

Inmutabilidad de la Cláusula Penal

por FELIPE OSTERLING PARODI (1)

I

Cláusula penal es la indemnización fijada contractualmente por las partes para el caso de incumplimiento de la obligación. El estudio de la inmutabilidad de la cláusula penal exige analizar los principios que informan la indemnización de daños y perjuicios en la legislación peruana. Ello explica la exposición que sigue en este punto.

Son efectos de las obligaciones, dice el artículo 1233, inciso 3, del Código civil, autorizar al acreedor para obtener del deudor la indemnización correspondiente.

Esta norma sólo se aplica cuando el deudor incumple su obligación, y cuando concurren, además, los requisitos siguientes:

(a) Que el deudor haya sido constituido en mora.

El deudor incurre en mora desde que el acreedor le exige, judicial o extrajudicialmente, el cumplimiento de su obligación, salvo que la ley o el contrato declaren expresamente que no es necesaria la intimación, o que de la naturaleza y circunstancias resultare que la designación de la época en que había de entregarse la cosa, o practicarse el servicio, fue motivo determinante para establecer la obligación (artículo 1254 del Código civil).

b) Que el incumplimiento de la obligación obedezca a causas imputables al deudor.

Cuando el incumplimiento es consecuencia de caso fortuito o de fuerza mayor, la obligación se extingue y el deudor no responde por los daños y perjuicios resultantes. Esta regla exoneratoria de responsabilidad no opera en los casos expresos previstos por la ley o cuando así lo establece la obligación (artículos 1318 y 1319 del Código civil).

El deudor es responsable del incumplimiento de la obligación y queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios cuando tal incumplimiento obedece a dolo o culpa (artículo 1320 del Código civil).

(1) Catedrático de Derecho Civil (Obligaciones), en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica.

El dolo del deudor consiste en la inexecución total o parcial de la obligación, o en la ejecución defectuosa, con el fin de perjudicar al acreedor. El dolo del deudor supone que el incumplimiento obedece a un hecho o a una abstención, con el propósito de causar un daño. El dolo, como causa de incumplimiento de la obligación, no es definido por el Código civil peruano. La ley sólo se refiere a las consecuencias del acto doloso.

El legislador sí cuidó de explicar el concepto de culpa, al estatuir que consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y que corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar (artículo 1322 del Código civil).

Cuando el deudor incurre en culpa no tiene la intención de causar un daño a su acreedor, pero su conducta supone una negligencia que produce perjuicios que le son imputables.

El Código civil peruano ha abandonado el concepto tripartito de la culpa que elaboró el derecho romano (culpa grave, culpa leve in abstracto y culpa leve in concreto); y que dió origen a otra clasificación por los antiguos romanistas (culpa grave, culpa leve y culpa levisima), recogida después por la antigua legislación española y por el antiguo derecho francés.

El legislador también ha desechado la adopción de una regla abstracta de comparación —“omitir los cuidados de un buen padre de familia”— que consagró el Código civil francés y que corresponde, en la clasificación romana, a la culpa leve in abstracto.

Pero si bien la ley peruana deja a la apreciación discrecional del juez la determinación de la culpa, conforme a las pautas contenidas en el artículo 1322 del Código civil, no se despoja totalmente de la influencia romana, del sistema de graduación de la culpa, al aludir en el artículo 1321 “a la culpa inexcusable”, referencia que supone otra clase de culpa, que también merece sanción y que es distinta de la inexcusable. Conviene hacer hincapié en esta norma, porque de ella, como veremos más adelante, se derivan importantes consecuencias.

También es necesario distinguir cuando el incumplimiento de la obligación obedece, a dolo del deudor o a culpa del deudor. Porque en el primer caso, cuando existe dolo, el deudor responde de todos los daños y perjuicios que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación, como efecto directo e inmediato, mientras que en el segundo caso, cuando existe culpa, el deudor sólo responde de los daños y perjuicios previstos o que se hubiesen podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento (artículo 1323 del Código civil). Y

c) Que el incumplimiento de la obligación, por último, haya causado perjuicios al acreedor.

El daño es la disminución efectiva del patrimonio del acreedor, la diferencia entre el valor actual de su patrimonio y el que hubiera tenido de haberse cumplido la obligación. Por tal diferencia de valor debe estimarse no sólo la disminución de una parte del patrimonio (daño emergente), sino también la falta de aumento del patrimonio que con el exacto cumplimiento de la obligación se hubiera conseguido (lucro cesante).

El daño comprende pues dos elementos distintos. Por un lado, la pérdida, o sea el empobrecimiento sufrido por el patrimonio del acreedor; y por el otro, la ganancia frustrada, o sea lo que el acreedor dejó de percibir. El empresario que no cumplió con ejecutar la construcción de la obra en el plazo pactado en el contrato, responderá por el mayor valor de los materiales y por el aumento en las remuneraciones del personal empleado en la obra (daño emergente), y por lo que el acreedor dejó de percibir al no haber arrendado el inmueble en la fecha en que, conforme al contrato, debió estar concluido (lucro cesante).

