

# LA CLÁUSULA PENAL

## THE REQUIREMENT FOR LIQUIDATED DAMAGES

Juan Espinoza Espinoza\*  
Pontificia Universidad Católica del Perú  
y Universidad Nacional Mayor de San Marcos

---

*The requirement for liquidated damages a convention, accessory to the principal obligation, which guarantees the accomplishment of the first one. The penalty clause has received a different treatment in various legal systems; such are the French, Italian, German and Peruvian cases.*

*In this article, the author explains the functions of the requirement for liquidated damages and its differences with similar figures. In addition he explains the relation between the requirement for liquidated damages and pre-contractual responsibility, as well as its role in the scheme of contractual responsibility.*

**KEY WORDS:** Requirement for liquidated damages; obligation; non-fulfillment; delay; contractual responsibility.

*La cláusula penal es aquel negocio jurídico, accesorio a la obligación principal, por medio del cual se garantiza el cumplimiento de dicha obligación. Este mecanismo de garantía del cumplimiento ha recibido un trato legislativo distinto en diversos ordenamientos, como el francés, italiano, alemán y peruano.*

*En el presente artículo, el autor establece cuáles son las funciones de la cláusula penal y sus diferencias con figuras afines. Asimismo, explica la relación entre esta y la responsabilidad precontractual; así como su papel dentro del esquema de la responsabilidad contractual.*

**PALABRAS CLAVE:** Cláusula penal; obligación; incumplimiento; mora; responsabilidad contractual.

\* Abogado. Doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Profesor de Derecho Civil en las Facultades de Derecho de la PUCP y la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Ex Vice-presidente de la Comisión de Protección al Consumidor del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. Ex Presidente del Tribunal de Solución de Controversias del Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público. Ex Superintendente Nacional de los Registros Públicos. Ex Presidente del Consejo de Supervigilancia de Fundaciones. Contacto: jaespino@pucp.edu.pe

*“El problema parece destinado a un inextricable quiasma (cruce de palabras): La cláusula penal no resarce para sancionar; pero sanciona para resarcir y, viceversa, no sanciona para resarcir; pero resarce para sancionar”<sup>1</sup>.*

## I. DEFINICIÓN

La cláusula penal es definida como “un negocio jurídico, o una convención o estipulación accesoria, por la cual una persona, a fin de reforzar el cumplimiento de la obligación, se compromete a satisfacer cierta prestación indemnizatoria si no cumple lo debido o lo hace tardía o irregularmente”<sup>2</sup>.

## II. ENCUADRAMIENTO SISTEMÁTICO Y BREVE ANÁLISIS COMPARATIVO

El Código Civil peruano regula la **cláusula penal compensatoria**:

Artículo 1341.- Cláusula penal compensatoria “El pacto por el que se acuerda que, en caso de incumplimiento, uno de los contratantes queda obligado al pago de una penalidad, tiene el efecto de limitar el resarcimiento a esta prestación y a que se devuelva la contraprestación, si la hubiere; salvo que se haya estipulado la indemnización del daño ulterior. En este último caso, el deudor deberá pagar el íntegro de la penalidad, pero ésta se computa como parte de los daños y perjuicios si fueran mayores”.

Se observa que “la limitación del resarcimiento es un efecto natural de la cláusula penal, que es derogable por una diversa voluntad de las partes, que se manifiesta expresamente en la cláusula de resarcibilidad del daño ulterior”<sup>3</sup>.

El artículo 1343 del Código Civil establece que:

Artículo 1343.- Exigibilidad de pena “Para exigir la pena no es necesario que el acreedor pruebe los daños y perjuicios su-

fridos. Sin embargo, ella sólo puede exigirse cuando el incumplimiento obedece a causa imputable al deudor, salvo pacto en contrario”.

De este mandato se interpreta que no se requiere de la prueba del daño, “aún cuando los daños que se produzcan en concreto sean en mayor o menor medida de aquellos cuantificados en la cláusula, o incluso, aunque no se produzca daño alguno”<sup>4</sup>.

El principio de **mutabilidad parcial de la cláusula penal** está recogido en el Código Civil:

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

Se sostiene que “el exceso es sancionado con el encaminar hacia la equidad la prestación pactada por las partes y con una intervención judicial de conservación correctiva del pacto, o, de integración sustitutiva del mismo, que preserva la ‘justa’ utilidad del acuerdo o del intercambio”<sup>5</sup>. En el caso que la obligación se haya cumplido en parte o de manera irregular, la reducción opera en el sentido de reprimir **penalidades usurarias**. Así, el “principio general de represión de la usura no se refiere sólo, en sentido estricto, a los contratos y a los intereses usureros, sino se refiere, en un aspecto general, a los contratos y a las cláusulas que realicen ‘usuras reales’, esto es, una prestación excesiva a cargo del deudor —no importa si ésta se realice mediante un efecto real, o mediante un efecto obligatorio, en un contrato unilateral o un contrato sinalagmático”<sup>6</sup>.

En la **experiencia jurídica francesa**, la cláusula penal se regula en el artículo 1152 en materia de daño contractual, y en los artículos 1226 al 1233 en materia de obligaciones con cláusula penal. El *Code Civil* define a la cláusula penal, en el artículo 1226, como “aquella por la cual

<sup>1</sup> MAZZARESE, Silvio. “Clausola penale Artt. 1382-1384”. En: SCHLESINGER, Piero; BUSNELLI, Francesco Donato (Directores). “Il Codice Civile: Commentario”. Milán: Giuffrè. 1999. p. 184.

<sup>2</sup> KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. “La cláusula penal. Su régimen jurídico en el derecho civil, comercial, laboral, administrativo, tributario, internacional y procesal”. Buenos Aires: Depalma. 1981. p. 17.

<sup>3</sup> MAZZARESE, Silvio. Óp. cit. p. 66.

<sup>4</sup> Ibid. p. 67.

<sup>5</sup> Ibid. pp. 72-73.

<sup>6</sup> Ibid. p. 74.

una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se compromete a algo para el caso de incumplimiento”. El artículo 1227 establece que la nulidad de la obligación principal comportará la de la cláusula penal; pero que la nulidad de ésta no comportará la de la obligación principal. Asimismo, el *Code Civil* norma que:

Artículo 1228.- “El acreedor, en lugar de reclamar la pena estipulada contra el deudor que se hubiera constituido en mora, podrá exigir el cumplimiento de la obligación principal”.

Artículo 1229.- “La cláusula penal es la compensación por daños y perjuicios que el acreedor sufre por el incumplimiento de la obligación principal.

Éste no podrá reclamar al mismo tiempo el principal y la pena, a menos que ésta haya sido estipulada para el caso de simple retraso”.

Artículo 1230.- “Contenga o no contenga la obligación primitiva un término en el que deba ser cumplida, solo se incurrirá en la pena cuando aquel que se hubiera obligado, bien a tomar, o bien a hacer, se constituyera en mora”.

Se hace un tratamiento diferenciado si la obligación principal es divisible o indivisible. De esta forma, según el *Code Civil*:

Artículo 1232.-“Cuando la obligación primitiva contratada con una cláusula penal fuera de una cosa indivisible, se incurrirá en la pena por el incumplimiento de uno solo de los herederos del deudor, y podrá ser reclamada, bien la totalidad contra aquél que efectuó el incumplimiento, o bien contra cada uno de los coherederos con respecto a su parte y porción, e hipotecariamente por la totalidad, sin perjuicio de su recurso contra aquél por causa del cual se incurrió en la pena”.

Artículo 1233.-“Cuando la obligación primitiva contratada bajo pena sea divisible, solo incurrirá en la pena aquél de los herederos del deudor que incumpla esta obligación, y solamente con relación a la parte a la que estuviera obligado en la obligación principal, sin que exista acción contra aquellos que la hubieran cumplido.

Esta regla tiene una excepción para el caso en que la cláusula penal hubiera sido añadida con la intención de que el pago no se pueda efectuar parcialmente, y un coheredero haya impedido el cumplimiento de la obligación en su totalidad. En ese caso, podrá ser exigida contra él la pena entera, y contra los otros coherederos por su porción solamente, sin perjuicio de su recurso”.

Tanto el artículo 1152 como el 1231 son reformados por la Ley 597, del 9 de julio de 1975, de reforma de la disciplina del *Code Civil* en materia de cláusula penal –regulando la posibilidad que el juez aumente la penalidad, cuando esta sea diminuta– y la Ley 1097, del 11 de octubre de 1985, que establece limitadamente la posibilidad de que el juez intervenga de oficio. La reforma del 1975 “ha sido, no en su adopción formal, sino en su inspiración sustancial, una adecuación normativa –casi una interpretación auténtica– de la elaboración histórico-doctrinal y del trabajo aplicativo-judicial que ha caracterizado constantemente la cultura jurídica francesa”<sup>7</sup>.

En efecto, el reformado artículo 1152 establece:

Artículo 1152.- “Cuando el acuerdo disponga que aquél que falte a su cumplimiento pagará una cierta suma a título de indemnización por daños y perjuicios, no podrá ser autorizada a la otra parte una suma ni mayor, ni menor.

No obstante, **el juez podrá, incluso de oficio, moderar o aumentar la indemnización que hubiera sido convenida, si fuera manifiestamente excesiva o irrisoria.** Toda estipulación en contrario se reputará como no escrita” [El énfasis es nuestro].

Asimismo, según el artículo 1231 del *Code Civil*:

Artículo 1231.-“Cuando la obligación hubiera sido cumplida en parte, la pena convenida podrá, incluso de oficio, ser disminuida por el juez en proporción del interés que el cumplimiento parcial hubiera proporcionado al acreedor, sin perjuicio de la aplicación del artículo 1152. Toda estipulación en contrario se reputará como no escrita”.

Las penalidades judiciales o astreintes, similares al *Geldstrafe* y las *Ungehorsamsstrafen* alemanas, son “figuras sancionadoras típicas y

<sup>7</sup> Ibid. p. 103.

excepcionales”<sup>8</sup>. Tienen un carácter pecuniario “de estructura obligatoria, y se configuran por la referencia a un sujeto pasivo que no observa un comportamiento debido en la ejecución de un procedimiento jurisdiccional”<sup>9</sup>. Esta figura también ha sido asimilada en Bélgica, mediante la ley del 31 de enero de 1980.

En el Derecho alemán, el principal cuerpo normativo que regula la *Vertragsstrafe*, es el Código Civil [en adelante BGB], en los artículos 339 al 345.

Artículo 339.-“Si el deudor promete el pago de una suma de dinero como pena en caso de que no cumpla su obligación o de que no la cumpla de la forma adecuada, la pena es realizable si incurre en mora. Si la prestación debida consiste en una omisión, la pena se impone tan pronto como se cometa cualquier acto que contravenga la obligación”.

Artículo 340.-

“1. Si el deudor ha prometido la pena en caso de que no cumpla su obligación, el acreedor puede exigir la pena en vez del cumplimiento. Si el acreedor declara al deudor que le exige la pena, la pretensión de cumplimiento queda excluida.

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

Nota particular es que la penalidad convenida puede consistir en una suma de dinero o en una prestación diversa<sup>10</sup>. Así, el artículo 342 regula que:

Artículo 342.- “Si se promete como pena una prestación distinta al pago de una suma de di-

nero, se aplican las disposiciones de los artículos 339 a 341<sup>11</sup>; la pretensión de indemnización queda excluida si el acreedor exige la pena”.

