

# Apuntes sobre la reducción de la pena obligacional y el replanteamiento de sus funciones

Felipe Osterling Parodi(\*)  
Alfonso Rebaza González(\*\*)

## 1. Introducción

A veinte años de vigencia del Código Civil, parece haberse consolidado un movimiento de reforma que considera que él ya no puede enfrentar los retos que presenta la sociedad contemporánea. Esta tendencia se inició poco tiempo después de su promulgación en un intento por corregir algunas pocas imperfecciones. Sin embargo, día a día cobra mayor fuerza la idea de modificar sustancialmente el Código Civil, llegándose a hablar, incluso, de su derogación.

Sin perjuicio de nuestra posición de manejar con prudencia cualquier prurito reformista, consideramos que existe una institución en cuya regulación el Código Civil ha incurrido en algunas incoherencias. Nos referimos a la cláusula penal<sup>(1)</sup>.

Se trata de una institución que, no obstante la profundidad de los debates suscitados en el seno de las Comisiones Reformadoras de los Códigos Civiles de 1852 y 1936, así como el impecable desarrollo de las posiciones que sustentan las normas que la regulan, no ha merecido mayor

estudio en nuestro medio, salvo escasas excepciones.

Nuestra inquietud parte de la constatación de la pérdida de eficiencia de la cláusula penal como mecanismo compulsivo de cumplimiento y de liquidación convencional de los daños. Ello ha determinado que cuando se quiere asegurar el cumplimiento de una obligación, las penas convencionales son empleadas de manera residual, habida cuenta que, conforme se demuestra más adelante, sus funciones se encuentran seriamente desnaturalizadas. Por este motivo, los contratantes, aun cuando ello pudiera representar mayores costos, prefieren emplear otros mecanismos que aseguren el cumplimiento de sus obligaciones de manera efectiva, por cuanto la cláusula penal no les ofrece ninguna seguridad.

Tomando como referencia esta preocupación y ante la enorme riqueza argumentativa y conceptual que representa la cláusula penal, nos hemos propuesto iniciar un estudio crítico y creativo de sus normas. Para estos efectos, en algunos casos será

(\*) Doctor en Derecho y abogado en ejercicio. Socio principal del Estudio Osterling. Profesor principal de Obligaciones en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Fue presidente de la Comisión que tuvo a su cargo el estudio y revisión del Código Civil de 1936, que dio origen al Código Civil de 1984. En tal condición, fue ponente del Libro VI sobre Obligaciones. Ha sido decano de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Ministro de Estado en la cartera de justicia. Senador y presidente del Senado y del Congreso de la República y decano del Colegio de Abogados de Lima. Vice presidente de la Academia Peruana de Derecho.

(\*\*) Profesor de Derecho Civil en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

(1) En lo relativo a la denominación de la institución bajo análisis, emplearemos indistintamente las expresiones "cláusula penal", "pena convencional", "penalidad", "pena obligacional", etcétera. No obstante, concordamos con el profesor Cárdenas en que la denominación más adecuada es la de "pena obligacional", la cual está referida al mecanismo compulsivo derivado de una relación obligatoria constituida por una prestación de dar, hacer o no hacer que el deudor se obliga a ejecutar en el supuesto de inejecución total o de cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación principal. Véase: CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. *Estudios de Derecho Privado (reflexiones de un tiempo)*. Tomo I. Lima: Ediciones Jurídicas, 1994. p. 349. Nota al pie 1.

necesario desarrollar los principios y conceptos que respaldan al texto de la norma; en otros supuestos, en cambio, nos limitaremos a denunciar las incoherencias y errores en que incurre el Código Civil al regular esta institución, siempre teniendo en cuenta sus funciones esenciales.

## 2. Funciones de la pena obligacional

Las funciones que revisten mayor relevancia para nuestro análisis son indicadas a continuación<sup>(2)</sup>.

### 2.1. Función indemnizatoria

La cláusula penal cumple una primera función indemnizatoria, en cuanto importa una liquidación convencional, pactada por anticipado, de los daños y perjuicios que el incumplimiento de la obligación pudiera causar al acreedor. Se trata de una liquidación *a forfait*, puesto que no se sabe por adelantado cuál será el daño real.

Para un sector de la doctrina<sup>(3)</sup>, la cláusula penal está exclusivamente destinada a limitar el resarcimiento de los daños que puedan originarse por el incumplimiento de la obligación. Opera a manera de tope convencional de los daños en cuanto a la liquidación de su cuantía.

Sobre este punto, Mazzarese<sup>(4)</sup> sostiene que esta función no se refiere tanto a la reintegración pecuniaria del daño, sino más bien a una técnica negocial de satisfacción del derecho violado, aunque

no se haya causado lesión patrimonial.

Cabe advertir que aun cuando es usual que la cláusula penal cumpla una función indemnizatoria, no es forzoso que tenga tal carácter. Un ejemplo de ello son los deberes de conducta que, por no ser de contenido patrimonial (no susceptibles de apreciación pecuniaria), no atribuyen obligaciones *strictu sensu* y pueden ser fortalecidos en su cumplimiento mediante la estipulación de cláusulas penales. En estos supuestos no se podría sostener que la pena obligacional cumple una función resarcitoria, puesto que, por hipótesis, la persona en cuyo favor se ha comprometido la conducta esperada, no experimenta daño patrimonial alguno por la frustración de esa expectativa. La función de la pena en estos casos será la de reforzar el vínculo.

### 2.2. Función compulsiva

Tradicionalmente se ha considerado que la cláusula penal cumple una función compulsiva. En este sentido, un sector de la doctrina la considera como una pena que se dirige a castigar una conducta antijurídica, asegurando de este modo el cumplimiento de la obligación<sup>(5)</sup>.

