



ALFREDO F. SORIA AGUILAR (COORD.)

Derecho de obligaciones

Modalidades, efectos e inejecución



© Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC)

Primera publicación: setiembre de 2016

Impreso en el Perú – Printed in Peru

Coordinador: Alfredo F. Soria Aguilar

Edición: Diana Felix

Corrección de estilo: Juan Yangali

Diseño de cubierta: Christian Castañeda

Diagramación: Renzo Gutiérrez

Editor del proyecto editorial

Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas S. A. C.

Av. Alonso de Molina 1611, Lima 33 (Perú)

Teléf: 313-3333

www.upc.edu.pe

Primera edición: setiembre de 2016

Tiraje: 1000 ejemplares

Este libro se terminó de imprimir en el mes de setiembre de 2016, en los talleres gráficos de DOSMASUNO S.A.C. en Jr. Chavez Tueros N°1224 Chacra Rios Sur, Lima - Perú

Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC)

Centro de Información

Alfredo F. Soria

Derecho de obligaciones. Modalidades, efectos e inejecución

Lima: Editorial UPC, 2016.

D.L. 2016-10615

ISBN: 978-612-318-064-5

1. Obligaciones (Derecho civil) - Ensayos, conferencias, etc.
2. Derecho civil (Obligaciones y contratos) - Ensayos, conferencias, etc.
3. Responsabilidad civil - Ensayos, conferencias, etc.

I. Soria Aguilar, Alfredo F, 1971-, coordinador

II. Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas

III. Título

BNP: 2016-211

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú nro. 2016-10615

Registro de Proyecto Editorial en la Biblioteca Nacional del Perú nro. 3150-1401600863

Todos los derechos reservados. Esta publicación no puede ser reproducida, ni en todo ni en parte, ni registrada en o transmitida por un sistema de recuperación de información, en ninguna forma ni por ningún medio, sea mecánico, fotoquímico, electrónico, magnético, electroóptico, por fotocopia o cualquier otro, sin el permiso previo, por escrito, de la editorial.

El contenido de este libro es responsabilidad de los autores y no refleja necesariamente la opinión de los editores.

Contenido

Prólogo	7
PRIMERA PARTE: Las obligaciones y sus modalidades	15
Artículo 1. Las obligaciones divisibles e indivisibles	17
Felipe Osterling Parodi y Mario Castillo Freyre	
Artículo 2. ¿Cosas imposibles? Acerca de la pérdida del bien como supuesto de imposibilidad sobreviniente de la prestación	79
Alfredo F. Soria Aguilar y Marco Alfredo Gonzales Díaz	
Artículo 3. El reconocimiento de obligaciones en el Código Civil Peruano	97
Roxana Jiménez Vargas-Machuca	
Artículo 4. La cesión de créditos	119
César Ayllón Valdivia	
SEGUNDA PARTE: Efectos de las obligaciones: Temas relativos al pago y la transacción	139
Artículo 5. El pago de intereses en el Código Civil	141
Luciano Barchi Velaochaga	
Artículo 6. Pago con subrogación	213
Raúl Ferrero Costa	

Artículo 7. Imputación de pago	227
Antonio Horacio Román Calzada	
Artículo 8. Análisis crítico de la figura del pago indebido en la legislación civil peruana	251
Sandra Violeta Echaiz Moreno	
Artículo 9. La transacción. Precisiones conceptuales en torno a su definición y principales aspectos fisiológicos	271
Walter Vásquez Rebaza	
TERCERA PARTE: Inejecución de obligaciones	341
Artículo 10. Algunos aspectos críticos del derecho de obligaciones en el Código Civil peruano	343
Jorge Alberto Beltrán Pacheco	
Artículo 11. La cláusula penal. ¿Debe servir para proteger al deudor de sus propias decisiones?	375
Cecilia O'Neill de la Fuente	

Artículo 11. La cláusula penal. ¿Debe servir para proteger al deudor de sus propias decisiones?

Cecilia O'Neill de la Fuente

El régimen económico contenido en la Constitución ha empoderado al sector privado como motor de la economía del Perú. El Estado ha transformado su rol en la sociedad al dejar de participar activamente en ella para convertirse en el garante de su desarrollo justo.

Para que la libertad económica y la iniciativa privada generen desarrollo, es indispensable que, junto con la propiedad, el mercado de contratos tenga reglas claras y ejecutables. Solo así habrá incentivos suficientes para que el comportamiento de las partes en el marco de su contrato, sea predecible.

Una de las reglas del Derecho de Contratos que contribuyen a que haya más predictibilidad –o en teoría, debería hacerlo– es la posibilidad de pactar una cláusula penal, que es en buena cuenta una fijación anticipada de la indemnización que podría generar el incumplimiento de una de las partes.

Y claro, si las partes saben de antemano, desde el inicio de su relación contractual, que el incumplimiento va a generar una determinación automática de la indemnización sin tener que probar el daño, deberían sentirse impulsadas a evitar encontrarse en esa situación. En otras palabras, deberían sentirse impulsadas a cumplir sus prestaciones de la mejor manera posible.

Tener un contrato que, por sí mismo, contiene reglas que mejorarán sus posibilidades de ser cumplido es una situación ideal, a la cual agentes económicos razonables deberían aspirar. Y contratos que se cumplen, en definitiva, tienen un notable efecto dinamizador en la economía, pues envían señales positivas al mercado.

Sin embargo, en el presente trabajo veremos que la regulación de la cláusula penal en el Perú es tan porosa que deja demasiado espacio para minimizar la virtud esencial de la cláusula penal, que como ya se ha dicho, es fomentar conductas predecibles.

11.1 La cláusula penal es parte del equilibrio contractual

No existe definición doctrinal uniforme de cláusula penal. Tampoco hay coincidencia sobre cuáles son sus funciones. La razón para ello es que tanto la definición como las funciones que puede cumplir la cláusula penal en la dinámica contractual dependen del marco teórico –y hasta ideológico– asumido por el legislador. Veamos qué deja entrever el Código Civil peruano al respecto en los artículos 1341, 1342 y 1343:

«Artículo 1341.- 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 esta se computa como parte de los daños y perjuicios, si fueran mayores».

«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».

«Artículo 1343.- Para exigir la pena no es necesario que el acreedor

pruebe los daños y perjuicios sufridos. Sin embargo, ella solo puede exigirse cuando el incumplimiento obedece a causa imputable al deudor, salvo pacto en contrario».

La cláusula penal es un acuerdo que permite a las partes pactar una indemnización de manera anticipada, sin tener información cierta sobre la ocurrencia de un incumplimiento, pero que precisamente por ello les permite tomar precauciones para evitar los costos de probanza de los daños generados. La cláusula penal dispensa al acreedor de la prueba y limita el resarcimiento del daño a la pena pactada. Este límite, ocurrido el incumplimiento, puede jugar a favor o en contra del acreedor. Jugará a favor de este si los daños generados son menores a los previstos, mientras que el límite le jugará en contra si los daños resultaron mayores. El resultado para el deudor, en ambos casos, será evidentemente el inverso: en contra en el primer caso y a favor en el segundo.

La cláusula penal es conveniente para ambas partes porque no hay nadie mejor que el acreedor para conocer los daños que el incumplimiento le podría generar, y no hay nadie mejor que el deudor para conocer el riesgo de que ocurra el incumplimiento. Negociando ambos intereses es que llegan a la cifra que corresponde a la indemnización en caso de incumplimiento.

El cálculo de esa cifra responde al interés del acreedor de lograr el resarcimiento del daño evitando la prueba de este. Además, surte un efecto disuasivo frente al deudor, pues la imposibilidad de discutir el daño en las cortes es una situación inconveniente para él, que en teoría debería propiciar su cumplimiento.

Lo indicado en el párrafo anterior ha sido el punto de partida del legislador peruano, que ha asociado la cláusula penal con la posibilidad de generar ventajas únicamente al acreedor, descuidando la otra cara de la moneda: la cláusula penal también genera ventajas para el deudor, pues gracias a ella puede obtener condiciones contractuales favorables, como mejores alternativas de pago, por ejemplo.

La razón es sencilla: la cláusula penal es parte del equilibrio contractual; no está aislada del resto de estipulaciones contractuales sino que se origina en ellas y a su vez las explica. Cuanto más resguardado se siente el acreedor, mayores ventajas deberían regir para el deudor. En otras palabras, cuanto más «segura» es la cláusula penal para el acreedor, mejores condiciones de pago debería lograr el deudor.