Se señala que “la normativa de la *Vertragsstrafe* reposa en la distinción entre penalidad por incumplimiento y penalidad por el inexacto cumplimiento, cuyo supuesto más significativo está, sin lugar a dudas –pero no sólo– representado por el retardo, al cual, en cambio, otros códigos, como el italiano (en su artículo 1382), hacen limitada referencia”<sup>12</sup>. A propósito de la “relación entre resarcibilidad y resarcimiento del daño, el BGB deja a salvo el resarcimiento del mayor daño, tanto cuando se trate de incumplimiento, como cuando se trate de inexacto cumplimiento”<sup>13</sup>. La resarcibilidad del mayor daño se excluye cuando la penalidad tenga como objeto una prestación no pecuniaria (artículo 342)<sup>14</sup>.

El artículo 343 del BGB prescribe:

Artículo 343.-

“1. Si la pena debida es desproporcionadamente 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 sólo el interés patrimonial. Tras el pago de la sanción queda excluida la pretensión de reducción.

2. Lo mismo se aplica también, aparte de en los casos contemplados en los artículos 339 y 342, si alguien promete una pena en caso de que realice u omita algún acto”.

Este artículo “permite al juez reducir; pero no también, como en el reciente Derecho francés, aumentar la penalidad estipulada; de otra parte, la falta de previsión del aumento judicial de una penalidad irrisoria o, inferior a

<sup>8</sup> Ibid. p. 94.

<sup>9</sup> Ibidem.

<sup>10</sup> Ibid. p. 111.

<sup>11</sup> Artículo 341.-

“1. Si el deudor ha prometido la pena, en caso de que no se cumpla su obligación de la forma adecuada, especialmente si no la cumple en el tiempo debido, el acreedor puede exigir la pena además del cumplimiento.

2. Si el acreedor tuviese una pretensión de indemnización basándose en el cumplimiento inadecuado, se aplican las disposiciones del artículo 340, inciso 2.

3. Si el acreedor acepta el cumplimiento, puede exigir la pena solo si en el momento de la aceptación se reserva el derecho de hacerlo”.

<sup>12</sup> MAZZARESE, Silvio. Óp. cit. Loc cit.

<sup>13</sup> Ibid. p. 112.

<sup>14</sup> Ibidem.

los daños reales es coherente dentro un sistema jurídico, como el alemán, que prevé en todo caso la resarcibilidad del daño ulterior, a diferencia de otros ordenamientos, como el nuestro –se refiere al italiano; pero se aplica al peruano, concretamente al artículo 1342 del Código Civil–, en los cuales tal ulterior tutela del acreedor presupone un previo y explícito pacto entre las partes (artículo 1382 del Código Civil italiano)”<sup>15</sup>.

En el Common Law, sea en el Derecho inglés como el estadounidense, “se distinguen dos especies de cláusula penal, los ‘*liquidated damages*’ y las ‘*penalties*’, de las cuales los primeros están consentidos; y las segunda, prohibidas”<sup>16</sup>. En efecto, se sostiene que “los contrayentes, en el momento mismo de la formación del contrato, pueden acordar respecto de la determinación de una suma que deberá ser pagada en el caso en el cual una de ellas no cumpla con su obligación”<sup>17</sup>. Como ejemplo se pone al arrendatario de una nave que se compromete a pagar una cantidad al armador por cada día sucesivo al fijado para la entrega, denominada *demurrage clause*<sup>18</sup>.

Los *liquidated damages* son cláusulas de anticipada evaluación del daño consecuente al incumplimiento de la particular obligación considerada. En otras palabras, “la estipulación de una cláusula en tal sentido, importa que el contrayente que sufre el incumplimiento tiene el derecho de solicitar sólo la suma preventivamente establecida para el resarcimiento, siendo irrelevante la consideración de la real entidad del daño”<sup>19</sup>. La *penalty*, “se establece, en garantía del crédito contractual, *in terrorem*, con la finalidad de desincentivar el incumplimiento y consiste, precisamente, en la predisposición de una suma a pagarse por el deudor que ha incumplido, como ‘multa’ por dicho incumplimiento y es de tipo y cualidad ‘*extravagant and unconscionable*’ respecto a lo debido”<sup>20</sup>.

En presencia de una cláusula *liquidated damages*, “cuando se prueba el incumplimiento que hace eficaz la cláusula, el acreedor tiene el derecho de recibir la suma pactada sin deber probar la existencia ni la entidad de los daños ocasionados; pero no puede pretender el resarcimiento del eventual mayor daño”<sup>21</sup>.

La *penalty*, como tal, “es ‘*irrecoverable*’ y la pretensión del acreedor no es ‘*enforceable*’: El promisorio que actúa en fuerza de tal cláusula puede obtener sólo el resarcimiento del daño que, según las reglas ordinarias, demuestre haber efectivamente soportado y no está legitimado a recibir la suma pactada si no ha sufrido realmente un daño de tal entidad”<sup>22</sup>. Frente a ello, el acreedor puede actuar, en vez de *on the penalty clause*, directamente *for breach of contract*<sup>23</sup>.

A nivel de **Derecho comunitario**, se cuenta con la Resolución (78) 3, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 20 de enero de 1978, durante la bicentésima octogésima primera reunión de los Delegados de los Ministros, sobre la uniformización de la disciplina de las cláusulas penales. Sus notas características son<sup>24</sup>:

- a) La definición de la cláusula penal (artículo 1), que pone de relieve tanto la accesoriadad contractual cuanto la prestación pecuniaria. Así, se establece que:

Artículo 1.- “A efectos de la Resolución, se considerará cláusula penal toda cláusula que figure en un contrato en virtud de la cual el deudor, si no ejecuta la obligación principal, deberá pagar una cantidad de dinero como pena o como indemnización”.

- b) La no acumulabilidad con la acción dirigida a obtener el exacto cumplimiento, salvo el supuesto de la penalidad moratoria (artículo 2).

<sup>15</sup> Ibídem.

<sup>16</sup> Ibid. p. 120.

<sup>17</sup> CRISCUOLI, Giovanni. “Il contratto nel diritto inglese” Segunda edición. Padua: CEDAM. 1990. p. 443.

<sup>18</sup> Ibídem.

<sup>19</sup> Ibídem.

<sup>20</sup> Ibid. p. 444.

<sup>21</sup> MAZZARESE, Silvio. Óp. cit. p. 121.

<sup>22</sup> Ibid. p. 124.

<sup>23</sup> Ibídem.

<sup>24</sup> Ibid. p. 98.

- c) La compatibilidad con la acción contractual, en el sentido que la presencia de la penalidad no deba excluir la posibilidad, para el acreedor, de solicitar el cumplimiento. Así:

Artículo 2.- “El acreedor no podrá obtener al mismo tiempo la ejecución de la obligación principal estipulada en el contrato y la cantidad fijada, a no ser que dicha cantidad se hubiera acordado por un retraso en la ejecución. Toda estipulación en contrario será nula”.

- d) El artículo 4 precisa:

Artículo 4.- “No podrá exigirse la cantidad estipulada si el deudor no fuera responsable del incumplimiento de la obligación principal”.

Ahora bien, también han de tenerse en cuenta los **Principios del Derecho Europeo de los Contratos** [en adelante, PDEC]: “[E]stos Principios, por una parte, confirman de manera muy sintética; pero sustancial, lo que estaba contenido en la Resolución de 1978 y; por otra, son tan generales y genéricos que provocarán, previsiblemente, tales y tantas dudas interpretativas, con respecto a las experiencias normativas nacionales, que hacen correr el riesgo de caer en el exacto contrario de una segura uniformización del Derecho europeo de las cláusulas penales”<sup>25</sup>. En efecto, el artículo 9:509 –indemnización pactada para el caso de incumplimiento–, establece que:

Artículo 9:509.-

“1. Si se hubiera dispuesto en el contrato que, en caso de incumplimiento de una parte, ésta deberá pagar una suma determinada de dinero a la parte lesionada por dicho incumplimiento, el perjudicado recibirá dicho importe con independencia del daño efectivamente causado.

2. Sin embargo y aun cuando se haya dispuesto otra cosa, la cantidad pactada podrá reducirse a una cifra más razonable, si su importe resultara manifiestamente excesivo en

proporción al daño provocado por el incumplimiento y a las demás circunstancias”.

Se observa que, aun cuando este artículo regula la indemnización pactada para incumplimiento y no la cláusula penal propiamente dicha, “crea grandes problemas de adecuación al interior de cada país”<sup>26</sup>. Por ejemplo, en la definición de la Resolución de 1978, se limita la cláusula penal al pago de una cantidad de dinero y los PDEC, “un principio de este tipo no es acogido”<sup>27</sup>.

Volviendo al artículo 1341 del Código Civil, surge una pregunta: **¿Sería calificada en nuestro sistema como cláusula penal aquella que, en caso de incumplimiento, obligue al pago de una prestación de hacer o de no hacer?** En mi opinión, del marco normativo delineado por el citado numeral se hace referencia al pago o a la prestación y no se circunscribe a una de naturaleza dineraria; por consiguiente, la respuesta correcta sería la **afirmativa**.

En este sentido, “la falta de previsión normativa de un particular objeto de la prestación penal, especialmente si se vincula a la función típica de la cláusula, requiere de una evaluación de la eventual ilicitud a medir no solo en relación a los usuales criterios de la directa contrariedad a la ley, sino también en referencia a los criterios de individualización del fraude a la ley: [L]a referencia de la prestación penal a específicos contenidos de ‘dar, hacer y no hacer’ y la tipicidad de la función penal requieren una actividad interpretativa dirigida a limitar la posibilidad que las partes obtengan resultados ilícitos o fraudulentos”<sup>28</sup>.

### III. FUNCIONES

En doctrina, se individualizan las siguientes funciones:

- a) **Función resarcitoria.** Por esta función “no se entiende la igualdad formal de la penalidad con la sanción –verdadera y propia o en sentido estricto– del resarcimiento; sino, se entiende la correspondencia sustancial de la misma con

<sup>25</sup> CASTRONOVO, Carlo y Salvatore MAZZAMUTO. “Manuale di Diritto Privato Europeo”. Volumen II. Milán: Giuffrè. 2007. p. 553.

<sup>26</sup> Ibidem.

<sup>27</sup> Ibid. p. 554.

<sup>28</sup> MAZZARESE, Silvio Óp. cit. p.138.

razones crediticias de reintegración patrimonial que quedan confiadas a la autonomía privada –denominada ‘cláusula acuerdo’– justa, y que han sido excluidas de la usual carga probatoria de la cuantificación del daño –denominada ‘independencia de la prueba del daño’<sup>29</sup>.