Dicha compulsividad radica en agregar un estímulo que mueve psicológicamente al deudor a cumplir con la prestación principal para eludir la pena, que suele ser gravosa.

La doctrina española<sup>(6)</sup>, por su parte, considera que la cláusula penal tiene conceptualmente siempre

(2) Por la naturaleza del presente trabajo nos limitamos a desarrollar brevemente las funciones que consideramos más importantes en una pena obligacional. Para un recuento exhaustivo de las variantes de estas funciones puede consultarse: OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE. *Tratado de las Obligaciones*. Tomo XIV. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003. pp. 2343 y siguientes.

(3) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *La cláusula penal*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1981. pp. 6 y 7. En idéntico sentido se pronuncian: CAZEAUX, Pedro N. y Félix A. TRIGO REPRESAS. *Compendio de Derecho de las Obligaciones*. Tomo I. La Plata: Platense, 1986. pp. 239 y 240; LAFAILLE, Héctor. *Curso de Obligaciones*. Volumen I. Tomo VI. Buenos Aires: Tipografía A.G. Rezzónico Yapeyú 52, 1926. pp. 219 y siguientes; ESPÍN ALBA, Isabel. *La Cláusula Penal*. Madrid: Marcial Pons, 1997. p. 53.

(4) MAZZARESE, Silvio. *Clausola Penale. Collana Il Codice Civile. Commentario*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1999. p. 161. En igual sentido DE LUCA, Massimiliano. *La Clausola Penale. Collana Il Diritto Privato Oggi. Serie a cura di Paolo Cendon*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1998. pp. 134 y siguientes.

(5) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *Op. cit.*; pp. 3 y 4. Es preciso señalar que la autora citada se refiere a dos funciones adicionales, como parte de la función compulsiva: (i) La función afflictiva, la cual manifiesta que por medio de la cláusula penal el deudor está constreñido psicológicamente al pago de la prestación principal, pues sabe que si no cumple deberá afrontar graves consecuencias patrimoniales; y, (ii) La función satisfactoria, pues para el acreedor, gracias a la cláusula penal, entran en su patrimonio bienes que de otro modo no hubiesen asegurado satisfacerlo en un interés patrimonial a cargo del deudor; por el contrario, representa un mecanismo de coercibilidad que no hubiese ejercido presión sobre él, de no existir la penalidad. BORDA, Guillermo A. *Manual de Obligaciones*. Tomo I. Buenos Aires: Perrot, 1975. p. 196; GIORGI, Giorgio. *Teoría de las Obligaciones en el Derecho Moderno*. Volumen IV. Madrid: Reus, 1977. p. 465; LAFAILLE, Héctor. *Op. cit.*; p. 155; ENNECCERUS, Ludwig y otros. *Tratado de Derecho Civil*. Volumen I. Tomo II. Barcelona: Bosch, 1950. p. 187; MAZZARESE, Silvio. *Op. cit.*; p. 171.

(6) LOBATO DE BLAS, Jesús María. *La cláusula penal en el Derecho Español*. Pamplona: Universidad de Navarra, 1974. p. 32. En este mismo orden de ideas: DIEZ PICAZO, Luis. *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*. 4ta. edición.

el mismo fin y una sola función: “reforzar el vínculo ofreciendo al acreedor un medio más intensamente eficaz que la acción derivada del crédito simple; la mayor intensidad de la eficacia de este medio consiste en la amenaza hecha al deudor de agravar su responsabilidad ordinaria si no cumple exacta y puntualmente su obligación”. Se señala en este sector que con el término “garantía” lo que se le quiere atribuir es la mayor probabilidad de conducir a buen término la relación obligatoria, es decir de lograr la satisfacción del interés del acreedor a través del cumplimiento regular del deudor.

Más allá de estas consideraciones, lo concreto es que la cláusula penal cumple una función compulsiva en cuanto contribuye a reforzar el vínculo obligacional y, asimismo, a desincentivar el incumplimiento del deudor. Dicha función ha sido recogida de manera expresa por el artículo 1342 del Código Civil, al obligar al deudor a cumplir la obligación y a pagar la pena de manera conjunta.

### 2.3. Función de simplificación probatoria

Esta función se deriva de la función indemnizatoria de la pena obligacional, en virtud de la cual la cláusula penal presenta un pacto relativo a la carga de la prueba del daño, lo que permite que el acreedor pueda exigir el cumplimiento de la pena sin necesidad de probar la existencia del daño, ni su cuantía. Así lo establece el artículo 1343 del Código Civil.

Como se puede advertir, la principal ventaja de la función de simplificación probatoria de la penalidad es evitar las dificultades relativas a la prueba de la existencia de los daños y de su cuantía. En tal

virtud, no será necesario discutir la indemnización, pudiendo el acreedor reclamar directamente la cuantía prefijada.

En este orden de ideas, el acreedor podría exigir el cumplimiento de la cláusula penal sin probar la existencia misma del daño, ni demostrar su *quantum*. Sin embargo, ella no se deberá si el deudor prueba que no se ha producido daño. Se trata, en suma, de una reversión de la carga probatoria.

### 3. Sistemas que regulan la modificación de la pena

Los sistemas adoptados por las distintas legislaciones se encuentran en relación a la función que ha decidido privilegiar un determinado ordenamiento<sup>(7)</sup>. A continuación, un breve recuento de las opciones legislativas más representativas de nuestra tradición jurídica<sup>(8)</sup>.

#### 3.1. Sistema de inmutabilidad absoluta

De los ordenamientos que han influenciado en nuestra legislación, el Código Civil francés de 1804 es el que recoge de manera más emblemática este sistema<sup>(9)</sup>. Influenciado por el espíritu liberal de la revolución, en la redacción original de su artículo 1152 el *Code* establecía que no podía compelerse al incumplidor a pagar una suma mayor ni menor que la fijada en la cláusula penal.