Sin embargo, no es así como lo ha entendido el legislador, como se verá en los acápites que siguen.

11.2 Cláusula penal compensatoria y moratoria

Si la cláusula penal tiene como finalidad principal estimar anticipadamente la indemnización a cargo del deudor por su incumplimiento, es natural que, al igual que los daños y perjuicios, tenga naturaleza moratoria o compensatoria, dependiendo de si busca indemnizar la mora en el pago o el incumplimiento de la obligación, respectivamente.

La cláusula penal compensatoria está reconocida en el artículo 1341^o del Código Civil, según el cual, el «pacto por el que se acuerda que, en caso de incumplimiento, uno de los contratantes queda obligado al pago de una penalidad, tiene el efecto de limitar el resarcimiento a esta prestación y a que se devuelva la contraprestación».

La lógica que está tras la cláusula penal compensatoria es sustituir la prestación incumplida. Como mencionan Osterling y Castillo⁵⁴¹: «En tal sentido, si el acreedor perjudicado decidiera ejecutar la penalidad pactada, es evidente que ya no podría subsistir la obligación principal; o, dicho en otras palabras, el deudor no podría continuar obligado a cumplir la prestación principal» (p.942).

Llama la atención que en España se permita el pacto expreso por el cual, ade-

541 Osterling Parodi, F. y Castillo Freyre, M. (2008). *Compendio de Derecho de las Obligaciones*. Lima: Palestra. p. 942.

más de exigirse la pena, pueda requerirse el cumplimiento de la obligación, a través de un efecto acumulativo que no es admisible en el Perú.

Lo que sí es compatible con la función compensatoria de la cláusula penal la posibilidad de que, adicionalmente a la imposición de la pena, ocurra la resolución del contrato.

Esto último no ocurre con la cláusula penal moratoria, pues en este caso no se resuelve el contrato, sino que además de cumplir la prestación principal, el deudor debe pagar la penalidad por mora. Típicamente se presenta en contratos de crédito o de construcción o de arrendamiento, por ejemplo, en los cuales es esencial el cumplimiento en el día pactado.

Dicho con otras palabras, la diferencia entre la cláusula penal compensatoria y moratoria es que en el primer caso, el acreedor pierde el interés en la ejecución de la prestación y la deja sin efecto mediante el cobro de la penalidad, mientras que en el segundo caso, aún tiene interés en que el contrato se ejecute. Como señala Wayar⁵⁴²:

«La importancia práctica de la distinción radica en lo siguiente: 1º si bien, en principio, no se puede acumular la pena con la obligación principal, esa posibilidad existe cuando la cláusula tiene carácter moratorio; en tal caso, además del pago de la obligación principal, el deudor debe pagar la pena; 2º) por lo común, la pena compensatoria consiste en una sola prestación, generalmente consistente en una suma de dinero, de cumplimiento instantáneo; las penas moratorias, por el contrario, se pactan por periodos determinados, días, semanas o meses, y se van acumulando a medida que transcurren los sucesivos periodos» (p.90).

Si bien hay consecuencias prácticas en la distinción entre cláusula penal compensatoria y moratoria, no hay diferencia alguna entre una y otra en relación con lo que sigue.

542 Wayar, E. C. (2002). *Derecho Civil, Obligaciones* (tomo II). Buenos Aires: Depalma, Lexis Nexis. p. 90.

En ambos casos –penalidad compensatoria y moratoria– no es necesario que el incumplimiento recaiga sobre una obligación principal, sino que, en nuestra opinión, puede recaer sobre obligaciones de menor importancia.

Tampoco es necesario que el incumplimiento se deba a causa imputable al deudor, pues si bien la regla general del artículo 1343 es que para exigirse la pena el incumplimiento debe obedecer a causa imputable al deudor, se admite pacto en contrario. Producido el incumplimiento, y siguiendo las normas generales de responsabilidad civil, para estar libre de culpa al deudor le bastaría con demostrar que actuó con la diligencia ordinaria que exigía la naturaleza de la obligación según las circunstancias.

Tampoco es necesario que la cláusula se pacte en el contrato que da origen a la relación jurídica. Puede hacerse después, pero antes de que se produzca el incumplimiento y siempre que haya prestaciones pendientes de cumplimiento. De lo contrario, lo que en realidad ocurriría es una suerte de transacción.

Finalmente, mientras la indemnización en ausencia de pacto es necesariamente en dinero, la indemnización fijada por cláusula penal puede consistir en dinero, pero también puede consistir en una obligación de dar, de hacer o de no hacer.

11.3 ¿Para qué sirve –o para qué debería servir– la cláusula penal?

Son típicamente dos las funciones más importantes que la doctrina autorizada atribuye a la cláusula penal: de un lado, cumple una función indemnizatoria; y, de otro lado, una función compulsoria⁵⁴³.

Si bien la doctrina distingue entre ambas funciones, en el fondo, el solo hecho que la indemnización se haya pactado por anticipado, y asumiendo incluso que la indemnización prevista no exceda al monto del daño realmente ocasionado, ya se habría cumplido la función compulsoria. En efecto, el simple hecho de que el acreedor tenga

543 Ibidem, p. 86.

habilitada la acción de cobro sin desplegar mayor actividad probatoria, debería inducir al deudor a cumplir su prestación de manera adecuada.

En esta línea, se ha señalado «(...) que aun cuando las cláusulas con fines punitivos son las que normalmente fuerzan (o forzarían) con mayor eficacia el cumplimiento contractual (dada la onerosidad de la penalidad), también las cláusulas que estrictamente solo indemnizan daños pueden hacerlo, sobre todo cuando se trata de una cláusula moratoria, que obliga a pagar más mientras más se demore uno en cumplir»⁵⁹³.

A pesar de la precisión anterior, en el presente trabajo distinguiremos entre la función indemnizatoria y compulsoria de cláusula penal, dado que esta última es de particular relevancia cuando la indemnización prevista por las partes de manera anticipada es superior al daño efectivamente ocasionado.

En nuestra opinión, el carácter compulsorio y el indemnizatorio pueden convivir, y es la regulación de cada país la que determina qué dosis de uno y de otro carácter corresponde asignar a la cláusula penal.

Antes de examinar cuál es la dosis asignada por la legislación peruana, es interesante revisar la regulación de las penalidades contractuales prevista en los Principios emitidos por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), aprobados en el 2010; en adelante, «Principios UNIDROIT»⁵⁴⁴. A diferencia de otros instrumentos del Derecho Internacional, estos principios no tienen carácter obligatorio, a menos que las partes así lo hayan pactado.

Es un texto de naturaleza opcional (*soft-law*), pero a pesar de ello puede ser tenido en cuenta de manera referencial dado que las «reglas de juego» incluidas en ellos responden al trabajo de expertos independientes. De allí que los principios UNIDROIT hayan sido acogidos favorablemente por la comunidad internacional.

544 Mesinas Montero, F. G. (2006). *Una comparación de cláusulas penales: Sistemas peruano e inglés*. Cuadernos Jurisprudenciales, 69, 4.

UNIDROIT. Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales. 2010.

Disponible online en:

<http://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2004/integralversionprinciples2004-s.pdf>.

El Artículo 7.4.13 de los principios UNIDROIT señala:

«(1) Cuando el contrato establezca que la parte incumplidora ha de pagar una suma determinada a la parte perjudicada por tal incumplimiento, la parte perjudicada tiene derecho a cobrar esa suma sin tener en cuenta el daño efectivamente sufrido.

(2) No obstante, a pesar de cualquier pacto en contrario, la suma determinada puede reducirse a un monto razonable cuando fuere notablemente excesiva en relación con el daño ocasionado por el incumplimiento y a las demás circunstancias».

En los comentarios a dicho artículo se señala que este contiene una definición intencionadamente amplia, para facilitar el resarcimiento y al mismo tiempo para disuadir el incumplimiento. Nótese pues las dos funciones antes indicadas: indemnizatoria y compulsoria.