Se agrega que, “es innegable que la obligación penal se considera, en abstracto, destinada a cumplir –y en concreto pueda realizar– ‘también’ una función correspondiente –o análoga– a la de la obligación resarcitoria, especialmente si se redimensiona, conceptualmente, la correlación del resarcimiento al monto ‘real’ de los daños y si, del mismo resarcimiento, se considera la naturaleza sustancialmente ‘reparadora’<sup>30</sup>. Sin embargo, se critica la falta de coherencia de la posición que entiende que la cláusula penal tiene **exclusivamente** la función resarcitoria, cuando se afirma que “la norma que permite la exigibilidad de la penalidad ‘independientemente de la prueba del daño’, si es leída en clave de resarcimiento, exonera seguramente al acreedor de la prueba, debida de otra forma, sea de la simple ‘existencia’ que del exacto ‘monto’ del daño; pero una igual y coherente clave de lectura no debería de inhibir la prueba contraria al deudor”<sup>31</sup>.

- b) **Función punitiva.** Esta función, también denominada aflictiva, “niega que la cláusula penal tenga función resarcitoria y le atribuye la finalidad inmanente de constituir una verdadera y propia sanción, o decididamente una pena por la inobservancia del comportamiento debido”<sup>32</sup>.
- c) **La función sancionadora.** Esta posición parte de la **tipicidad sancionadora de la obligación penal** y reconoce la pertinencia

en el ordenamiento jurídico italiano –resultando aplicable también al peruano– de una especie calificada de sanción civil y reconoce concretamente en los artículos 1382 al 1384 del Código Civil italiano “el paradigma central de referencia y sus principios de derecho común”<sup>33</sup>. La crítica es el carácter abstracto de esta función que no hace más que identificarse con sí misma<sup>34</sup>.

En efecto, la **tipicidad sancionadora** es calificada “no resarcitoria, no aflictiva, sino la de ‘poner la obligación penal’, ahí donde el problema es justo aquel de establecer en qué consiste la autonomía y la originalidad sancionadora de tal obligación respecto al verdadero y propio resarcimiento, a la aflicción de una pena privada y a los otros remedios civiles de carácter reparador o indemnizatorio”<sup>35</sup>.

- d) **La función dualista.** Se individualiza la naturaleza sancionadora de la obligación penal en la función dualista de “mutua exclusividad y de conjunta exhaustividad de la reducción resarcitoria de los daños y de la mera aflicción de la prestación debida”<sup>36</sup>. En una fórmula sintética: La obligación penal tiene una principal función dualista que tiene un resultado sancionador, o limitadamente resarcitorio o meramente aflictivo, según una **típica combinación binaria** en la cual la ley compone en abstracto y permite en concreto que la función resarcitoria y la aflictiva sean “mutuamente exclusivas y conjuntamente exhaustivas”<sup>37</sup>.

#### IV. LA CLÁUSULA PENAL: ¿AUTÓNOMA O ACCESORIA?

Artículo 1345.- “La nulidad de la cláusula penal no origina la de la obligación principal”.

<sup>29</sup> Ibid. p. 159.

<sup>30</sup> Ibid. p. 160.

<sup>31</sup> Ibid. p. 164.

<sup>32</sup> Ibid. p. 171.

<sup>33</sup> Ibid. p. 179.

<sup>34</sup> Ibídem.

<sup>35</sup> Ibid. p. 181.

<sup>36</sup> Ibídem.

<sup>37</sup> Ibid. p.187.

Un problema que ha planteado la doctrina es el de la autonomía o accesoriedad de la cláusula penal. Dentro de la primera corriente de pensamiento, se sostiene que “si se mira los supuestos más comunes en los cuales la cláusula penal accede a los contratos que implican efectos obligatorios (venta, suministro, obra, transporte), uno advierte que las partes, incluyendo la cláusula, tienen como objetivo la realización de una finalidad práctica: Entienden establecer una sanción por el incumplimiento –o por el retardo en el cumplimiento– de la obligación que nace del contrato. En la previsión legal y en la intención de las partes, la finalidad perseguida con el contrato y con la cláusula penal son diversas y no influyen entre sí; por ello, la autonomía causal y negocial de la cláusula penal no puede ser negada”<sup>38</sup>.

Frente a ello, en posición que comparto, se afirma que “entre obligación principal y penal subsiste una relación necesaria; pero no recíproca: Los cambios con efectos jurídicos que afectan a la obligación principal pueden involucrar también a la obligación accesoria que tiene el título de cláusula penal, configurándola, por ejemplo, en un hecho extintivo; pero no se puede afirmar una correspondiente relación inversa”<sup>39</sup>. Ello no obstaculiza una reconstrucción teórica de esta figura en clave de “cláusula-negocio”<sup>40</sup>.

## V. DIFERENCIA CON FIGURAS AFINES

En doctrina, se distingue la penalidad pura de la penalidad impura. Por pura, “se entiende aquella penalidad que las partes estipulan de manera independiente del resarcimiento, en cuanto, adicionalmente a la penalidad contractual, el acreedor se reserva el derecho de solicitar los eventuales daños, de los cuales, por lo tanto, deberá demostrar la entidad según las reglas ordinarias”<sup>41</sup>. Impura “es la penalidad en la cual la referencia de las partes al resarcimiento de los daños produce, sea el

efecto limitativo del resarcimiento, salvo, si se ha convenido, la resarcibilidad de los daños ulteriores, sea la prohibición del cúmulo con la prestación principal”<sup>42</sup>.

Se cuestiona esta clasificación, porque en el sistema del Código existe la pertinencia de una justa –porque *secundum ius*– **excesividad aflictiva**, que tal no sería –porque *contra ius*– si la aflicción, como en la penalidad pura, se acumula al resarcimiento y no fuese siquiera reducible. En otras palabras, la denominada penalidad pura, al ir contra lo dispuesto por el Código Civil en materia de cláusula penal, vale decir, la posibilidad de reajuste en caso de exceso (artículo 1346), estaría empañada de ilicitud por contravenir una norma de carácter imperativo.

Las cláusulas de resarcimiento, “a diferencia de las penalidades, subordinan su eficacia a la efectiva existencia del daño; pero, análogamente a la cláusula penal, reservan a las partes delimitar la cuantificación de la suma a liquidarse”<sup>43</sup>. Sin embargo, estas cláusulas serían inadmisibles en sistemas como el italiano o el peruano. En este último caso, por contravención al artículo 1328 del Código Civil.

Las arras confirmatorias están reguladas en nuestro Código Civil de la siguiente manera:

Artículo 1477.- “La entrega de arras confirmatorias importa la conclusión del contrato. En caso de cumplimiento, quien recibió las arras las devolverá o las imputará sobre su crédito, según la naturaleza de la prestación”.

Se explica que “la arra confirmatoria consiste en un negocio jurídico bilateral que se perfecciona con la entrega que una parte hace a la otra de una suma de dinero o de una determinada cantidad de cosas fungibles”<sup>44</sup>. La función de la arra es diversa según el desenvolverse de la relación jurídica; si el contrato se cumple, esta funge de anticipo si a darla es el

<sup>38</sup> MAGAZZU, Andrea. “Clausola penale”. En Enciclopedia del Diritto. Volumen VII. Milán: Giuffrè 1960. pp. 189-190.

<sup>39</sup> MAZZARESE, Silvio. Óp. Cit. Ibid. p.206.

<sup>40</sup> Ibid. p.334.

<sup>41</sup> Ibid. p.212.

<sup>42</sup> Ibid. p.213.

<sup>43</sup> Ibid. pp. 217-218.

<sup>44</sup> MARINI, Annibale. Op. cit. p. 2. Además: BAVETTA, Giuseppe. “La caparra”. Milán: Giuffrè. 1963. pp. 28 y siguientes.



contrayente que cumple la prestación; al contrario, si el contrato se incumple, la arra asume función resarcitoria si el contrayente que no incumple declara apartarse del contrato y retener la arra; asume, en cambio, función de garantía, cuando el contrayente que no incumple solicita la ejecución del contrato o solicite su resolución. La arra, en estos casos, puede ser retenida hasta la liquidación de daños que se resuelve según las reglas ordinarias [...]”<sup>45</sup>.

Artículo 1478: “Si la parte que hubiese entregado las arras no cumple la obligación por causa imputable a ella, la otra parte puede dejar sin efecto el contrato conservando las arras. Si quien no cumplió es la parte que las ha recibido, la otra puede dejar sin efecto el contrato y exigir el doble de las arras”.

Se afirma que “sólo en el caso en el cual la arra asuma función resarcitoria puede haber alguna afinidad con la cláusula penal: [E]n efecto, tanto la primera, como la última, implica un anticipado resarcimiento del daño en caso de falta de cumplimiento”<sup>46</sup>.

Artículo 1479.- “Si la parte que no ha incumplido la obligación prefiere demandar la ejecución o la resolución del contrato, la indemnización de daños y perjuicios se regula por las normas generales”.

Se sostiene que la diferencia estriba en que “la arra confirmatoria presupone el efecto real de la transferencia al *accipiens* de la propiedad de la cosa que constituye su objeto, mientras que la cláusula penal pone sólo la obligación de prestar alguna cosa en caso de incumplimiento”<sup>47</sup>.

En la experiencia jurídica italiana, “la jurisprudencia, sea de legitimidad como la de mérito, ha afirmado la distinción entre estas dos instituciones, individualizando en la arra confirmatoria un valor a cuenta sobre la prestación a cumplirse, y en la cláusula penal exclusivamente la anticipada liquidación del daño:

[A] juez de mérito se le requiere verificar si en el caso concreto, la entrega anticipada de una suma de dinero o de otras cosas fungibles, según la intención de las partes, haya sido efectuada a título de arra o de penalidad”<sup>48</sup>. También, “se admite el concurso de cláusula penal y arra, visto que la ley les atribuye una función jurídica diversa y, por tanto, tutelando intereses jurídicos diversos, pueden coexistir en el mismo contrato”<sup>49</sup>.

Las arras de retractación están reguladas en el artículo 1480:

Artículo 1480.- “La entrega de las arras de retractación solo es válida en los contratos preparatorios y concede a las partes el derecho de retractarse de ellos”.

Autorizada doctrina enseña que, a diferencia de la arra confirmatoria, “la penitenciaría –en el Codice, de retractación en el Código Civil –implica el derecho de apartamiento –en el Codice, retracto en el Código Civil– del contrato”<sup>50</sup>. Entonces, el limitado ámbito de las arras de retractación: Contratos preparatorios y derecho al retracto, hace la diferencia con la cláusula penal.

## VI. ¿PUEDE EQUIPARARSE LA CLÁUSULA PENAL MORATORIA A UN INTERÉS MORATORIO?

Artículo 1342.- “Cuando la cláusula penal se estipula para el caso de mora o en seguridad de un pacto determinado, el acreedor tiene derecho para exigir, además de la penalidad, el cumplimiento de la obligación”.

Se debe tener en cuenta que “se considera configurable la cláusula penal que, solitamente pecuniaria, se mida en períodos fijos de retardo, en la cual las partes convienen [...] que por cada día de retraso en el incumplimiento –consistente, por ejemplo, en la entrega de la mercancía, o en la terminación de la obra– el deudor deberá pagar –por regla– una suma

<sup>45</sup> DE LUCCA, Massimiliano. “La clausola penale”. Milán: Giuffrè. 1998. p. 43.

<sup>46</sup> *Ibidem*.

<sup>47</sup> *Ibid.* p. 44.

<sup>48</sup> *Ibid.* p. 45. El autor cita la Casación 367, del 14 de febrero de 1967 y una sentencia de Apelaciones de Nápoles del 22 de abril de 1970.