Los fundamentos que amparan este principio son enunciados a continuación<sup>(10)</sup>:

a) Evitar en el futuro toda discusión sobre la existencia de los daños y su monto.

b) El respeto de la voluntad de las partes libremente expresada en el momento de pactar la

Tomo I. Madrid: Tecnos, 1993. p. 572; SANZ VIOLA, Ana María. *La Cláusula Penal en el Código Civil*. Barcelona: José María Bosch Editor, 1994. p. 24. Estos dos últimos autores consideran que la cláusula penal es una “garantía” vinculada a la función compulsiva que contribuye a fortalecer el vínculo obligacional.

(7) Cabe precisar que es materia pacífica, tanto en la doctrina como en la legislación nacional y comparada, la posibilidad de reducir la penalidad en los supuestos de cumplimiento parcial o irregular de la prestación, adoptándose como criterio la proporcionalidad entre la utilidad del incumplimiento para el acreedor y la pena fijada. Sin embargo, las discrepancias surgen cuando se pretende modificar el monto de la cláusula penal en los supuestos de inexecución total o definitiva de obligaciones.

(8) Un desarrollo más amplio de estos sistemas, aunque sobre esta misma base, puede ser consultado en: CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. *Op. cit.*; pp. 372-402, y en: REBAZA GONZÁLEZ, Alfonso. *¿Mutabilidad o Inmutabilidad? La Desnaturalización de la Cláusula Penal en el Código Civil*. En: *Revista Jurídica del Perú*. Año LIII. Número 42. Lima: Normas Legales Editora, enero de 2003. pp. 19-40.

(9) En rigor, el origen de este sistema se remonta al derecho romano en que la pena quedaba librada exclusivamente a la libertad de las partes, sin facultar al juez para modificarla, aunque fuese excesiva. La única excepción permitida a este principio se refería a los pactos destinados a encubrir intereses usurarios.

(10) BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. *Teoría General de la Responsabilidad Civil*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1993. p. 198.

penalidad, conforme al principio de libertad contractual.

Estas dos razones determinan que la pena convencional confiera seguridad jurídica y confianza en el cumplimiento de los contratos. De esta manera, no siendo posible modificar el monto de la cláusula penal, el sistema de inmutabilidad absoluta genera previsibilidad y certidumbre respecto de las consecuencias que pudieran derivarse de un eventual incumplimiento.

En adición a lo expuesto, la inmutabilidad absoluta promueve comportamientos éticos y fomenta medidas destinadas al cumplimiento de las obligaciones, pues, de no ser así, la carga económica que representa el pago de la penalidad será, muy probablemente, más severa que una simple indemnización por daños.

Conceptualmente, este sistema conjuga bastante bien las funciones compulsiva, indemnizatoria y de simplificación probatoria de la pena obligacional. Sin embargo, existe un fuerte sector de la doctrina que levanta sus críticas, señalando que la inmutabilidad absoluta de la cláusula penal puede constituir una fuente de abusos e injusticias contra el deudor. Estas críticas se sustentan en que el acreedor, unas veces con la finalidad de proteger sus intereses en el cumplimiento del contrato, y otras haciendo uso abusivo de su posición dominante, tratará de pactar

la penalidad más elevada posible, generalmente abusiva y desproporcionada respecto de los daños que de manera razonable pudieran derivarse de la inejecución del contrato.

### 3.2. Sistema de inmutabilidad relativa

Se pretende solucionar el riesgo de los abusos que podrían cometerse bajo el sistema de inmutabilidad absoluta mediante el sistema de inmutabilidad relativa<sup>(11)</sup>. Bajo este sistema, se admite la modificación de la cláusula penal, pero solo para reducirla cuando esta sea excesiva, mas no para incrementarla. La posibilidad de conceder una indemnización adicional a la prevista como penalidad será posible siempre que se haya pactado el daño ulterior. Este es el sistema adoptado por el Código Civil de 1984.

La norma más representativa que adopta este sistema es el Código Civil alemán de 1900 (BGB), el cual estableció por primera vez la posibilidad de reducir la penalidad en su artículo 343<sup>(12)</sup>. Asimismo, en el artículo 340, inciso 2<sup>(13)</sup>, del citado Código se establece la posibilidad de que el acreedor inicie las acciones destinadas a indemnizar los daños mayores, estando facultado para exigir la pena como cantidad mínima del daño.

En sus comentarios a estos dispositivos, Enneccerus<sup>(14)</sup> señala que el Código alemán “ha dispuesto que la pena convencional

(11) La opción de trasladarse de un sistema de inmutabilidad absoluta a un sistema de inmutabilidad relativa habría sido acogida por el Código Civil brasileiro. En efecto, mediante Ley 10.406 del 10 de enero de 2002, el Congreso de la República de Brasil promulgó un nuevo Código Civil, con una *vacatio legis* de un año a partir de la fecha consignada. Este nuevo Código regula la posibilidad de modificar el monto de la cláusula penal en sus artículos 412, 413 y 416. La primera de estas normas mantiene el precepto del Código anterior en el sentido de que el valor de la cláusula penal no podrá exceder el monto de la obligación principal. Sin embargo, en el siguiente artículo se establece que la penalidad deberá ser reducida por el juez cuando fuese manifiestamente excesiva, atendiendo a la naturaleza y finalidad del contrato.

Asimismo, el artículo 416 dispone que, aun cuando el perjuicio exceda lo previsto en la cláusula penal, el acreedor no podrá exigir indemnización suplementaria, a menos que así se hubiese pactado. De ser así, el acreedor estará obligado a probar el perjuicio excedente.