Los Principios de Derecho Europeo de los Contratos tienen como finalidad ser aplicados como reglas generales del Derecho de los Contratos en la Unión Europea, cuando las partes se hayan sometido a ellos. El artículo 9:509 también regula el tema que nos convoca:

«Indemnización pactada para el caso de incumplimiento

(1) Si se hubiera dispuesto en el contrato que en caso de incumplimiento de una parte esta 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».

Decíamos que la función resarcitoria de la cláusula penal puede y debe convivir con la función compulsoria, cuyo fin último es crear incentivos para que el deudor

cumpla sus obligaciones, o dicho a la inversa, para disuadirlo del incumplimiento. Sin embargo, dicha convivencia es muy difícil de lograr si las dosis de una y otra función no son adecuadamente aplicadas por el legislador. Y esto último es lo que ha pasado con la legislación peruana.

En relación con la función indemnizatoria, para el Código Civil peruano el resarcimiento debido se limita a la cifra prevista por las partes. Es más, esta cifra es adeudada incluso si no se produjera daño o si este fuera inferior a la pena. Esta posibilidad –cláusula penal superior al daño real– revela que la penalidad puede tener función compulsoria. Para que esto último sea posible, la norma no exige que la penalidad tenga correspondencia exacta con el daño causado; es decir, lo que fija la penalidad es la indemnización y no el daño realmente causado.

Decíamos que la regulación peruana no facilita la convivencia de la función resarcitoria y de la función compulsoria, pues esta última, cuyo propósito es reforzar el cumplimiento, se ve relativizada debido a la posibilidad de reducir judicialmente la pena. Esto ocasiona que el deudor tenga mayores incentivos para no cumplir o para hacerlo de manera imperfecta.

Es interesante tener en consideración que los países pertenecientes al *Common Law* son menos tolerantes a la función punitiva de la cláusula penal que los países de tradición continental⁵⁴⁵.

Mientras que los jueces «continentales» típicamente están facultados para reducir la pena, los jueces ingleses, más que ejercer una función moderadora en relación con la penalidad, en realidad van a anularla, abriendo las puertas a una futura prueba de los daños⁵⁴⁶ (Espín Alba, 1997, p.28).

545 El legislador peruano no proscribe las cláusulas penales punitivas, desde que no exige que el monto de la pena pactada como indemnización equivalga al daño realmente ocasionado. Por tanto, se ha señalado equivocadamente que «nuestro derecho y el inglés se asimilan en la proscripción de las cláusulas penales punitivas». Mesinas Montero, F. G. (2006). Op. cit., p. 6.

546 Espín Alba, I. (1997). *La cláusula penal: especial referencia a la moderación de la pena*. Madrid: Marcial Pons. p. 28.

Esto lo confirman los Comentarios al Artículo 7.4.13 de los Principios UNIDROIT, según los cuales:

«Existen variaciones considerables entre los ordenamientos jurídicos internos con respecto a la validez de este tipo de cláusulas. Esta variedad incluye aquellos países de tradición continental romanista, que las convalidan con la posibilidad de revisarlas judicialmente en el supuesto que sean particularmente onerosas, hasta aquellos países de la tradición jurídica del *common law*, que rechazan la validez de cláusulas específicamente orientadas a disuadir el incumplimiento (cláusulas penales)»⁵⁴⁷.

El sistema de *common law* distingue entonces entre los llamados *liquidated damages* y *penalty damages*. Los primeros cumplen una función indemnizatoria, como liquidación anticipada de los daños, mientras que los segundos cumplen una función punitiva. Los primeros se consideran válidos, mientras que los segundos, contrarios al orden público. De hecho, si se considera punitiva, la cláusula se hace inaplicable, de modo que se podrían reclamar los daños y perjuicios causados y probados.

La calificación como unos u otros, dependerá, como dice Feliú Rey (2014), de «la intención de las partes, esencialmente, y de otros factores concurrentes en cada caso, como la proporción entre la cuantía pactada y los daños previsibles» (p.192)⁵⁴⁸. Entre otros criterios, se analiza si la suma fijada es una irrazonable estimación de los daños, o si se ha pactado por partes que tienen el mismo poder de negociación, etc.⁵⁴⁹.

547 UNIDROIT. (2012). Comentarios Oficiales a los Principios UNIDROIT. Disponible online en: <http://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2010/integralversionprinciples2010-s.pdf>. p. 304.

548 Feliú Rey, J. (2014). Cláusula penal: naturaleza de la pena, moderación judicial y su posible configuración como título ejecutivo. Recuperado de: https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-2014-10016900218_ANUARIO_DE_DERECHO_CIVIL_CI%Elusula_penal:_naturaleza_de_la_pena,_moderaci%F3n_judicial,_y_su_posible_configuraci%F3n_como_t%EDtulo_ejecutivo:

549 Mesinas Montero, F. G. (2006). Op. cit., p. 4.

«El tratamiento de una cláusula de liquidación de daños varía sutilmente entre las diferentes jurisdicciones de los Estados Unidos, pero generalmente las cortes consideran dos elementos para determinar si una cláusula de liquidación de daños es ejecutable. El primero es el elemento de la incertidumbre; si el daño causado por el incumplimiento es difícil de calcular. El segundo elemento supone analizar si el monto de la cláusula de liquidación de daños es razonable en proporción al daño real. Si no lo es, es una penalidad, la cual es contraria al orden público, y por ello, es inejecutable»⁵⁵⁰ (McKeena, 2008, p.1).

Como puede apreciarse, la distinción entre cláusulas indemnizatorias y punitivas es relevante de cara a la jurisprudencia perteneciente al sistema *Common Law*, que no admite las segundas.

En cambio, en el ordenamiento jurídico peruano, dado que las cláusulas compulsorias no solamente no están prohibidas, sino que implícitamente están permitidas (pues la indemnización prevista por anticipado puede ser superior a los daños ocasionados), esta distinción debería ser irrelevante.

Desafortunadamente, no lo es, pues la pena puede ser modificada hacia abajo, aunque las partes no lo hubieran previsto, y hacia arriba si las partes hubieran pactado la indemnización del daño ulterior. De esta manera, la regla de mutabilidad de la pena privilegia la función indemnizatoria sobre la compulsoria, pues apunta a que la indemnización sea lo más cercana posible al monto del daño ocasionado.

550 Traducción libre de: The treatment of liquidated damage clauses varies slightly among different jurisdictions within the United States, but generally the courts consider two elements to determine whether a liquidated damage clause is enforceable. The first is the uncertainty element; whether the harm caused by the breach is difficult to calculate. The second element is whether the amount of the liquidated damages is reasonable in proportion to the actual or anticipated harm. If it is not, it is a penalty, which is against public policy, and therefore the clause is unenforceable.
McKeena, J. F. (2008). Liquidated Damages and Penalty Clauses: A Civil Law versus Common Law Comparison. The Critical Path. Recuperado de: <https://www.reedsmith.com/files/Publication/e5e3e826-020f-4c4d-b5b1-ab1a8b50530f/Presentation/PublicationAttachment/085e07b6-e8f9-402c-b980-cc660a4956d2/0804crit.pdf>

Existe pues una conexión entre las funciones que pueden cumplir las cláusulas penales y la posibilidad de que sean modificadas por el juez.

11.4 Relación entre las funciones de la cláusula penal y su modificación judicial

La doctrina se refiere a la posibilidad de modificar judicialmente la cláusula penal, o la prohibición de hacerlo, como situaciones en las que se privilegia la equidad o la seguridad jurídica, respectivamente⁵⁵¹ (Osterling Parodi y Castillo Freyre, 2008).

Sin embargo, consideramos que asociar la posibilidad de modificar judicialmente la pena a una idea de «equidad» es un error. De hecho, hacerlo sin la anuencia de ambas partes es justamente lo contrario: ni equitativo ni justo. Es todavía más equivocado disociar los conceptos de equidad y de seguridad jurídica, cuando ambos están imbricados. La equidad supone respetar la palabra empeñada. Si se hubiesen presentado situaciones patológicas que revelen un claro desequilibrio en las posiciones de las partes, como abuso de derecho o vicios de la voluntad, por ejemplo, la parte afectada tendría habilitados los remedios para evitar las consecuencias no deseadas por el ordenamiento, pero dichos remedios deberían ser distintos de la modificación judicial.