<sup>49</sup> *Ibid.* p. 46. El autor cita una sentencia de Apelaciones de Nápoles, del 4 de diciembre de 1957.

<sup>50</sup> BIANCA, Massimo. “Diritto Civile, 3: Il Contratto”. Segunda edición. Milán: Giuffrè. 2000. p. 744.

de dinero en un monto fijo o en medida progresiva”<sup>51</sup>.

Particularmente, “el tendencial carácter incoercible de las obligaciones de ‘hacer’ encuentra en la cláusula penal moratoria –pero también en la de incumplimiento o compensatoria– una solución –por así decir ‘de medio’ entre la inevitable conversión en la obligación resarcitoria –gravada con la carga probatoria del acreedor insatisfecho– y la eventual inadmisibilidad de la ejecución en forma específica –perdurando, en diversos casos concretos, el conocido brocardo del ‘*nemo ad factum cogi potest*’ (‘nadie puede ser obligado a actuar’)”<sup>52</sup>. Téngase en cuenta que la cláusula penal moratoria no excluye<sup>53</sup>:

- El resarcimiento del daño ulterior, si está pactado.
- La acción de cumplimiento.
- La demanda de resolución y de resarcimiento por el sucesivo incumplimiento definitivo.

Artículo 1242.- “El interés es compensatorio cuando constituye la contraprestación por el uso del dinero o de cualquier otro bien.

**Es moratorio cuanto tiene por finalidad indemnizar la mora en el pago**” [El énfasis es nuestro].

Los intereses moratorios o punitivos “son aquellos debidos en concepto de indemnización por mora del deudor en el pago de una obligación dineraria, distinguiéndolos de los mal llamados ‘compensatorios’, a los cuales denominamos retributivos o lucrativos, que son aquellos que se pagan por el uso de un capital, con independencia del estado de mora del deudor”<sup>54</sup>. El interés moratorio “tiene por finalidad indemnizar la mora en el pago. En otras palabras, el interés moratorio constitu-

ye la reparación por los daños que el acreedor sufre por la mora del deudor en el pago de una obligación dineraria”<sup>55</sup>.

Se sostiene que “en presencia de incumplimiento no definitivo, ni el deudor, ni el acreedor tienen la facultad de escoger un resarcimiento que sustituya el cumplimiento integral; pero son titulares de la obligación y el derecho relativos a aquel resarcimiento que está destinado a reparar los perjuicios económicos del retardo y que se agrega al deber de cumplir y el derecho de pretender la prestación aún posible”<sup>56</sup>. En este sentido, “la exigibilidad de una penalidad por el ‘simple retardo’ (artículo 1382 del Código Civil italiano) y la resolución del contrato por ‘incumplimiento’ (artículo 1453 del Código Civil italiano) confirman la centralidad de esta regla, la cual es compatible, en el primer caso, con la autónoma relevancia del perjuicio económico del retardo –sancionable con la penalidad– y, en el segundo caso, con la autónoma relevancia de la falta de interés en la prestación tardía –sancionable con la resolución”<sup>57</sup>. Por ello, “(i) retardo; (ii) mora; e (iii) incumplimiento se encuadran en el mismo esquema sancionatorio: [E]l ilícito contractual del deudor y la obligación, alternativa, del resarcimiento o de la penalidad”<sup>58</sup>.

Tanto la cláusula penal cuanto los intereses moratorios tienen las siguientes similitudes: “(i) [L]os dos son accesorios de créditos principales; (ii) tienen origen convencional; (iii) para su exigibilidad no es menester una conducta maliciosa, bastando que sea imputable; (iv) tampoco requieren actividad jurisdiccional, sino que pueden ser aplicados extrajudicialmente; (v) ambos son una estimación anticipada de los daños y perjuicios, sirviendo también como medio de constreñimiento de la voluntad del deudor; y (vi) el daño se presume, resultando inútil que el deudor pretenda

<sup>51</sup> MAZZARESE, Silvio. Óp. cit. p. 386.

<sup>52</sup> Ibid. p. 387.

<sup>53</sup> Ibid. p. 559.

<sup>54</sup> KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. Óp. cit. p. 353.

<sup>55</sup> BARCHI, Luciano. “El daño en las obligaciones dinerarias”. En: ESPINOZA ESPINOZA, Juan. “Responsabilidad Civil. Hacia una unificación de criterios de cuantificación de los daños en materia civil, penal y laboral”. Tomo II. Lima: Editorial Rodhas. 2006. p. 106.

<sup>56</sup> BRECCIA, Umberto. “Le obbligazioni”. Milán: Giuffrè. 1991. p. 585.

<sup>57</sup> MAZZARESE, Silvio. Óp. cit. p. 230.

<sup>58</sup> Ibidem.

acreditar la inexistencia de perjuicios<sup>59</sup>. No obstante la diferencia conceptual de ambas figuras, “en determinadas circunstancias cumplen funciones análogas”<sup>60</sup>.

Este empleo indistinto de ambos conceptos implica que, no obstante se estipule una cláusula penal y ésta contenga en realidad un interés moratorio, el límite que se debe aplicar es el establecido en artículo 1243 del Código Civil:

Artículo 1243.- “La tasa de interés convencional compensatorio o moratorio es fijada por el Banco Central de Reserva del Perú.

Cualquier exceso sobre la tasa máxima da lugar a la devolución o a la imputación del capital a voluntad del deudor.”

En la experiencia jurídica italiana, se observa que, en cuanto a la relación entre retardo y mora, se discute en doctrina si el retardo relevante a los efectos de la penalidad puede ser **simple** o debe ser **calificado**, entendiéndose por retardo calificado aquel precedido por la constitución en mora<sup>61</sup>. En este orden de ideas, “según parte de la doctrina<sup>62</sup>, la penalidad por retardo da vida a una relación jurídica distinta de aquella de la obligación principal; la constitución en mora formulada para esta última, por lo tanto, no afecta la obligación penal que, si deriva de una cláusula estipulada para el retardo, surge directamente al verificarse esto”<sup>63</sup>. En sentido contrario, “la constitución en mora es necesaria, sólo para las prestaciones que se realizan en el domicilio del deudor; para las prestaciones que se realizan en el domicilio del acreedor, el artículo 1219, segundo párrafo, inciso 3 del Código Civil Italiano, establece que la constitución en mora no es necesaria; por otra parte, ha sido observado<sup>64</sup> que en este caso, mora y retardo coinciden sustancialmente”<sup>65</sup>.

Se explica que “(i) el retardo puede coincidir con la mora o con la falta de ejecución; (ii) la mora puede preceder sea al cumplimiento tardío, como al incumplimiento definitivo —el retardo que ya determina el incumplimiento— según el contenido y las modalidades propias de la obligación; (iii) puede impedir un sucesivo cumplimiento, pero un —tal— incumplimiento no extingue ni la obligación del deudor de cumplir, ni el derecho del acreedor de pretender la prestación aún posible”<sup>66</sup>.

El sistema jurídico nacional no acoge el modelo del *Codice*. Autorizadamente se sostiene que, para que haya mora del deudor “deberá existir un retardo en la ejecución de la prestación, en forma contraria a derecho y por una causa que le es imputable”<sup>67</sup>.

El artículo 1333.- “Incorre en mora el obligado desde que el acreedor le exija, judicial o extrajudicialmente, el cumplimiento de su obligación.

No es necesaria la intimación para que la mora exista:

1. Cuando la ley o el pacto lo declaren expresamente.
2. Cuando de la naturaleza y circunstancias de la obligación resultare que la designación del tiempo en que había de entregarse el bien, o practicarse el servicio, hubiese sido motivo determinante para contraerla.
3. Cuando el deudor manifieste por escrito su negativa a cumplir la obligación.
4. Cuando la intimación no fuese posible por causa imputable al deudor”.

A propósito del inciso 2, se afirma que “su fundamento radica en la interpretación de la

<sup>59</sup> KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. Óp. cit. pp. 353-354.

<sup>60</sup> *Ibidem*.

<sup>61</sup> MIGLIASSO, Davide. “La clausola penale”. Milán: Giuffrè. 2007. p. 247.

<sup>62</sup> TRIMARCHI, Vincenzo Michele. “La clausola penale”. Milán: Giuffrè. 1954. p. 99.

<sup>63</sup> *Ibidem*.

<sup>64</sup> MARINI, Annibale. “La clausola penale”. Nápoles: Jovene. 1984. p. 111.

<sup>65</sup> *Ídem*. p. 248.

<sup>66</sup> MAZZARESE, Silvio. Óp. cit. p. 225.

<sup>67</sup> MOISSET DE ESPANÉS, Luis. “La mora en el Derecho peruano, argentino y comparado”. Trujillo: Tabla XIII Editores. 2006. p. 17.

voluntad de las partes, pues se considera que éstas han entendido que por fuerza de la naturaleza de la obligación, el pago en el momento oportuno era tan importante que su omisión debía llevar aparejada la responsabilidad del deudor. Por tal razón, se suele decir que hay, en este sentido, una estipulación tácita de mora automática, sin que en realidad exista, naturalmente”<sup>68</sup>.

Tal es el caso del plazo esencial, como el servicio de limosina que transporte a la novia a la iglesia a la hora de la boda. Sin embargo, se observa la coincidencia entre la situación de mora y de incumplimiento definitivo. Por ello, “estimamos, para que el deudor se encuentre en mora y no en incumplimiento definitivo, que todavía debe estar presente el interés del acreedor en la ejecución de la obligación por el deudor. Por ejemplo, si un banco contrata un pintor de nota para la elaboración de un óleo con el rostro del fundador de la institución, a ser colocado en el hall principal y develado el día de la inauguración de su nueva sede central, y el deudor incumple con entregarlo en fecha oportuna”<sup>69</sup>; pero “el banco sigue interesado en obtener el cuadro”<sup>70</sup>.

En atención a estas consideraciones, por ejemplo, el retraso en el pago de la mensualidad, si es que no se ha pactado expresamente la mora automática, requiere de la constitución de mora para que genere tanto el interés moratorio, como para que proceda la aplicación de la cláusula penal moratoria. En efecto, de una interpretación sistemática del artículo 1342 del Código Civil –cuando la cláusula penal se estipula para el caso de mora– y del artículo 1242, segundo párrafo –el interés es moratorio cuanto tiene por finalidad indemnizar la mora en el pago–; ambos se activan con la constitución en mora. En este orden de ideas, “de acuerdo al Código Civil peruano, no basta el retardo en la ejecución de la prestación para que el deudor quede constituido en mora sino que, debe tratarse de un retardo

imputable al deudor y además, se requiere la interpelación por el acreedor”<sup>71</sup>.

Sin embargo, frente a estas consideraciones, se sostiene que “la eficacia de la penalidad, ciertamente, se perfecciona con la constitución en mora del deudor; pero no debe considerarse que ésta no se perfeccione en presencia de un ‘simple retardo’ y de ‘tolerancia’ manifestada por el acreedor por el cumplimiento no tempestivo, especialmente en relación al contenido dispositivo de la cláusula, a la naturaleza del contrato y al principio de buena fe y corrección”<sup>72</sup>.