Estas disposiciones determinan que el nuevo Código brasileiro haya abandonado el sistema de inmutabilidad absoluta de su predecesor, el Código de 1916, para acogerse al sistema de inmutabilidad relativa. En efecto, si bien el monto de la penalidad se mantiene limitado por el valor de la obligación principal, ahora el juez brasileiro está facultado para reducirlo equitativamente. No obstante, la penalidad no podrá ser incrementada, a menos que se hubiere pactado el daño ulterior.

(12) Código Civil Alemán

“Artículo 343: 1. Si la pena debida es desproporcionalmente alta, puede reducirse a una cantidad razonable mediante sentencia judicial a petición del deudor. En la determinación de lo razonable se tendrá en cuenta todo interés legítimo del acreedor, no solo el interés patrimonial. Tras el pago de la sanción queda excluida la pretensión de reducción. 2. Lo mismo se aplica, aparte de los casos contemplados en los §§ 339 y 342, si alguien promete una pena en caso de que realice u omita un hecho”. Fuente: ENCINAS, Emilio. *Obligaciones Contractuales*. Madrid: Marcial Pons, 1998. p. 137.

(13) Código Civil Alemán

“Artículo 340: (...) 2. Si el acreedor tiene una pretensión de indemnización por el incumplimiento, puede exigir la pena como la cantidad mínima del daño. La pretensión por daños mayores no queda excluida”.

(14) ENNECCERUS, Ludwig y otros. *Op. cit.*; pp. 189 y 190.

desproporcionadamente elevada, ya vencida, pero aún no pagada, puede ser reducida a un importe prudencial a solicitud del deudor". Añadiendo que, "si, 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".

De acuerdo a los propulsores de este sistema, el acreedor ya no tiene incentivos para, abusando de su posición dominante, imponer al deudor penalidades desproporcionadas, puesto que estas podrán ser reducidas por el juez de manera discrecional. Al respecto, comentando el Código Civil italiano de 1942, Scognamiglio<sup>(15)</sup> refiere que, "en previsión de posibles abusos, el artículo 1384 del Código Civil faculta al juez para disminuir equitativamente el monto de la pena si la obligación fue ejecutada parcialmente o si se lo puede considerar excesivo en consideración del interés del acreedor en el cumplimiento".

Sin embargo, el avance que representaría el sistema de inmutabilidad relativa frente al sistema de inmutabilidad absoluta es solo aparente, habida cuenta que en su afán de proteger al deudor en supuesta posición de desventaja termina por desnaturalizar las funciones de la pena obligacional.

En efecto, el deudor, consciente de la posibilidad de acudir a los tribunales para solicitar la reducción de la pena, dejará de sentirse estimulado al cumplimiento de su prestación por la cláusula penal. Como se puede advertir, la posibilidad de solicitar la reducción de la pena le resta el elemento compulsivo que le es inherente. Ello determina que el acreedor ya no podrá contar con la cláusula penal como un mecanismo de incentivar al deudor al cumplimiento de la prestación a su cargo.

Asimismo, la solicitud de reducción de la pena inducirá a las partes a entrar a la probanza de los daños (el deudor, para sustentar que son menores a la pena y que esta debe reducirse y, por su parte,

el acreedor para tratar de demostrar que los daños guardan relación de equivalencia con la pena pactada y que, por tanto, no debe ser modificada). Tal escenario es, precisamente, lo que las partes quisieron evitar mediante el pacto de una penalidad. ¿Cuál sería entonces el objeto de haber pactado una cláusula penal?

Adicionalmente, este sistema resulta incoherente al no admitir el aumento de la pena si no se ha pactado el daño ulterior, pues si bien se encuentra inspirado en el principio de equidad que promueve la reducción de la pena cuando es excesiva, resulta sumamente inequitativo otorgar esta protección solamente al deudor, dejando desprotegido al acreedor en los supuestos en que, abusando de su posición dominante en las negociaciones (si es que realmente existe tal), el deudor pacte penalidades irrisorias a efectos de limitar su responsabilidad.

Estas consideraciones no se ven enervadas por la posibilidad de indemnizar los daños que excedan la penalidad mediante el pacto del daño ulterior, pues no debemos perder de vista que el deudor, aprovechándose de su eventual posición dominante, difícilmente admitirá un pacto de este tipo. Ello es todavía más complejo en los contratos celebrados por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación.

### 3.3. Sistema de mutabilidad absoluta

Bajo este sistema se admite la posibilidad de reducir la pena cuando fuese desproporcionada y, asimismo, de incrementarla para los casos en que fuese diminuta respecto del monto de los daños<sup>(16)</sup>.

El principal exponente de estos criterios es el Código Civil francés de 1804, el cual en su artículo 1152 y sus modificatorias mediante Ley 75-597 del 9 de julio de 1975 y Ley 85-1097 del 11 de octubre de 1985<sup>(17)</sup>, otorga al juez la facultad de modificar o aumentar, inclusive de oficio, la pena que haya sido convenida, si esta fuera manifiestamente excesiva o diminuta.

(15) SCOGNAMIGLIO, Renato. *Teoría General del Contrato*. Traducido por: HINESTROSA, Fernando. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996. p. 152.

(16) En la doctrina nacional se pronuncia a favor de este sistema el profesor Carlos Cárdenas en: CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. *Op. cit.*; p. 402.

(17) Código Civil Francés

"Artículo 1152. Cuando la convención establezca que el deudor que faltara a la ejecución de la obligación a su cargo pagará cierto monto a título de daños y perjuicios, el incumplidor no podrá ser compelido a pagar una suma mayor ni menor. Sin embargo, el juez puede, inclusive de oficio, moderar o aumentar la pena que haya sido convenida si esta fuese manifiestamente excesiva o diminuta. Toda estipulación en contrario se entenderá no colocada" (traducción libre).