Ordinariamente la determinación del monto de los daños y perjuicios corresponde al juez, quien basándose en las pruebas suministradas por el acreedor establece su cuantía. Su deber se limita a la apreciación equitativa de las circunstancias, y su criterio, para fijar la indemnización, es soberano.

En otros casos es la ley la que determina, a un tanto alzado, la indemnización. Se trataría, por ejemplo, de los intereses de mora en las obligaciones de pagar cierta suma de dinero (artículos 1324 y 1325 del Código civil).

Pero en ambos casos deberá probar el acreedor la existencia de perjuicios. Sino, ¿qué resarcimiento podría exigir?

Esas reglas admiten, sin embargo, una excepción. Es el caso de la cláusula penal.

II

Cuando los contratantes han pactado una cláusula penal, también llamada indemnización convencional, y el deudor no cumple su obligación, no es necesario que el acreedor pruebe la existencia del daño sufrido, ni la cuantía de los perjuicios. La cláusula penal es exigible aún cuando se demuestre que el acreedor no sufrió perjuicios.

El deudor sólo podrá liberarse probando que el incumplimiento de la obligación obedece a caso fortuito o de fuerza mayor. El deudor está pues en el deber de probar su inculpabilidad (artículo 1326 del Código civil). Y esta excepción sólo opera cuando no hay ley o pacto en contrario, ya que el artículo 1319 del mismo Código, como hemos expresado, exige al deudor responder por los daños y perjuicios resultantes del caso fortuito o de la fuerza mayor en los casos que señala la ley o cuando así lo establece la obligación.

La cláusula penal tiene el propósito de liberar al acreedor de las dificultades que presenta la prueba del perjuicio y el arbitrio judicial en su estimación, evitando todo debate sobre su cuantía. La cláusula penal, desde este punto de vista, constituye un medio conminatorio eficaz para compeler al deudor a cumplir sus obligaciones.

La cláusula penal se configura pues como una presunción *juris et de jure* de la existencia de los perjuicios y de su cuantía, y más que una valuación anticipada de tales perjuicios, que bien podría no sufrirlos el acreedor, es

una verdadera estipulación de garantía “que puede figurar perfectamente al lado de la solidaridad pasiva, de la fianza, de la prenda o de la hipoteca” (1).

Sin embargo, los alcances y eficacia de la cláusula penal han perdido importancia en el derecho moderno.

El Código civil alemán y el Código federal suizo de las obligaciones, siguiendo las corrientes doctrinarias del antiguo derecho francés y de Dumoulin y Pothier, permiten la revisión de la pena estipulada. Y la notoria influencia de estos Códigos en las legislaciones del siglo XX ha dado origen a que la cláusula penal sea ahora, en numerosos cuerpos legales, susceptible de modificarse.

Los códigos modernos que se inspiran en estos preceptos están orientados a lograr que la indemnización fijada por la cláusula penal, o sea la multa determinada por convenio para los casos de incumplimiento de la obligación, tan solo refleje el monto de los perjuicios verdaderamente sufridos por el acreedor.

Y, en este orden de ideas, ya la cláusula penal no evita, en esas legislaciones, una controversia onerosa, difícil y prolongada en la que se discute la existencia de los perjuicios y su cuantía, ni constituye un medio conminatorio eficaz para compeler al deudor a cumplir sus obligaciones.

III

La cláusula penal se originó en el antiguo derecho romano para establecer una reparación pecuniaria por el incumplimiento de las obligaciones.

En el antiguo derecho romano sólo eran exigibles las obligaciones de dar sumas de dinero. Las otras obligaciones de dar, y las obligaciones de hacer y de no hacer, no eran susceptibles de ejecución forzada. Los jueces, por su parte, tampoco estaban facultados para fijar una indemnización en caso de incumplimiento.

La cláusula penal vino a solucionar la deficiencia del sistema. Ella se estipulaba con el fin de que el acreedor pudiera exigir el pago de una indemnización, en caso que el deudor incumpliera su obligación de dar —distinta a la de entregar una suma de dinero—, de hacer o de no hacer.

Y la nota característica de la cláusula penal era su inmutabilidad. La única limitación conocida es que la cláusula penal no podía utilizarse para encubrir un pacto de intereses usurarios. En este caso la cláusula penal sí podía ser modificada, pero no porque su naturaleza así lo exigiera, sino porque ella atentaba contra una norma de orden público.

Más tarde, cuando el derecho romano llegó a hacer exigibles las obligaciones de dar de toda clase y las obligaciones de hacer y de no hacer, la cláusula penal conservó la utilidad que tradicionalmente le han reconocido todas las legislaciones, esto es, evitar la necesidad de probar los perjuicios y su cuantía, y usarse como instrumento destinado a obligar al deudor a cumplir los compromisos que había asumido.

