ellos podemos agregar las garantías reales (prenda, hipoteca) y las garantías personales (fianza, aval).

Con relación a las penas convencionales, como medios compulsivos para garantizar el cumplimiento de los contratos, estas penas deben ser elevadas por naturaleza, ya que 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 en principio debiera ser espontáneo) para que sea diligente y oportuno en el cumplimiento de sus obligaciones.

En consecuencia, las penas convencionalmente pactadas siempre serán enormes. Más aún, estas penas siempre serán recíprocas, ya que ambos contratantes tienen casi siempre la condición de deudores y acreedores.

Con frecuencia se suele decir que las cláusulas penales que contengan una pena excesiva deben ser reducidas por razones de justicia y equidad. Frente a ello: ¿es el acreedor el que ha decidido que la penalidad se aplique, o es el propio deudor el que ha determinado su aplicación? Dicho de otra forma, ¿quién se encuentra en mejor posición de evitar la aplicación de una penalidad: el deudor o el acreedor? Sin lugar a dudas el deudor, ya que si él cumple con sus obligaciones en forma diligente y oportuna el acreedor no podrá exigirle el pago de ninguna penalidad, pero si incumple es porque ha decidido, expresa o tácitamente, pagar la penalidad.

Un sector de la doctrina considera que cuando el deudor ha cumplido parcial o irregularmente su obligación la pena debe reducirse. Felipe Osterling, escribe que «[...] es lógico que así sea, porque en estos casos el acreedor aceptó voluntariamente un pago parcial o defectuoso, no estando obligado a ello».⁴⁰

Al respecto, creo que debemos enfocar el problema desde otra perspectiva.

Si el acreedor acepta que el deudor cumpla parcialmente su obligación, por ejemplo, en un arrendamiento el arrendatario está obligado al pago de la renta de US\$ 200.00 el 15 de cada mes, pero el 15 sólo paga US\$ 150.00 y le dice al arrendador que el saldo se lo entregará en una semana, en este caso, lo que hay es una modificación al contrato original de arrendamiento en lo que respecta al pago de la merced conductiva de ese mes. Si luego de este pago parcial, aceptado por el acreedor (arrendador), éste intenta exigir el pago de la pena convenida, estaríamos ante

⁴⁰ Cf. OSTERLING PARODI, Felipe. *Op. cit.*, p. 319.

una conducta contraria a la buena fe de parte del acreedor. Recordemos que la buena fe contractual no sólo debe estar presente en la etapa de la negociación y celebración de los contratos, sino que también debe estar presente en su ejecución. El contrato debe ser entendido como un acto de cooperación de ambas partes para el logro del propósito práctico deseado, para lo cual cada uno de los contratantes debe colaborar con el otro a fin de lograr que el contrato surta todos sus efectos. Por tanto, si el acreedor que acepta un pago parcial, luego pretende ejecutar la pena convenida alegando el incumplimiento o cumplimiento parcial del deudor, estaría actuando de mala fe y, por consiguiente, su demanda no debería prosperar.

Distinto es el caso del deudor que sin el consentimiento del acreedor cumple parcialmente con su obligación. Por ejemplo, si la renta debía pagarse mediante abono en una cuenta bancaria y el deudor arrendatario sólo abona el 50%, es decir, abona la suma de US\$ 100.00, no hay duda de que el deudor cumplió parcialmente su obligación, pero en ningún momento hay una aceptación de parte del acreedor arrendador. Y tal rechazo de cumplimiento parcial se va a demostrar cuando el acreedor exija el pago de la penalidad convenida.

En los supuestos de cumplimiento defectuoso, el tema es mucho más simple, pues ningún acreedor razonable va a aceptar un cumplimiento defectuoso de parte de su deudor y en caso de hacerlo con cargo al cambio de la mercadería, estaríamos ante un acuerdo que debe respetarse. Lo normal que puede ocurrir es que el acreedor reciba el bien y luego se entere de los defectos, por ejemplo, si el deudor debe entregar 100 galones de combustible de 97 octanos y estos están adulterados con kerosene, pero son entregados oportunamente en los almacenes del acreedor, el rechazo del acreedor al cumplimiento defectuoso del deudor se hará evidente cuando le exija el cambio del producto o, en su caso, el pago de la penalidad convenida.

Cuando la doctrina se refiere al cumplimiento de las obligaciones, impropriamente denominadas por el Código Civil peruano como inexecución de obligaciones, no se está refiriendo única y exclusivamente al incumplimiento total de la obligación, sino también al cumplimiento parcial, tardío o defectuoso. En todos estos supuestos, se está lesionando el interés del acreedor, que desde luego también debe tenerse presente.