Este sistema pretende remediar la incoherencia que suscita la inmutabilidad relativa, el cual concede la facultad de reducir el monto de la penalidad, pero no admite la posibilidad de aumentarla. Bajo este razonamiento, la fórmula de la mutabilidad absoluta resulta lógica, pues si lo que se pretende rescatar con la reducción de la pena es el principio de equidad entre acreedor y deudor, el buen sentido nos indica que este trato debe darse en ambos sentidos y, en consecuencia, corresponde otorgar a acreedor y deudor la posibilidad de modificar el monto de la penalidad, ya sea para aumentarla o para reducirla.

Pese a lo indicado, este sistema no resuelve el problema de la desnaturalización de la cláusula penal que conlleva la posibilidad de modificar su monto. En efecto, el deudor dejará de sentirse incentivado al cumplimiento y, adicionalmente, la probanza de los daños será inevitable. Las funciones compulsiva y de simplificación probatoria inherentes a la penalidad pierden aplicación práctica.

#### **4. La regulación en el ordenamiento civil peruano y los criterios aplicados para la reducción de la pena<sup>(18)</sup>**

##### **4.1. Evolución y antecedentes legislativos**

Conforme hemos adelantado, el Código Civil de 1984 se acoge al sistema de inmutabilidad relativa, esto es, que la cláusula penal puede ser reducida a solicitud del deudor, pero no incrementada. Se admite, además, el pacto del daño ulterior.

Sin embargo, cabe mencionar que la regulación de la modificación de la cláusula penal en el Perú ha evolucionado pasando desde un sistema de inmutabilidad absoluta hasta llegar a un sistema de inmutabilidad relativa como el vigente.

Influenciado por la tradición del Código Napoleón, el Código Civil de 1852 establecía lo siguiente: “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”.

El principio que emana de esta norma es meridianamente claro: la penalidad era inmutable.

El artículo citado mereció el estudio de la Comisión Reformadora del Código Civil de 1852. El

7 de marzo de 1936, dicha comisión presentó el Proyecto de Código Civil al Poder Ejecutivo, donde se consignaba las siguientes normas:

“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”.

El doctor Manuel Augusto Olaechea<sup>(19)</sup>, fundamentando la tesis adoptada por este Proyecto, señaló que “esta fórmula intermedia pone a salvo la función primaria de la cláusula penal cuyo doble fin jurídico es impedir la arbitrariedad judicial y suprimir las dificultades procesales de carácter probatorio sobre la estimación de los daños y perjuicios. Al propio tiempo, esta fórmula reprime el abuso, eliminando el riesgo frecuente de que las estipulaciones contractuales puedan ser en algún caso fuente de enriquecimiento injusto para alguna de las partes”.

No obstante la lógica de sus argumentos, esta propuesta fue revirada por la Comisión Revisora del Proyecto de Código Civil, dando origen al siguiente artículo del Código Civil de 1936.

“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”.

Siempre manteniéndose acorde con la tendencia internacional<sup>(20)</sup>, con esta norma el Código Civil de 1936 abandona el sistema de inmutabilidad absoluta del Código de 1852, para acogerse a un sistema de inmutabilidad relativa que permite la reducción, pero no el aumento de la penalidad.

Esta fórmula ha sido recogida por el Código Civil vigente, el cual, siguiendo la tradición legislativa y la corriente doctrinaria imperante en el medio, establece lo siguiente:

“Artículo 1346: El juez, a solicitud del deudor, puede reducir equitativamente la pena cuando sea manifiestamente excesiva o cuando la obligación

(18) Esta sección se basa en parte en trabajos anteriores de los autores: OSTERLING PARODI, Felipe. *Op. cit.*; REBAZA GONZÁLEZ, Alfonso. *Op. cit.*

(19) Actas de la Comisión Reformadora del Código Civil. Quinto fascículo. pp. 173 y siguientes.

(20) Cabe recordar para este entonces ya se encontraba vigente el Código Civil alemán de 1900, que como indicamos es el precursor del sistema de inmutabilidad relativa.

principal hubiese sido en parte o irregularmente cumplida”.

No obstante la regla consignada en nuestro Código Civil, el Proyecto presentado por la Comisión Encargada del Estudio y Revisión del Código Civil de 1936 establecía en su artículo 1364 un sistema semejante al presentado por la Comisión Reformadora del Código de 1852, conforme se transcribe a continuación:

“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 no puede ser superior a la cuarta parte del valor de la prestación.

En las obligaciones de pagar sumas de dinero, el monto de la cláusula penal no puede exceder al monto de interés convencional máximo fijado por el Banco Central de Reserva del Perú.

Es nulo el exceso pactado sobre los límites señalados en este artículo”<sup>(21)</sup>.

La Comisión Revisora desestimó la propuesta del Proyecto presentado por la Comisión Reformadora bajo el argumento de que la fórmula adoptada por el Código Civil de 1936 había venido operando adecuadamente. No obstante, cabe indicar que la Comisión Revisora aceptó que la reducción de la pena no operará de oficio como en el Código anterior, sino solamente a solicitud del deudor, dando origen a las normas actualmente vigentes.

Tal es el decurso que ha seguido la regulación de la cláusula penal en nuestro ordenamiento. Las críticas desarrolladas respecto del sistema de inmutabilidad relativa son perfectamente asimilables al sistema peruano; sin embargo, existen aspectos propios de nuestra legislación que determinan que la “desfuncionalización” de la pena obligacional sea aún mayor.

#### 4.2. Criterios para la reducción de la pena

El artículo 1346 del Código Civil hace referencia a una reducción equitativa de la pena, siempre que el juez verifique que esta es “manifiestamente excesiva”. La pregunta que nos formulamos es si el carácter manifiestamente excesivo de la pena puede

ser determinado por el juez de acuerdo a una apreciación subjetiva o si, por el contrario, este requisito deberá ser necesariamente configurado de manera objetiva, esto es, a través de las pruebas que logre aportar el deudor que solicite la reducción de la pena.