(1) Arturo Alessandri Rodríguez y Manuel Somarriva Undurraga, Derecho Civil, De las Obligaciones, Tomo III, página 225.

Pero las doctrinas del antiguo derecho francés y de Dumoulin y Pothier fueron distintas. En el caso de Pothier, hasta contradictoriamente distintas con el espíritu liberal que informó al Código Napoleón, en cuya redacción tuvo tanta influencia.

Consideraba Pothier (2), siguiendo a los tratadistas del antiguo derecho francés y a Dumoulin, que "es contrario a la naturaleza de esta cláusula que pueda ser llevada más allá de los límites que la ley prescribe a la indemnización de daños y perjuicios"; y que la cláusula penal debía ser modificada cuando ella se había utilizado para imponer a alguna de las partes una indemnización arbitraria. Agregaba que la cláusula penal era, generalmente, una estipulación de estilo que el deudor aceptaba en la falsa confianza de que no faltaría a su obligación, creyendo, al someterse a ella, no obligarse a nada. Y que, desde este punto de vista, su cumplimiento riguroso podía consagrar una injusticia.

No obstante la influencia de Pothier en la elaboración del Código Napoleón, su doctrina acerca de la cláusula penal difícilmente podía prevalecer en esta legislación, imbuída de preceptos liberales y excesivamente respetuosa de la autonomía de la voluntad. Cabe recordar que el Código francés establece, en el artículo 1134, la fórmula terminante de que el contrato es ley para las partes.

Fue por ello que el artículo 1152 del Código Napoleón no concedió a los jueces la facultad de modificar el monto de la pena estipulada.

La doctrina francesa tuvo singular importancia durante el siglo pasado. La mayoría de las legislaciones adoptaron la fórmula del artículo 1152 del Código Napoleón. Tal el caso del antiguo Código civil italiano de 1865 (artículo 1214); del Código civil español (artículo 1154); del Código civil portugués (artículo 675); del Código civil cubano (artículo 1154); del Código civil uruguayo (artículo 1321); del Código civil boliviano (artículo 745); del Código civil argentino (artículo 522); y del Código civil peruano de 1852 (artículo 1275).

La regla en el derecho germánico tuvo una evolución distinta. Las antiguas legislaciones germánicas, cuyo origen se encuentra en el derecho romano, consagraban la regla de la inmutabilidad de la cláusula penal. Y sólo aceptaban la misma excepción que en el derecho romano, o sea la revisión de la pena cuando ella estaba destinada a disfrazar un pacto de intereses usurarios. El proyecto de Código civil alemán siguió estas mismas doctrinas. Pero el Código civil alemán volvió a las concepciones del antiguo derecho francés y de Dumoulin y Pothier, al permitir la modificación de la pena.

Las normas del Código civil alemán del año 1900 (artículos 343, párrafo 1, y 349, párrafo 2) tuvieron acogida legislativa poco tiempo después, en el año 1911, al promulgarse el Código federal suizo de las obligaciones (artículos 161, párrafo 2, y 163, párrafo 3). Estos textos legales permiten modificar la cláusula penal estipulada, tanto para aumen-

(2) Obligations, num. 345, Edición Bugnet, Tomo II, página No. 179.

tarla como para disminuirla, a solicitud del acreedor o del deudor, respectivamente.

Dice Ludwig Enneccerus (3) que "el Código civil alemán ha dispuesto que la pena convencional desproporcionadamente elevada, ya vencida, pero aún no pagada, puede ser reducida a un importe prudencial a petición del deudor". Y agrega que "sí, como ocurre casi siempre, corresponde al acreedor una pretensión de indemnización por incumplimiento, puede exigir la pena "como importe mínimo del daño" y, si el interés de cumplimiento es superior a la pena, puede exigir este plus, puesto que la pretensión dirigida a la pena tiende a ser una facilidad, pero no una limitación, de la pretensión de indemnización".

El principio jurídico de la mutabilidad de la pena que consagraron los Códigos alemán y suizo ha sido acogido por numerosos proyectos y legislaciones, tales como el proyecto de Código uniforme francoitaliano (artículo 166); el proyecto de Código civil argentino de 1936; el anteproyecto brasileño de Código de obligaciones de 1941 (artículo 351); el Código civil de la República Socialista Federativa Soviética (artículo 142); el Código civil italiano del año 1942 (artículo 1384); y el propio Código civil peruano en vigencia (artículo 1227); pero ya no en los términos originales concebidos por el legislador alemán, que permiten la revisión de la cláusula penal, a solicitud del acreedor o del deudor, para aumentarla o disminuirla, sino únicamente para reducirla, prescindiendo de la voluntad de los contratantes, cuando ella es "manifiestamente excesiva" o cuando "excede considerablemente los perjuicios que en efecto se causó al acreedor".

Ninguna de estas normas optó, sin embargo, por la solución de suprimir la pena cuando se probaba que el acreedor no había sufrido perjuicios.