Lo que es reñido con la equidad es sustituir el pacto adoptado libremente, por el que las partes consideraron que era un elemento del equilibrio contractual evitar la carga de aportar material probatorio en relación con los daños alegados, considerando el inicio de un proceso largo y costoso.

En efecto, la inversión de la carga de la prueba, que en principio corresponde al acreedor, es un importante elemento del equilibrio contractual elegido a través de una composición de las cláusulas contractuales que hacen sintonizar las posiciones de las partes. Como ya se ha dicho, es relevante para el acreedor que prevé una cláusula penal,

551 Osterling Parodi, F. y Castillo Freyre, M. (2008). Op. cit., p. 961.

evitar la incertidumbre y los costos asociados a la prueba del daño, así como evitar, claro está, que el deudor tenga una vía habilitada para demostrar que no se generaron daños o que estos fueron menores con el propósito de reducir la indemnización pactada libremente.

11.5 La reducción de la cláusula penal no es compatible con un adecuado concepto de equidad

La facultad judicial de reducir la pena es regulada por el Código Civil peruano de la siguiente manera:

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

La posibilidad de que hoy se permita la reducción judicial de la cláusula penal a pesar del pacto de las partes obedece a una evolución ideológica, que, asumiendo que el deudor es la parte débil de la relación contractual, puso un coto a la libertad de los contratantes de fijar por anticipado la suma que podría satisfacer los intereses del acreedor en caso de incumplimiento.

Las regulaciones sobre la reducción de la cláusula penal no son uniformes. Mientras en el Perú no existen topes máximos a la indemnización prevista por anticipado, en otros ordenamientos sí los hay⁵⁵². Mientras en el Perú es necesario que esta facultad se ejerza a solicitud del deudor, en otros ordenamientos hay quienes sostienen que puede hacerse de oficio. Mientras en el Perú puede reducirse la penalidad por ser «manifiestamente excesiva», en otros ordenamientos solo puede hacerse ante un cumplimiento parcial o imperfecto.

552 Por ejemplo, el Código Civil de Brasil señala que la pena no puede ser mayor al valor de la obligación incumplida.

Sobre el porqué de esta potestad, los comentarios a los Principios UNIDROIT, que recogen la práctica internacional, señalan que la razón de esta facultad judicial de reducir la penalidad es la necesidad de evitar abusos, al punto que las partes no pueden, de acuerdo con el Artículo 7.4.13 de dichos Principios, excluir la posibilidad de reducción.

En defensa de la regulación proteccionista del deudor que permite la reducción de la cláusula penal, podría intentarse señalar que si bien esta facultad judicial puede ejercerse en contra del pacto libremente previsto por las partes, la inversión de la carga de la prueba se mantiene: el acreedor no es quien debe probar los daños, como ocurriría con el régimen general de responsabilidad civil, sino que es el deudor quien tendría que realizar una activa tarea probatoria: demostrar que la pena es excesiva en relación con los daños ocasionados.

El anterior es un argumento interesante, pero poco convincente, pues está asociada a la facultad de reducción judicial de la pena, una inevitable dosis de subjetividad. Como mencionan Osterling y Castillo (2008):

«¿Podría un juez, en estos casos, decidir si la indemnización es excesiva o insuficiente tan solo con criterio de conciencia y sin que se actuaran las pruebas de la existencia o inexistencia de los perjuicios, o de su cuantía? ¿O sería necesario, para que el juez modificara la pena, que se demostrara indubitadamente que el acreedor sufrió perjuicios superiores o inferiores a los pactados? Parece claro que es esta última solución la que debe prevalecer⁵⁵³» (p.962).

Parece claro que no debería primar un criterio subjetivo, sino que, luego de desplegar una actividad probatoria suficiente, el deudor debería acreditar que los perjuicios ocasionados fueron menores a los previstos. Este ideal es menos complicado de alcanzar cuando la reducción se solicita debido a un cumplimiento parcial o irregular

553 Osterling Parodi, F. y Castillo Freyre, M. (2008). Op. cit., p. 962.

de las obligaciones, pero difícilmente podrá alcanzarse este ideal probatorio cuando la reducción se solicite porque la pena es «manifiestamente excesiva».

En este último caso cabe preguntarse hasta qué punto es posible la apreciación subjetiva del juez. Ciertas decisiones judiciales revelan que las cortes suelen resolver según su leal saber y entender, sin hacer un exhaustivo análisis de los medios probatorios; y sin exigir al deudor demostrar que los daños producidos eran menores que los pactados⁵⁵⁴.

Algo parecido ocurre, por ejemplo, con los tribunales y doctrina españoles, que se refieren a términos como «facultad discrecional», «prudente arbitrio», «norma elástica», al punto que algunos autores sostienen que la facultad de reducción puede aplicarse de oficio. Sin embargo, la doctrina es en general pacífica al sostener lo contrario:

«El hecho de que la intervención del Juez sea facultativa representa una ventaja para una caracterización conminatoria de la pena convencional, pues la duda sobre si el Juez moderará o no crea una incertidumbre disuasoria, intimidatoria, y por lo tanto preventiva del incumplimiento. La actuación de oficio delimita el carácter disuasorio de la figura, pues el deudor sabe que en cualquier caso, aunque no lo solicite, los Tribunales intervendrán»⁵⁵⁵ (Espín Alba, 1997, pp.69-70).

Por cierto, habilitar a los jueces a reducir la pena solo si el deudor se lo pide y no de manera unilateral o de oficio no es razón suficiente para negar que dicha facultad impacta sustantivamente los intereses del acreedor, dado que los criterios asumidos por las cortes son tan subjetivos y poco exigentes con el deudor en materia probatoria que la cláusula penal termina siendo demasiado flexible.

Hay pues una disociación entre lo que razonablemente sostiene la doctrina y lo que vienen haciendo las cortes.

554 Ibidem, p. 978.

555 Espín Alba, I. (1997). Op. cit., pp. 69-70.

Así por ejemplo, los comentarios a los Principios UNIDROIT, al referirse a este punto, señalan que la pena será «manifiestamente excesiva», cuando «claramente así se perciba por cualquier persona razonable» (p.306)⁵⁵⁶. Comentando estos principios, y en particular la facultad moderadora del juez, se ha señalado que la finalidad de la regla es prevenir abusos, pero según Feliú Rey⁵⁵⁷ (2014): «Esta capacidad moderadora del órgano judicial no tiende a equiparar la cantidad pactada con los daños ocasionados, ya que de ser así estaríamos ante una mera cláusula indemnizatoria liquidatoria» (p.196).

Nótese así que, visto el problema de manera razonable, incluso si se admite la facultad de los jueces de reducir la penalidad, su función disuasiva o compulsoria debería admitirse; es decir, la penalidad no necesariamente tendría que reducirse al monto del daño causado.

Sin embargo, hay señales que revelan que no es eso lo que necesariamente hacen las cortes. Por ejemplo, en el considerando cuarto de la sentencia emitida por la Corte Superior de Justicia de Lima, el 31 de julio de 1997, en el Exp. N° 276-97 se señaló: «Que, la suma adeudada a la parte demandante está garantizada con la hipoteca sobre un inmueble de propiedad del demandado en este proceso (...), lo que limita también los daños que pudieran sufrir los acreedores ante el incumplimiento del obligado, puesto que la obligación se encuentra debidamente garantizada».

Lo que hizo la Corte fue considerar que la existencia de una garantía real es lo suficientemente ventajosa para el acreedor como para «compensar» este beneficio con la reducción del privilegio que confiere una cláusula penal. Sin embargo, la Corte no tuvo en cuenta dos consideraciones fundamentales: las cláusulas contractuales no son intercambiables entre sí, sino que dan forma a una entidad que logra su propio equili-

556 UNIDROIT. Comentarios Oficiales a los Principios UNIDROIT. 2012, p. 306.

Disponible online en:

<http://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2010/integralversionprinciples2010-s.pdf>.

557 Feliú Rey, J. (2014). Op. cit., p. 196.

brio a través del juego de las ventajas y desventajas establecidas para ambas partes. En segundo lugar, la Corte no considera el costo en tiempo y dinero de la ejecución de una garantía.

Un razonamiento como el indicado genera incentivos perversos que, en teoría, podrían conducir a que las garantías y la cláusula penal sean incompatibles y no puedan convivir. La consecuencia natural de ello sería que se endurezcan las condiciones o de las unas o de la otra⁵⁵⁸. Ello porque el acreedor intentará protegerse del incierto daño que amenaza sus intereses de producirse el incumplimiento.