##### 4.2.1. La preponderancia del criterio subjetivo

La referencia a la reducción equitativa de la pena “manifiestamente excesiva” denota la necesaria apreciación subjetiva del juez, pues no solamente se exige que la pena sea excesiva, esto es, que supere con creces el monto de los daños efectivamente irrogados, sino, además, que esta desproporción sea “manifiesta”, es decir, abiertamente abusiva. Bajo esta perspectiva, la verificación de que el supuesto de la norma se ha cumplido no le correspondería al deudor que solicita la reducción de la penalidad, sino al juez. Asimismo, el carácter abusivo de la penalidad tampoco es susceptible de verificarse en el terreno probatorio, pues no es mediante criterios objetivos, sino subjetivos, que se tendrá que evaluar la intención de aprovechamiento del acreedor al momento de pactar la pena.

A la luz de estas consideraciones, parece que la probanza de los daños que corre por cuenta de las partes del contrato solo podrá tener lugar una vez que el órgano jurisdiccional haya determinado que nos encontramos ante una cláusula penal que al ser “manifiestamente excesiva”, encaja dentro del supuesto de hecho de la norma y, por ende, es susceptible de ser reducida.

Frente a estos argumentos, siempre podrá objetarse que la determinación de una cláusula penal “manifiestamente excesiva” solo podrá hacerse una vez efectuada la probanza de los daños, pues solo de este modo se podrá comprobar su desproporción con el monto de la pena, esto es, mediante criterios objetivos y no subjetivos. Sin embargo, ello no excluye la necesidad de efectuar una apreciación subjetiva, pues el hecho de que el monto de la penalidad supere a los daños efectivamente irrogados, aun cuando permite comprobar la desproporción, no necesariamente significa que la pena sea “excesiva” y mucho menos

(21) Felipe Osterling, autor de esta propuesta, ha señalado que “esta fórmula permite al acreedor usar la cláusula penal, con todas sus ventajas, cuando considera que los perjuicios que sufrirá por su incumplimiento no sobrepasarán el valor del límite señalado por la ley. En caso contrario, tiene el derecho de convenir el resarcimiento del daño ulterior, pero sin el riesgo de que se modifique la cláusula penal. Tal daño ulterior deberá, desde luego, ser probado”. En: OSTERLING PARODI, Felipe. *Las Obligaciones*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999. p. 228.

“manifiestamente excesiva”. En este sentido, la apreciación subjetiva del juez parece imprescindible.

Dicho criterio subjetivo del juez podría ser llevado a extremos en el supuesto de que el deudor solicitara la reducción de la penalidad que, de acuerdo al sentido común, es sin lugar a dudas “manifiestamente excesiva”, pero que, sin embargo, omitiera aportar pruebas conducentes a demostrar la inferioridad del monto del daño. En este supuesto, parece sensato declarar infundado el pedido del deudor por falta de pruebas. Sin embargo, la regla adoptada por nuestro Código nos indica que el juez deberá emplear su leal saber y entender a efectos de reducir prudencialmente y de manera equitativa el monto de la pena pactada, independientemente de las pruebas que se aporten.

#### 4.2.2. Alguna jurisprudencia

En los siguientes fallos jurisprudenciales se puede advertir que, lejos de abocarse al análisis de los medios probatorios presentados por los litigantes, el órgano jurisdiccional peruano resuelve con criterio de conciencia, de acuerdo a lo que a su leal saber y entender constituye una pena “manifiestamente excesiva”.

a) La Corte Suprema ha considerado que la reducción de la penalidad procede “con el único fin de fomentar el contenido ético de las relaciones contractuales. Referido a los pactos usurarios a que puede estar sometido el deudor al momento de la celebración del contrato”<sup>(22)</sup>.

b) En el considerando sexto de esta misma resolución la Corte Suprema señaló que, en el caso materia de casación, la reducción de la penalidad obedecía “a una apreciación subjetiva del Magistrado”<sup>(23)</sup>.

c) De otro lado, mediante sentencia de fecha 20 de mayo de 1998, la Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento de la Corte Superior de Justicia resolvió reducir equitativamente la penalidad atendiendo, sin más, a que “el pago de US\$ 50.00 por día, en caso de incumplimiento desde la entrega de la propiedad, es excesivo”.

d) En un contrato de arrendamiento cuya merced conductiva ascendía a US\$ 480.00 mensuales, se había pactado una penalidad

ascendente al 15% de dicho monto por cada día de atraso en que el arrendatario no cumpliera con la desocupación del inmueble a la finalización del contrato.

Un vez presentada la demora en la entrega del bien e iniciado el proceso de cobro de la penalidad, mediante sentencia expedida por la Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento de la Corte Superior de Justicia el 1 de octubre de 1999 se resolvió reducir el monto de la cláusula penal “en aplicación del artículo II del Título Preliminar del Código Civil”. La norma invocada por el órgano jurisdiccional está orientada a proscribir el abuso del derecho, supuesto que, a criterio de la Sala, se habría verificado al haberse estipulado la penalidad que el demandante reclamaba.

e) Finalmente, la Corte Suprema decidió reducir el monto de la penalidad en atención a que el incumplimiento del deudor generaba, además del pago de la penalidad, la obligación de pago de intereses, los cuáles constituían el medio más idóneo para indemnizar la falta de pago de una suma de dinero en el plazo concertado<sup>(24)</sup>.

Como se puede advertir, las resoluciones citadas no reducen el monto de la penalidad en atención a la evaluación objetiva de las pruebas que hubieran sido aportadas por las partes. El criterio subjetivo de reducción de la pena prevalece en nuestra judicatura. Hasta donde han alcanzado nuestras pesquisas, no hemos ubicado un fallo en que el Poder Judicial reduzca el monto de la penalidad en atención a las pruebas aportadas.