Algunas legislaciones, como hemos visto, no permiten la modificación de la pena. Otras admiten el aumento o disminución de la cláusula penal estipulada, a pedido de parte. Otras tan solo su reducción, de oficio, por iniciativa del juez. Pero ninguna permite la supresión de la pena.

Angel Ossorio (4), autor del anteproyecto de Código civil boliviano, consigna en el artículo 767, último párrafo, del anteproyecto, que la cláusula penal, si no hay daños y perjuicios, no será exigible. Expresa este tratadista que si la pena sirve para sustituir la indemnización de daños y perjuicios sólo será aplicable cuando existan éstos. De otra manera, agrega, la cláusula penal implicaría una lotería. La cláusula penal sólo sirve para evitar la demostración de la cuantía del perjuicio, que aparece previamente determinada. Pero los perjuicios tienen que ser reales. De otro modo, ¿por qué satisfacer el resarcimiento de perjuicios que no existen?

Frente a estas corrientes legislativas antagónicas el Código civil brasileño adoptó, en el artículo 920, una fórmula intermedia, al estatuir que el

(3) Derecho de Obligaciones, Tomo II, Volumen Primero, Doctrina General, página No. 188.

(4) Anteproyecto de Código civil boliviano, página 352, Publicaciones de la Comisión Codificadora Nacional de Bolivia, (Volumen II de la Colección).

juez no está facultado para reducir la pena estipulada, pero que ella, en ningún caso, podrá exceder a la obligación principal.

La solución brasileña ha inspirado numerosas legislaciones, particularmente latino-americanas. Este principio jurídico ha sido incorporado en el Código civil chileno (artículo 1544); en el Código civil boliviano (artículo 734); en el Código civil de Nicaragua (artículo 2002); y en el Código civil mejicano (artículo 1843).

Cabe advertir la uniformidad legislativa y doctrinaria respecto a la reducción equitativa de la pena cuando la obligación es cumplida en parte o irregularmente por el deudor. No es el propósito de este trabajo polemizar sobre el tema, pues la solución jurídica, en ese caso, es inobjetable.

No sucede lo mismo cuando la obligación es incumplida totalmente por el deudor. Cualquier solución sobre la conveniencia o inconveniencia de modificar la cláusula penal estipulada, en esta hipótesis, invita al debate.

IV

En el Perú el sistema de la mutabilidad o inmutabilidad de la cláusula penal ha evolucionado de acuerdo con las corrientes legislativas predominantes en cada época.

El Código civil de 1852, siguiendo la tradición del Código Napoleón, establecía lo siguiente:

“Artículo 1275.—Si se estipuló el pago de cierta cantidad por daños é intereses, para el caso de no cumplirse el contrato, deberá observarse lo pactado”.

“Artículo 1301.—Puede celebrarse el contrato con cláusula penal, esto es, con obligación de pagar cierta cantidad en los casos de demora, o falta de cumplimiento”.

Estas normas legales correspondían al derecho francés. La penalidad era intangible.

Al nombrarse la Comisión Reformadora del Código Civil, el doctor Manuel Augusto Olaechea (5), en la sesión de 28 de octubre de 1925, sometió al estudio de la Comisión la Sección Segunda del Libro Quinto, referente a las obligaciones y sus modalidades.

El artículo 179 del anteproyecto presentado por el doctor Olaechea establecía lo siguiente:

“El juez modificará equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor”.

(5) Actas de la Comisión Reformadora del Código Civil, Quinto Fascículo, páginas 173 y ss.

Esta norma, expresa el doctor Olaechea, encontraba su antecedente en los artículos 1154 Código civil español, 1231 del Código civil francés, 694 del Código civil argentino y 924 del Código civil brasileño.

El artículo 181 del mismo anteproyecto disponía que:

"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".

La fuente de esta disposición estaba constituida por el artículo 927 del Código civil brasileño y por el artículo 690 del Código civil argentino.

Y, finalmente, el artículo 186 del anteproyecto prescribía que:

"El valor de la pena impuesta en la cláusula penal no puede exceder al de la obligación principal".

Esta regla si era propia del Código civil brasileño (artículo 920) y estaba destinada a conservar el espíritu de la ley No. 2760, contra el agio y la usura, que restringía la libertad de las convenciones por razones de carácter social.

Escribe el doctor Olaechea, fundamentando el anteproyecto presentado a la Comisión, lo siguiente:

"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 del 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 alguna 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".

El anteproyecto del doctor Olaechea, en lo relativo a los tres artículos comentados, fue aprobado por la Comisión Reformadora del Código Civil, con ligeras modificaciones de redacción que no alteraban su significado ni alcances jurídicos.

En el proyecto de Código Civil presentado por la Comisión Reformadora al Poder Ejecutivo el 7 de marzo de 1936, se consignaban las normas siguientes:

"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".