Pensando en las objeciones a la reducción judicial de la pena sin mayores parámetros que confieran certeza y predictibilidad a las partes, se ha elaborado una propuesta de modificación en los términos siguientes, como lo explica Freyre⁵⁵⁹:

«El juez, a solicitud del deudor, puede reducir equitativamente la pena solo cuando la obligación principal hubiese tenido un cumplimiento inexacto, el mismo que hubiera sido aceptado por el acreedor, o cuando se trate de contratos celebrados por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación» (Castillo, 1998, p.803).

Para evitar la subjetividad propia de la categoría «manifiestamente excesiva», la propuesta permitiría la reducción solamente en casos de cumplimiento inexacto y en los casos de contratación en masa, debido a que «en estos casos es una sola de las partes la que redacta previa y unilateralmente el contenido de casi todo (o todo) el contrato y, en tal sentido, se pueden establecer como cláusulas penales sumas realmente usurarias, contra las cuales el consumidor o usuario se hallaría indefenso»⁵⁶⁰.

558 Interesante que en el Derecho alemán la posibilidad de reducción esté reservada para los casos en que las partes no actúan como empresarios en ejercicio de sus actividades, aunque en nuestra opinión este intento no enerva las objeciones contra la reducción judicial.

Marín García, I. (2009). *Moderación judicial de la cláusula penal en Derecho español*. Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE) Annual Papers. 2009, p. 6. Disponible online en: <https://escolarship.org/uc/item/24k1x2g6>.

559 Castillo Freyre, M. Tentaciones Académicas. Reforma del Código Civil Peruano de 1984 (tomo II). Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. p. 803.

560 *Ibidem*, p. 803.

Estamos en desacuerdo con la propuesta, pues la inclusión de las llamadas relaciones jurídicas estándares como situación «excepcional» que amerita la reducción, supone partir de una premisa equivocada: regular mediante estándares de dirigismo contractual que determinan *per se* qué es bueno y qué es malo para los consumidores (con quienes típicamente se contrata a través de cláusulas generales de contratación o contratos por adhesión).

Lo que debe primar en las relaciones surgidas de la contratación en masa es un estándar informativo, que pone el acento en la necesidad de ofrecer información para tomar decisiones responsables. Si el proveedor incurre en situaciones abusivas, o si los consumidores han incurrido en error, puede aplicarse los remedios civiles correspondientes, sin perjuicio de aplicarse las consecuencias administrativas en el marco de las normas de protección al consumidor.

Como ya hemos indicado, menciona Rebaza González⁵⁶¹ que «... existen elementos para señalar que los criterios adoptados a efectos de reducir la penalidad parten de una premisa errónea, cual es la de considerar que el deudor se encuentra en posición de desventaja frente al acreedor» (Rebaza González, 2003, p.26).

A pesar de ello, en el Perú los deudores pueden desdecirse de sus propios compromisos solicitando al juez que reduzcan el monto de la indemnización que ellos fijaron libremente, y sin mayores parámetros que brinden objetividad a la disminución. Es una ventaja, al menos, que la decisión no pueda ser de oficio.

Podría intentar sostenerse que el artículo 1346 del Código Civil permite (no prohíbe) pactar en contra, lo cual está vedado por el artículo 7.4.13 de los Principios UNIDROIT (estos permiten reducir la penalidad incluso cuando se hubiese pactado en contra de la disminución), y que, por tanto, sí es permitido que las partes excluyan expresamente la posibilidad de reducción judicial de la penalidad.

561 Rebaza González, A. (2003). ¿Mutabilidad o inmutabilidad? La desnaturalización de la cláusula penal en el Código Civil. *Revista Jurídica del Perú*, 42, 26.

A pesar de que la posición anterior nos genera simpatía, nos parece que no es sostenible, por ser contradictoria con la lógica proteccionista del deudor que sustenta la regla, al punto de que esta perdería de sentido. Y nos guste o no, mientras la regla no sea expulsada del ordenamiento jurídico, existe.

Antes que proponer una aplicación excepcional de la facultad revisora de la cláusula penal para atenuar sus efectos, o antes que permitir a las partes que pacten contra ella, lo coherente es eliminar la potestad judicial de intervenir en el contenido del contrato. Frente a las alegaciones referidas a la equidad y los abusos, siempre quedan los remedios tradicionales, como una acción por abuso de derecho, o por lesión, o por error, de ser el caso.

11.6 El aumento de la cláusula penal parece, pero no es compatible con un adecuado concepto de equidad

Ante la dificultad de que la solución mencionada sea llevada a la práctica, podría decirse que una alternativa realista es conceder un tratamiento equitativo a ambas partes en lo que se refiere a la revisión de la penalidad, de modo que, incluso sin haberse previsto pacto de daño ulterior se pueda aumentar la penalidad a pedido del acreedor. Sin embargo, como ocurre con las propuestas que pretenden mitigar la facultad del juez de reducir la penalidad, permitir que la aumente en caso de ausencia de pacto, tampoco es la solución más acertada. Osterling y Castillo (2008) señalan:

«El acreedor cuyo contrato no se cumple merece, por lo menos, un trato igual que el deudor. Si se admite la modificación de la cláusula penal, si se introduce en las legislaciones el principio jurídico de su revisión, si se persigue una solución equitativa, que este principio de equidad rija, en igual medida, para el acreedor y para el deudor. Dentro de tal orden de ideas, un sistema de mutabilidad absoluta (que permita aumentar o reducir la penalidad) salvaría la incoherencia planteada bajo el sistema de la inmutabilidad relativa, el cual concede la facultad de reducir el monto de la penalidad, pero no admite la

posibilidad de aumentarla. (...).

No obstante ello, este sistema no soluciona el problema de la desnaturalización de la cláusula penal, que conlleva la posibilidad de modificar su monto. En efecto, la solicitud de disminución o aumento de la penalidad por parte del deudor o del acreedor, según corresponda, inducirá a las partes, necesariamente, a entrar al tema de la probanza de los daños. De este modo, **las partes habrían caído, irremediablemente, en el supuesto que quisieron evitar mediante la liquidación convencional anticipada de los daños** que, de manera previsible, pudieran derivarse del incumplimiento»⁵⁶² (p.967). (Las negritas son nuestras).

Reconocemos que equiparar al acreedor y deudor de modo que la revisión judicial pueda hacerse hacia arriba o hacia abajo sería un mal menor, pues al menos se guardaría coherencia. Sin embargo, ello no solucionaría el problema de fondo, que es una afectación a la autonomía privada.

11.7 La modificación judicial de la pena es una solución incompatible con una genuina noción de autonomía privada

Coincidimos con los autores antes citados en que un sistema de mutabilidad favorable al acreedor y al deudor conduciría irremediablemente a las partes a la necesidad de desplegar la actividad probatoria que querían evitar. Dicho con otras palabras, en ambos casos se produce una intromisión en la decisión que previa y libremente habían tomado ambas partes. Si la decisión previa adolece de vicios que invalidan la formación de la voluntad, es posible aplicar los remedios que correspondan.

562 Osterling Parodi, F. y Castillo Freyre, M. (2008). Op. cit., p. 967.

A pesar de lo anterior, un sector de la doctrina justifica la reducción judicial de la pena por «la necesidad de actuar con proporcionalidad, con vistas a **corregir los excesos de la autonomía** privada» (las negritas son nuestras)⁵⁶³. Sin embargo, pensamos que las situaciones extremas que ameritarían una corrección pueden protegerse mediante sus propias vías.

Las partes buscan mecanismos de aseguramiento contractuales distintos a las garantías clásicas, como por ejemplo las cláusulas de vencimiento anticipado o las cláusulas penales, que no pueden entenderse de manera aislada, sino que tienen correspondencia con otras estipulaciones del contrato. Hay así, un efecto reflejo entre las cláusulas ventajosas para el acreedor y las cláusulas ventajosas para el deudor que permite a las partes alcanzar una situación que ellas consideran equilibrada.

Alterar unilateralmente una de ellas sin afectar las disposiciones con las que está imbricada no solo afecta la libertad contractual sino que además es injusto. Esta situación es leída por los agentes económicos como ausencia de certeza sobre la indemnización a obtener en caso de incumplimiento.