La constatación de la prevalencia del criterio subjetivo para la reducción de penalidades acentúa la crisis que presentan las funciones de la cláusula penal en nuestro Código. Es claro que la discrecionalidad que se otorga al juez para reducir una cláusula penal de acuerdo a su entendimiento resta previsibilidad a la actuación del Poder Judicial sobre la reducción de las penalidades. En efecto, si no es a través de las pruebas que se reduce la pena (con la desnaturalización que de por sí ya implica la posibilidad de modificación), la penalidad se convierte en un pacto cargado de aleatoriedad, habida cuenta que si nos avenimos a la subjetividad del juez, el monto que finalmente recibirá el acreedor

(22) Sentencia Casatoria 1753-97, del 24 de setiembre de 1998.

(23) Este criterio se aplicó nuevamente mediante sentencia del 31 de julio de 2001, expedida por la Corte Superior de Justicia de Lima, expediente 6653-2000.

(24) Sentencia Casatoria 3192-98 expedida por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia del 1 de junio de 1999.

como indemnización (limitativa) por los daños derivados del incumplimiento podrá ser, prácticamente, cualquiera<sup>(25)</sup>.

La inseguridad que se genera en este punto es desalentadora, habida cuenta que el acreedor, antes de pactar una cláusula penal, no solamente deberá tener en cuenta que esta puede ser reducida, sino que el porcentaje de reducción es absolutamente impredecible, pues se encuentra sujeto a las características personales y a la idiosincracia del juez que conozca la causa.

Por estas consideraciones estimamos que sería saludable que nuestra judicatura recoja el precedente establecido por la Corte de Casación francesa en el sentido de que "la pena no puede ser moderada a menos que se demuestre que su monto es manifiestamente excesivo o diminuto"<sup>(26)</sup>. En el ordenamiento francés, los jueces "deben precisar en qué se basan para ordenar el incremento o la disminución de la pena"<sup>(27)</sup>.

El criterio objetivo para la reducción de la pena adoptado por la jurisprudencia francesa permite conjurar la incertidumbre que genera el criterio discrecional del artículo 1346. De este modo, si bien el acreedor todavía tiene que soportar la reducción de la pena, esta reducción será más "equitativa", habida cuenta que, cuando menos, el deudor habrá acreditado que los daños son efectivamente menores a la pena.

## 5. Desnaturalización de la función simplificadora. Necesidad de probar los daños

En adición a lo expuesto, la función de simplificación probatoria de la cláusula penal se encuentra seriamente cuestionada en nuestro ordenamiento. En efecto, la falta de sistemática de sus normas, aunada al sistema de mutabilidad relativa adoptado por el Código para la modificación

del monto de la penalidad, determinan que se presenten ejemplos cada vez más frecuentes en que los beneficios de la institución bajo análisis resulten peligrosamente diluidos.

Los supuestos en que opera la desnaturalización de esta función son los siguientes.

### 5.1. Posibilidad de reducción

El artículo 1346 del Código Civil otorga al deudor la facultad de solicitar al juez la reducción de la penalidad manifiestamente excesiva. Este temperamento determina que para demostrar que la penalidad es excesiva y que, por ende, la reducción de su monto es procedente, el deudor -sin perjuicio del criterio subjetivo del juez- deberá probar que los daños y perjuicios derivados del incumplimiento se encuentran por debajo del monto pactado como pena. Sin embargo, adviértase que en este momento se incurre -justamente- en aquello que se quiso evitar mediante el pacto de la penalidad, esto es, la discusión sobre el monto de los daños derivados de la inejecución.

Cabe señalar que este problema no es solucionado atribuyendo a quien solicite la reducción de la pena la carga de probar que los daños infringidos en verdad son menores. En efecto, en los supuestos en que se solicite la reducción del monto de la pena, el deudor tendrá la carga de probar que los daños derivados de la inejecución son menores a la suma pactada. Sin embargo, un acreedor diligente, consciente de la posibilidad de que se reduzca el monto de la penalidad, buscará demostrar que los daños sufridos coinciden con la suma fijada como penalidad para evitar que sea reducida.

Como se puede advertir, la necesidad de probanza de los daños es inevitable para ambas partes. La desnaturalización de la cláusula penal es manifiesta.

(25) En este punto resultan ilustrativas las afirmaciones de Bullard en el sentido de que la equidad como criterio de valuación de daños, no se agota en el caso concreto, sino que "implica ver los efectos que el caso tiene, en otros distintos a las partes y evaluar qué pasaría si el caso se repitiera *ad infinitum*. Al hacerlo se evita que en la búsqueda de la justicia se cometan nuevas y quizás más profundas injusticias. Una concepción micro de la justicia nos conduce a perder una concepción macro de la justicia. La justicia es un medio de buscar el bienestar general. Las concepciones micro de la justicia nos conducen a un bienestar aislado, desvinculado del bienestar de todos". BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. *Viendo más allá del expediente. Los efectos de los fallos judiciales a partir del Análisis Económico del Derecho*. En: *Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales*. Lima: Palestra Editores, 2003. pp. 55 y 56.

(26) Uno de los primeros precedentes en este sentido es la *Décision du Lundi 21 Juillet 1980*. Publicado en: *Gazette du Palais*. Número 91. 1 de abril de 1981.

(27) Al respecto, se cita como referente la *Décision du Mercredi 14 Janvier 1987*.

## 5.2. El pacto del daño ulterior

En adición a lo expuesto, la función de simplificación probatoria sufre una segunda fractura en el supuesto que el acreedor demande el pago del daño ulterior pactado.