## VII. CLÁUSULA PENAL Y RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL

No hay impedimento legal alguno para pactar una penalidad, si se violan los deberes de buena fe o de reserva dentro de las tratativas. Así, “se podría pensar también en una penalidad acordada en el caso de una eventual, futura, obligación resarcitoria que, a título de responsabilidad precontractual, fuese debida por aquella de las partes en tratativas que se aparte injustificadamente o, violase el principio de la buena fe, al cual se refieren los artículos 1337 y 1338 del Código Civil italiano –o 1362 del Código Civil–, por ejemplo, contraviniendo aquellas típicas obligaciones de información que, en fase de tratativas o de formación del contrato, doctrina y jurisprudencia consideran referibles al principio de buena fe”<sup>73</sup>. Se agrega que, “los sujetos *in contrahendo* podrían sostener compulsoriamente la obligación de buena fe en las ‘tratativas’ y en la ‘formación del contrato’, sancionando la inobservancia mediante una cláusula penal que, con su típica función dualista –‘aflictivo-resarcitoria’– predeterminase, en general, los daños a consecuencia del denominado ‘interés negativo’ o, en particular, los daños consecuencia de la violación de determinadas obligaciones precontractuales, como la de la información, de custodia, de reserva, entre otras”<sup>74</sup>.

<sup>68</sup> OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE. “Sistemas de constitución en mora. Comentario al artículo 1333 del Código Civil”. En: “Código Civil Comentado. Tomo VI: Derecho de las Obligaciones”. Lima: Gaceta Jurídica. 2004. p. 1043. Los autores siguen a Jorge Joaquín Llambías.

<sup>69</sup> Ibid. p. 1045.

<sup>70</sup> Ibidem.

<sup>71</sup> BARCHI, Luciano. Óp. cit. p. 108.

<sup>72</sup> MAZZARESE, Silvio. Óp. cit. p. 594.

<sup>73</sup> Ibid. pp. 249-250.

<sup>74</sup> Ibidem.

## VIII. ESTRUCTURA DE LA CLÁUSULA PENAL

Forman parte de la cláusula penal los siguientes elementos:

- a) **El acuerdo.** “En la fase constitutiva, la penalidad pactada requiere de un natural y específico acuerdo de las partes sobre la cláusula contractual”<sup>75</sup>.
- b) **Los sujetos.** “[E]l carácter de pacto de la cláusula penal lleva a considerar una estructura subjetivamente bilateral, a la cual está vinculado el problema de las derogaciones al principio de la identidad de los sujetos en el contrato y de los sujetos de la cláusula: Principio que descende, sobretodo, de la eficacia que el contrato produce, de regla, entre las partes y, solo excepcionalmente, respecto de terceros (artículo 1372 del Código Civil italiano) –aplicable al artículo 1361 del Código Civil”<sup>76</sup>. La identidad de los sujetos en el contrato y los sujetos de la cláusula, incluso en el caso del contrato a favor del tercero (artículo 1457 del Código Civil), “no consciente que una penalidad pueda ser puesta ‘a cargo’ de un tercero”<sup>77</sup>.

En el caso de la cesión de posición contractual (artículo 1435 del Código Civil), se sostiene que “las penalidades relativas a la cesión del contrato se refieren solo al contrato cedido; pero no al contrato de cesión”<sup>78</sup>. Así, “la cesión del contrato determina la cesión de toda la posición contractual –derechos, obligaciones y acciones que competen al sujeto-parte contractual–; pero no hacen nacer obligaciones autónomas que se presten a específicas previsiones penales de retardo o de incumplimiento del contrato de cesión”<sup>79</sup>.

En el contrato a favor del tercero, se puede configurar una penalidad a favor –no del acreedor estipulante sino– del tercero<sup>80</sup>. También, “la obligación penal puede encontrar título en una cláusula convenida a favor del tercero; pero accesoria a un contrato principal que no sea a favor del tercero”<sup>81</sup>.

- c) **El objeto.** El artículo 1341 del Código Civil hace alusión a una “prestación”. Así, “el contenido de la obligación penal está delimitado por la autonomía de las partes en la relación jurídica: esto está compendiado, por la prevaleciente doctrina, en la usual clasificación de las prestaciones de dar, hacer y no hacer”<sup>82</sup>.

Sin embargo, un sector minoritario limita la aplicación de la cláusula penal solo a las prestaciones de carácter pecuniario. Es el caso de quien afirma que “el carácter esencialmente pecuniario de la cláusula penal, constituyendo un requisito objetivo del negocio, no deja de reflejarse en la validez de la cláusula que cuando tenga como objeto una cosa diversa del dinero, deberá considerarse objetivamente ilícita y, por consiguiente, nula”<sup>83</sup>.

Se observa que ambas posiciones no son satisfactorias. Mientras una peca por exceso, la otra por defecto<sup>84</sup>. La objeción que se hace a la posición que admite que la cláusula penal puede ser de (i) dar; (ii) hacer, y (iii) no hacer, es que “la realidad del efecto sancionador resultaría difícilmente conciliable con la reducción judicial de la penalidad (artículo 1384 del Código Civil italiano y 1346 del Código Civil), a través de la cual se ejercita el control necesario sobre la adecuación de la sanción, a causa de la normal im-

<sup>75</sup> Ibid. p. 337.

<sup>76</sup> Ibid. p. 349.

<sup>77</sup> Ibid. p. 354.

<sup>78</sup> Ibid. p. 361.

<sup>79</sup> Ibid. p. 362.

<sup>80</sup> Ibid. p. 363.

<sup>81</sup> Ibid. p. 365.

<sup>82</sup> Ibid. p. 368.

<sup>83</sup> MARINI, Annibale. Op. cit. p. 132.

<sup>84</sup> MAZZARESE, Silvio. Óp. cit. p. 369.

posibilidad de fraccionar la cosa objeto del derecho real y de la incertidumbre que se derivaría en orden a la titularidad del derecho mismo, con un grave perjuicio a la exigencia de la circulación de los bienes”<sup>85</sup>.

Frente a ello, se observa que “hay que considerar, que la ‘imposibilidad de fraccionar’ de la cosa se refiere a las prestaciones no pecuniarias que tengan naturaleza indivisible; pero no para aquellas divisibles, como, por ejemplo, la obligación de dar cosas genéricas”<sup>86</sup>. Entonces, la imposibilidad de la reducción “no puede ser generalizada a toda prestación de (i) ‘hacer’; (ii) ‘no hacer’, o (iii) ‘dar una cosa diversa del dinero’, sino que se debe precisar que, en presencia de una penalidad no pecuniaria ‘excesiva y no reducible’, no relevaría ni la imposibilidad, ni la ilicitud del objeto, sino la ilicitud de la causa”<sup>87</sup>. Esto porque “califica en modo atípico e ilícito de función sancionadora de la cláusula”<sup>88</sup>.

Se recuerda que la cláusula penal compensatoria tiene tres características típicas: “(i) El efecto limitativo del resarcimiento; (ii) la prohibición del cúmulo con la prestación principal, y (iii) –justamente– la posibilidad de reducir la obligación penal”<sup>89</sup>.

La jurisprudencia italiana –aunque no tan recientemente– ha reconocido la cláusula penal no pecuniaria en los siguientes casos<sup>90</sup>:

- En la transferencia de un derecho que no implique la violación del pacto comisorio (artículo 2744 del Código Civil Italiano y artículo 1111 del Código Civil en mate-

ria de hipoteca); pero en el sentido de la obligación de transferir un derecho<sup>91</sup>.

- En la pérdida de un crédito que el mismo deudor que no cumple tenga con el acreedor, permitiendo de tal manera medir los efectos de la penalidad a un resultado asumible sustancialmente en clave de compensación voluntaria entre las partes<sup>92</sup>.
- En el otorgamiento al acreedor (vendedor), en el caso de incumplimiento total o parcial del deudor (comprador) de los pactos contractuales, de la facultad de retener como propias todas la sumas de este último que tenga a su disposición a cualquier título<sup>93</sup>, “atribuyendo de tal modo a la penalidad un efecto sancionador no predeterminado inmediatamente, sino medianamente determinable y accionable por parte del acreedor, convenientemente al resultado práctico obtenible”<sup>94</sup>.
- En lo que se refiere a la sucesiva determinación de la prestación penal, quienes entienden que ésta puede ser de dar, hacer o no hacer, la admiten; los que la limitan a sólo prestaciones pecuniarias, la rechazan. Dentro de esta última línea de pensamiento, “la exclusión de una genérica e indistinta posibilidad de determinar posteriormente la prestación penal [...] se apoya en la especial eficacia intimidatoria, antes que represiva, que a la sanción deriva por su determinación anticipada respecto al ilícito a la cual está vinculada”<sup>95</sup>. También porque “el carácter contractual de la cláusula penal está justificado por la exigencia que el procedimiento determinativo de la sanción, aunque concedido a la autonomía

<sup>85</sup> MARINI, Annibale. Óp. cit. p. 130.

<sup>86</sup> MAZZARESE, Silvio. Óp. cit. p. 371.

<sup>87</sup> Ibid. p. 373.

<sup>88</sup> Ibidem.

<sup>89</sup> Ibid. p. 374.

<sup>90</sup> Ibid. pp. 389-390.

<sup>91</sup> Ibid. p. 390.

<sup>92</sup> MARINI, Annibale. Óp. cit. p. 134.

<sup>93</sup> Ibidem.

<sup>94</sup> MAZZARESE, Silvio. Óp. cit. p. 390.

<sup>95</sup> MARINI, Annibale. Óp. cit. p. 134.

privada, se desenvuelva con el concurso directo de la parte que está sometida a la sanción y resulta incompatible con una determinación de la prestación concedida al arbitrio de un tercero o a un evento extraño a la voluntad de los contratantes<sup>96</sup>.

Frente a dicha posición, cautamente se advierte que lo expresado “es una opinión que no se comparte; pero la relevancia—que ha de tenerse en cuenta—de las consideraciones que rigen tal teórica lleva a replantear el problema de la determinación posterior, poniéndolo no en absoluto y para todas las estipulaciones penales, sino en términos solo relativos y, caso por caso: [L]a posibilidad y la licitud de calificados mecanismos de determinación sucesiva de la prestación penal son también cuestiones para resolver, no unitariamente, en abstracto, sino, diferentemente, en concreto<sup>97</sup>.”

- d) **La forma.** Se sostiene que “la natural—o recurrente— relación de accesoriedad y/o de accidentalidad de la cláusula penal con el contrato principal tiene efecto en la ‘forma’ que prevalentemente—y, no sin contrastes— lleva a extender a la primera la misma expresión formal, libre o vinculada, en la cual se manifiesta el segundo<sup>98</sup>.”

En doctrina, se admite la posibilidad de que se configuren elementos accidentales o modalidades en la cláusula penal. Así, “el esquema negocial puede ser enriquecido en presencia de: (i) Una condición; (ii) un plazo y, (iii) el pacto de resarcibilidad del daño ulterior. Y no es de excluir que la ‘obligación que nace de la cláusula se refuerce a través de la estipulación de otra cláusula penal’<sup>99</sup>. En materia de garantías, “la obligación penal no es una garantía personal ni real, aunque puede ser respaldada, a su vez, como cualquier obligación, tanto

por una garantía personal como real; pero de manera accesoriamente complementaria<sup>100</sup>.”