Una manera relativamente sencilla de «compensar» este riesgo es endureciendo otras condiciones del contrato. Como señalan Osterling y Castillo (2008): «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»⁵⁶⁴ (p.964).

En efecto, como menciona Espín Alba⁵⁶⁵ (1997):

«... si la cláusula penal pierde sus virtudes básicas que la hacen merecer la calificación de “garantía”, debido a una fuerte interven-

563 Espín Alba, I. (1997). Op. cit., p. 63.

564 Osterling Parodi, F. y Castillo Freyre, M. (2008). Op. cit., p. 964.

565 Espín Alba, I. (1997). Op. cit., p. 45.

ción judicial, los acreedores buscarán otras formas de garantizar el cumplimiento de las obligaciones. En suma, como en todos los temas de orden público de protección, el exceso de medidas intervencionistas puede llevar bien a una desprotección real de la parte contratante más débil, bien a un desuso de la figura regulada» (p.45).

Las buenas intenciones no son suficientes cuando, paradójicamente, lejos de proteger a quien se considera una víctima, se le impone condiciones que repercuten en su propio perjuicio: la falta de confianza y la inseguridad jurídica cuestan. Este costo es trasladado por quien asume el riesgo de la falta de certeza a quien es la causa de la incertidumbre: el acreedor traslada el riesgo al deudor mediante condiciones más onerosas.

La distribución de los riesgos del contrato se efectúa a través de diversas disposiciones, no solamente referidas a la penalidad, sino además al plazo, precio, intereses, garantías, vencimiento anticipado, etc., de modo que la mejora de una condición para una de las partes podría importar el desmedro de otra estipulación. Por lo demás, las partes comunican de este modo información creíble sobre su propia fiabilidad, que permitan determinar los términos en que se pueden hacer negocios con ellas⁵⁶⁶ (Posner, 1998).

En esta línea, Marín García⁵⁶⁷ señala:

«...el aumento o disminución de la suma pactada puede responder a una transferencia del riesgo entre los contratantes, la cual se traduciría en el correlativo incremento o rebaja de la contraprestación, según el sujeto asegurado. Quizás este sea el motivo que explica la mayoría de desviaciones de la cuantía pactada respecto el daño efectivo, pues el pacto de liquidación es un mecanismo idóneo para la transmisión del riesgo inherente a todo contrato susceptible de ser incumplido» (Marín García, 2009, p.5)

⁵⁶⁶ Posner, R. A. (1998). *Análisis Económico del Derecho*. México: Fondo de Cultura Económica. p. 126.

⁵⁶⁷ Marín García, I. (2009). *Op. cit.*, p. 5.

En realidad, en situaciones extremas, podría haber soluciones que guarden armonía con la autonomía privada, aplicando los remedios generales ofrecidos por el Derecho Civil, como por ejemplo, acreditar la existencia de error siempre que cumpla con los requisitos de ser esencial y conocible por la otra parte; o la existencia de abuso de derecho, siempre de manera excepcional.

De hecho, la justificación asignada por la doctrina a la posibilidad de reducción de la pena es, según Espín Alba⁵⁶⁸, «evitar situaciones abusivas, muchas veces próximas al concepto de enriquecimiento injusto» (p.97).

Esta posición ha sido asumida incluso mediante por el Tribunal Constitucional, mediante sentencia del 5 de octubre de 2009, recaída en el Exp. N° 5311-2007-PA/TC. El caso se refiere a una cláusula penal absolutamente draconiana o de imposible cumplimiento en la práctica, lo que suponía una situación de abuso de derecho. Para el Tribunal, no puede aceptarse que el ejercicio de un derecho fundamental (libertad de contratación) se instrumentalice para convertirse en fuente que legitime excesos. Considera aplicable el artículo 103 de la Constitución, que proscribe el abuso de derecho.

Algo parecido ocurrió con la sentencia del 1 de octubre de 1999, emitida por la Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento en el Exp. N° 1665-99. Indicó que si bien el juez puede reducir equitativamente la pena a solicitud del deudor cuando es manifiestamente excesiva, el demandado no hizo uso de ese derecho, pero fue aplicado el artículo II del Título Preliminar del Código Civil, que prohíbe el abuso de derecho.

Como puede apreciarse, hay remedios menos invasivos que la modificación directa de un pacto asumido libremente por las partes, que pueden aplicarse ante situaciones severamente patológicas. Según Goetz y Scott⁵⁶⁹ (1997):

568 Espín Alba, I. (1997). Op. cit., p. 97.

569 Traducción libre de: «The modern development of unconscionability as a unifying fairness principle presents a less costly alternative to the sweeping invalidation powers exercised under the penalty rule. With our present enhanced access to information and consequential greater accuracy in individual risk evaluation, an enforcement model which facilitates the recovery of difficult-to-prove values would appear to maximize the allocative efficiency of the contracting process». Goetz, C. & Scott, R. (1977). Liquidated Damages, Penalties and the Just Compensation Principle: Some Notes on an Enforcement Model and a Theory of Efficient Breach. Columbia Law Review Association, Inc 4(77), 554-594. Recuperado de www.jstor.org/stable/1121823.

«La evolución moderna de la teoría de la *unconscionability*⁵⁷⁰ como un principio de justicia unificador representa una alternativa menos costosa a la radical invalidación de potestades contractuales bajo la regla que prohíbe las penalidades. Con la actual mejora en el acceso a la información y mayor exactitud en la evaluación del riesgo individual, un modelo de exigibilidad que facilita el reconocimiento de daños difíciles de probar, parecería maximizar la asignación eficiente de recursos a través del proceso contractual» (Goetz y Scott, 1977, p.594)

Es interesante que un sector de la doctrina del *Common Law*, sistema en principio re-nuente a la función compulsoria de la fijación anticipada de daños, cuestione la posibilidad de los jueces de modificarlos, cuando para evitar situaciones patológicas existen remedios menos drásticos. Según Schwartz⁵⁷¹:

«Las cortes, de este modo, ya no se deberían concentrar en la cuantía del multiplicador del daño del contrato⁵⁷²: los multiplicadores de cualquier tamaño pueden ser eficientes o ineficientes, dependiendo de la función que cumplan. La implicación práctica de esta conclusión

570 Aunque no hay una categoría equivalente en la legislación peruana, a efectos de este trabajo una provisión se entenderá como unconscionable si adolece de una suerte de vicio de voluntad derivado de la falta de conciencia de uno de los contratantes sobre la existencia y efectos de la estipulación. Hay dos tipos de unconscionability, una procedimental y otra sustantiva. Con la primera se analiza el proceso de formación del contrato. Con la sustantiva se examinan los términos del contrato, analizando la razonabilidad comercial de la transacción, el propósito y efectos de las estipulaciones, la distribución de riesgos, etc. Para evaluar si una cláusula o contrato es unconscionable se debe determinar si hay desequilibrio entre el poder de negociación de las partes y si la parte fuerte de la relación ha tomado ventaja sobre la parte débil.

571 Traducción libre de: «Courts therefore no longer should focus on the size of the contract's damage multiplier: multipliers of any size can be efficient or inefficient, depending on the function they were set to serve. The practical implication of this conclusion is that a promisor no longer should be permitted to defend a suit on liquidated damage clause by asserting that the clause is a penalty. Rather, the promisor should be limited to the traditional defenses of unconscionability and restraint of trade». SCHWARTZ, Alan. *Optimal Penalties in Contracts*. Yale Law School: Faculty Scholarship Series, 2003, p. 37. Disponible online en: https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers.

572 Se entiende que el «multiplicador» equivale a 1 cuando la cláusula penal permite indemnizar todos los daños generados. Es menor a 1 si la penalidad es inferior al daño; y es mayor a 1 si la penalidad resulta superior.

es que a un obligado ya no debe permitírsele defender la moderación de una cláusula de liquidación de daños argumentando que es una penalidad. En su lugar, el obligado debe limitarse a las defensas tradicionales de la teoría de *unconscionability* y restricciones a la libre competencia» (Schwartz, 2003, p.37).