Otro argumento a favor de la reducción de la pena convencionalmente pactada está referido a que resulta injusto que el acreedor se beneficie con el pago de la pena, cuando no ha sufrido daños o cuando los daños son inferiores a la pena pactada.

Sobre este particular, debemos recordar que para este sector de la doctrina la penalidad convencional cumple una función indemnizatoria, por consiguiente, cuando se pacta una cláusula penal, ésta tiene por finalidad anticipar los daños y perjuicios que puede ocasionar el deudor al acreedor como consecuencia del incumplimiento de sus obligaciones. Si el deudor incumple sus obligaciones y causa un daño de US\$ 100.00 y se pactó una pena de US\$ 1,000.00, ésta debe reducirse ya que el acreedor no puede ni debe enriquecerse a costa del deudor. Ello en razón de que la cláusula penal tiene por finalidad resarcir los daños y perjuicios que cause el incumplimiento y no el enriquecimiento del acreedor.

Cuando desarrollamos las funciones de la cláusula penal hemos puesto de manifiesto que la cláusula penal no tiene ni cumple esencialmente una función indemnizatoria o resarcitoria. La función esencial de cláusulas penal es la función preventiva, junto con la función punitiva. Por consiguiente, cuando el deudor incumple con sus obligaciones, que dicho sea de paso tal incumplimiento es imputable a él por dolo o culpa, debe pagar la penalidad convenida al acreedor y no pretender rehusar a dicho pago alegando que el acreedor no sufrió daños o que los daños son menores a la pena pactada. Ello es similar al insulto que profiere un sujeto a otro y luego de ello le dice «pero que te he hecho, acaso te he causado daño». O que el deudor diga al acreedor: «he cumplido tardíamente, pero he cumplido, cómo vas a exigirme el pago de la penalidad si he cumplido. Más vale tarde que nunca. En todo caso pídemme algunos intereses moratorios». En este supuesto, la obligatoriedad de los acuerdos contractuales se relativiza, generándose, desde nuestro punto de vista, una falta de respeto a la palabra empeñada.

La penalidad convencional, como su nombre lo indica es una pena, una sanción que tendrá que pagar el deudor cuando incumpla con sus obligaciones, ya que de ser un contratante fiel no tendrá nada que pagar, no se le aplicará castigo o pena alguna.

Nos ratificamos, pues, en nuestra postura de considerar inmutable e intangible la pena convencional y libremente pactada.

4. A modo de conclusión

Hemos manifestado que la cláusula penal, llamada también pena convencional o pena obligacional, es un pacto por el cual se refuerza el cumplimiento de las obligaciones, desincentivando el incumplimiento de las obligaciones y fomentando, por el contrario, el comportamiento leal y diligente de los contratantes. Del mismo modo, por medio de una cláusula penal se permite que se anticipen los daños y perjuicios, cuando el incumplimiento del deudor ocasione daños al acreedor.

Dentro de este contexto, la cláusula penal cumple esencialmente una función preventiva y punitiva, y en forma secundaria, *puede* cumplir una función indemnizatoria o resarcitoria cuando el incumplimiento del deudor cause daños al acreedor.

Si los contratantes pactan una penalidad con la finalidad de reforzar el cumplimiento de las obligaciones y desincentivar su incumplimiento, resulta natural que si el deudor incumple por causas imputables a él (dolo o culpa), esté en la obligación de pagar la penalidad libremente convenida y el acreedor tenga el derecho de solicitar su ejecución. Por tanto, resulta inequitativo, además de ineficiente, que precisamente el sujeto que incumple con sus obligaciones acuda a un Juez para pedirle que reduzca el monto de la penalidad que él mismo aceptó. No olvidemos que este deudor también pudo convertirse en acreedor en el caso de que el otro contratante incumpliese. Ello suele ocurrir, pues normalmente se pactan cláusulas penales recíprocas.

Por consiguiente, no aceptamos la postura de los que sostienen que cuando se pacta una penalidad un contratante se aprovecha del otro. Recordemos que en muchos contratos, como por ejemplo los contratos de obra, no sólo se pactan penalidades sino también premios cuando un contratante cumple con sus obligaciones en forma anticipada.

Las penalidades libremente pactadas en los contratos paritarios o negociados deben respetarse y deben cumplirse cuando el deudor incumpla con sus obligaciones, por lo que **no participamos** de la tesis de una revisión judicial o arbitral de las penas convencionales, ni a pedido del deudor ni realizadas de oficio por el Juez.

Urge una reforma legislativa del artículo 1341 y la derogatoria del artículo 1346 del Código Civil de 1984, en el sentido de precisar la función de la cláusula penal y de otro lado garantizar la libertad de contratación dotando de plena eficacia a los acuerdos contractuales y especialmente, en este caso, a las penalidades libremente pactadas.