Estos textos fueron posteriormente modificados y recogidos por los artículos 1224 y 1227 del Código civil vigente:

"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".

V

La doctrina y legislación comparada ofrecen pues variadas soluciones al problema que suscita la modificación de la cláusula penal y renueva, una vez más, el antiguo conflicto que plantea la vida del Derecho: la seguridad, mediante la inmutabilidad de la cláusula penal, y la equidad, permitiéndose su revisión.

Las alternativas son numerosas.

Puede optarse por el sistema del derecho alemán y del derecho suizo, que permite la reducción de la cláusula penal, para aumentar o disminuir la indemnización fijada convencionalmente por los contratantes, a

solicitud de cualquiera de ellos. O por el sistema del Código civil peruano que obliga al juez a reducir la pena cuando es "manifiestamente excesiva", pero no permite aumentarla. Por la doctrina de Angel Ossorio que admite la supresión de la pena cuando se prueba que el acreedor no ha sufrido perjuicios por la inejecución o el retardo en el cumplimiento de la obligación. Por la regla del Código Napoleón que sanciona la inmutabilidad de la cláusula penal. O, finalmente, por la norma del Código civil brasileño que no permite modificar la cláusula penal, pero que la limita en su cuantía.

VI

El aumento o disminución de la indemnización convencional prevista por el acreedor y por el deudor, a solicitud de cualquiera de ellos, parece conspirar contra la seguridad contractual que se buscaba.

Si la cláusula penal, como hemos dicho, se estipula con el fin de evitar el debate sobre la existencia de los perjuicios y sobre su cuantía, conceder a los jueces la facultad de modificarla significa, en la mayoría de los casos, abrir la controversia sobre la existencia de tales perjuicios y sobre su monto.

Vemos entonces que se sustituye el pacto libremente concertado por las partes — con la misma libertad con la que concertaron la obligación cuyo cumplimiento se trató de asegurar con una cláusula penal — por un juicio complejo y costoso en que se objeta el valor legal de 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.

Los jueces tienen la obligación de pronunciarse según las pruebas que aporten las partes. Mal podría un juez aumentar o reducir la indemnización fijada contractualmente cuando el deudor se obligó a entregar costosas maquinarias industriales (obligación de dar) y no cumplió el contrato; o cuando el deudor se obligó a construir una fábrica (obligación de hacer) e incumplió su obligación; o cuando el deudor se obligó a no revelar su secreto (obligación de no hacer) y violó esta obligación.

¿Podría un juez, en estos casos, decidir si la indemnización es excesiva o insuficiente tan solo con criterio de conciencia y sin que se actuaran las pruebas de la existencia o inexistencia de los perjuicios, o de su cuantía?

¿O sería necesario, para que el juez modificara la pena, que se demostrara indubitablemente que el acreedor sufrió perjuicios superiores o inferiores a los pactados? Parece claro que esta última solución es la que debe prevalecer.

Hay que reconocer que en algunos pocos casos la simple apreciación judicial, sin necesidad de pruebas, puede conducir al juez que actúe con criterio de conciencia a la convicción de que la pena pactada es excesiva o insuficiente. Pero también hay que reconocer que en la mayoría de los casos las complejas relaciones contractuales, la fisonomía propia de los convenios cuyo cumplimiento se trató de asegurar con una cláusula penal,

no permiten al juez pronunciarse sin pruebas. Y si el Juez, en estos casos, modifica la pena, se arriesga a cometer una arbitrariedad.

Desde este punto de vista, cuando es el acreedor quien pretende que el monto de la indemnización fijada por la cláusula penal es insuficiente para reparar los perjuicios que le ha ocasionado la inexecución de la obligación, deberá probar su verdadera cuantía.

Y cuando es el deudor quien manifiesta que la pena es excesiva porque el acreedor sufrió perjuicios inferiores a los pactados o no sufrió perjuicios por el incumplimiento, entonces es a tal deudor a quien le corresponderá probar estos hechos.

Pero en ambos casos se da paso a un debate que las partes, justamente por haber estipulado una cláusula penal, quisieron evitar.

Cuando el deudor solicita la reducción de la cláusula penal existe una simple reversión de la carga de la prueba. Recordemos que en los casos en que opera la indemnización judicial corresponde al acreedor probar la existencia de los perjuicios y su monto. Pero cuando se estipula una indemnización convencional, y el deudor pretende que sea reducida, toca a él acreditar que la pena es excesiva o injustificada, demostrando que el acreedor sufrió perjuicios, ¿cómo se justificaría mantener la obligación del deudor al sufrir ningún perjuicio.

Aún en estos casos de reversión de la carga de la prueba, un acreedor prudente tendría que demostrar la existencia de los perjuicios y su cuantía, para evitar que el juez, no obstante que el deudor alegó pero no probó que la pena fuera excesiva, ordenara su reducción. El riesgo de que el acreedor pudiera ver reducida la cláusula penal, con pruebas o sin pruebas, lo conduciría, necesariamente, a acreditar los perjuicios y su cuantía.