El pacto de resarcibilidad de los daños ulteriores es propiamente un elemento accidental a la cláusula penal<sup>101</sup>. Se advierte que dicho pacto no afecta la eficacia de la cláusula penal, por cuanto “es una eficacia que queda intacta aun frente a la solicitud de ‘daños ulteriores’, los cuales, una vez que sean demostrados, según la usual carga probatoria, se suman a la prestación penal, que permanece, como una obligación diversa y separada del resarcimiento<sup>102</sup>.”

## IX. LA ILICITUD DE LA CLÁUSULA PENAL

Se advierte que “la ilicitud de la cláusula penal puede relevar bajo el aspecto estrictamente atinente al sujeto, pero también se puede referir a supuestos fraudulentos que ataquen el aspecto funcional o causal<sup>103</sup>. En efecto, la nulidad de la cláusula penal no solo se fundamenta en la contravención a las normas imperativas, orden público o buenas costumbres.

Una norma imperativa que se puede considerar vulnerable por una cláusula penal es la que prohíbe el pacto comisorio<sup>104</sup>. En materia de bienes inmuebles:

Artículo 1111.- “Aunque no se cumpla la obligación, el acreedor no adquiere la propiedad del inmueble por el valor de la hipoteca. Es nulo el pacto en contrario”.

Esta reflexión sólo tiene sentido si se entiende que la obligación contenida en la cláusula penal no se limita a una cantidad de dinero. Se pone como ejemplo una penalidad que tenga como objeto la prestación de dar un bien que las mismas partes, para eludir la prohibición del pacto comisorio, no hayan querido constituir en garantía hipotecaria; pero de la cual hayan convenido la transferencia obligatoria, a título de penalidad, por el incumplimiento de la obligación penal<sup>105</sup>.

<sup>96</sup> *Ibidem*.

<sup>97</sup> MAZZARESE, Silvio. *Óp. cit.*, p. 381.

<sup>98</sup> *Ibid.* p. 423.

<sup>99</sup> TRIMARCHI, Vincenzo Michele. “La clausola penale”. *Óp. cit.* p. 78.

<sup>100</sup> MAZZARESE, Silvio. *Óp. cit.* p. 502.

<sup>101</sup> *Ibid.* p. 483.

<sup>102</sup> *Ibidem*.

<sup>103</sup> *Ibid.* p. 391.

<sup>104</sup> *Ibidem*. Aquí el autor hace referencia al artículo 2744 del Código Civil italiano.

<sup>105</sup> *Ibidem*.

Otro caso sería que las partes acuerden una penalidad irrisoria o notablemente inferior al monto de los daños previsibles, con la finalidad de eludir fraudulentamente el mandato imperativo de prohibición de la limitación de la responsabilidad<sup>106</sup>, contenido en el artículo 1328 del Código Civil:

Artículo 1328.- "Es nula toda estipulación que excluya o limite la responsabilidad por dolo o culpa inexcusable del deudor o de los terceros de quien éste se valga.

También es nulo cualquier pacto de exoneración o de limitación de responsabilidad para los casos en que el deudor o dichos terceros violen obligaciones derivadas de normas de orden público".

Un sector de la doctrina prefiere el *nomen* de **cláusulas de irresponsabilidad contractual**, "por cuanto el término irresponsabilidad es más idóneo tanto para incluir las diversas tipologías de cláusulas que se encuadran en aquel, como para explicar los efectos jurídicos producidos por las cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad"<sup>107</sup>.

## X. LA CLÁUSULA PENAL Y LA CLÁUSULA ABUSIVA

La diferencia entre la cláusula penal excesiva y la cláusula abusiva (artículo 1398 del Código Civil) es que en la primera no se cuestiona la validez, sino la desproporción, mientras que en la segunda sí se cuestiona la validez<sup>108</sup>.

Artículo 1398.- "En los contratos celebrados por adhesión y en las cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente, no son válidas las estipulaciones que establezcan, en favor de quien las ha redactado, exoneraciones o limitaciones de responsabilidad; facultades de suspender la ejecución del contrato, de rescindirlo o de resolverlo, y de prohibir a la otra parte el derecho de oponer excepciones o de prorrogar o renovar tácitamente el contrato".

Otra diferencia la encontramos en que "en el caso de la cláusula penal, no se reconoce *a priori* un contrayente 'débil', debiéndose presumir una condición paritaria de los contrayentes"<sup>109</sup>. Así, "podrá haber un contrayente 'desaventajado' el cual, por evaluaciones erradas o elecciones poco oportunas, sufra una cláusula penal de importe particularmente elevado"<sup>110</sup>.

Existe un problema de interpretación sistemática con la legislación especial: Piénsese en la **ineficacia relativa** de las cláusulas abusivas regulada en el artículo 51 del Código de Protección y Defensa del Consumidor, Ley 29571, del 1 de setiembre del 2010, cuyo elenco es sólo enunciativo.

A diferencia del Código de Protección y Defensa del Consumidor, el Código de los Consumidores Italiano, aprobado por el Decreto Legislativo 206, del 6 de setiembre de 2005, en su artículo 33.2, inciso f) presume vejatoria la cláusula que:

Artículo 33.2.- "[...] "f) impone al consumidor, en caso de incumplimiento o de retardo en el cumplimiento, el pago de una suma de dinero a título de resarcimiento, cláusula penal u otro título equivalente de monto manifiestamente excesivo".

En efecto, se afirma que dentro de la disciplina de las cláusulas **abusivas**, no toda penalidad, sino sólo la penalidad de importe manifiestamente excesivo entraría en el nivel de "presunción relativa de vejatoriedad"<sup>111</sup>. Se agrega que "el carácter abusivo de la cláusula cambia el tipo de intervención equitativa porque el juez no podrá reducir el monto excesivo, adecuando la penalidad a una **justa** medida que (artículo 1384 del Código Civil Italiano –y 1346 del Código Civil–) se vincula al 'interés que el acreedor tenía en el cumplimiento' –denominada 'equidad integradora'–, sino el juez deberá evaluar con equidad –no 'integradora'– sólo el exceso en el monto y deberá limitarse a declarar la ineficacia de la penalidad"<sup>112</sup>.

<sup>106</sup> Ibid. p. 392. Aquí el autor hace referencia al artículo 1229 del Código Civil italiano.

<sup>107</sup> MENICHINO, Cristina. "Clausole di irresponsabilità contrattuale". Milán: Giuffrè. 2008. p. 3.

<sup>108</sup> MAZZARESE, Silvio. Óp. cit. pp. 79-80.

<sup>109</sup> AGNINO, Francesco. "Clausole penali e tutela del consumatore". Milán: Giuffrè. 2009. p. 183.

<sup>110</sup> Ibidem.

<sup>111</sup> MAZZARESE, Silvio. Óp. cit. p. 428.

<sup>112</sup> Ibid. p. 429.



Ahora bien, “la falta de previsión de la reducción de la penalidad, que pesa sobre el consumidor y que tenga carácter vejatorio, no implica, una *deminutio tutelae* del adherente-consumidor, sino que debe ser leída [...] en clave de mayor garantía del mismo sujeto”<sup>113</sup>.

Se afirma que “en los contratos con contenido impuesto –en los cuales se comprende el pacto penal–, en los cuales la equidad es un requisito de la licitud, la particular disciplina protectora responde a la exigencia de tutelar el interés del contrayente desaventajado a no sufrir un abuso: [I]nterés que, si bien es individual, no deja de ser ‘público’ porque es asumido por el orden público económico y responde al principio valor constitucional y comunitario de la prohibición de aprovecharse de la debilidad negocial del otro”<sup>114</sup>.

#### XI. LA CLÁUSULA PENAL DENTRO DEL ESQUEMA DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

La cláusula penal es fuente de la obligación penal accesoria a la obligación principal, cuyo cumplimiento se pretende reforzar. Ahora bien, “la eficacia de la obligación penal prescinde, al menos de la incidencia real de daños –denominados ‘daños-consecuencia’, que se determinan en relación al segundo nexo de causalidad del ilícito contractual–; pero no prescinde de la imputabilidad del hecho –denominado ‘daño-evento’, que se determina en relación al primer nexo de causalidad del mismo ilícito”<sup>115</sup>.

En este orden de ideas, “la eficacia de la penalidad está vinculada a la imputabilidad del incumplimiento y al retardo del cumplimiento; pero doctrina y jurisprudencia se dividen en la medida, más o menos amplia, de la imputación del hecho; si está limitada sólo a la culpa o es comprensiva también del dolo o de la culpa grave”<sup>116</sup>. En efecto, nos volvemos a

encontrar con el mandato imperativo del artículo 1328 del Código Civil:

Artículo 1328.- “Es nula toda estipulación que excluya o limite la responsabilidad por dolo o culpa inexcusable del deudor o de los terceros de quien éste se valga”.

Autorizada doctrina, comentando el artículo 1229 del Código Civil italiano –que inspiró el artículo 1328 del Código Civil–, señala que “la cláusula penal liquida y limita preventivamente el daño; pero no constituye instrumento para sustraer al deudor a las consecuencias de su responsabilidad por dolo o culpa grave: [P]or dolo o culpa grave el deudor es siempre íntegramente responsable”<sup>117</sup>. Entonces es válida la cláusula penal, siempre y cuando no colisione con el artículo 1328 del Código Civil (1229 del Código Civil italiano)<sup>118</sup>.

En sentido contrario, se sostiene que “esta interpretación, [...] –por así decir– **objetiva**, en la cláusula penal debida por incumplimiento doloso o gravemente culposo, una cláusula necesariamente ilícita”<sup>119</sup>.

Se debe determinar si la cláusula penal puede referirse a<sup>120</sup>:

- a) **Daños previsibles e imprevisibles.** El artículo 1321 del Código Civil –al igual que el 1225 del Código Civil Italiano– limita el resarcimiento al daño previsible, si la inejecución o el cumplimiento inexacto se deben a culpa leve. Entonces, si las partes pactan la cláusula penal, “sin ninguna delimitación a los daños previsibles o imprevisibles, la penalidad producirá el normal efecto limitativo del resarcimiento, salvo el resarcimiento de los daños ulteriores según las reglas ordinarias del resarcimiento de los daños por el ilícito contractual”<sup>121</sup>.

<sup>113</sup> Ibid. p. 469.

<sup>114</sup> RUSSO, Domenico. “Il patto penale tra funzione novativa e principio de equità”. Nápoles: ESI. 2010. p. 226.

<sup>115</sup> MAZZARESE, Silvio. Óp. cit. p. 510.

<sup>116</sup> Ibid. p. 511.

<sup>117</sup> BIANCA, Massimo. “Inadempimento delle obbligazioni”. Segunda edición. Bolofia-Roma: Zanichelli-II Foro Italiano. 1979. p. 483.

<sup>118</sup> Así: TRIMARCHI, Michele. Óp. cit. p. 138. Además: MIRABELLI, Giuseppe. “Dei contratti in generale”. Turín: UTET. 1980. p.336.

<sup>119</sup> MAZZARESE, Silvio. Óp. cit. Loc. Cit.

<sup>120</sup> Ibid. p. 513.

<sup>121</sup> Ibid. p. 514.