Nótese que el autor incluye una posibilidad para cuestionar las cláusulas penales excesivas: cuando estas se pactan con el propósito de dañar la competencia, como ocurriría, por ejemplo, con la penalidad prevista para el incumplimiento de un compromiso de exclusividad. El propósito de esta sería desincentivar el incumplimiento (y por tanto preservar la exclusividad), dificultando así el ingreso de un nuevo competidor en el mercado.

Habiendo entonces remedios de carácter civil o incluso mercantil para remediar situaciones patológicas, es contrario a la equidad partir de la premisa que la cláusula penal debe limitarse para mejorar la posición jurídica del deudor. Ambos, acreedor y deudor ameritan protección, y son ellos, mediante el conocimiento de los riesgos que asumen y de las posibilidades de incumplimiento, quienes están en mejor posición para encontrar una relación equilibrada. Por el contrario, inducir a que los contratantes se aparten de aquello a lo que se habían comprometido está reñido con la equidad y con la justicia.

11.8 Particularidades de la intervención judicial tratándose de una cláusula penal moratoria

La aplicación de los intereses moratorios en caso de retraso en el pago de una obligación dineraria excluye la posibilidad de aplicar una penalidad, toda vez que ambas tienen la misma finalidad, que es indemnizar los daños ocasionados por el retraso en el pago. Así, mientras el artículo 1242 del Código Civil señala que la finalidad de los intereses moratorios es indemnizar la mora en el pago, el artículo 1342 asigna esta misma finalidad a la penalidad.

En este punto debe recordarse que la regulación de la cláusula penal permite pactar la indemnización del daño ulterior, con acreditación de los daños en exceso, pero en el caso de retraso en el pago de obligaciones dinerarias hay una particularidad: si se excede en las tasas máximas de interés se tipifica el delito de usura. Así, en caso que los daños y perjuicios derivados del retraso en el pago de una suma de dinero fuesen mayores a los pactados, para requerir su pago a través de la indemnización del daño ulterior, además de acreditarse que ellos se generaron, no podrían exceder de la tasa máxima de interés (que en el Perú solo rigen para operaciones fuera del sistema financiero).

Desde la Antigüedad grecorromana, el mundo occidental condena la usura⁵⁷³. Esta condena fue profundizada por los teólogos y la Iglesia medieval. Los tres principales argumentos para oponerse a la usura estaban basados en la ley natural.

En primer lugar, el dinero era considerado estéril, puesto que «por sí solo no podía fructificar ni reproducirse»⁵⁷⁴. Cobrar intereses era, en palabras de Fray Tomás de Mercado, «hacer parir la moneda siendo más estéril que las mulas»⁵⁷⁵.

En segundo lugar, tampoco se concebía que el tiempo pudiese incrementar el valor del dinero. Solo la inversión podía generar tales beneficios, por lo que exigir un interés al prestatario era considerado no solo ilícito, sino injusto. De este modo, la tradición escolástica medieval consideraba que debido a la naturaleza del dinero, este se consume con su uso. Así, como ocurre con cualquier otro bien consumible, como el pan o el vino, el dinero es inseparable de su propia sustancia. De acuerdo con esta tesis, «rentar» dinero o cargar intereses por su uso equivale a cobrar por algo que no existe, lo cual es injusto⁵⁷⁶.

573 Martínez López-Cano, M. P. (2001). *La génesis del crédito colonial*. México: Universidad Nacional Autónoma de México. p. 24.

574 *Ibidem*, p. 24.

575 *Ibidem*, p. 25.

576 Chafuen, A. (2003). *Faith and liberty: the economic thought of the late scholastics*. Maryland: Acton Institute.

En tercer lugar, la suma entregada y la restituida tenían que ser las mismas, lo cual es coherente con el concepto de justicia conmutativa, imperante en dicho tiempo.

A pesar de la condena teológica al cobro de intereses, esta conducta se realizaba en la práctica. Se produjeron entonces numerosos intentos por darle validez teórica a lo que ya venía ocurriendo en los hechos. A diferencia del mundo medieval, en el mundo moderno las regulaciones, en general, permiten el cobro de intereses por el préstamo de dinero. Sin embargo, es común que fijen precios o tasas máximas.

Con los topes máximos se impide a quien calificaría como deudor riesgoso acceder a un préstamo que le permita aliviar sus necesidades, debido a la prohibición de fijar un precio –o tasa– acorde con el nivel de riesgo. La regulación referida a las tasas de interés fuera del sistema financiero no se ha alterado, y se origina en un sistema legal anterior a la Constitución de 1993.

En el Perú existe pues una doble regulación del cobro de intereses. El sistema financiero no fija una tasa de interés: la deja flotar, pero las operaciones ajenas al sistema financieras sí están sujetas a una tasa máxima de interés fijada por el Banco Central de Reserva del Perú, que equivale a la tasa promedio del sistema financiero para créditos a la microempresa y es expresada en términos efectivos anuales (Circular N° 021-2007-BCRP).

Esto impide que las tasas de interés ajenas al sistema financiero reflejen adecuadamente los niveles de riesgo, generando un mercado informal en el que las tasas de interés superan largamente a las aplicadas en el sistema financiero, y se exigen garantías en condiciones leoninas.

Para eludir estas restricciones, las partes podrían pretender un pacto de penalidades en caso de mora que superen la tasa máxima de interés para las operaciones ajenas al sistema financiero.

Aun cuando la existencia de una tasa máxima de interés es cuestionable, lo cierto es que mientras no se modifique la regulación que limita los intereses, esta regulación no puede eludirse mediante una cláusula penal pactada para el caso de retraso en el pago de una obligación dineraria, puesto que se estaría admitiendo una situación de fraude a la Ley. El actuar de las partes se convierte en una acción fraudulenta al escudarse tras una norma (artículo 1342) para defraudar otra (artículo 1243)⁵⁷⁷.

Es claro que existe un límite a las tasas de interés en operaciones fuera del sistema financiero y que cabe la posibilidad de alegar la existencia de fraude a la ley (invalidéz por finalidad ilícita) cuando una tasa superior a la permitida se esconde bajo el manto de la cláusula penal. Con el propósito de evitar esto último, la Sentencia de primera instancia del 28 de noviembre de 1994, recaída en el Exp. N° 533-93-Z señaló que el establecimiento de una penalidad a favor del acreedor cuando se ha pactado simultáneamente el pago de intereses compensatorios y moratorios importa una doble «sanción» para el deudor. Hasta allí estamos de acuerdo, a pesar de la poca precisión de los términos. Lo que es equivocado es considerar que ello configura abuso de derecho por parte del acreedor, que de hacerse efectivo produciría un enriquecimiento indebido.

El error es doble, pues de un lado, no es necesario acudir a la figura del abuso de derecho, sino que se trataría más bien de una situación fraudulenta. De otro lado, no es posible alegar enriquecimiento sin causa, pues el enriquecimiento indebido no se origina en el cumplimiento de un acto jurídico válido o de un mandato legal, en cuyo caso se produciría un incremento patrimonial causado.

Lo importante en este punto es que, estemos o no de acuerdo con la existencia de tasas máximas de interés en operaciones para entregar sumas de dinero ajenas al sistema financiero, lo cierto es que los topes se han fijado, y no pueden eludirse de manera fraudulenta a través de penalidades que esconden intereses prohibidos por excesivos.

577 La única alternativa para el acreedor de una suma dineraria en caso de retraso en el pago, que quisiera cobrar una suma mayor a la permitida por la tasa máxima de interés, sería –siempre que hubiera pactado el daño ulterior– demostrando que la naturaleza del daño generado es distinto del que se remunera con la tasa de interés.

Por lo demás, esta reglamentación es de orden público, dado que su contravención supone la comisión de un delito.

Dicha elusión la podría pretender el acreedor que desea una penalidad mayor. A continuación se verá la situación inversa, en la cual es el deudor el que pretende una suma indemnizatoria baja o ínfima.

11.9 Limitación de responsabilidad en caso de una cláusula penal insuficiente

En los párrafos anteriores se mencionaron las posibilidades para combatir penalidades excesivas sean compensatorias o moratorias. Veamos qué ocurre con las cláusulas penales ínfimas en relación con el daño causado. Son pertinentes en este punto las normas referidas a la limitación de la responsabilidad. Como señala Feliú Rey⁵⁷⁸ (2014):

«La previsión contractual de una suma apreciablemente inferior a los daños reales debe tratarse desde la perspectiva de las cláusulas de limitación de la responsabilidad» (p.197).