Y bien, si admitimos que generalmente es necesario incursionar en el terreno probatorio, y si se demuestra fehacientemente que el acreedor no sufrió perjuicios, ¿Cómo se justificaría mantener la obligación del deudor al pago de una indemnización? Porque debe observarse que las legislaciones alemana y suiza, iniciadoras de estas nuevas corrientes en el derecho moderno, aceptan la reducción de la pena, mas no su supresión.

¿Debe el juez mantener una sanción pecuniaria, aunque sea simbólica, si se demuestra que el acreedor no sufrió perjuicios por el incumplimiento del deudor?

Si se acepta lo que se quiso evitar con la cláusula penal, si se admite el debate sobre la existencia de los perjuicios y su cuantía, y si el deudor demuestra que el acreedor no sufrió perjuicios, no debía el juez estar obligado a mantener vigente el pago de una indemnización.

Parece pues congruente la tesis de Angel Ossorio, cuando consigna, en el artículo 767 del anteproyecto de Código civil boliviano, que si no hay daños ni perjuicios no será exigible la pena.

Puede agregarse, en apoyo de la tesis que rechaza la modificación de la cláusula penal, que el pacto por el que se fija esta indemnización convencional no compromete normas de orden público. Por consiguiente, de acuerdo con el principio de la libertad de las convenciones, debía reconocerse y respetarse el monto de la pena que las partes hubiesen determinado libremente.

Nadie mejor que las partes mismas para fijar de antemano, por medio de la pena o multa, el monto de los perjuicios que el acreedor cree justo recibir por la inexecución o el retardo en el cumplimiento de la obligación, y que el deudor considera justo pagar en esta misma eventualidad.

No debe perderse de vista que la cláusula penal sólo es exigible en los casos de incumplimiento por dolo o culpa del deudor. El caso fortuito o la fuerza mayor extinguen la obligación.

VII

Las críticas expuestas son aplicables, con mayor severidad, a las legislaciones que sólo permiten la reducción de la pena estipulada. Y no a instancia de parte, sino por mandato de la ley. Nos referimos, concretamente, al artículo 1227 del Código civil peruano.

Esta norma parece tener su origen en el supuesto erróneo de que es siempre el deudor la parte más débil de la relación jurídica, y que merece, por tanto, tutela especial.

Este concepto, propio de relaciones de otra naturaleza, debe ser proscrito de las legislaciones vigentes, "sobre todo en países nuevos y cosmopolitas, donde es necesario reforzar ciertos conceptos éticos y de convivencia" (6).

El legislador parece haber olvidado que es deudor el empresario importante que se obliga a suministrar mercaderías; o el contratista que se obliga a construir una obra; o el dueño de medios de locomoción que se obliga a trasladar personas o mercaderías; o, en fin, todo aquel que está obligado al cumplimiento de una prestación. Desde este punto de vista, no es posible suponer que el deudor sea la parte más débil en la relación jurídica. El deudor, en los casos propuestos, sería la parte más poderosa, sobre todo cuando goza de un monopolio.

Y es ese deudor quien puede haber impuesto al acreedor una penalidad simbólica para el caso de inexecución o de retardo en el cumplimiento de su obligación. En esta hipótesis el acreedor carecería de instrumentos legales para solicitar el aumento de la pena estipulada, aún cuando el monto de los perjuicios que realmente sufrió fueran superiores al monto de la indemnización convencional. El artículo 1227 del Código civil faculta a los jueces para reducir la pena, no para aumentarla.

La objeción es más grave si recordamos que el acreedor puede ser víctima del incumplimiento doloso de su deudor. En los casos de dolo, dispone el artículo 1323 del Código civil, el deudor responde no sólo de los daños previstos o de los que se hubiesen podido prever al tiempo de constituirse la obligación, sino de todos los que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento, como efecto directo e inmediato.

Este precepto funciona plenamente cuando se trata de la indemnización que determina el juez en ausencia de pacto. Pero si se ha estipu-

(6) Héctor Lafaille, Derecho Civil, Tomo VI, Tratado de las Obligaciones, Volumen 1, página No. 226.

lado una cláusula penal y, conforme a la ley peruana, ella no puede ser aumentada, el acreedor, víctima del incumplimiento doloso de su deudor, podría ver frustrado el pago de una indemnización por los perjuicios sufridos. Si bien Planiol y Ripert (7) aceptan para estos casos, como fórmula de solución a la doctrina de la inmutabilidad consagrada por el Código francés, que existe una responsabilidad delictuosa (extra contractual) derivada del dolo, que vendría a prolongar la responsabilidad contractual y produciría, como tal, la reparación íntegra del daño, esta regla no es de valor incontestable y debe ser vista con beneficio de inventario frente al texto expreso de la ley.

Si admitimos la revisión de la pena no debemos analizar tan solo las tribulaciones del deudor. Prestemos igual consideración al acreedor que vió incumplido el contrato, inclusive por dolo del deudor.