- b) **Asunción del riesgo.** La cláusula de asunción de riesgo “si es asumida en relación a la responsabilidad sin culpa del deudor y si es considerada admisible, especialmente en relación a la naturaleza del contrato, objetivaría la imputación del hecho ilícito y –consiguientemente– no consentiría al deudor de hacerse valer de la causa de justificación fundada en la ‘imposibilidad de la prestación derivada por una causa no imputable a éste’ (artículo 1218 del Código Civil Italiano y artículo 1317 del Código Civil Peruano)”<sup>122</sup>. En este sentido, “el poder punitivo de los privados encuentra un límite también en la no imputabilidad del retardo o del incumplimiento de la contraparte. Aquí, la función penal ha constituido un excelente punto de referencia para aclarar un aspecto de la disciplina de la cláusula penal. Se ha discutido, si, con la finalidad de la operatividad de la cláusula, el retardo o el incumplimiento debieran ser calificados subjetivamente, a efectos del artículo 1218 del Código Civil italiano.

Aun con algún contraste, se puede considerar consolidada la opinión de que, si las partes han dispuesto el pago de la ‘penalidad’ incluso, cuando según los principios generales se debería tener, en cambio, la liberación de la obligación (artículo 1256 del Código Civil italiano y artículo 1316 del Código Civil peruano), el resultado práctico querido es aquel de hacer asumir al deudor el riesgo por el hecho ‘objetivo’ del retardo o de la imposibilidad sobrevenida de la prestación principal. Tales acuerdos, no infrecuentes en la praxis de los contratos internacionales de obra o de suministro, están ciertamente fuera del esquema de la cláusula penal, tanto que, generalmente, se tiene en cuenta la asunción del riesgo en la determinación de la contraprestación global”<sup>123</sup>.

Estas consideraciones son aplicables bajo las coordenadas establecidas en el *Codice Civile*. Sin embargo, el artículo

1317 del Código Civil –a diferencia del artículo 1218 del Código Civil italiano–, establece:

Artículo 1317: “El deudor no responde de los daños y perjuicios resultantes de la inexecución de la obligación, o de su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, por causas no imputables, **salvo que lo contrario esté previsto expresamente por la ley o por el título de la obligación**” [El énfasis es nuestro].

En atención a lo prescrito, no hay impedimento legal para que una de las partes asuma el riesgo y se haga responsable del incumplimiento por causas no imputables, estableciéndose una penalidad por ello.

- c) **Limitación de responsabilidad.** Dentro de la posición que sostengo, la cláusula penal sólo puede ser pactada, si interpretamos sistemáticamente los artículos 1328 y 1341 del Código Civil, en caso de incumplimiento o cumplimiento inexacto por culpa leve; no por dolo ni culpa inexcusable, ni por culpa leve cuando se violan normas de orden público.

Si bien, tanto en la responsabilidad civil contractual como extracontractual, uno de los elementos constitutivos es el daño; “ello no sucede en la obligación ‘penal’ desde el momento que la ilicitud del evento es suficiente para perfeccionar la eficacia de la ‘pena’: [E]l incumplimiento o el inexacto cumplimiento de la obligación principal perfeccionan la obligación penal prescindiendo de un evento realmente dañoso”<sup>124</sup>.

Queda reservado a la autonomía privada determinar en dónde opera la cláusula penal. Así, “el incumplimiento vinculado a la sanción penal presenta tres aspectos diversos: (i) El incumplimiento inexacto; (ii) el retardado y, (iii) el incumplimiento definitivo, cada uno de los cuales asume peculiares caracteres y requiere un tratamiento separado”<sup>125</sup>. Por otro lado, “se ha puesto el problema de la relevancia de un

<sup>122</sup> Ibid. p. 517.

<sup>123</sup> MOSCATI, Enrico. “Pena privata e autonomía privata”. En: *Rivista di Diritto Civile*. Año XXXI. Primera parte. Padua: CEDAM. 1985. pp. 525-526.

<sup>124</sup> MAZZARESE, Silvio. Óp. cit. p. 522.

<sup>125</sup> MARINI, Annibale. Óp. cit. p. 106.

pacto en relación, al verificarse la penalidad acordada por el retardo cuando se verifique el incumplimiento y viceversa<sup>126</sup>. La jurisprudencia italiana “ha decidido que la prestación pactada es debida sólo si se ha verificado la hipótesis por la cual la cláusula penal ha sido pactada”<sup>127</sup>.

En sentido contrario, se señala que “cuando las partes se refieran simplemente al incumplimiento sin calificarlo de otra manera, ni delimitarlo en un ‘aspecto’ particular, ni restringirlo a una configuración específica, no se puede considerar que el artículo 1382 del Código Civil italiano (1341 del Código Civil) circunscriba necesariamente la penalidad sólo al incumplimiento total y/o definitivo; pero se puede considerar que, por interpretación de la voluntad de las partes, o por la naturaleza del contrato, o por la valorización de circunstancias objetivas referentes a la obligación de corrección (artículo 1175 del Código Civil italiano) y de buena fe (artículo 1375 del Código Civil italiano y 1362 del Código Civil peruano), la penalidad genéricamente prevista por incumplimiento se refiera también a aspectos concretos de ‘inexacto’ cumplimiento”<sup>128</sup>.

En el mismo sentido, un sector de la doctrina, incluso, llega a identificar una conversión legal de la cláusula penal, “en cuanto el incumplimiento parcial toma el lugar del incumplimiento total al cual las partes habían hecho referencia en la cláusula y al mismo tiempo se prevé una intervención reductiva del juez dirigida a proporcionar la sanción, fijada para el incumplimiento total, al caso diverso del incumplimiento parcial”<sup>129</sup>.

Se excluye que la penalidad pactada por el simple retardo pueda igualmente producir su eficacia si después se verifica un incumplimiento definitivo, o un parcial o inexacto cumplimiento<sup>130</sup>. Por ello, **“un retardo es relevante a los fines de la eficacia de la correspondiente**

**penalidad, solo si a éste sigue el cumplimiento; pero no si subsigue el incumplimiento”**<sup>131</sup> [El énfasis es nuestro].

Siempre en materia de responsabilidad contractual, la relación causal que afecta la obligación principal repercute, necesariamente, con la obligación que nace de la cláusula penal. Así, “si la imposibilidad definitiva de la prestación vale para justificar el incumplimiento de la obligación principal (artículo 1256, c. 1, del Código Civil italiano y 1316 del Código Civil) en cuanto excluye un nexo de causalidad que vincula la conducta del deudor al evento injusto (artículo 1218 del Código Civil italiano y 1317 del Código Civil), esta vale para justificar la extinción de la obligación penal, en cuanto hace decaer el natural y necesario presupuesto de eficacia de la cláusula”<sup>132</sup>.

¿Qué pasa si hay **concurso de responsabilidad del acreedor**? Primero, se debe recordar que, respecto de la obligación principal, se efectuará una reducción del resarcimiento a cargo de deudor-dañante. Así, según el Código Civil:

Artículo 1326.- “Si el hecho doloso o culposo del acreedor hubiese concurrido a ocasionar el daño, el resarcimiento se reducirá según su gravedad y la importancia de las consecuencias que de él deriven”.

Sobre este modelo legislativo, se afirma que “puede referirse tanto al ‘hecho’ del incumplimiento, del retardo o del inexacto cumplimiento, como a las ‘consecuencias dañosas’ de los mismos hechos, sobre los cuales, ciertamente, puede influir una conducta que no haya sido observada por un acreedor de ‘buena fe’”<sup>133</sup> (artículo 1362 del Código Civil). En este escenario, respecto de la cláusula penal, se debe aplicar –justamente en atención al principio de buena fe– la reducción de la penalidad (artículo 1346 del Código Civil). Así, “si prevaleciese una óptica negocial de pre-

<sup>126</sup> DISTASO, Nicola. “I contratti in generale”. Volumen II. Turín: UTET. 1980. p. 1345.

<sup>127</sup> *Ibidem*.

<sup>128</sup> MAZZARESE, Silvio. *Óp. cit.* pp. 525-526.

<sup>129</sup> GABRIELLI, Enrico. “Clausole penale e sanzioni private nell’autonomia contrattuale”. En: *SCUOLA DI PERFEZIONAMENTO IN DIRITTO CIVILE* (Editor). “Rassegna di Diritto Civile”. Nápoles: ESI. 1984. p. 920.

<sup>130</sup> DISTASO, Nicola. *Óp. cit.* Loc. cit. También: MAZZARESE, Silvio. *Óp. cit.* p. 528.

<sup>131</sup> MAZZARESE, Silvio. *Óp. cit.* p. 529.

<sup>132</sup> *Ibid.* p. 543.

<sup>133</sup> *Ibid.* p. 547.

servación de la cláusula penal y de irreducibilidad, no obstante el concurso del hecho culposo del acreedor, se admitiría una autonomía sancionatoria de las partes en grado de derogar, singularmente, el principio jurídico de corrección, buena fe y cooperación de las partes en la relación obligatoria<sup>134</sup>. Con mayor razón, según:

Artículo 1327.- “El resarcimiento no se debe por los daños que el acreedor habría podido evitar usando la diligencia ordinaria, salvo pacto en contrario”.

En efecto, si el único responsable del incumplimiento del deudor es el acreedor, extinguida la obligación principal, la accesoria sigue la misma suerte. Téngase presente que se trata de una norma supletoria y que cabe la posibilidad de pactar lo contrario.

Artículo 1316.- “La obligación se extingue si la prestación no se ejecuta por causa no imputable al deudor.

Si dicha causa es temporal, el deudor no es responsable por el retardo mientras ella perdure. Sin embargo, la obligación se extingue si la causa que determina la inexecución persiste hasta que al deudor, de acuerdo al título de la obligación o a la naturaleza de la prestación, ya no se le pueda considerar obligado a ejecutarla; o hasta que el acreedor justificadamente pierda interés en su cumplimiento o ya no le sea útil.

También se extingue la obligación que sólo es susceptible de ejecutarse parcialmente, si ella no fuese útil para el acreedor o si éste no tuviese justificado interés en su ejecución parcial. **En caso contrario, el deudor queda obligado a ejecutarla con reducción de la contraprestación, si la hubiere** [En énfasis es nuestro].

En el supuesto que el acreedor acepte el cumplimiento parcial de la obligación principal, “da título al deudor para la reducción de la penalidad”<sup>135</sup>, si ésta hubiera sido pactada.

## XII. LA PROHIBICIÓN DEL CÚMULO FRENTE A LOS REMEDIOS ORDINARIOS DE TUTELA DEL CRÉDITO

La prohibición del cúmulo, contenida en el artículo 1341 del Código Civil obedece a una exigencia de justicia y equidad, en cuanto “como el legislador considera inicua y, por tanto, reducible la penalidad excesiva, también considera injusto y vejatorio el cúmulo de dos sanciones diversas, la penalidad y el resarcimiento del daño, reconociendo a la autonomía privada solo la elección de la sanción más idónea para reprimir en concreto el ilícito y reforzar, indirectamente, el vínculo obligatorio”<sup>136</sup>.