El artículo 1328 del Código Civil señala que es nula toda estipulación que excluya o limite la responsabilidad por dolo o culpa inexcusable del deudor o de los terceros de quien este se valga.

El artículo 7.1.6 de los Principios UNIDROIT también reprueba los casos de limitación de responsabilidad basados en la deslealtad: «una cláusula que limite o excluya la responsabilidad de una parte por incumplimiento o que le permita ejecutar una prestación sustancialmente diversa de lo que la otra parte razonablemente espera, no puede ser invocada si fuere manifiestamente desleal hacerlo, teniendo en cuenta la finalidad del contrato». Los Comentarios Oficiales a los Principios UNIDROIT señalan que las cláu-

578 Feliú Rey, J. (2014). Op. cit., p. 197.

sulas de exoneración de responsabilidad son en principio válidas, pero no se pueden invocar si resulta notablemente injusto valerse de ella.

Cabe preguntarse si a la regulación de la cláusula penal puede aplicarse el artículo 1328 del Código Civil, que impide limitar o excluir la responsabilidad en caso de dolo o culpa inexcusable. La posición mayoritaria es que sí.

Sin que el presente trabajo tenga como propósito un análisis exhaustivo de las restricciones a la responsabilidad por dolo o culpa inexcusable, nuestra posición en este punto debe guardar coherencia con lo antes expresado a propósito de la penalidad y el pacto de intereses.

Así, aun cuando nuestra posición es contraria a la existencia de una tasa máxima de interés (la que rige para operaciones ajenas al sistema financiero), pensamos que la cláusula penal no puede servir de vehículo para defraudar la regulación de los intereses. En efecto, el sistema de responsabilidad civil debe guardar armonía al interior de sus disposiciones, de modo que, mientras no se libere el mercado del dinero eliminando los topes a sus precios (intereses), el resto de disposiciones, incluidas las referidas a la cláusula penal, deben ser coherentes con la decisión adoptada por el legislador.

De la misma manera, aun cuando esta conclusión pueda repercutir en el esquema de distribución de riesgos previstos por las partes, la regla que prohíbe la limitación o exclusión de responsabilidad por dolo o culpa inexcusable también debe aplicarse a la cláusula penal. Esta prohibición es particularmente discutible cuando se trata de una situación de culpa inexcusable, dado que la línea divisoria con la culpa leve no es fácil de establecer.

Sin embargo, mientras no se cuestione la conveniencia de mantener la regla –y no es el propósito de este trabajo hacerlo–, la prohibición de los límites a la responsabilidad debe ser aplicable cuando dichos límites adoptan la forma de penalidades.

En efecto, la cláusula penal puede asumir la función de una cláusula limitativa de la responsabilidad. En defensa de esta posibilidad, como señala Espín Alba⁵⁸⁰ (1997):

«García Amigo reconoce la similitud entre ambas figuras (...), pero establece una clara diferencia entre ambas, en la medida en que la cláusula penal nace fundamentalmente para proteger al acreedor, y la limitativa de responsabilidad al deudor; asimismo, mientras esta se refiere al daño, aquélla presupone el incumplimiento, independiente del daño, con la consecuencia procesal de exigencia, en su caso, o exención, en el otro, de su prueba» (p.111)

A mayor abundamiento: «Rodríguez Tapia (...) añade que como el juicio de validez y la calificación de la cláusula deben hacerse al momento de pactarse, y no cuando se incumple la obligación (en ese momento ya se sabe si la pena es mayor o menor que el daño indemnizable), la ignorancia de si la estipulación limita o agrava la responsabilidad del deudor debe llevarnos a afirmar que no es una limitación de la responsabilidad, además de otras diferencias antes estudiadas ...» (p.113)⁵⁸¹.

A pesar de estos argumentos, y aunque puedan existir diferencias conceptuales entre la cláusula penal y las cláusulas limitativas de responsabilidad, lo cierto es que la función que cumplen las penalidades diminutas es la misma: limitar la responsabilidad del deudor en caso de incumplimiento⁵⁸² (Rebaza González, 2003). Sostener, como menciona Espín Alba⁵⁸³ (1997):

«Lo contrario sería abrir las puertas a una limitación de la responsabilidad en forma de “cláusula penal fraudulenta” (...) admitir la validez de una cláusula que redujera sustancialmente la responsabilidad del deudor, llegando incluso a su exoneración casi total, rompería con un principio básico de nuestro sistema de responsabilidad contractual...» (p.112)⁵⁸⁴.

580 Espín Alba, I. (1997). Op. cit., p. 111.

581 Rebaza González, A. (2003). Op. cit. p. 39.

582 Espín Alba, I. (1997). Op. cit., 112.

583 Espín Alba, I. (1997). Op. cit., 112.

584 León Barandiarán, J. (1991-1993). *Tratado de Derecho Civil Peruano* (tomo III, Vol. I) Lima: Walter Gutiérrez, editor. p. 216.

Como consecuencia de lo anterior, si se ha fijado una pena diminuta en relación con el daño ocasionado, mediando dolo o culpa inexcusable, el acreedor puede requerir el aumento de la pena en aplicación del artículo 1328 del Código Civil, aun cuando no se hubiera pactado la indemnización del daño ulterior. Para atenuar el efecto, creemos que esta solicitud debe basarse en dos condiciones: de un lado, que haya una desproporción considerable entre penalidad y daño, y de otro lado que haya certeza sobre el factor de atribución (dolo o culpa inexcusable).

En tal caso, «sí cabría demandar una reparación especial o suplementaria, ya que de otro modo se vulneraría subrepticamente la regla fundamental de que no hay dispensa anticipada de dolo o de falta inexcusable»⁵⁸⁴ (León Barandiarán, 1991-1993).

Aplicar la regla que prohíbe limitar la responsabilidad no es tarea sencilla, no solo cuando no es claro que el deudor actuó por lo menos con culpa inexcusable, sino que el asunto es especialmente delicado cuando nos encontramos frente a contratos de prestación de servicios de especial complejidad, como los que involucran labores de ingeniería, por ejemplo, que típicamente contienen penalidades.

Al respecto, el artículo 1762 del Código Civil señala que si la prestación de servicios implica la solución de asuntos profesionales o de problemas técnicos de especial dificultad, el prestador de servicios no responde por los daños y perjuicios, sino en caso de dolo o culpa inexcusable.

En tal caso, tendríamos, de un lado, la regla por la cual si hay culpa leve el deudor no responde. Pero por otro lado, tendríamos la regla por la cual la cláusula penal no puede limitar la responsabilidad en caso de culpa inexcusable o dolo. La aplicación conjunta de ambas haría que el pacto de penalidad carezca de sentido. Sin embargo, tal conclusión es incompatible con el principio de conservación y de utilidad, en virtud de los cuales debe procurarse que los pactos de las partes generen el mayor efecto posible.

¿Cómo puede entonces dejarse espacio para que las penalidades operen en contratos de prestación de servicios que sean complejos? Mientras no se levante la prohibición de los límites a la responsabilidad, la penalidad no puede operar si es claro que el deudor actuó con culpa inexcusable o con dolo. Paradójicamente, tampoco aplica la penalidad, pues el Código Civil excluye la responsabilidad en casos de culpa leve.

La única solución posible es pues, además de ser muy exigente con la prueba del dolo o de la culpa inexcusable, interpretar que la inclusión de una penalidad en un contrato de prestación de servicios referido a asuntos profesionales o problemas técnicos de especial dificultad supone una renuncia por parte del prestador de servicios a la regla por la cual no responde si actuó con culpa leve. De lo contrario, la cláusula penal pactada por las propias partes no tendría espacio para ser aplicada.

11.10 A modo de conclusión

No son pocos los retos que plantea la regulación de la cláusula penal en el Perú, si se le quiere armonizar con la necesidad de respetar la autonomía privada, y, al mismo tiempo, si se quiere guardar coherencia con el sistema general de responsabilidad civil. Las mayores complicaciones se presentan en relación con: (i) la facultad de modificación judicial de la indemnización prevista por anticipado; (ii) la existencia de tasas máximas de interés en operaciones ajenas al sistema financiero; y, (iii) la prohibición de cláusulas que limitan la responsabilidad en caso de dolo o culpa inexcusable.