El acreedor cuyo contrato no se cumple merece, por lo menos, un trato igual que el deudor. Si se admite la modificación de la cláusula penal, si se introduce en las legislaciones el principio jurídico de su revisión, si se persigue una solución equitativa, que este principio de equidad rija, en igual medida, para el acreedor y para el deudor.

VIII

Si doctrinariamente la solución de modificar la pena es susceptible de graves objeciones, la aplicación de la norma, en el campo contractual, puede originar serias intromisiones.

La indemnización que fija el juez en ausencia de pacto está constituida, necesariamente, por dinero, pues es el dinero el único valor general.

La indemnización convencional, o sea aquella que se determina por una cláusula penal, es de naturaleza distinta. Ella puede estipularse en dinero, pero también puede estar constituida por cualquier otra obligación de dar, o por alguna obligación de hacer o de no hacer, divisible o indivisible. Este es el principio uniforme de la doctrina y la regla del Código civil peruano (artículos 1228 y 1229).

Si se pacta como penalidad alguna obligación de dar, de hacer o de no hacer indivisible, o cualquier obligación divisible pero no susceptible de ser reducida en términos equitativos, entonces el juez, para cumplir el precepto del artículo 1227 del Código civil, tendría que sustituir la prestación prevista en la cláusula penal por dinero, y reducir la suma resultante en forma equitativa.

Esta modificación judicial se justifica plenamente cuando la obligación es cumplida en parte o en forma irregular por el deudor. Y es lógico que así sea, porque en estos casos el acreedor aceptó voluntariamente un pago parcial o defectuoso, no estando obligado a ello (artículos 1234 y 1248 del Código civil).

Si el acreedor convino con el deudor en aceptar el pago de modo distinto al estipulado, o sea en forma parcial o defectuosa, y nada acordó

(7) *Traité Pratique de Droit Civil Français* Tome, VII N° 869.

sobre la cláusula penal, entonces es justo que ella sea reducida y que el juez, para efectuar tal reducción, quede autorizado a modificar la prestación sustituyéndola por dinero. En caso contrario el acreedor se enriquecería indebidamente a expensas de su deudor.

Pero esa doctrina no entra en juego cuando las partes, libremente, en garantía del cumplimiento de sus prestaciones, acordaron una cláusula penal. Variar la naturaleza jurídica de la prestación, en estos casos, para reducir una penalidad que después de concertado el convenio y de incumplida la obligación se consideró excesiva, parece constituir una intervención injustificada en los asuntos ajenos que atenta contra la seguridad de los contratos.

IX

Justo es reconocer, por otra parte, que el sistema de la inmutabilidad previsto por la ley francesa se presta a abusos. Y los abusos pueden ser de cualquiera de las partes, tanto del acreedor como del deudor.

Es cierto, en efecto, que la cláusula penal puede utilizarse para imponer una indemnización arbitraria. Pero también es cierto que esta indemnización puede ser arbitraria tanto para el deudor, quien se vería obligado a pagar en exceso, como para el acreedor, quien podría no ver satisfechos los perjuicios que realmente sufrió.

El cumplimiento riguroso de la cláusula penal, en ciertos casos, puede realmente convertir a la justicia en instrumento para consagrar una iniquidad.

Las críticas a la doctrina de la inmutabilidad de la pena prevalecen.

Frente a estas tesis contrapuestas debe buscarse una solución adecuada que respete la autonomía de la voluntad, restringiéndola mas no aniquilándola. Y esta solución, en nuestro concepto, es la que consagra el Código civil brasileño.

La legislación brasileña, como hemos expresado, estatuye que el juez no está facultado para modificar la pena estipulada, pero que su valor, en ningún caso, podrá exceder al de la obligación principal.

Esa fórmula permite al acreedor usar la cláusula penal, con todas sus ventajas, entre ellas la de la inmutabilidad, cuando considera que los perjuicios que sufrirá por el incumplimiento no sobrepasarán el valor de la obligación principal. Si el acreedor estima que el incumplimiento le ocasionará perjuicios superiores al valor de la obligación principal, entonces, simplemente, no pactará la indemnización convencional, y tendrá el derecho de exigir oportunamente el pago de la indemnización que fije el juez.

La limitación propuesta viene pues a constituir un freno a las pretensiones inmoderadas del acreedor.

Y no se diga que existen dificultades para determinar, comparativamente, los valores de la obligación principal y de la cláusula penal. Más dificultades, por cierto, existen para valorizar los perjuicios. Y, por lo demás, la contraprestación de la obligación principal, al igual que la cláusula penal, es generalmente en dinero, reduciéndose el problema a una:

simple apreciación de dos cifras — contraprestación y cláusula penal — pre-establecidas por las partes. En los demás casos un peritaje determinaría con relativa sencillez el valor de las prestaciones estipuladas.