El pacto de resarcimiento del daño ulterior “no desnaturaliza la función típicamente sancionatoria de la cláusula penal [...] sino está dirigido sólo a evitar, a través de un limitado concurso acumulativo de la obligación penal con la obligación resarcitoria, la posición de desventaja que podría derivar al acreedor de la determinación preventiva de la sanción respecto al ilícito”<sup>137</sup> y que realiza “la exigencia de eliminar el peligro de situaciones inadecuadas por la falta de la sanción”<sup>138</sup>. Por ello, “el resarcimiento del daño ulterior, pactado específicamente, permite sólo integrar la medida de la penalidad; pero, siempre, según las reglas del resarcimiento”<sup>139</sup>.

El hecho de solicitar la resolución o la ejecución forzada del contrato no implica la renuncia a la penalidad. En efecto, el artículo 1428 del Código Civil regula que:

Artículo 1428.- “En los contratos con prestaciones recíprocas, cuando alguna de las partes falta al cumplimiento de su prestación, la otra parte puede solicitar el cumplimiento o la resolución del contrato y, en uno u otro caso, la indemnización de daños y perjuicios.

A partir de la fecha de la citación con la demanda de resolución, la parte demandada queda impedida de cumplir su prestación”.

<sup>134</sup> Ibid. p. 550.

<sup>135</sup> Ibid. p. 552.

<sup>136</sup> GABRIELLI, Enrico. Óp. cit. p. 938.

<sup>137</sup> MARINI, Annibale. Óp. cit. p. 167.

<sup>138</sup> GABRIELLI, Enrico. Óp. cit. p. 929.

<sup>139</sup> MAZZARESE, Silvio. Óp. cit. pp. 563-564.

Piénsese en el caso de un contrato con prestaciones recíprocas en el cual se haya pactado la penalidad y, frente al incumplimiento, se solicita la resolución o la ejecución forzada del contrato. La jurisprudencia italiana, concretamente, en la Casación 6561, del 10 de junio de 1991 señala que: “La cláusula penal es un pacto accesorio del contrato con función, sea de coerción al cumplimiento, sea de predeterminación de la medida del resarcimiento en caso de incumplimiento. Esta, por tanto, a norma del artículo 1453, primer párrafo, del Código Civil italiano (artículo 1428 del Código Civil) encuentra aplicación, sea en la hipótesis en que el contratante solicite la resolución del contrato, sea en aquella que interponga una demanda dirigida a solicitar la ejecución forzada del negocio y vale únicamente como liquidación convencional del daño, fijada anteriormente por las partes”.

Entonces, si bien el artículo 1428 del Código Civil se refiere a la obligación principal y a la obligación resarcitoria derivada de la misma, si es que se ha pactado una cláusula penal compensatoria, ésta al ser una predeterminación del daño contractual acordada por las partes, tiene plena eficacia, independientemente de la resolución o la ejecución forzada.

Una cláusula penal puede pactarse de manera vinculada a una condición resolutoria expresa.

Artículo 1430.- “Puede convenirse expresamente que el contrato se resuelva cuando una de las partes no cumple determinada prestación a su cargo, establecida con toda precisión.

La resolución se produce de pleno derecho cuando la parte interesada comunica a la otra que quiere valerse de la cláusula resolutoria”.

Se afirma que “la vinculación de una cláusula penal con una cláusula resolutoria expresa no cambia el precedente contexto normativo del *ius variandi*; pero subordina la resolución legal del contrato y la eficacia de la penalidad por el incumplimiento a la declaración del acreedor –o parte que no incumple– de hacerse valer de tal cláusula resolutoria (artículo 1456, se-

gundo párrafo del Código Civil Italiano)”<sup>140</sup> –y artículo 1430 del Código Civil.

En el caso de haberse pactado un plazo esencial, “la vinculación de una cláusula penal a un término esencial produce la resolución legal del contrato y la eficacia de la penalidad por incumplimiento si el acreedor –o la parte en cuyo interés ha sido fijada la esencialidad del plazo– no quiera exigir la ejecución aunque haya vencido dicho plazo”<sup>141</sup>.

En doctrina, se identifican los siguientes escenarios<sup>142</sup>:

- El requerimiento de la penalidad precluye la acción de exacto cumplimiento; pero no presupone necesariamente, ni al contrario, precluye, la de resolución del contrato.
- El pedido de exacto cumplimiento no precluye ni el sucesivo pedido de la penalidad, ni la sucesiva acción de resolución del contrato.
- El pedido de resolución del contrato precluye la acción de exacto cumplimiento; pero no precluye ni al contrario, presupone necesariamente, el pedido de la penalidad.

### XIII. LA REDUCCIÓN DE LA CLÁUSULA PENAL EXCESIVA

Se afirma que la reducción equitativa de la cláusula penal trae consigo las siguientes consecuencias<sup>143</sup>:

- La nulidad de la cláusula no permite la reducción de la penalidad acordada; sino la hace ineficaz.
- El manifiesto exceso de la penalidad no es causa, ni siquiera virtual, de la nulidad de la cláusula, sino que permite solo la reconducción a la equidad.
- La reconducción de la penalidad atribuye al juez un poder de adecuación equitativa; pero no le permite eliminarla del todo, declarando no debida la prestación, en cuanto excesiva.

<sup>140</sup> Ibid. p. 577.

<sup>141</sup> Ibid. p. 578.

<sup>142</sup> Ibid. p. 583.

<sup>143</sup> Ibid. p. 609.

Esta reducción “ciertamente no queda al arbitrio del juez, sino está circunscrita a una evaluación motivada de elementos ‘objetivos’ que legitiman tanto la corrección judicial, como el mantenimiento sustancial, de la cláusula penal”<sup>144</sup>. Se ha discutido la naturaleza del mandato contenido en el artículo 1384 del Código Civil italiano (equivalente al 1346 del Código Civil). Por un lado, se parte de la observación que esta norma está diseñada para tutelar un interés del deudor y “por ello tiene carácter dispositivo”<sup>145</sup>. Por otro, se afirma que “la autonomía de los privados en establecer una sanción en el ámbito contractual encuentra un límite en lo dispuesto en el artículo 1384 del Código Civil italiano (1346 del Código Civil), inspirado en el respecto de los principios de adecuación y proporcionalidad”<sup>146</sup>.

Se llega a sostener que “según la orientación prevaleciente, es nulo, por directa contravención a la ley, todo pacto mediante el cual el deudor renuncie a la facultad de solicitar la reducción”<sup>147</sup>. Aparte del carácter imperativo de la norma, en doctrina también se identifica su naturaleza excepcional. Así, “a la norma en cuestión, justo porque está dirigida a incidir en el reglamento negocial previsto por los particulares, le ha sido atribuida la naturaleza excepcional, que precluye la aplicación analógica”<sup>148</sup>. Ello va en concordancia con el artículo IV del Título Preliminar del Código Civil. Los supuestos de reducción de la cláusula penal contenidos en el artículo 1346 del Código Civil son:

- Cuando la penalidad sea manifiestamente excesiva.
- Cuando la obligación principal hubiese sido en parte o irregularmente cumplida.

En lo que concierne a los criterios para reajustar la cláusula penal, tanto el artículo

1384 del Código Civil italiano como el 1346 de nuestro Código Civil se refieren a la equidad. Sin embargo, el primero también establece como criterio de reducción **el interés** del acreedor al cumplimiento; mientras que el segundo, no. Sobre el artículo 1384 del Código Civil italiano, se observa que “reducción equitativa y función penal expresan legítimas exigencias de una ‘justa’ medida contractual sobre las cuales, se orientan los principios de buena fe y corrección”<sup>149</sup>. En nuestra experiencia nacional, contamos con el artículo 1362 del Código Civil:

Artículo 1362.- “Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes”.

El artículo 1346 del Código Civil debe ser interpretado en atención a “dos fundamentales coordenadas del diagrama decisorio: (i) La integración equitativa de la eficacia de la cláusula y, (ii) la conservación sancionadora de la función penal”<sup>150</sup>. En doctrina, se sostiene que el artículo 1384 del Código Civil italiano, al igual que el artículo 1346 del Código Civil, le reconoce al juez “una discrecionalidad decisoria particularmente restringida”<sup>151</sup>.

En este sentido, “la discrecionalidad reglamentaria del juez sustancia un poder que es característicamente ‘ritual’. Este debe ser ejercitado en el respeto de las normas procesales vigentes, sobre las que se basa el pronunciamiento formal”<sup>152</sup>. La primera de ellas: Una debida motivación. Ello, en la medida que la decisión judicial modifica el reglamento de la relación jurídica<sup>153</sup>. En la equidad, el operador jurídico, de una u otra manera se remonta al concepto aristotélico de la *epieikeia*<sup>154</sup>.

La palabra equidad viene del latín *aequitas-atis*, originariamente igualdad de ánimo y de

<sup>144</sup> Ibid. p. 610.

<sup>145</sup> MAGAZZU, Andrea. Óp. cit. p. 195.

<sup>146</sup> GIAMPIERI, Alberto. “La clausola penale e la caparra”. En: ALPA, Guido y Mario BESSONE (Directores). “Il contratti in generale”. Volumen III. Turín: UTET. 1991. p. 424.

<sup>147</sup> MAZZARESE, Silvio. Óp. cit. p. 618.

<sup>148</sup> GIAMPIERI, Alberto. Óp. cit. Loc cit.

<sup>149</sup> MAZZARESE, Silvio. Óp. cit. p. 642.

<sup>150</sup> Ibid. p. 641.

<sup>151</sup> CRISCUOLI, Giovanni. “La discrezionalità regolamentare del giudice civile”. Padua: CEDAM. 2000 p. 15.

<sup>152</sup> Ibid. p. 30.

<sup>153</sup> Ibid. p. 58.

<sup>154</sup> MAZZARESE, Silvio. Óp. cit. p. 645.

*aequus*, igual, de modo genérico, igualdad. Al parecer *aequitas-atís* viene a su vez del término griego *epieikeia* (ἐπιεικεία). *Epieikeia* está compuesta por el prefijo επι-, que significa: (i) Encima; (ii) sobre; (iii) además; (iv) también, (v) luego; o, (vi) después; y la raíz εικωσ: (i) Esperable ; (ii) conveniente ; (iii) razonable; o, (iv) justo.

En el pasaje V,10,1137 b, de la *Ética Nicomaquea*, se enseña que: “[C]uando la ley se expresa de manera general; pero en concreto

viene un hecho que no entra en esta generalidad, entonces es justo corregir la laguna; y lo diría también el legislador mismo si estuviese presente, porque si hubiese previsto el hecho, lo habría regulado con la ley”<sup>155</sup>.

Autorizadamente se afirma que “el correctivo a la abstracción de la ley es la *epieikeia* que, traducida literalmente del griego antiguo, es ‘conveniencia’, ‘adaptación a la naturaleza del hecho particular y de las circunstancias’ en las cual el hecho se ha verificado”<sup>156</sup>.

<sup>155</sup> ARISTÓTELES. “*Ética Nicomaquea*”. Capítulo V.

<sup>156</sup> PALAZZO, Antonio. “L’interpretazione della norma civile”. En GIULIANI, Alessandro; PALAZZO, Antonio e Ione FERRANTI (Editores). “L’interpretazione della norma civile”. Turín: Giappichelli. 1996. pp. 39-40.