Lo que ocurre es que cuando se reclama el pago del daño ulterior, el acreedor no solo deberá probar los daños sufridos por encima de la penalidad, sino que, adicionalmente, deberá acreditar el íntegro de los agravios derivados de la inejecución, inclusive aquellos cubiertos por la penalidad. En efecto, solo una vez demostrado que la entidad del agravio derivado del incumplimiento es superior a la penalidad, será posible detraer el valor de esta última; el remanente será lo que el deudor tendrá que pagar por concepto de daño ulterior. Adviértase que de este modo se incurre una vez más en aquello que las partes quisieron evitar mediante el pacto de una penalidad, esto es, la probanza del daño.

En efecto, aun cuando el artículo 1343 del Código dispone que para exigir la pena obligacional el acreedor no tiene que acreditar los daños sufridos, para reclamar el resarcimiento del daño ulterior el acreedor deberá demostrar que el agravio es superior a la pena, a cuyo efecto será indispensable probar el íntegro del daño sufrido, lo cual inevitablemente incluye la probanza de aquellos daños indemnizados mediante la cláusula penal.

Queda claro que la función de simplificación probatoria a que se refiere la norma bajo análisis se verifica siempre que el deudor no solicite la reducción de la penalidad o que el acreedor no reclame el pago del daño ulterior. En caso contrario, la discusión sobre el monto de los daños -y la consecuente desnaturalización de la referida función- será irremediable.

## 6. A modo de conclusión

La posibilidad de permitir o no la modificación del monto de la pena obligacional, se ha presentado siempre al legislador como un problema de opción.

Hemos desarrollado en el presente trabajo argumentos que podrían persuadirnos de la conveniencia de acoger un sistema de inmutabilidad absoluta. Kemelmajer ha anotado para justificar esta

opción que “al debilitar la fuerza de la pena, indirectamente se crean dificultades para el deudor, porque el acreedor, al verse privado de la garantía que representa la cláusula penal, será más exigente en otros puntos del convenio”<sup>(28)</sup>.

En este sentido, resultaría ingenuo pensar que la posibilidad de reducir la cláusula penal brinda una protección completa al deudor frente a los abusos que pudiera cometer el acreedor mediante la estipulación de pactos draconianos. Por el contrario, la inseguridad que representa para el acreedor tener que desenvolverse en un sistema legislativo en que las penalidades no cumplen las funciones compulsivas e indemnizatorias que le son inherentes, le genera la necesidad de proteger sus intereses valiéndose del empleo de otros mecanismos. Así, la desnaturalización de la cláusula penal genera el aumento de costos de transacción y el encarecimiento del crédito.

En efecto, el acreedor, consciente de que la cláusula penal que eventualmente se imponga al deudor no tiene mayor efecto en el cumplimiento de la obligación principal, optará por la constitución de mecanismos de garantía aun más severos, cláusulas leoninas en el contrato e, inclusive, ante la imposibilidad de idear un mecanismo que garantice su acreencia de manera adecuada y sin generar sobrecostos, el acreedor podría optar por no contratar con sus potenciales deudores.

De este modo, lo que parecería ser una buena intención por parte del legislador para proteger al deudor en desventaja en la contratación, termina repercutiendo en perjuicio del propio deudor, pues será este quien tenga que asumir los pasivos del ambiente de inseguridad jurídica y falta de confianza en el cumplimiento de los contratos que el sistema de inmutabilidad relativa de la cláusula penal contribuye a configurar en nuestro país.

No obstante, la modificación del monto de la pena no deja de presentarse como una alternativa válida<sup>(29)</sup>. Sin embargo, consideramos que si finalmente se opta por esta vía en desmedro de las consideraciones planteadas, deben tenerse en cuenta algunos aspectos a fin de evitar incoherencias. Así, la facultad que se otorga al deudor de solicitar la reducción de la pena, no puede

(28) KEMELMAJER, Aída. *Op. cit.*; p. 89.

(29) Curiosamente, se trata de la opción predominante en la familia romano-germánica. En efecto, no obstante la pureza conceptual de sistema de inmutabilidad absoluta, prácticamente ningún ordenamiento lo acoge. Prueba de ello es la reciente modificación del Código Civil brasileiro que optó por cambiar de una de las variantes del sistema de inmutabilidad absoluta al sistema de inmutabilidad relativa (véase nota al pie 11).

prescindir de la posibilidad del acreedor de solicitar su incremento cuando la pena fuese diminuta. Solo de este modo el criterio de equidad que inspira la modificación de la pena, al aplicarse para ambos casos, será coherente. La posibilidad de otorgar el daño ulterior como remedio frente a las penas diminutas no resuelve el problema, por cuando este debe ser pactado y, adicionalmente, requiere de probanza con la consecuyente desnaturalización de la función de simplificación probatoria de la pena.

No escapa a nuestra comprensión que aun solucionando el problema del daño ulterior, subsiste la desnaturalización de las funciones de la penalidad. Es el precio que significa optar por ese sistema. Sin embargo, resulta preciso establecer

un criterio objetivo para la reducción de la pena, basado fundamentalmente en la probanza de que los daños son menores o superiores a la pena, según se solicite su reducción o incremento. La subjetividad del juez como criterio prevalente para modificar el monto de la pena hace aun más criticable la opción del Código, por cuanto incrementa la inseguridad jurídica.

Sea cual fuere la opción que adoptemos, parece que no existe solución perfecta. Después de todo, la equidad y la seguridad jurídica son valores frecuentemente enfrentados en nuestro ordenamiento. En la regulación de la pena obligacional, la opción por uno de estos valores significa contravenir al otro. <sup>AE</sup>

# ESTUDIO NAVARRO ABOGADOS

Av. Del Parque 195

Lima 27-Perú

Teléfonos: 4429714 / 4408330

Fax:4426013 / 4409009

[www.navarro.com.pe](http://www.navarro.com.pe)