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. Aquí las partes podían seguir una pauta objetiva —el valor de la obligación principal—, señalada por el legislador, para determinar el monto de la penalidad. Y esta pauta fue violada.

Naturalmente que la solución propuesta no es perfecta. Ella también puede dar origen a abusos. Sería el caso del acreedor que impone al deudor, arbitrariamente pero dentro del límite previsto por la ley, una cláusula penal excesiva. O el caso del deudor que acogiendo a la regla de la inmutabilidad impone al acreedor una cláusula penal insuficiente.

Pero esos peligros no justifican que se descarte de la vida del Derecho una institución que, como la cláusula penal, fomenta el respeto de la palabra empeñada y asegura eficazmente un resarcimiento en caso que el deudor incumpla su obligación.

Los riesgos anotados se ciernen sobre toda la contratación. Tal sucede cuando se paga un precio excesivo por un bien mueble, o cuando se paga un precio insuficiente por ese mismo bien. O cuando en un contrato de locación conducción se pacta una merced conductiva exagerada, o una merced conductiva ínfima.

Conceder con generosidad asideros legales para que el acreedor o el deudor violen lo que convinieron, es propiciar la impugnación del contrato siempre que las partes no vieran plenamente satisfechas sus expectativas. El acreedor hablará, en estos casos, de una indemnización insuficiente, y el deudor, por su parte, de una indemnización excesiva.

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 otras normas de orden público relativas a la capacidad de las personas o a la libre manifestación de su voluntad.

Creemos, en suma, que el límite de la función tutelar, en el caso de la cláusula penal, está señalado por la legislación brasileña.

Pero, aún dentro de la doctrina restrictiva del Código civil brasileño, la regla debe admitir ciertas excepciones.

La cláusula penal no puede mantenerse intangible cuando ella está destinada a la cobranza de intereses usurarios, por que en estos casos se estaría enmascarando, bajo esa apariencia, un convención ilícita.

El principio de la inmutabilidad de la pena tampoco podría prevalecer cuando el deudor pretendiera burlar las responsabilidades procedentes del dolo o de la culpa inexcusable.

Si el deudor impone al acreedor una cláusula penal simbólica, que no constituye un verdadero resarcimiento, e incumple su obligación por dolo o culpa inexcusable, entonces deberá concederse al acreedor el derecho a pedir el aumento de la pena estipulada. La cláusula penal, en estas circunstancias, importaría una verdadera renuncia al derecho de exigir el pago de la indemnización. Y el artículo 1321 del Código civil dispone que la responsabilidad, en los casos de dolo o de culpa inexcusable, es exigible en todas las obligaciones, y que la renuncia de la acción es nula.

Por lo demás, el acreedor deberá tener el derecho, en todos los casos en que se incumpla la obligación por dolo del deudor, a pedir la revisión de la pena, sea ésta simbólica o no.

El principio está plenamente justificado. Si el deudor, en los casos de dolo, responde no sólo de los daños y perjuicios previstos o que hubiesen podido preverse al tiempo de constituirse la obligación, sino de todos aquellos otros que se deriven de la falta de cumplimiento, como efecto directo e inmediato, es lógico que el acreedor tenga el derecho a exigir una reparación superior a la pactada. En estos casos el acreedor sólo pudo estipular la reparación de los daños y perjuicios previstos. Pero el deudor responde, además, de los daños y perjuicios imprevistos.

XI

En conclusión:

- (a) La legislación peruana debe acoger las normas contenidas en el proyecto de la Comisión Reformadora del Código Civil de 1852, a fin de sancionar la inmutabilidad de la cláusula penal.
- (b) El valor de la cláusula penal no podrá exceder, en ningún caso, al de la obligación principal.
- (c) La cláusula penal deberá ser modificada excepcionalmente por el juez cuando exceda el valor de la obligación principal; cuando el deudor cumpla la obligación parcial o defectuosamente; cuando ella esté destinada a la cobranza de intereses usurarios; cuando el deudor incumpla la obligación por culpa inexcusable y la cuantía de la penalidad sea simbólica; y en todos los casos en que la obligación no se cumpla por dolo del deudor, a fin de que represente una verdadera indemnización de daños y perjuicios.
- (d) Si se pacta como penalidad alguna obligación de dar, de hacer o de no hacer indivisible, o alguna obligación divisible pero no susceptible de ser reducida en términos adecuados, entonces el juez, para dar cumplimiento a los preceptos enumerados en el parágrafo (c) que antecede, estará facultado para sustituir la prestación prevista en la cláusula penal por dinero y para reducir la suma resultante. Cuando se trate de aumentar la cláusula penal, este aumento será siempre en dinero.
- (e) Los principios enunciados se aplicarán en las tres hipótesis en que funciona la cláusula penal: cumplimiento de la obligación principal, mora o seguridad de algún pacto determinado. y
- (f) Las reglas expuestas, por razones obvias, no deberán admitir pacto en contrario.